FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE

fip

Avril 2008

www.fondapol.org

L'EXTERNALISATION

OU COMMENT RECENTRER L'ÉTAT SUR SES COMPÉTENCES ESSENTIELLES

Frédéric ROUVILLOIS

L'EXTERNALISATION OU COMMENT RECENTRER L'ÉTAT SUR SES COMPÉTENCES ESSENTIELLES

Frédéric ROUVILLOIS

SOMMAIRE

INTRODUCTION 3

1 L'EXTERNALISATION EN PRATIQUES 7

A. Une participation modernisée 7

1. Des formes dépassées 9
2. La réforme de 2004 12

B. L'externalisation du pouvoir régalien 15

1. Police et sécurité 15
2. Le service public pénitentiaire 19
3. Le service public de la défense 25

2 L'EXTERNALISATION EN PRINCIPES 33

A. Nécessité d'une stratégie 34

B. Éléments d'une stratégie 39

1. Une externalisation légitimée 39
2. Une externalisation maîtrisée 48

CONCLUSION 55

Fondation pour l'innovation politique – 2008 – ISBN 978-2-917613-05-4

INTRODUCTION

« Clarifier les missions de l'État » : sitôt énoncé le premier de ses objectifs prioritaires, la circulaire Juppé du 26 juillet 1995, relative à la réforme de l'État et des services publics, soulignait avec force que « nous ne pouvons pour autant nous dispenser d'approfondir l'usage des formules qui permettent d'associer des personnes privées à la gestion de services et d'interventions publics[1] ». Ainsi, l'idée d'un partage, c'est-à-dire d'une participation de personnes privées aux fonctions et aux missions de la puissance publique, constitue-t-elle désormais l'un des axes majeurs de la réflexion sur la réforme de l'État[2] – parallèlement à la décentralisation, qui, sur un plan public, relève au fond de préoccupations similaires et se traduit par la mise en place de mécanismes comparables.

Cette pratique de la participation peut concerner, sous une forme rénovée, des domaines où il a toujours été d'usage d'associer des intervenants privés, comme les concessions de services publics. Mais

1. *JO*, n° 174 du 28 juillet 1995, p. 11217 : « Le gouvernement doit d'abord mieux préciser, domaine par domaine, la frontière entre les missions qui incombent aux personnes publiques et celles qui peuvent relever des acteurs privés (marchés, entreprises ou acteurs sociaux). Le champ même des services publics fait aujourd'hui l'objet de débats. Le gouvernement est déterminé à défendre la conception française des services publics assurant à tous, sur l'ensemble du territoire, les prestations que les citoyens d'une démocratie développée sont en droit d'attendre. *Nous ne pouvons pour autant nous dispenser d'approfondir l'usage des formules qui permettent d'associer des personnes privées à la gestion de services ou d'interventions publics.* »

2. Et « l'un des leviers de la réforme administrative », comme le note par exemple P. Yolka, « Les meubles de l'administration », *L'actualité juridique. Droit administratif (AJDA)*, n° 18, 2007, p. 968. Voir de même, F. Linditch, « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », *in* J.-J. Pardini, C. Devès, (dir.) *La Réforme de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; F. Lichère, « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2006, p. 66-70.

elle touche également, de façon de plus en plus massive, des secteurs qui, situés aux marges du régalien, étaient jusqu'ici non seulement exempts de toute délégation, mais jugés insusceptibles de faire l'objet d'une externalisation.

D'où une interrogation fondamentale, portant sur les principes, les stratégies et les limites de ce processus d'externalisation. Cette dernière peut en effet constituer le symptôme (et la cause) d'une perte de substance de l'État, comme le montrent certaines expériences étrangères où la privatisation de fonctions régaliennes semble le signe avant-coureur d'un étiolement de la souveraineté. Mais à l'inverse, elle peut aussi, dans d'autres cas, manifester une volonté de recentrage de la puissance publique sur son « cœur de métier ». « Il nous faut, déclarait le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle sur la décentralisation, *un État fort et concentré sur ses missions régaliennes, et non pas un État qui, à force de s'occuper de tout, fait tout mal*[3]. » L'externalisation relève, ou peut relever, de la même logique – renouant avec un autre modèle, celui d'un État moins interventionniste, se « déchargeant » de certaines fonctions afin d'éviter le coût et les lourdeurs d'un appareil administratif excessivement important, et pratiquant une « gouvernementalité indirecte »[4]. Un État qui, à cet égard, pourrait rappeler celui de l'Ancien Régime – où la fiscalité, les armées, la justice et les prisons étaient en grande partie confiées à des intervenants privés sans que cette délégation de compétences implique une perte de pouvoir –, mais qui peut apparaître aussi comme manifestant un dépassement de la modernité.

L'externalisation, parce qu'elle n'est pas dénuée d'ambiguïtés au moins virtuelles, nécessite donc une démarche stratégique et un encadrement normatif, qui pour l'instant n'ont peut-être pas été suffisamment pris en considération : une démarche et un encadrement

3. Cité dans *Le Monde*, 30 octobre 2002.
4. Voir B. Hibou, (dir.), *La Privatisation des États*, Paris, Karthala, coll. « Recherches internationales », 1999, p. 65.

sans lesquels elle ne saurait jouer pleinement le rôle qui lui a été assigné dans le processus de réforme de l'État.

1

L'EXTERNALISATION EN PRATIQUES

Du point de vue des pratiques, l'externalisation se traduit sur deux plans, qui sont loin d'avoir la même portée politique et théorique bien qu'ils relèvent de perspectives communes : alors que le premier se borne à renouveler des pratiques classiques, le second touche directement aux fonctions régaliennes et pose donc la question, décisive, des frontières entre le « délégable » et l'« indélégable ».

A. UNE PARTICIPATION MODERNISÉE

Ayant été, depuis le XIX^e^ siècle, les moyens privilégiés du développement des grandes infrastructures publiques, le contrat de travaux publics et la concession de service public ne représentent en rien des innovations. Mais le fait est que ces formules classiques ont été considérablement rajeunies depuis quelques années, dans une perspective qui privilégie la qualité et les performances du service public. Cette évolution n'est d'ailleurs pas spécifiquement française. En Grande-Bretagne, on s'engage dès 1992, dans le but de rénover le service public, dans un ambitieux programme dit PFI (Private Finance Initiative), qui institue un type inédit de contrat, à mi-chemin entre le marché public et la concession[5]. Ce contrat, d'une durée moyenne

5. Sur ce point, voir P. Cossalter, B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, Institut de la gestion déléguée, novembre 2001, qui met en exergue, à travers deux études,

de dix à vingt ans, est passé selon une procédure d'appel d'offres sur performance, et il consiste à confier aux cocontractants le financement, la conception et l'exécution des travaux, puis un ensemble de prestations plus ou moins large, avec une rémunération assurée par la personne publique – le paiement étant étalé dans le temps afin de permettre un contrôle précis des prestations et la prise en compte des performances effectives[6].

En avril 2004, un « Livre vert sur les partenariats public-privé » publié par la Commission européenne reprend ces éléments pour donner une définition globale de ce nouveau type de contrat[7], qui se caractérise par :

– la durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects du projet à réaliser ;

– le financement du projet, assuré pour l'essentiel par le secteur privé ;

– le rôle du partenaire public, se bornant à définir des objectifs à atteindre (en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts et de politique des prix), puis à contrôler le respect de ces objectifs ;

– enfin, en principe, le transfert aux partenaires privés de la part la plus importante des risques liés à l'opération.

Même si la Commission a renoncé à établir une législation spécifique, ces éléments de définition fournissent un cadre au regard duquel on peut envisager les expérimentations françaises. En France, en effet, c'est l'insuffisance des anciennes formes contractuelles qui va conduire à adopter l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

« l'extrême vitalité du système anglais et [...] les atouts d'une approche pragmatique par rapport à certaines rigueurs de la construction théorique française » (p. 9), avant son récent assouplissement.

6. Voir X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, *Les Nouveaux Contrats de partenariat public-privé*, Paris, Le Moniteur, coll. « Guides juridiques : marchés publics », 2005, p. 17.

7. *Id.*, *ibid.*, p. 19.

1. Des formes dépassées

En pratique, il existe d'assez nombreuses modalités possibles d'association entre partenaires publics et privés. Mais celles-là s'avèrent, dans certains cas particulièrement importants, inadaptées aux nouveaux besoins de l'État comme à ceux des usagers.

La vieille concession, par exemple, dénommée « délégation de service public » depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (dite loi MURCEF)[8], se définit en particulier par une rémunération « substantiellement liée aux résultats du service », c'est-à-dire, en fait, assurée par les usagers. Cela signifie que cette formule est réservée aux cas où la rémunération par l'exploitation est possible, autrement dit, lorsqu'il s'agit d'un service *marchand*. En revanche, elle ne répond pas aux hypothèses dans lesquelles la rémunération directe par les usagers n'est pas concevable : construction et gestion de prisons, de stations d'épuration, de traitement d'ordures ménagères ou, plus généralement, d'installations et de bâtiments qui constituent le support des services publics administratifs.

Sur un autre plan, les règles relatives aux marchés publics, prohibant l'insertion dans le contrat de toute clause de paiement différé[9], interdisent du même coup les montages financiers qui permettraient à l'administration d'étaler le coût d'investissement sur toute la durée du contrat et, spécialement, pendant la phase d'exploitation. Cette prohibition pénalisante s'étend d'ailleurs aux « marchés d'entreprise de travaux publics » (METP), assimilables à cet égard à des marchés soumis au Code des marchés publics.

Parallèlement, les dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public interdisent en principe « la

8. Le vocable « délégation de service public » remonte en fait à la loi d'orientation du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République et à la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, la loi MURCEF ayant entériné la définition jurisprudentielle de ladite délégation.

9. Code des marchés publics, art. 94, issu du décret du 7 janvier 2004.

globalisation des missions confiées au cocontractant privé », et précisent que « le maître de l'ouvrage ne peut se démettre de ses responsabilités » [10].

Ces dispositions restrictives, qui empêchent d'externaliser la maintenance, ont certes été assorties de dérogations sectorielles. Ainsi, la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure permet-elle de confier au secteur privé des missions globales portant sur des bâtiments affectés à la police, à la gendarmerie, ou encore de conclure des contrats portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins du ministère de l'Intérieur. Mais, à ces exceptions près, la limite subsiste.

Entre les contraintes propres aux délégations de service public (rémunération par l'usager) et celles inhérentes aux marchés publics (interdiction d'un paiement différé, prohibition de la globalisation), certains types de projets étaient donc rendus quasi impossibles. C'est pourquoi diverses solutions intermédiaires avaient été imaginées pour contourner les rigueurs de la loi. Ainsi, des montages locatifs ou encore le recours au bail emphytéotique administratif prévu par l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), disposant qu'« un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article 451 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ».

L'extension du champ d'application de ce bail emphytéotique administratif (BEA) répondait à la nécessité de permettre aux collectivités

10. X. Bezançon *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

locales qui le souhaitaient « de financer la construction ou la rénovation de commissariats ou de casernements de gendarmerie lorsque l'État, pour des raisons de contrainte budgétaire, [ne pouvait y répondre] à un rythme suffisant[11] » – alors que, d'un autre côté, la population manifestait des exigences accrues sur le plan de la sécurité. La solution, en l'occurrence, était ainsi celle d'un partenariat délégué par l'État à une collectivité territoriale, s'entendant avec une personne privée pour assurer les conditions de mise en œuvre de certaines activités régaliennes. L'article L. 1311-4-1 du CGCT prévoyait d'ailleurs qu'une convention était établie entre l'État et la collectivité ou l'établissement propriétaire du terrain faisant l'objet du BEA, précisant les engagements financiers, le lieu des constructions et la durée, ainsi que les modalités de mise à disposition de celles-ci.

Toujours dans la même perspective de desserrement de l'étau juridique, le législateur, par la loi sur la sécurité intérieure du 29 août 2002[12] puis par la loi de programme militaire du 27 janvier 2003, avait prévu, au bénéfice de certains ministères, la légalité de locations avec option d'achat anticipé – désormais inscrites dans les articles L. 2122-15 et L. 2122-16 du Code général de la propriété des personnes publiques[13].

Dernière piste dans ce sens : la constitution de droits réels sur le domaine public, prévue par la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, permettait à l'État de confier à un opérateur privé la mission d'édifier

11. X. Bezançon *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

12. En complément de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002, dite LOPSI, voir L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 5e édition, 2006, p. 641 *sqq.*, et le tableau de la page 646, qui fait le point sur l'ensemble des partenariats dits sectoriels.

13. Ordonnance du 21 avril 2006, applicable depuis le 1er juillet 2006. Cet article, anciennement L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État, dispose que : « L'État et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire [...] du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, [...] des armées ou des services du ministère de la Défense et comportant, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. », voir http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000456141&dateTexte.

sur son domaine public un immeuble sur lequel celui-ci exerçait les droits d'un propriétaire, par exemple en louant l'immeuble en question à l'État. Ce montage avec autorisation d'occupation temporaire (AOT) offrait à l'Administration la possibilité de faire construire un immeuble qu'elle pouvait utiliser sur-le-champ, mais dont elle ne récupérerait la propriété qu'à l'expiration de la validité de l'AOT – la rémunération de l'investissement étant étalée dans le temps par le paiement d'un loyer [14]. Par ce biais, en outre, l'État se trouvait en mesure de tirer le meilleur parti possible des potentialités économiques de son domaine sans heurter de front le principe d'inaliénabilité.

2. La réforme de 2004

Les montages locatifs imaginés depuis une douzaine d'années avaient pour objet de permettre aux personnes publiques de déléguer de façon globale certains projets malgré les restrictions résultant, notamment, du droit de la domanialité et du code des marchés publics. Par leur existence même, ces montages manifestaient le changement de perspective, la mutation en train de se produire, mais, également, ses ambiguïtés, l'État acceptant de desserrer, par touches successives, un étau normatif partiellement inadapté, qu'il ne tenait pourtant ni à supprimer ni même à bouleverser.

L'ultime retouche va être apportée par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, qui autorise enfin l'État, ses établissements publics et les collectivités territoriales, à envisager un véritable partenariat public-privé sans être obligé d'en passer par divers subterfuges juridiques.

Le nouveau système ainsi mis en place lève en effet les principales contraintes évoquées plus haut, puisqu'il admet le caractère global de la mission, le transfert des risques aux cocontractants privés et la possibilité d'un paiement différé s'étalant, précise l'article 1er de l'ordonnance, pendant toute la durée du contrat. D'emblée, il apparaît

14. X. Bezançon *et al.*, *op. cit.*, p. 39.

donc que l'État s'est doté des outils juridiques indispensables pour donner plus de souplesse à ses relations de partenariat.

Toutefois, en ce qui concerne notre propos, l'essentiel est ailleurs, dans les justifications de ce type de partenariat, entièrement axé autour des notions de performance, d'efficacité et de qualité du service. Le dernier alinéa de l'article 1er précise ainsi que la rémunération du cocontractant « peut être liée à des objectifs de performance » qui lui sont assignés. Mais c'est surtout l'article 2 qui éclaire ce nouveau mécanisme. En effet, l'État ou ses établissements publics ne sont pas libres d'opter de façon discrétionnaire pour cette formule contractuelle. Celle-là n'est permise que si une évaluation préalable confirme, tout d'abord, que l'on se trouve bien soit en face d'un projet trop complexe pour que la personne publique puisse à elle seule définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage financier ou juridique, soit en face d'un projet urgent. Ensuite, exigence supplémentaire, elle n'est permise qu'à condition que l'évaluation préalable démontre, d'un côté, l'intérêt économique, financier, juridique et administratif qu'il y a à passer en l'occurrence un tel contrat de partenariat et, de l'autre, les motifs qui ont conduit « après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques » à retenir le projet envisagé.

Au moins autant que les procédures elles-mêmes, ce sont donc les thèmes développés dans cet article qui font de l'ordonnance de 2004 une petite révolution copernicienne. L'État, en effet, ne peut conclure un tel contrat que s'il reconnaît et démontre *qu'il n'est pas capable d'assumer seul* une opération déterminée, pourtant relative au financement d'ouvrages ou d'équipements « nécessaires au service public » dont il est chargé. En clair, s'il ne peut pas, à lui seul, assurer ladite mission de service public : ou plutôt, nuance capitale, s'il ne peut pas le faire *aussi bien* que s'il était associé pour cela à, des intervenants extérieurs. On retrouve ici, de manière implicite, l'idée qui gouverne le principe de subsidiarité, où le niveau inférieur ne doit se dessaisir d'une compétence au profit du niveau supérieur que s'il ne parvient pas à l'assumer de façon satisfaisante. La qualité du service devient

donc, en ce qui concerne le partage des compétences, l'une des clés essentielles : la clé non de la répartition des compétences, mais du degré de participation des personnes privées au service public.

Autre détail notable : l'évaluation, établissant les éléments nécessaires à la passation d'un tel contrat, n'est pas forcément réalisée par les cocontractants : un décret du 19 octobre 2004 a en effet créé une « mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », organisme expert rattaché au ministère des Finances et chargé de fournir aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi du contrat de partenariat [15].

Pour revenir à la question de la qualité, c'est bien elle qui domine l'économie de ce contrat et, notamment, qui détermine son attribution « au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation [16] ». Parmi les critères d'attribution figurent le coût global de l'offre, « les objectifs de performance définis en fonction du contrat », le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages et, enfin, « la qualité esthétique ou fonctionnelle » [17]. Enfin, cette exigence de qualité se retrouve, une fois le contrat conclu, dans les clauses obligatoires de celui-ci, parmi lesquelles les objectifs de performance assignés au cocontractant, « notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de service, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation [18]. »

Ainsi, si ce type de contrat délègue à une personne privée certains éléments de l'exécution d'un service public et si, par là même, il allège la charge de l'État, on doit constater, comme on le verra plus loin, qu'il accroît dans le même temps les obligations de l'État

15. Article 2, al. 1er.
16. Article 8, al. 1er.
17. Article 8, al. 3 et 5.
18. Article 11, al. 1er.

en termes de contrôle, de garantie et de gouvernance des activités ainsi « partagées ».

B. L'EXTERNALISATION DU POUVOIR RÉGALIEN

Mais la principale nouveauté est ailleurs : elle tient au fait que l'externalisation s'étend désormais, au-delà de ses champs classiques, à des domaines situés aux marges et, parfois même, au cœur du pouvoir régalien : police, prisons, défense, fiscalité, plus rien, apparemment, ne se trouve épargné par le mouvement.

1. Police et sécurité

Malgré « l'extraordinaire développement de l'utilisation des procédés conventionnels dans l'action administrative […], le droit positif a résisté : le principe de la prohibition du contrat en matière de police, constate Jacques Petit, n'est que faiblement infléchi [19] ». Le juge administratif se fait ainsi le gardien inflexible du principe selon lequel un pouvoir régalien situé au cœur même de l'action étatique et, au-delà, les abords de ce pouvoir ne se délèguent pas. À beaucoup d'égards, on en reste ici à la vieille jurisprudence du Conseil d'État, commune de Castelnaudary [20], qui déclarait, sous la III[e] République, que le pouvoir de police ne saurait « *de par sa nature* » être délégué.

Sur un mode limité, on note certes une introduction modeste du contrat, admise pour les prestations matérielles de police : l'enlèvement, le transport et la garde de véhicules abandonnés sur les voies publiques, par exemple, accessoire manifeste d'un pouvoir de police, peuvent ainsi, selon une jurisprudence déjà ancienne, être confiés à un particulier, qui agira alors « pour le compte de l'État » [21]. Mais cette

19. J. Petit, « Nouvelles d'une antinomie, contrat et police », *in* J. Petit, (dir.), *Les Collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Économica, 2003, p. 346-347.
20. Conseil d'État, 17 juin 1932, commune de Castelnaudary, *Rec.* 565.
21. Conseil d'État, 24 mai 1968, ministre de l'Intérieur contre sieur Chambrin, *Rec.* 331.

tolérance jurisprudentielle trouve très vite ses limites. Ainsi, dans un arrêt de 2003, la cour administrative d'appel de Lyon[22] considère qu'il résulte des dispositions du CGCT que des sociétés de gardiennage et de surveillance privées ne peuvent se voir confier des tâches d'intervention en vue de prévenir et de faire cesser des troubles au bon ordre – y compris, en l'occurrence, des tâches consistant simplement à assurer la surveillance des abords d'une piscine et à intervenir en cas de nécessité sur les bassins et les pelouses. Une approche restrictive de la délégabilité des fonctions de police que l'on retrouve, par exemple, dans un jugement du tribunal administratif de Nice en date du 22 décembre 2006, à propos d'un contrat conclu en 1989 ayant concédé à une société privée le service de vidéo et de télésurveillance de l'ensemble de la zone portuaire de Port-Fréjus : « Dès lors qu'elle s'exerce sur la voie publique, précisait le commissaire du gouvernement, une activité de surveillance ou de télésurveillance ne peut faire l'objet d'aucune délégation, et doit être prise directement en charge par l'autorité de police municipale[23]. » Le principe reste clair : la police ne se délègue pas.

Cependant, l'attitude consistant à s'arc-bouter désespérément sur ces positions s'avère en pratique de moins en moins tenable, y compris en matière d'ordre public – la puissance publique ne suffisant plus à une tâche de plus en plus lourde et complexe (du fait de la diversification des modes de délinquance), mais aussi de plus en plus pressante, en raison du niveau d'exigence grandissant des citoyens en matière de sécurité. Face à un droit positif en décalage croissant avec les besoins des citoyens et de la Cité, vont donc apparaître des pratiques audacieuses, tendant à envisager une participation, voire à externaliser des missions se situant aux marges du régalien – et pratiquement indispensables à son accomplissement.

22. CAA de Lyon, 7 mai 2003, communauté de communes des Vallons du Lyonnais, *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2003, 663, conclusions F. Bourrachot.
23. TA Nice, SA Vigitel c/Commune de Fréjus, 22 décembre 2006, *AJDA*, 27 juillet 2007, conclusions F. Dieu.

En la matière, c'est le législateur lui-même qui a entrouvert les portes. Ainsi, la loi n° 95-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 (dite LOPSI), après avoir réaffirmé que « l'État a le devoir d'assurer la sécurité » des citoyens, précise-t-elle que les entreprises privées « concourent […] à la sécurité générale »[24]. « L'État a, dans le domaine de la sécurité des personnes et des biens contre les menaces de toute nature, la responsabilité principale[25]. » C'est pourquoi il lui appartient de « veiller à ce que les autres acteurs de la sécurité que sont les maires et leurs services, d'une part, et, d'autre part, les professions de sécurité exercent leur fonction ou leurs activités dans un cadre clair qui organise les complémentarités[26] ».

Le projet de loi relatif aux activités de sécurité privée présenté le 17 mai 2000 reprenait ce constat, reconnaissant ainsi que « participent à la sécurité générale […] les polices municipales, dont la loi du 15 avril 1999 a fixé les compétences et précisé le statut, [mais aussi] les entreprises qui ont pour objet des prestations de sécurité ». L'article 1er de ce projet, poursuivait l'exposé des motifs, entend distinguer ce qui relève de cette participation de ce qui doit demeurer du ressort exclusif de l'État : « Les entreprises de sécurité privée ne peuvent exercer aucune des missions du service public de la sécurité relevant de la compétence exclusive de la police et de la gendarmerie nationales. » Cette définition quelque peu tautologique s'avérant insuffisante, l'article 14 posait « en règle que les entreprises privées de sécurité ne peuvent exercer des missions ayant *pour objet même la prévention des crimes, délits ou contraventions* » ; en revanche, il admettait que leurs missions puissent « avoir *pour effet* la prévention d'atteintes aux biens ou aux personnes ». Tout se ramenait donc ici à la (subtile et incertaine) distinction entre l'effet et l'objet de la mission. De même, toujours suivant ce projet de loi, les agents de sécurité privée ne

24. Annexe I, 3.
25. Annexe I, 1.
26. *Ibid.*

pouvaient recourir ni à la coercition, ni à la contrainte, ni à aucune forme d'entrave au libre usage des biens (article 35) – sauf lorsque s'appliquaient les dispositions spéciales, notamment celles relatives aux crimes et aux délits flagrants, qui autorisent tout citoyen à user de la force ou de la contrainte, dès lors qu'elle est proportionnée et adaptée, à l'égard de l'auteur présumé du crime ou du délit qui vient d'être commis (p. 7).

Sur un plan parallèle, constate Ramu de Bellescize, « la collaboration contractuelle, cette fois entre l'État et d'autres personnes publiques, atteint désormais jusqu'aux activités régaliennes[27] », comme le montrent par exemple les contrats locaux de sécurité, institués par une circulaire du 28 octobre 1997 confirmée par la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne. Ces contrats organisent en effet, sur un territoire donné, un « partenariat actif » entre tous ceux qui, sur un plan local, sont en mesure d'apporter une contribution à la sécurité. De même, la loi du 15 avril 1999 relative aux polices municipales vise à coordonner, à travers une convention, les modalités d'intervention des agents de la police municipale et celles de la police et de la gendarmerie nationales (CGCT, article L. 2212-6). À cet égard, la France ne constitue en rien une exception : dans l'Europe entière, l'heure est à une certaine territorialisation de la sécurité. Si, note François Briatte, « le degré de centralisation de l'action publique en matière de sécurité intérieure n'est pas une constante dans l'organisation des forces de police des pays occidentaux », la constitution d'unités locales ayant prévalu d'emblée en Grande-Bretagne, aux Pays-Bas et en Belgique, on constate que « dans les autres pays européens, la place du local a considérablement évolué sous l'effet d'une double dynamique de territorialisation. D'une part, l'État central a lui-même réagi au constat d'impuissance opposé à son mode de fonctionnement en essayant de décentraliser ses services et d'insister sur la proximité

27. R. de Bellescize, *Les Services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2005, p. 350.

des forces de sécurité. D'autre part, les pouvoirs locaux ont pris l'initiative de développer leurs propres forces de sécurité »[28]. Une contractualisation d'ailleurs souvent ressentie comme lourde de dysfonctionnements[29], ce qui conduit l'État, le cas échéant, à (ré)intervenir en la matière.

Où l'on retrouve un mouvement analogue à celui qui se traduit par la délégation à des personnes privées : si l'on a pu y voir une « démonopolisation des fonctions régaliennes[30] » et l'émergence d'une nouvelle « gouvernance de la sécurité », cela n'implique pas que les structures privées se substituent au service assuré par l'État ; si elles se développent, c'est « dans un cadre légal renforcé, l'émergence du marché n'étant pas synonyme de rétrécissement des obligations fixées par la loi[31] », mais de partage et de collaboration entre l'État et ses partenaires privés.

2. Le service public pénitentiaire

Au même titre que la police, le service pénitentiaire est étroitement lié à la souveraineté, et donc à l'essence même de l'État – à la fois en ce qu'il paraît indissociable de la réalisation du service public de la justice, et parce qu'il renvoie aux exigences de sécurité, de police, ainsi

28. F. Briatte, « Le rôle de l'État central dans les politiques contemporaines de sécurité », http://phnk.com/files/m2-gs-securite-note.pdf. L'auteur cite en ce sens les études de J. de Maillard, S. Roché, « La sécurité entre secteurs et territoires », *in* A. Faure et A.-C. Douillet, (dir.), *L'Action publique et la Question territoriale*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, coll. « Symposium », 2005, p. 33-51, et de J. de Maillard, « Vers des politiques publiques locales de sécurité », *in* S. Roché, (dir.), *En quête de sécurité. Causes de la délinquance et nouvelles réponses*, Paris, Armand Colin, coll. « Sociétales », 2003, p. 287-288.

29. « Le partenariat local est, en premier lieu, un enchevêtrement complexe de responsabilités formalisées dans des contrats souvent obscurs et inutilisables en pratique par les acteurs en charge de la sécurité publique ; de surcroît, le contenu même de ces contrats est susceptible d'accuser un hiatus par rapport aux demandes locales », *id.*, *ibid.*

30. Voir l'article de S. Roché, « Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », *Revue française de science politique*, vol. 54-1, 2004, p. 43-70.

31. *Id.*, *ibid.*, p. 53.

qu'au pouvoir de contrainte, impliquant par définition la possibilité de faire usage de la force.

Le service pénitentiaire a pourtant fait, il y a une vingtaine d'années, l'objet d'une ambitieuse tentative de privatisation – une tentative à demi avortée, il est vrai, mais où l'on peut voir, plus encore qu'un symptôme, l'amorce d'une mutation.

a. Une tentative ambitieuse

Au lendemain de la victoire de la droite aux législatives de 1986, le nouveau ministre de la Justice, Albin Chalandon, annonce son intention de régler au plus vite une situation pénitentiaire qu'il juge « véritablement insoutenable », du fait de la surpopulation carcérale. Il faut plus de prisons, plus de personnel, mais les crédits font défaut. C'est pourquoi, explique le ministre, « pour des raisons de pure nécessité, cherchant une réponse pragmatique et sans aucun *a priori* idéologique […], j'ai proposé la formule des prisons habilitées ». Une formule que résume l'article 1er du projet de loi déposé sur le bureau du Sénat le 19 novembre 1986 : « Le service public pénitentiaire est assuré par l'État. Celui-ci peut, dans les conditions prévues par la présente loi, confier à des personnes morales de droit public et privé habilitées à cet effet l'exécution de tout ou partie des prestations permettant d'assurer cette mission. Ces prestations peuvent comprendre la conception, la construction, le financement, l'aménagement et la prise en charge du fonctionnement courant des établissements pénitentiaires, *ainsi que la garde et la détention des personnes incarcérées.* »

Diverses dispositions majeures du projet préservent le pouvoir de l'État. Ainsi le greffe de la prison demeure placé sous la responsabilité d'un fonctionnaire d'État, puisqu'il faut pouvoir déterminer précisément qui est incarcéré (article 11) ; l'autorité publique conserve la possibilité de suspendre, d'annuler ou de réformer toute mesure portant une atteinte grave aux droits des personnes incarcérées (article 16), ainsi que le pouvoir de substitution, en cas de carence du cocontractant (article 17), ce dernier étant assujetti à certaines

obligations communes avec les agents du service pénitentiaire d'État (par exemple, l'interdiction de faire grève, article 9).

Néanmoins, la participation de ces personnes privées « habilitées » à un service à consonance régalienne va très loin. Outre la garde, la détention, la possibilité d'exercer un pouvoir disciplinaire et de coercition à l'encontre des détenus, l'usage des armes est autorisé dans certaines conditions pour les agents habilités à cet effet (article 12). Saisi du projet de loi, le Conseil d'État va, semble-t-il, émettre des réserves au motif qu'il s'agit d'un « service public constitutionnel » insusceptible de délégation [32]. En revanche, les assemblées parlementaires vont se montrer moins sourcilleuses. La commission des lois du Sénat, par exemple, estimera que les services publics pénitentiaires ne présentent ni directement ni indirectement un tel caractère constitutionnel. « Aucun principe fondamental de la République, écrit dans son rapport le sénateur Rudloff, n'a jamais exigé que l'exécution des peines soit exclusivement confiée à l'État [33]. » De même, devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, le rapporteur, le député Albert Mamy, affirme que même si le service public pénitentiaire était effectivement « d'essence constitutionnelle », ce qu'il ne juge « pas évident », le projet de loi ne serait pas pour autant contraire à la Constitution, « puisqu'il n'a nullement pour objet de transférer au secteur privé un service public national : les établissements pénitentiaires seront dès la construction intégrés au domaine de l'État, tandis que celui-ci gardera un étroit pouvoir de contrôle sur le fonctionnement des établissements gérés par une personne privée. Dans ces conditions, le projet de loi […] prévoit seulement que des personnes privées participeront à l'exécution de ce qui demeurera un service public national [34] ».

32. Voir R. de Bellescize, *op. cit.*, p. 109.
33. M. Rudloff, « Rapport au Sénat, au nom de la commission des lois », n° 102 (1986-1987), p. 22.
34. A. Mamy, « Rapport à l'Assemblée nationale, au nom de la commission des lois », n° 696, p. 18.

Pourtant, dans l'opposition et ailleurs, beaucoup demeurent hostiles à ce qui est présenté comme une « privatisation des prisons ». Les sénateurs eux-mêmes vont du reste considérer que, malgré les garanties figurant dans le projet de loi, « le contrôle de l'autorité publique sur le fonctionnement de l'établissement pénitentiaire géré par une personne morale autre que l'État doit être encore renforcé[35] ». À cet effet, ils vont distinguer trois domaines « qui relèvent de la souveraineté de l'État : la discipline, le pouvoir de coercition et le droit de détenir des armes ». Toutes ces missions relèvent du chef d'établissement, qui doit par conséquent, contrairement à ce que prévoyait le projet Chalandon, être un fonctionnaire de l'État placé sous l'autorité du ministre de la Justice et chargé comme tel d'exercer les prérogatives de puissance publique dans l'établissement. Fonctionnaires, également, les assistants du directeur, les agents assurant sous son autorité l'encadrement du personnel de surveillance et, enfin, les gardiens armés.

On recule donc devant une rupture trop radicale avec les principes classiques du droit public français : ce qui est immédiatement régalien doit rester non seulement sous le contrôle, mais entre les mains de l'État.

Confronté à ces réticences et aux complications qu'aurait suscité « au sein de la surveillance la juxtaposition de deux types de personnels, l'un fonctionnaire, l'autre salarié d'une entreprise[36] », l'auteur du projet de loi va finalement renoncer aux dispositions litigieuses, celles qui permettaient de confier à une personne privée la direction et la surveillance d'un établissement pénitentiaire.

La loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire prévoit donc simplement que « l'État peut confier à une personne de droit public ou de droit privé ou à un groupement de personnes de droit public ou privé une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement des établissements

35. M. Rudloff, *op. cit.*, p. 34.
36. *JO*, Sénat, 7 avril 1987, p. 53.

pénitentiaires[37] ». « Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé selon une habilitation définie par décret en Conseil d'État[38]. »

b. Les suites du processus

Si la révolution n'a pas eu lieu, l'évolution n'en est pas moins significative – comme le déplorent à l'époque les opposants les plus résolus qui, à l'instar du sénateur communiste Charles Lederman, estiment que, même amputé, « le texte subsiste »[39].

Ce qui subsiste en effet, c'est la loi, mais aussi l'esprit dans lequel elle avait été conçue par le ministre de la Justice, postulant la supériorité pratique d'un secteur privé qui « gère mieux que l'État ». Et qui le fait par nature, les procédures qui sont les siennes étant plus souples, plus légères que celles de l'administration. « Cette faculté d'adaptation, cette flexibilité, cet esprit d'imagination qui caractérisent le recours à l'initiative privée peuvent y introduire tous leurs fruits, ce qui est impossible dans le secteur étatique, dans lequel les meilleures volontés se trouvent finalement enserrées, bridées et paralysées[40]. »

Et de fait, vingt ans plus tard, le rapport public thématique « Garde et réinsertion. La gestion des prisons », remis en 2006 par la Cour des comptes, indique que la question est moins celle de la pertinence du partage que celle de son étendue et du contrôle exercé par l'État sur les personnes morales de droit privé. « L'administration pénitentiaire, rappelle le rapport, a ainsi été l'un des premiers services de l'État à s'être engagé sur une grande échelle dans une démarche de partenariat avec le secteur privé. […] L'idée de faire gérer les établissements pénitentiaires par des opérateurs privés a semblé intéressante en ce qu'elle était l'occasion de moderniser les procédures et les méthodes

37. Article 2, al. 1er.
38. Article 2, al. 3.
39. *JO*, Sénat, 7 avril 1987, p. 55.
40. *JO*, Sénat, 19 décembre 1986, p. 6423.

de l'administration qui auraient ainsi évolué pour passer du "faire" au "faire faire" [41]. »

Les contrats dits de gestion mixte ont ainsi confié pour dix ans à des entreprises privées la charge de contribuer au fonctionnement d'établissements pénitentiaires dans des zones géographiques déterminées – préfigurant en cela, note le rapport, les pratiques systématisées par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat public-privé. Dans vingt-sept établissements (sur un total de cent quatre-vingt-huit) hébergeant près de 25 % des personnes incarcérées (au 31 décembre 2004), la gestion mixte fait coexister des personnels privés et publics, aux missions bien distinctes. En 1987, ce sont des considérations de coût et d'efficacité pratique qui avaient justifié la réforme, y compris dans ses éléments les plus audacieux. Vingt ans après, c'est toujours la relative inefficience du secteur public pénitentiaire, encore plus mal perçue qu'autrefois, qui continue de légitimer ce recours au secteur privé. Dans son rapport, la Cour des comptes consacre ainsi un chapitre entier aux rigidités de la gestion publique du service pénitentiaire : règles comptables archaïques, systèmes informatiques défaillants, gestion insatisfaisante se traduisant parfois par l'accumulation de factures impayées, dépenses de fonctionnement – notamment alimentaires – insuffisamment rationalisées et unifiées, manque d'efficacité, enfin, dans la gestion des ressources humaines et financières. En comparaison, le bilan des établissements sous gestion mixte apparaît « globalement satisfaisant » [42] et d'une efficacité éprouvée dans certains domaines (restauration, nettoyage, maintenance). Au total, l'expérience paraît suffisamment probante pour être poursuivie : les contrats initiaux ont été reconduits, et la dernière phase de renouvellement s'est accompagnée d'une extension de la gestion mixte au fonctionnement des établissements construits dans le cadre du programme 4 000.

41. Cour des comptes, rapport public thématique, « Garde et réinsertion. La gestion des prisons », 2006, p. 28.
42. *Id.*, *ibid.*, p. 152.

Même si la gestion mixte ne concerne pas directement la dimension régalienne du service public, la Cour des comptes souligne la nécessité de remédier aux « lacunes du pilotage par l'État[43] ». Celui-ci, on l'a dit, ne saurait, en toute hypothèse, se désintéresser d'un contrôle qui participe à l'exécution des missions de justice et au maintien de la sécurité publique[44]. L'État, s'il peut déléguer, doit continuer de piloter, en amont, et de contrôler, en aval, l'activité des prestataires privés – tout spécialement dans le contexte d'un recours croissant à la gestion mixte.

3. Le service public de la défense

La mutation du service public de la défense, plus encore peut-être que celle des services précédemment évoqués, apparaît significative et symbolique : il s'agit en effet de la fonction régalienne par excellence, celle par laquelle l'État manifeste au plus haut point sa souveraineté, interne et externe, et son « monopole de la violence légitime ». Or, c'est justement l'une des activités étatiques qui a subi la plus forte évolution, « à tel point, remarque Ramu de Bellescize, qu'on parle, s'agissant de ce service public, non pas de réforme mais de refondation[45] ». Une refondation qui s'est traduite par l'abandon de certaines activités (comme la disparition du service militaire obligatoire, entérinée par la loi du 28 octobre 1997) et par l'externalisation de certaines autres : « des activités précédemment considérées comme typiquement régaliennes ont pu […] recevoir un statut hybride, à la fois public et privé, et civil et militaire, sans que ce bouleversement ait suscité de réelle opposition[46] ».

Car il s'agit bien d'un bouleversement, notamment au regard de la doctrine qui dominait jusqu'au milieu des années 1990. À cet égard, une date peut servir de repère : 1996 est l'année où le président de la République annonce la disparition du service national et où le général

43. *Id.*, *ibid.*, p. 160.
44. Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, art. 1er, al. 1er.
45. R. de Bellescize, *op.cit.*, p. 184.
46. *Id.*, *ibid.*, p. 85.

Rannoux, chef d'état-major de l'Armée de l'air, envisage, dans la perspective d'une réduction drastique des moyens en personnel, de sous-traiter à des sociétés de surveillance privée la garde de certaines bases militaires, y compris, le cas échéant, de bases opérationnelles, nucléaires ou de projection[47].

Depuis s'est imposé en la matière le principe d'une externalisation, définie comme « un mode de gestion contractuel consistant à confier à des partenaires extérieurs à l'administration des activités ou des fonctions précédemment assurées en régie », ainsi que le précise une directive du 3 août 2000[48]. Un « Guide de l'externalisation » publié par le ministère de la Défense précise à ce propos qu'elle « consiste à transférer […] hors de l'administration concernée nombre d'activités ou de fonctions jugées autrefois indispensables au sein même de cette dernière. Il traduit une nouvelle ligne de partage entre le *faire* et le *faire faire*[49] ». Selon ce guide, l'externalisation, impliquant une forte « volonté de partenariat », un engagement long et un objet relativement vaste, « va bien au-delà de la simple sous-traitance »[50]. Pour Michel Dasseux, elle reviendrait en définitive « d'une certaine façon, à privatiser »[51] une partie du service public de la défense, une hypothèse également évoquée par Jean-David Dreyfus, qui se demande s'il ne s'agirait pas d'« un simple avatar de la privatisation »[52].

47. Voir P. Séguin, « La France et son service », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 2810, 1996, t. II, p. 291.
48. R. de Bellescize, *op. cit*.
49. M. Dasseux, Assemblée nationale, « Rapport d'information sur l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense », 12 février 2002, p. 10. : « Votre rapporteur laisse donc à chacun le soin de se faire une opinion sur la subtilité de la distinction censée exister entre la *"sous-traitance"* et *"l'externalisation"*, lui-même considérant la seconde comme le prolongement de la première. On remarquera que le mot *"privatisation"* n'est jamais prononcé alors que confier pour une longue durée à des entreprises privées des tâches auparavant accomplies par les armées revient pourtant, d'une certaine façon, à *"privatiser"*. »
50. *Id.*, *ibid.*, p. 11.
51. *Id.*, *ibid.*, p. 13.
52. J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, n° 19, 2002, p. 1214.

Quant aux raisons de cette externalisation, elles confirment ce qui a été dit plus haut, puisqu'elles se rattachent, d'une part, à la transformation des besoins (recherche d'une meilleure efficacité, besoin d'experts et de techniciens de très haut niveau, évolution des risques et des perspectives stratégiques) et, d'autre part, à une mutation des moyens (disparition des appelés, déficit en personnel civil, contraintes budgétaires). À cet égard, l'externalisation apparaît comme le corollaire logique d'une professionnalisation.

Cette externalisation n'est pourtant pas sans susciter certaines critiques, notamment en termes de fiabilité des sociétés partenaires. On raconte ainsi qu'en Angleterre, pays pionnier en la matière, la grève des employés d'une société privée chargée du pliage des parachutes a entraîné la suspension des entraînements… Autre problème, celui des sous-traitances en cascade : « Que se passera-t-il, s'interroge Michel Dasseux, le jour où la société partenaire sous-traitera à son tour des activités déjà externalisées par les armées[53] ? »

C'est néanmoins dans cette direction que s'est engagé résolument le ministère de la Défense à partir de la fin des années 1990 – comme le montre la directive précitée du 3 août 2000, qui affiche une « préoccupation d'efficacité devant conduire à […] une adaptation continue aux besoins ». Sans vouloir dresser une liste exhaustive des activités externalisables, cette directive évoque trois champs prioritaires :

– les tâches assurées jusqu'ici par les appelés et qui paraissent insuffisamment attractives pour être confiées à des personnels civils ou militaires du ministère de la Défense ;

– des fonctions de soutien général (alimentation, transport, entretien des immeubles, réparation des matériels) ;

– des opérations de forte technicité.

Dans ces domaines, le décalage croissant entre l'expertise civile et le savoir-faire militaire a placé le ministère, note Ramu de Bellescize, « devant le dilemme suivant : conserver son indépendance en refusant l'externalisation, au risque de se retrouver avec un outil de défense

53. M. Dasseux, *op. cit.*, p. 32.

obsolète, ou y renoncer partiellement et bénéficier de l'avance technologique du secteur privé[54] ». En matière de transmission, par exemple, on a finalement opté pour une solution médiane, consistant à définir un noyau dur non externalisable (les liaisons opérationnelles indispensables aux forces armées) et, pour le reste, à laisser le ministère libre de recourir aux partenaires privés.

Au total, l'externalisation représente néanmoins un phénomène massif : si l'on exclut les rémunérations et les dépenses pour charges sociales, les crédits d'externalisation représentaient, en 2002, 16,8 % du budget annuel de fonctionnement de l'armée. En 2000, évoquant l'externalisation, le ministre de la Défense estimait être au début d'un processus dans lequel il faut avancer prudemment, mais avec pragmatisme, « sans état d'âme »[55]. En 2002, le projet de loi de programmation militaire pour les années 2003-2008 déclarait que la politique engagée en ce sens serait « poursuivie et accentuée »[56]. La question qui se pose donc est celle des limites à ce que l'on doit considérer désormais comme une tendance lourde : jusqu'où aller en la matière ?

À ce propos, les plus proches alliés de la France proposent des modèles assez radicaux. L'armée britannique, on l'a noté plus haut, est ainsi allée très loin dans l'externalisation, confiant à des sociétés privées une partie de l'entraînement des pilotes et des marins, le transport maritime de la force d'action rapide et, pour des raisons de rentabilité financière, une fonction opérationnelle par excellence, le ravitaillement en vol des avions de la RAF. En 2000, on estimait ainsi que 78 % des activités non stratégiques de l'armée britannique se trouvaient externalisées, contre seulement 26 % dans l'armée française. Cependant, la question se pose moins en termes de masse qu'en termes de frontières : jusqu'où l'État peut-il déléguer à des intervenants privés ses fonctions de défense ? À ce propos, la directive du 3 août 2000

54. R. de Bellescize, *op. cit.*, p. 189.
55. M. Dasseux, *op. cit.*, p. 20.
56. R. de Bellescize, *op. cit.*, p. 186.

précisait que « l'activité "régalienne" des différentes structures de la Défense […] est exclue [*a priori*] du domaine externalisable ». Un autre document interne, daté de juin 2000 et consacré au concept de soutien logistique, admettait le recours à l'externalisation et à la sous-traitance, à condition qu'elles « n'empiètent pas sur l'accomplissement des missions régaliennes confiées à la Défense »[57].

Ici, le problème est double. D'abord, la notion même d'activité régalienne n'est jamais véritablement définie. Au mieux précise-t–on qu'il s'agit des activités qui correspondent au « cœur du métier militaire » (directive du 3 août 2000), ce qui n'est pas beaucoup plus éclairant. À ce propos, et de façon très générale, on peut d'ailleurs penser qu'il serait opportun de proposer une définition plus serrée de ce concept qui pourrait, lorsqu'il s'agit de repenser l'étendue des territoires de l'État, s'avérer pertinente et opératoire. Mais, pour l'instant, tel n'est pas le cas : d'où l'incertitude des frontières.

On le constate, par exemple, à propos de l'activité de garde, naguère encore définie, dans le décret du 28 juillet 1975 relatif à la discipline générale dans les armées, comme consubstantielle au métier militaire et, qui se trouve désormais souvent confiée à des sociétés de surveillance privées. Mais l'on peut évoquer aussi, suite à l'audition du ministre devant la commission des finances du Sénat, le 26 octobre 2006, l'externalisation des véhicules de la gamme commerciale du ministère, l'externalisation de la formation initiale des pilotes d'hélicoptères de l'ALAT à Dax, de la gestion des logements de la gendarmerie dans trois ensembles régionaux, du réseau Internet des bases aériennes et de l'École interarmées des sports ; ou encore les PPP en cours de lancement pour la formation des pilotes du nouvel hélicoptère de transport tactique NH90, pour la gestion des bâtiments de soutien de la marine et l'affrètement de navires pour le transport stratégique[58]. Ou, plus récemment encore, le projet de location avec option d'achat d'un

57. *Id.*, *ibid.*, p. 189.
58. Voir l'audition de M^me^ Alliot-Marie devant la commission des finances du Sénat, le 26 octobre 2006 ; http://www.senat.fr/bulletin/20061023/fin.html.

airbus A340 ou les projets relatifs à des avions ravitailleurs évoqués par Marc Francina dans son « Rapport d'information sur les perspectives d'externalisation pour le ministère de la Défense[59] ». Autant de projets qui donnent le sentiment que la limite la plus consistante à l'externalisation est finalement d'ordre financier, déterminée par le seul critère de la rentabilité[60].

Second problème : à en croire la directive du 3 août 2000, l'activité régalienne n'est exclue qu'*a priori* du domaine externalisable. On peut donc se demander si, dans certains cas, des dérogations à cette exclusion ne seraient pas concevables. La seule limite absolue paraît ici liée à l'hypothèse d'un conflit et, plus précisément, d'opérations extérieures auxquelles l'armée aurait à prendre part : dans ce cas, en effet, on ne saurait y mêler des partenaires privés. Au total, il serait donc logique de n'externaliser que des activités de soutien n'impliquant pas, par exemple, que les sociétés privées chargées desdites activités aient à envoyer leurs employés sur le lieu des opérations militaires proprement dites.

Enfin, l'incertitude des frontières tient aussi à un principe, systématiquement mis en avant, mais d'une consistance douteuse, le principe de « réversibilité », qui « implique d'une part de conserver une compétence minimale pour pouvoir éventuellement réintégrer dans les services du ministère l'activité externalisée, et d'autre part de prévoir des dispositions permettant de prévenir toute dépendance vis-à-vis d'un prestataire[61] ».

59. M. Francina, « Rapport d'information déposé par la commission de la défense nationale sur les perspectives d'externalisation pour le ministère de la Défense », Assemblée nationale, doc. n° 3591, 2007.

60. « M^me^ Michèle Alliot-Marie a remarqué que, sur les externalisations ou la passation de partenariats public-privé, les calculs de rentabilité de ces opérations étaient biaisés. En effet, elle a observé que, lorsque le ministère ne réalisait plus « en régie », c'est-à-dire pour lui-même, certaines prestations, il devait supporter le coût supplémentaire de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) applicable par ses fournisseurs. Elle a précisé que, dans ces conditions, le ministère ne pouvait envisager d'externaliser une prestation ou un service que si l'économie attendue était supérieure à l'assujettissement à la TVA, soit 19,6 % », commission des finances du Sénat, 26 octobre 2006, http://www.senat.fr/bulletin/20061023/fin.html..

61. M. Dasseux, *op. cit.*, p. 14.

En somme, la frontière s'avère toujours provisoire, et la compétence externalisée, notamment lorsqu'il s'agit d'activités hautement techniques, doit pouvoir à tout moment revenir dans le giron de l'armée, c'est-à-dire, de l'État. Certes, la réversibilité peut, à beaucoup d'égards, sembler illusoire et peu vraisemblable ; ce qui importe toutefois, c'est son principe même, qui manifeste, de la part de l'État, la volonté de garder la maîtrise, fût-ce en puissance, de son activité de défense.

2

L'EXTERNALISATION EN PRINCIPES

Dans le prolongement de ce que l'on vient de constater à propos de la défense et, plus largement, des pratiques d'une externalisation tous azimuts, on doit donc envisager celle-ci de façon globale, du point de vue des principes qui la gouvernent.

Les conclusions de la commission présidée par Jean Picq, chargée de réfléchir « aux responsabilités que doit exercer l'État et de proposer les voies et moyens d'assurer une meilleure adéquation des structures des administrations centrales et des services extérieurs à leur mission », remises au Premier ministre en novembre 1993, distinguaient deux types de fonctions : des fonctions de souveraineté (justice, sécurité, etc.), dans lesquelles la spécificité de la gestion publique doit être préservée ; et des fonctions ou des responsabilités partagées, dans lesquelles l'État, régulateur ou opérateur, peut s'inspirer des méthodes qui ont fait leurs preuves dans le secteur privé [62]. Une douzaine d'années plus tard, il semble que ces frontières soient devenues poreuses.

Si l'évolution en cours ne signifie pas « le désengagement complet de l'État au profit de l'initiative privée [63] », elle n'en implique pas moins, y compris dans l'ordre régalien, une remise en cause

62. Voir O. Gohin, *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 5e édition, coll. « Manuel », 2006, p. 13.
63. *Id.*, *ibid.*, p. 12.

massive du monopole étatique. Bouleversant les vieilles habitudes, cette remise en cause n'est au fond pas nécessairement illégitime, ni même impraticable, comme le montrent bon nombre de nos voisins et ainsi que nous le rappelle du reste notre propre histoire. Désormais, comme si la figure de l'État exclusif et monopolisateur n'avait été qu'une parenthèse historique d'environ deux siècles, l'externalisation, définie comme « un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques précédemment exercées par elle à des prestataires de service extérieurs », revient « au cœur des préoccupations de l'État »[64].

A. NÉCESSITÉ D'UNE STRATÉGIE

Pourtant, ce qui frappe l'observateur, en la matière, c'est, en même temps que le caractère global du phénomène, l'absence (paradoxale) d'un « véritable plan d'ensemble »[65]. Tous les services de l'État y procèdent, mais de façon variable, sinon aléatoire et disparate. Une externalisation fraîche et joyeuse, mais qui donne parfois le sentiment de ne pas savoir où elle va.

Dans une étude portant sur quatorze ministères, Baptiste Danjou et Emmanuel Massa constataient ainsi l'extrême diversité des modalités d'externalisation : par exemple, si le gardiennage et la sécurité sont presque entièrement externalisés au ministère de la Défense, ils ne le sont que très partiellement au ministère des Finances, et à peine dans les services du Premier ministre. Même absence de stratégie construite en matière de défense, comme le soulignait Marc Francina, lors de la présentation de son rapport d'information sur les perspectives d'externalisation devant la commission de la défense nationale, le 17 janvier 2007 : il constatait que « la première vague, à partir de la fin des années 1990, avait essentiellement résulté de la professionnalisation

64. P. Lignières, L. Babin, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Droit administratif*, mai 2002, p. 37.

65. Voir B. Danjou, E. Massa, *Services publics et externalisation. Réalités, actualité et perspectives*, École des mines de Paris, Salon Externaliser, 2005, p. 52.

des armées. Ont peu à peu été confiées à des prestataires privés de nombreuses activités périphériques qui répondaient à une *certaine urgence*, face à la profonde transformation des armées, notamment la disparition des appelés. *Cette forme d'externalisation a été de ce fait davantage subie que conceptualisée et anticipée par le ministère*[66] ».

L'incertitude tient aussi au périmètre externalisable. *A priori*, le « stratégique », ce qu'on appelle parfois le « cœur de métier », en semble exclu. C'est ce que rappelle par exemple la loi du 12 décembre 2005 à propos du bracelet électronique, dit « placement sous surveillance électronique mobile », qui dispose qu'un décret en Conseil d'État précisera « les conditions d'habilitation des personnes de droit privé auxquelles peuvent être confiées les prestations techniques *détachables des fonctions de souveraineté* concernant la mise en œuvre du placement sous surveillance électronique mobile et relative notamment à la conception et à la maintenance du dispositif ». Certes : mais qu'est-ce donc qu'une prestation « détachable des fonctions de souveraineté » ? La détachabilité, comme le montrent aussi bien le droit public que le droit pénal, constitue une notion à géométrie variable insusceptible de délimiter des périmètres clairs[67]. Pour ce qui est du ministère de la Justice, par exemple, on constate que les établissements où sont placés les jeunes délinquants sont des établissements privés, généralement

66. Commission de la défense nationale et des forces armées, 17 janvier 2007, compte rendu n° 16, session 2006-2007.

67. « Les frontières [...] sont incertaines. » C'est ce que constatait aussi Philippe Cossalter à propos de la décision du Conseil constitutionnel, reconnaissant que l'article 49 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (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), 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 »* (Conseil constitutionnel, 29 août 2002, décision n° 2002-461 DC, loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 87, 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.

confiés à des associations. Toujours dans le même domaine, il a été question de confier le « transfèrement » des détenus, fonction très consommatrice de personnel mais *a priori* inhérente au pouvoir de contrainte, à des sociétés de transport privé.

En fait, les principales limites au processus d'externalisation semblent étrangères au contenu de la fonction externalisée : elles tiennent à la « faisabilité » de l'opération, en termes de réversibilité, de coût financier et de risque social. C'est d'ailleurs parce que « la question de l'externalisation est très conflictuelle vis-à-vis des syndicats [que] l'on n'entend guère parler de grandes stratégies d'externalisation, car dès qu'il y en a une, ces derniers réagissent de manière frontale. Par conséquent, pragmatisme et opportunisme sont les maîtres mots en matière d'externalisation dans les ministères[68] ».

Risque social, mais aussi risque politique, dans la mesure où la critique de l'externalisation peut constituer, pour l'opposition, droite et gauche confondues, un cheval de bataille facile à enfourcher, et plutôt confortable.

Ainsi, en matière fiscale : en 1990, alors que la majorité de gauche instaure la contribution sociale généralisée (CSG), certains députés de droite vont en contester le mode de recouvrement par les ASSEDIC, personnes morales de droit privé, ce qu'ils jugent « contraire au principe d'exclusivité de l'État en la matière[69] » et, plus précisément, au « principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel seul l'État recouvre l'impôt ». Le Conseil constitutionnel, présidé par Robert Badinter, ne reconnaîtra pas un tel principe : « Aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République ne lui impose un mode particulier de recouvrement. » L'externalisation fiscale n'est pas contraire à la Constitution, dès lors que le recouvrement est effectué « sous l'autorité de l'État ou sous son contrôle ». Cependant, treize ans plus tard, c'est la gauche qui, devenue minoritaire, tente de monter au créneau à

68. B. Danjou, E. Massa, *op. cit*, p. 10.
69. Conseil constitutionnel, décision n° 90-285 DC, 28 décembre 1990.

propos d'un amendement à la loi de finances pour 2004 visant à réserver à l'État l'activité de jaugeage des navires prévue par le Code des douanes. Cette activité, déclare alors le sénateur Marc Massion, permettant d'établir le droit à payer par les propriétaires du navire, « participe du pouvoir fiscal de l'État, et ne peut être exercée que par l'État ». Pourtant, accuse ce sénateur, « le ministre des Finances envisage actuellement de transférer cette activité régalienne au secteur privé, ce qui, selon nous, serait une grave erreur. Dans l'histoire de l'administration fiscale française, toutes les tentatives d'octroyer des pouvoirs fiscaux à des personnes privées se sont soldées par des échecs lamentables[70] ». Quant au sénateur Michel Charasse, il avance un argument de principe : « Le régalien ne se délègue ni ne se concède. » Puis il présente un argument pratique : « Ce qui est concédé au privé fonctionne fort mal. » À quoi le ministre délégué au Budget, Alain Lambert, répliquera qu'au contraire « il est très important que l'État soit performant, comme le sont les activités privées, et ne soit pas soupçonné d'être moins moderne que ne le sont celles-ci[71] ». Ce système avait alors été défendu par le sénateur Marini, rapporteur général, avec des arguments très révélateurs des nouvelles perspectives : « Il convient, déclarait-il, de rappeler que le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a mis en place un processus de réexamen des procédures et des traitements administratifs, dans le cadre de la réforme dite "Bercy en mouvement". Le ministre y est très attaché, et à juste titre […]. Dans ce cadre, huit chaînes de traitement ont été examinées en 2003 […]. Cet examen a, par exemple, conduit […] à l'externalisation du poinçonnage des métaux précieux auprès des professionnels […]. En 2004, d'autres procédures administratives feront l'objet d'un examen, et notamment, au sein du secteur douanier, le jaugeage des navires. […] L'amendement de nos collègues du groupe socialiste n'est pas

70. Sénat, séance publique, 9 décembre 2003.
71. *Ibid*.

conforme aux orientations générales de réforme des services de l'État telles qu'elles se mettent progressivement en place, notamment au sein de l'administration des finances. C'est pourquoi la commission des finances y est défavorable. » Quant au ministre délégué, Alain Lambert, il soulignait que « notre ministère mène des travaux tout à fait approfondis de *reengineering* de nos chaînes de traitement *parce qu'il est très important que l'État soit performant, comme le sont les activités privées, et ne soit pas soupçonné d'être moins moderne que ne le sont celles-ci. Nous nous appliquons donc à moderniser nos méthodes de travail.* Le mesurage et l'établissement des certificats de jauge font l'objet d'une expertise en vue d'optimiser le fonctionnement de la certification, *et ce type d'activité ne relève pas, par nature, des missions de l'administration*[72] ».

À tous ces risques, périphériques, s'ajoute enfin, comme le montrent les expériences étrangères, des risques internes, pour l'État lui-même : Guy Teissier, président de la commission de la défense nationale, déclarait lors de la séance du 17 janvier 2007 que « si l'externalisation est une bonne chose en soi puisqu'elle est inéluctable dans le cadre de la professionnalisation des armées, elle n'en constitue pas moins un exercice qui connaît ses limites, comme le montre l'exemple britannique, qui a rencontré un échec dans le domaine des OPEX […]. De fait, la France n'a aucun intérêt à tomber dans les mêmes excès que ses partenaires anglo-saxons qui ont dû faire marche arrière dans un certain nombre de secteurs ». Sans même parler ici d'exemples non pertinents – comme ceux des pays d'Afrique subsaharienne, où une externalisation non maîtrisée tend parfois à remettre en cause la souveraineté de l'État[73] –, on constate qu'aux États-Unis certains observateurs soulignent le caractère finalement contre-productif du recours aux sociétés militaires privées dans le cadre du conflit irakien, affirmant que l'externalisation militaire

72. *Ibid.*

73. Voir B. Hibou, *La Privatisation des États*, Paris, Karthala, coll. « Recherches internationales », 1999, p. 15 *sqq*.

s'est muée en dépendance et qu'elle a donc accru la vulnérabilité de l'État au lieu de la réduire.

B. ÉLÉMENTS D'UNE STRATÉGIE

Du fait de son importance – et des risques qui lui sont inhérents –, le mouvement d'externalisation doit impérativement s'inscrire dans une perspective *stratégique*, comme le rappelait dès 2003 le secrétaire d'État à la réforme de l'État, Henri Plagnol : « Il faut absolument éviter le coup par coup, au petit bonheur la chance[74]. » Or, le sentiment dominant est que les frontières de la délégation tenaient plus à la « faisabilité » technique, financière, voire politique de celle-ci qu'à des questions de principe. D'où le besoin d'établir les paramètres d'une stratégie possible, laquelle suppose que le mouvement d'externalisation soit à la fois justifiable et maîtrisé, encadré et délimité.

1. Une externalisation légitimée

L'externalisation, on vient de le rappeler, fait l'objet d'une forte contestation politique et syndicale[75] et, plus largement, d'une certaine défiance de la part de l'opinion publique. D'où l'utilité d'une légitimation – qui n'échappera d'ailleurs jamais tout à fait aux critiques et aux contestations. Comme le notait Philippe Cossalter dans son étude sur « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », si le « choix entre gestion directe et externalisation » suppose que l'on ait « recours à des critères objectifs d'évaluation des mérites de chaque mode de gestion, […] aucune méthode d'évaluation ne permet de réduire tout à fait la

74. « Il s'agit vraiment de s'adresser, pour une durée pluriannuelle, avec une obligation de résultat, à un acteur qui assumera mieux, parce que c'est sa spécialité, le service qui lui est confié. Cela suppose un engagement réciproque ; et que nos prestataires s'engagent en termes de niveau de service, de performances et de responsabilité. » Discours prononcé le 1er octobre 2003, lors de la dernière édition du salon PROseg/Externaliser, http://www.arseg.asso.fr/article.php3?id_article=1323.

75. À ce propos, voir le rapprochement entre révision générale des politiques publiques (RGPP) et externalisation dans le discours syndical depuis l'été 2007.

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[76] ». C'est dans ces limites que l'on pourra entreprendre de légitimer le recours à l'externalisation : une légitimation qui coïncidera alors avec la nouvelle façon de concevoir l'État et ses fonctions, l'externalisation correspondant à la volonté de recentrer l'État sur son « cœur de métier » afin de le rendre « plus modeste, plus efficace et moins onéreux[77]».

a. Vers un État moins onéreux

Lorsqu'on envisage les raisons de l'externalisation, c'est souvent la dimension financière qui se trouve mise en avant : tel était le cas en matière militaire, lors de la session de la commission de la défense nationale du 17 janvier 2007, où le rapporteur Marc Francina déclarait, à propos des avantages attendus de l'externalisation, qu'« au-delà de la possibilité de recentrer les personnels sur leur cœur de métier, elle peut être un moyen d'améliorer la gestion du ministère de la Défense, en dégageant des économies budgétaires, grâce à la fourniture de services plus adaptés aux besoins des armées, à un contrôle de gestion plus rigoureux, voire à un partage de capacités avec des acteurs tiers ». Marc Francina précisait encore : « L'externalisation de la gestion des véhicules du ministère devrait ainsi conduire à des économies de l'ordre de 20 %. Le recours à des partenariats public-privé [PPP] doit se traduire également par une meilleure maîtrise des investissements, en contraignant la puissance publique à analyser les activités qu'elle souhaite externaliser, en envisageant un investissement sur tout son

76. P. Cossalter, « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/rapport_Cossalter.pdf.

77. Ainsi, explique J.-D. Dreyfus, « l'externalisation aura pour principal effet la réaffectation des personnels employés par la personne publique à des activités en prise directe avec les usagers. [...] À une époque où l'on cherche à améliorer les relations entre l'administration et les usagers [...], c'est, conclut-il, une donnée non négligeable » (*op. cit.*, p. 1218).

cycle de vie, en termes de coût de possession notamment, et en permettant un transfert de risques vers l'opérateur privé. Enfin, dans le cadre des partenariats, le ministère de la Défense a l'opportunité de bénéficier de performances accrues, grâce à des contrats prévoyant une rémunération fondée, au moins pour partie, sur la réalisation d'objectifs[78]. » Mais l'argument a été avancé dans d'autres domaines, qu'il s'agisse de police[79], de la gestion de l'action diplomatique[80] ou du service public pénitentiaire. Plus largement, cet argument renvoie à « la rhétorique de la *Best Value* », qui domine, en Grande-Bretagne, la question du recours à la Private Finance Initiative (PFI), celui-ci se trouvant justifié par « la certitude que la gestion privée amène des économies à long terme[81] ». C'est ainsi, par exemple, que le « Guide du trésor » de 1995, *Private Opportunity, Public Benefit ?* partait du postulat, présenté comme une évidence, que « l'approche par la PFI sera généralement meilleure qu'une gestion selon les modes traditionnels : le meilleur management inhérent aux projets de PFI apportera un meilleur rapport qualité-prix[82] ».

En réalité, il ne s'agit pas d'une évidence[83], comme la pratique se chargera assez vite de le démontrer dans plusieurs domaines.

En matière de défense, par exemple, Marc Francina a tenu à reconnaître, lors de l'audition du 17 janvier 2007, « que l'évaluation des économies obtenues dans ce cadre s'avère complexe. Il est ainsi

78. M. Francina, *op.cit.*, 2007.

79. Voir J. Marguin, « Forces de police et entreprises de sécurité aux États-Unis et en France » : « L'utilisation d'entreprises privées pour des missions bien spécifiques s'avère économiquement plus rentable pour la collectivité », http://www.frstrategie.org/barreCompetences/terrorisme/policeSecu.pdf.

80. Projet de loi de finances pour 2007, action extérieure de l'État : on y évoque la suppression d'effectifs résultant notamment d'une « externalisation partielle du service de la valise diplomatique ».

81. P. Cossalter, *La Private Finance Initiative*, *op. cit.*, p. 31.

82. *Id.*, *ibid.*, p. 33.

83. En Grande-Bretagne, constate du reste P. Cossalter, « l'analyse du gouvernement [...] semble avoir manqué d'objectivité, dans un premier temps, lorsque la comparaison entre gestion publique et gestion privée était impossible, du fait de l'absence d'indicateurs et d'exemples concrets » (*ibid.*, p. 32).

difficile d'établir un bilan économique des externalisations réalisées par la Défense à la suite de la professionnalisation. En l'absence d'un système de comptabilité analytique au sein des administrations, on ne peut comparer le coût d'une activité assurée en interne à celui résultant de l'intervention d'un opérateur. De plus, pour la Défense, une grande partie des activités qui ont été externalisées était auparavant confiée à des appelés, soit une main-d'œuvre quasi gratuite, ce qui fausse les éventuels calculs. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la LOLF devrait entraîner des évolutions, en introduisant dans les finances publiques une logique proche de la comptabilité analytique. En outre, pour les projets d'externalisation plus récents, le ministère de la Défense ne dispose que d'hypothèses de coûts et d'économies qui ne peuvent encore être vérifiées. En tout état de cause, l'exemple britannique tend à montrer que les économies obtenues sont généralement en deçà des attentes : alors que le Ministry of Defence estimait en 1999 que les PFI allaient générer des économies de 5 à 40 %, celles-ci se limiteraient à 5 à 6 %, selon les données disponibles. De façon générale, les économies résultant d'une externalisation dépendent largement de l'existence d'une certaine concurrence sur le secteur d'activité concerné. »

Il en va de même du service public pénitentiaire, où les prévisions financières ont finalement été déçues, l'externalisation, dite « gestion mixte », s'avérant souvent plus chère que le service assuré en régie. Une première tentative de comparaison menée de 1995 à 1997, note la Cour des comptes en 2006 dans son « Rapport public thématique », avait « fait apparaître que le coût global de la gestion mixte était, tous établissements confondus, comparable à celui de la gestion publique ; en revanche, à capacité équivalente, elle concluait au coût supérieur de la gestion mixte, l'écart entre les deux modes de gestion étant de l'ordre de 10 % du coût par jour de détention et par établissement[84] ». Cependant, pointe le rapport, il ressortait surtout de l'étude réalisée « qu'une comparaison sérieuse exigeait

84. Cour des comptes, « Rapport public thématique », 2006, p. 172 *sqq*.

la mobilisation de moyens conséquents », pour l'instant absents. C'est pourquoi, à partir de 1996, l'administration pénitentiaire « a cessé de faire de la comparaison des deux modes de gestion une priorité et l'étude amorcée a été abandonnée, […] [renonçant] à toute analyse approfondie et [se bornant] à souligner les difficultés d'un exercice qu'elle n'est jamais parvenue à mener à bien ». Des approches simplificatrices et approximatives dont elle s'est contentée depuis, note encore la Cour des comptes, il résultait l'identification d'un coût budgétaire direct de la gestion publique (63,54 € par jour de détention) lui permettant de conclure que la gestion mixte était moins onéreuse pour les pouvoirs publics, l'écart atteignant 4 %. Mais « une telle conclusion ne peut être tenue pour fiable ». La Cour des comptes s'est donc « efforcée de procéder à une comparaison des deux modes de gestion moins rustique », laquelle montre « que le coût budgétaire direct de la gestion publique est inférieur à celui de la gestion mixte : selon les échantillons retenus et les exercices considérés, l'écart entre la gestion mixte et la gestion publique va de 8,5 % à plus de 50 % du coût de cette dernière ».

D'où, en fin de compte, la nécessité de compenser cette déception au moyen de montages financiers ou fiscaux – comme celui évoqué le 14 novembre 2007 lors de la discussion du budget de la Défense : un amendement visait à ce que soit étudiée par le gouvernement la création, à compter du 1er janvier 2009, d'un dispositif de récupération de la TVA payée au titre des prestations externalisées. Dans certains cas, notait en effet le rapporteur spécial, Louis Giscard d'Estaing, « les responsables sursoient à l'externalisation en raison du taux de TVA à 19,6 % que le ministère aurait à acquitter[85] ». De fait, acquiesçait le ministre de la Défense, « l'externalisation, même si elle n'est pas la panacée, est dans certains cas souhaitable. Or, le fait d'avoir à payer une TVA à 19,6 % représente un frein à son développement. […] Pour ma part, j'invite le Parlement à formuler des propositions sur

85. Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, séance du mercredi 14 novembre 2007.

les moyens de récupérer celle-ci, car sinon nous n'avancerons guère dans la voie de l'externalisation ».

En somme, l'argument financier, du moins considéré isolément, abstraction faite des autres paramètres, n'apparaît pas décisif. C'est donc en recourant à d'autres arguments, en évoquant la reconstruction d'un État plus modeste et plus efficace, que l'on pourra légitimer l'externalisation.

b. Un État plus modeste

La délégation, la contractualisation ou l'externalisation ont pour objectif, ainsi que le soulignait la circulaire Raffarin du 25 juin 2003, de pousser l'État à se recentrer sur « le cœur de ses missions [86] ».

Cette idée d'un recentrage est intéressante, et même capitale. Intéressante en ce qu'elle suppose que l'État comporte un centre, ou un « noyau dur », correspondant à ce qu'il a de réellement essentiel, la réalisation des conditions extérieures du bien commun : bref, qu'il n'est ni superflu, et voué à dépérir, ni « omnicompétent », et ayant vocation à agir dans tous les domaines, sans hiérarchisation, à cet égard, entre ses interventions. L'autre idée, non moins intéressante, c'est que l'oubli de cette réalité, et donc le gonflement sans limites de l'État centralisé, puis de l'État providence, loin d'accroître son autorité, a plutôt conduit à la réduire : « Qui trop embrasse mal étreint », dit le proverbe, ce que le grand historien Hippolyte Taine traduisait en constatant qu'il existe « une sorte de contradiction entre la centralisation et l'autorité [87] ». Ce recentrage, visant à rendre

86. Circulaire du 25 juin 2003 relative aux stratégies ministérielles de réforme (*JO* n° 163 du 17 juillet 2003, p. 12095). Après avoir insisté sur l'idée que l'État, « recentré sur le cœur de ses missions », devait, « au meilleur coût pour la collectivité, apporter un meilleur service aux Français et une plus grande satisfaction à ses agents », le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin, s'adressant aux membres de son gouvernement, leur demandait de « procéder à un réexamen systématique de [leurs] missions » et soulignait que « certaines de ces missions peuvent être déléguées ou abandonnées ».

87. Cité par C. Boutin, F. Rouvillois, (dir.), *Décentraliser en France*, François-Xavier de Guibert, 2003, p. 127.

l'État à ses seules fonctions « naturelles », ou régaliennes, aura pour objectif et pour effet de le réarmer et de concentrer sa puissance, en le rendant plus modeste.

Autre point capital, l'externalisation n'est en rien synonyme de « banalisation de l'État »[88] : au contraire même, dans la mesure où, se défaisant de tout ce qui le faisait ressembler à un entrepreneur privé en plus gros (et en plus rigide), en se recentrant sur ce que lui seul peut faire, l'État retrouve ce qui constitue son essence – la notion classique de souveraineté n'impliquant pas que son détenteur ait « plus de pouvoir », ni un pouvoir s'exerçant sur « plus de choses », mais un pouvoir « plus élevé » que celui de tous les autres intervenants.

Dernier point : cette façon de concevoir l'État semble, plus ou moins, en rupture avec la notion weberienne d'un État légal, rationnel et bureaucratique, qui constituait au fond le modèle de l'État « moderne » ; mais peut-être indique-t-elle à quoi pourrait ressembler l'État postmoderne, tout en permettant de clore ce qui n'a peut-être été qu'une assez brève parenthèse historique.

c. Un État plus efficace

L'efficacité de l'État est liée à son « recentrage » : faisant moins, il pourra faire mieux. Or, la politique de modernisation de l'administration et des services publics menée en France depuis le début des années 1980 par tous les gouvernements successifs semble aller dans ce sens : il s'agit à chaque fois, comme l'affirme Philippe Warin, de revoir la logique qui « empêcherait d'assurer l'efficacité d'un État à la fois proliférant et paupérisé[89] ». On pourrait s'interroger sur la chronologie de cette tardive prise de conscience. Mais quoi qu'il en soit, l'idée centrale est bien là : celle de la montée en puissance d'un discours sur l'efficacité de l'État, l'idée sous-jacente étant que celui-ci

88. Voir S. Strange, *The Retreat of the State. The diffusion of power in the world economy*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in International Relations », 1996.

89. P. Warin, (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, La Découverte, coll. « Recherches », 1997, p. 81.

ne peut plus se permettre d'être inefficace, ni même de le paraître. Et ce notamment parce que le nouveau citoyen, le « citoyen client », juge cette efficacité des procédures inhérente à la qualité du service ; et qu'il estime que, sur ce plan, la puissance publique ne saurait être en situation d'infériorité par rapport aux intervenants privés. Or, l'un des moyens les plus sûrs d'assurer son efficacité, c'est de consentir à son recentrage et à son dégraissage en se délestant de certaines tâches auprès de ces intervenants privés.

Du reste, l'efficacité considérée est aussi celle des tâches qu'il assume (y compris sans les assurer), en bref, des services publics envisagés cette fois du côté des usagers, ces services pouvant avoir des résultats plus satisfaisants en étant confiés à des intervenants privés.

Tel est, bien sûr, l'un des arguments avancés par les partisans d'une externalisation massive. Ainsi, un chercheur à la Fondation pour la recherche stratégique, Jean Marguin, notait-il dans une étude intitulée « Forces de police et entreprises de sécurité aux États-Unis et en France » que « la sécurité privée s'est développée sur les insuffisances de la sécurité publique […] la criminalité ayant augmenté dans de telles proportions que les forces de police livrées à leurs seuls moyens [peuvent] être rapidement débordées par la tâche[90] ». Pour l'auteur, l'exemple américain démontre que « le secteur de la sécurité collective [peut] bénéficier des avantages de la concurrence[91] ». Or, si l'on ne peut, dans l'état actuel du droit, « parler, du moins en France, de mise en concurrence des secteurs public et privé », la situation s'analysant plutôt comme une « coproduction » de sécurité publique-privée, « il n'en reste pas moins que la pénétration de la sécurité privée exerce sur les forces de police étatiques un effet bénéfique en termes d'obligation et d'évaluation de résultats et d'économie de moyens[92] ».

90. J. Marguin, « Forces de police et entreprises de sécurité aux États-Unis et en France », http://www.frstrategie.org/barreCompetences/terrorisme/policeSecu.pdf.
91. *Id.*, *ibid.*, p. 6.
92. *Id.*, *ibid.*, p. 9.

Tel est aussi le discours tenu par les pouvoirs publics : « L'État, soulignait ainsi Henri Plagnol en octobre 2003, comme tout organisme public ou privé, a des missions qui sont essentielles pour la vie quotidienne de nos concitoyens. Pour assumer ces missions, il doit se poser la question de l'outil le plus pertinent dans une panoplie offerte de moyens : faut-il tout faire soi-même ou faire faire ? [Il s'agit] simplement de voir si l'on peut réaliser ces missions de service public avec une meilleure efficacité, un moindre coût et une plus grande qualité. Ni la mission ni la responsabilité finale ne sont remises en cause ; seul le moyen de réalisation est en balance. La panoplie de moyens est très diverse : elle va de ceux assumés en régies, pour reprendre le vocabulaire du droit public, jusqu'à la délégation de service où le prestataire choisi assume le risque, et se rémunère directement dans le cadre d'une convention à durée limitée avec la personne publique, qui garde la responsabilité fondamentale. Ensuite, dans cette perspective, je considère que l'externalisation peut être un des outils de l'indispensable modernisation des services publics. Ce qui signifie que l'externalisation passe par un vrai partenariat entre le prestataire et la puissance publique bénéficiaire[93]. »

93. H. Plagnol, *op.cit.* Voir, de même, le discours de Nicolas Sarkozy prononcé le 12 mars 2007 lors de la journée UMP de la défense, où le futur président, se situant « dans une volonté constante d'amélioration de la réactivité et de l'efficacité de notre outil de défense », déclarait que « l'externalisation de certaines fonctions de soutien, sans lien direct avec l'activité opérationnelle des forces, devra être recherchée, dans la continuité de certaines réalisations récentes, comme l'externalisation de la gestion des véhicules de la gamme commerciale ou de la formation des pilotes d'aéronefs. De même, il conviendra de confier davantage de tâches administratives aux civils, car le statut de militaire doit être réservé au cœur de métier, sous peine de confusion des genres et de mauvaise affectation des ressources. Réciproquement, les militaires n'ont pas vocation pour moi à être mobilisés pour des missions qui ne sont pas les leurs ou pour compenser les lacunes d'autres politiques publiques et d'autres administrations. Les sujétions des militaires sont déjà suffisamment lourdes comme cela, pour qu'on évite de les considérer comme les supplétifs de la République. Aller chercher les militaires quand la République est défaillante n'est pas ma conception de la fonction ». Dans le même sens, il plaidait pour un recours plus systématique à des modes de financement innovants pour les programmes d'armement. « Les partenariats public-privé, notait-il, sont par exemple parfaitement adaptés pour l'acquisition de capacités, comme les

Mais au-delà encore de ces affirmations, qui pourraient passer pour circonstancielles, une telle perspective renvoie à des mécanismes ou à des principes classiques, comme la légitime défense, la notion de subsidiarité, voire la décentralisation.

La légitime défense, qui constitue une remise en cause partielle et temporaire du principe du monopole étatique de la violence légitime, peut s'analyser comme une externalisation implicite. L'État confie en effet, pour un instant, le droit d'user de la force à un particulier, afin qu'il supplée par lui-même à la carence manifeste de la puissance publique. Ici, c'est l'impératif d'efficacité (dans le maintien de l'ordre public et de la tranquillité) qui justifie la délégation implicite de l'État à un particulier, ce dernier devant du reste user du pouvoir qui lui a été confié comme l'aurait fait l'État lui-même, c'est-à-dire en proportionnant la défense à l'attaque. Dans le même sens, la subsidiarité ou la décentralisation peuvent certes être considérées, sur un mode philosophique, comme manifestant le retour, à des collectivités locales, de « droits naturels » ; du côté de l'État, il s'agit de confier à d'autres intervenants, situés plus près des problèmes et des sujets de droit, des compétences, afin qu'elles soient mieux exercées que par l'État lui-même.

2. Une externalisation maîtrisée

L'autre volant de la stratégie tient au champ d'application et donc, symétriquement, aux limites susceptibles d'être assignées au processus. Il n'y a de vent favorable, disait Sénèque, que pour celui qui sait où il va : c'est-à-dire, pour celui qui sait où, et jusqu'où, il veut aller. Un constat qui vaut en général, et pas seulement pour la France, mais qui n'en pose pas moins des difficultés réelles, les frontières ne pouvant pas aisément être établies *a priori*.

satellites de télécommunication, susceptibles de faire l'objet d'un partage avec d'autres utilisateurs, civils ou militaires. *Nous restons encore timides dans ce domaine, en comparaison de nos amis britanniques, alors que nombre d'études démontrent que la qualité du service rendu par les PPP est supérieure à celle de la gestion directe*. »

a. En général : perspectives comparées

De façon générale, la possibilité d'assigner des limites stables au processus d'externalisation pose de réelles difficultés, comme l'a démontré Philippe Cossalter au terme d'une étude comparatiste qui indique que, sur ce plan, la France ne constitue pas une véritable exception : « La détermination des activités publiques non délégables pose, partout, des questions similaires : leur existence ne semble faire aucun doute, mais leur fondement aussi bien que leur étendue sont incertains. » Même si l'on met à part les activités qui, parfois présentées comme essentiellement non délégables, ne le sont en réalité qu'en vertu d'un texte qui en attribue la compétence à une personne déterminée, on constate que l'existence d'une limite inhérente à la nature des activités concernées s'avère malaisée à établir. Car s'« 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 les fondements, constitutionnels ou autres ». « C'est ici que les incertitudes sont les plus fortes. »

Certes, Philippe Cossalter note une constante, « l'existence d'un "noyau irréductible", de *core functions* qui ne peuvent être exercées que par les organes de l'administration. Mais ces références restent le plus souvent implicites, et la garantie de l'intégrité des fonctions participant à la souveraineté nationale n'est pas toujours assurée au niveau constitutionnel. 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. » Ainsi, remarque Philippe Cossalter, en Allemagne, alors que les législations de certains *Länder* interdisent les délégations de fonctions de « bien-être social » (comme l'assainissement ou le retraitement des déchets), l'État fédéral a externalisé l'ensemble du système de communications fixes (non militaires) du ministère de la Défense. Autre exemple : la loi fondamentale allemande interdit, dans son article 33, al. 4, de confier l'exercice des pouvoirs de puissance

publique à des tiers à l'Administration. Or, « 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 Hesse. Le groupe de travail chargé d'étudier cette question 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[94] ».

« Ainsi la question est variable selon la manière de définir les fonctions régaliennes, le contenu de ces fonctions, et le nombre et l'intensité des inévitables exceptions. » En ce domaine, « les frontières […] sont incertaines. Elles ne prennent une certaine netteté que lorsqu'il y est porté atteinte », et, en ce sens, « ce sont les exceptions qui permettent le mieux de saisir le principe, et son caractère éminemment variable. […] Au sein même des activités indélégables 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* », et chaque problème de délimitation de frontières devra donc être traité au cas par cas.

b. En particulier : le cas de la France

Il ne faut sans doute pas sous-estimer les pièges du comparatisme : « Comparaison n'est pas raison », dit le proverbe, surtout dans ces domaines, où le poids de l'histoire politique et des traditions nationales demeure considérable. L'État français, constitué depuis le haut Moyen Âge, ne se confond pas, sur ce plan, avec l'État fédéral allemand, l'État italien ou la Couronne britannique. Ainsi, le fait que cette dernière ait toujours été très en pointe en matière d'externalisation

94. « L'externalisation, explique Philippe Cossalter, 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 proche de ce qu'il est en droit français, en vertu de la loi du 22 juin 1987 modifiée, que du droit anglais, qui permet de déléguer toutes les fonctions, à la seule exception de la direction de l'établissement pénitentiaire » (« Le droit de l'externalisation… », art. cité).

ne signifie pas que d'autres États, et notamment la France, doivent et même puissent aller aussi loin dans leur démarche.

Ce que le comparatisme enseigne, cependant, c'est que le problème n'est pas quantitatif, mais qualitatif : ce qui importe, ce n'est jamais la quantité des tâches déléguées, c'est leur nature, leur proximité avec ce qui touche à la souveraineté et, surtout, serait-on tenté d'ajouter, l'esprit dans lequel on y procède.

Ce qui vaut en général vaut également, dans son principe, pour la France. « La question de la délégabilité a été renouvelée au niveau constitutionnel. De la jurisprudence du Conseil constitutionnel il ressort qu'au sein des services publics nationaux, seuls les 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" (18 septembre 1986, n° 86-217 DC, loi relative à la liberté de communication, cons. 9), "exigé[s] par la Constitution" (7 janvier 1988, n° 87-232 DC, loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole, cons. 30) ou encore, "dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution" (9 avril 1996, n° 96-375 DC, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, cons. 5). »

Mais ces frontières sont poreuses et incertaines : notamment à travers l'usage de la notion de détachabilité, comme on l'a déjà noté à propos de la loi d'orientation et de programmation pour la justice[95], ou, encore, de la loi relative à la maîtrise de l'immigration[96], permettant de confier à des intervenants privés le transport armé de personnes retenues en centre de rétention ou maintenues en zone d'attente (CC, 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC, loi relative

95. 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.

96. 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).

à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité).

En somme, « l'identification des activités indélégables *par nature* ne peut se défaire d'une certaine approximation, et [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 régalienne 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[97] ».

Là encore, c'est donc au cas par cas qu'il faudra procéder. C'est ce que confirment, par exemple, les remarques du rapporteur Francina devant la commission de la défense nationale, souhaitant que « soit pris en compte le caractère régalien des activités de défense, avec notamment la projection de nos forces armées en opérations extérieures, ce qui limite nécessairement le champ des fonctions susceptibles d'être externalisées. Si les tâches ancillaires, la formation, le soutien ou des opérations immobilières peuvent être confiés sur le territoire national à des opérateurs privés sans soulever de difficultés particulières, il importe de conserver au sein des armées les compétences nécessaires pour réaliser les missions sur un théâtre extérieur ; quant aux équipements, seuls ceux qui ne sont pas amenés à intervenir "en première ligne" en opération semblent pouvoir faire l'objet de partenariats public-privé ».

Mais tout cela relève d'une démarche plus tactique que stratégique. Alors que « le développement de l'externalisation […] repousse constamment les frontières de ce qui semblait relever, de

97. P. Cossalter, « Le droit de l'externalisation… », art. cité.

manière indivisible, de l'exercice direct de la souveraineté par les organes et les agents de l'État », alors qu'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 » [98], on doit donc se demander s'il est pertinent de faire l'économie d'une réflexion plus vaste et mieux construite. Une réflexion d'autant plus nécessaire que l'externalisation tend à devenir l'un des chevaux de bataille de l'indispensable réforme de l'État.

Le 20 juin 2007, le nouveau président de la République, Nicolas Sarkozy, lançait, lors du conseil des ministres, le principe d'une révision générale des politiques publiques (RGPP), visant à remédier à la dégradation des finances publiques françaises. Cette dernière, constatait le « Guide méthodologique » établi par le gouvernement, résulte « d'une gestion publique trop peu efficace », d'un empilement des structures et, au fond, d'une opacité croissante, préjudiciable au système dans son ensemble.

D'où la nécessité, comme le soulignait encore le Premier ministre, de soumettre les politiques publiques à « un impératif de performance qui renvoie à une triple exigence d'efficacité, de qualité du service rendu et d'économie dans la gestion des finances publiques ». Une logique nouvelle, coïncidant du reste avec celle qui se trouve à l'œuvre dans la loi organique relative aux lois de finances, dominée par le double impératif de la performance et de la responsabilisation des gestionnaires.

Sur un plan concret, la mise en œuvre de cette rationalisation de l'État, qui devra débuter par « un examen stratégique » de l'ensemble de ses dépenses budgétaires et fiscales et de celles de ses opérateurs, conduira à s'interroger sur *« chaque dépense publique, pour la réorganiser de façon méthodique et intelligente et pour la rendre plus productive et plus efficace »*. Et donc, à poser une question préalable : *« La politique peut-elle être assurée plus efficacement par d'autres acteurs*

98. *Id.*, *ibid.*

ou sous d'autres formes ? Peut-on décentraliser, externaliser ou déléguer la gestion à un opérateur public ou privé ? Est-ce à l'État de conduire cette politique ? À quel niveau ? Avec quelles coopérations et articulations avec d'autres acteurs publics ou privés ? »

Une fois effectué ce travail préparatoire de repérage, d'audit et de hiérarchisation, il sera possible, insiste encore le « Guide méthodologique », d'« abandonner des politiques qui ne fonctionnent pas, [de] changer le réglage de certaines interventions de l'État » et, en particulier, de « remettre en cause les doublons ». Quelques mois plus tard, l'annonce, le 13 décembre 2007, d'un train de quatre-vingt-dix-sept mesures visant à réduire le train des dépenses publiques et, plus largement, à être le premier pas d'une réforme en profondeur de l'État confirme, s'il en était besoin, que le problème de l'externalisation n'a jamais été aussi actuel.

CONCLUSION

L'État, confronté à des mutations sans précédent, doit apprendre à se redéployer selon plusieurs modes parallèles, celui du reflux dans certains cas, celui du renforcement dans d'autres, mais aussi celui de l'intensification de sa collaboration avec des partenaires privés : autant de mouvements qui supposent une approche stratégique.

L'externalisation peut être en effet la meilleure ou la pire des choses. La pire, lorsqu'elle traduit, comme en Afrique noire, le délitement ou le dépérissement d'un État devenu incapable de remplir son rôle et de conserver la haute main sur des fonctions qui lui sont pourtant consubstantielles : douane, sécurité ou fiscalité. Dans ce cas, l'externalisation est le premier terme d'une privatisation de l'État, lourde de risques pour la société. Mais, sur un mode certes moins catastrophique, l'externalisation peut aussi s'avérer critiquable lorsqu'elle se fait au hasard, sans un plan préconçu. Ou encore, lorsqu'on n'y procède que pour des raisons d'ordre idéologique. Vouloir externaliser par simple défiance à l'égard de l'État, au nom d'un « ultralibéralisme » aveuglément hostile à tout ce qui se rattache à l'autorité et à la sphère publique, ne peut en effet qu'aboutir à des politiques brouillées, brouillonnes, et à des résultats médiocres. L'objectif ne saurait être un dégraissage à tout prix, fondé sur le postulat simpliste suivant lequel le privé serait intrinsèquement supérieur au public.

Si l'on doit externaliser, ce n'est point par haine de l'État, mais, au contraire, en vue de le renforcer en le (re)concentrant sur son « cœur de métier », et en y procédant selon une méthode adéquate. C'est alors que l'externalisation ne sera plus la pire des choses, mais la meilleure des politiques. La meilleure, en ce qu'elle oblige l'État à se retourner sur lui-même, à s'interroger sur ce qu'il veut et sur ce qu'il doit être, dans le contexte profondément renouvelé qui est le

nôtre. Car, pour établir une stratégie rationnelle, il faut, on l'a rappelé, établir des critères et des principes. Ainsi, lorsque l'on entreprend de recentrer l'État sur son « cœur de métier », encore faut-il déterminer ce que l'on entend par là, et pourquoi, qu'est-ce qui peut en être « détaché », et comment.

Un effort qui ne consiste pas en un acte de connaissance, visant à établir ce qui serait étatique par essence ou par « nature », puisque ni cette essence ni cette nature n'existent, mais en un acte de volonté : de volonté *politique,* puisque c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient de poser les frontières et de savoir les justifier. Alors, et alors seulement, l'État saura où il veut aller, et ce qu'il veut faire.

C'est sur ce plan que l'on est tenté de plaider pour une notion qui a tout à la fois l'avantage et l'inconvénient de rester assez floue, malgré son ancienneté et son usage récurrent dans le discours de la réforme de l'État : la notion de pouvoir régalien.

Pour établir et justifier des frontières qui doivent être à la fois souples et précises, elle paraît en effet plus opératoire que les notions de gouvernance – trop molle, exagérément polysémique et « victime d'un effet de mode qui invite à considérer son emploi avec une certaine perplexité[99] » – ou de souveraineté, trop rigide et impérialiste. À la rigueur, en effet, tout peut relever de la souveraineté, définie comme un pouvoir qui, parce qu'il est ultime, domine tout et peut intervenir dans tous les domaines. C'est sur ce fondement que s'étaient construits l'État jacobin, l'État bureaucratique, puis l'État providence : le souverain a l'œil sur tout. La notion de pouvoir régalien,

99. F. Briatte, « Le rôle de l'État central dans les politiques contemporaines de sécurité », http://phnk.com/files/m2-gs-securite-note.pdf. L'auteur cite à ce propos Patrick Le Galès, pour qui « la notion de gouvernance émerge face au diagnostic d'une "incapacité" des gouvernements à répondre aux problèmes qui leur sont soumis et à s'ajuster à de nouvelles formes d'organisation sociale, économique et politique. [...] C'est la remise en cause et la restructuration de l'État face aux processus de différenciation interne, d'européanisation et de globalisation qui justifient l'intérêt pour cette notion ». (P. Le Galès, « Gouvernance », *in* L. Boussaguet, S. Jacquot et P. Ravinet (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Sciences Po Gouvernances », 2005, p. 242-243.)

au contraire, paraît plus concrète, se traduisant d'ordinaire par une énumération plutôt que par une définition abstraite : c'est ainsi que l'*Encyclopédie*, parlant des droits régaliens, citait « la distribution de la justice, le pouvoir législatif, le droit de faire la guerre et la paix, le droit de battre monnaie, de mettre des impositions, de créer des offices, etc. » Cette approche, concevant les pouvoirs étatiques comme des « compétences d'exception », et non de droit commun, se rattache ainsi, plus fondamentalement, à la figure d'un État « modeste », conçu comme un appareil, comme un « fonctionnaire de la société », et non comme un Tout se confondant avec elle, jusqu'à l'absorber, à l'image de l'État révolutionnaire. La notion de pouvoir régalien se rattache aussi, du coup, aux mêmes logiques que la subsidiarité : toutes deux présupposent l'absence de coïncidence entre le pouvoir et son objet, entre la société et l'État, et concluent que ce dernier ne doit légitimement assurer que les fonctions qu'il est seul capable d'exercer de façon satisfaisante.

En somme, la notion de pouvoir régalien semble moins « piégée », moins équivoque et plus souple que celle de « souveraineté ». Mieux définie et, pourquoi pas, consacrée juridiquement, elle pourrait jouer un rôle majeur dans la redéfinition des compétences de l'État[100].

Une fois énoncé ce que sont ces « droits régaliens », l'État pourrait en effet porter sur lui-même un regard lucide, et entreprendre ainsi de se débarrasser de ce qu'il a en trop, de s'approprier ce qui lui manque, et de partager à bon escient certaines tâches, même centrales, avec des partenaires publics ou privés. C'est sur cette base qu'il pourrait devenir ce que les citoyens attendent désormais de lui, un intervenant « modeste », mais surtout fiable et efficace.

100. On notera par exemple l'usage répété de la notion lors d'un récent colloque organisé par l'association Droit et démocratie, « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », 22 janvier 2001, où le conseiller d'État Jean Massot traitait ainsi des « Fondements des pouvoirs régaliens de l'État sur les marchés » (*LPA*, n° 185, 2001, p. 6 *sqq.*).

2050 : la revue de la Fondation pour l'innovation politique. Comme toutes les grandes fondations européennes, la Fondation pour l'innovation politique dispose d'une revue ouverte sans exclusive aux universitaires et aux chercheurs français et étrangers. Elle est un espace d'expression et de propositions touchant tant aux questions de société qu'à l'évolution des rapports de force dans le monde.
Dossier du numéro 7 | « Nanotechnologies : science et conscience ».
(Contact : 2050@fondapol.org. Diffusion PUF.)

Publications récentes…

Basée sur une enquête réalisée auprès de 20 000 personnes en Europe, en Asie et aux États-Unis, l'étude *Les Jeunesses face à leur avenir,* dirigée par A. Stellinger (avec la collaboration de R. Wintrebert, préface de F. de Singly), dresse un état des lieux de l'attitude des jeunes vis-à-vis du travail, des institutions, de la famille et interroge leur confiance en l'avenir. Loin d'être désengagés, les jeunes adressent au contraire des messages forts au politique.

Engager la troisième révolution industrielle. Un nouvel ordre du jour énergétique pour l'Union européenne du XXIe siècle. Jeremy Rifkin exprime une nouvelle ambition pour l'Union européenne : qu'elle marque de son sceau le XXIe siècle en se faisant le leader mondial d'une troisième révolution industrielle fondée sur la convergence des réseaux d'énergie et de communication. Au cœur de cette révolution, l'hydrogène assurera la transition vers une économie « décarbonée ». Ce leadership européen est en construction ; il demande à être consolidé.

… de la Fondation pour

Où va l'Amérique ? Dans ce Document de travail, Bruno Tertrais, maître de recherche à la Fondation pour la recherche stratégique (FRS) et chercheur associé au Centre d'études et de recherches internationales (CERI), soutient que la première moitié du XXIe siècle sera très largement marquée par le caractère dominant de la puissance américaine. Pour l'auteur, à quelques mois du scrutin présidentiel, les espoirs de voir l'Amérique revenir « à la normale » et perdre un peu de sa superbe sont infondés.

Aller en Iran. Du 5 au 16 janvier 2008, Jérôme Monod, président d'honneur de la Fondation pour l'innovation politique, et Franck Debié, directeur général, se sont rendus en Iran. Il s'agissait d'aller voir derrière les images les plus répandues ou les préjugés qui concernent l'insécurité, l'hostilité à l'égard des étrangers et le rôle des femmes, et de savoir ce qu'il en est du développement en Iran d'une culture moderne brillante.

l'innovation politique…

Organisé les 6 et 7 février 2007 par la Fondation pour l'innovation politique à Ouagadougou, en partenariat avec l'Institut Afrique moderne et la Konrad Adenauer Stiftung, ce deuxième colloque international a été l'occasion d'un mélange des genres inédit : des hommes politiques, des personnalités du monde de l'entreprise, de la sphère académique, de l'administration ; des experts du Nord et du Sud… L'idée du partenariat euro-africain a été repensée à la lumière du bilan de cinquante années de coopération, sans concession.

… disponibles à l'achat ou téléchargeables en PDF sur www.fondapol.org

Je désire être tenu(e) informé(e) des publications de la **Fondation pour l'innovation politique :**

Nom ..... **Prénom** .....

Adresse .....

Code postal ..... **Ville** .....

Pays ..... **E-mail** .....

Merci d'envoyer ce coupon à l'adresse suivante :

FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE
137, rue de l'Université | 75007 Paris – France
Tél. : 33 (0)1 47 53 67 00 | Fax : 33 (0)1 44 18 37 65
E-mail : contact@fondapol.org | Site Internet : www.fondapol.org

Fondation pour l'innovation politique – 2008

ISBN 978-2-917613-05-4

Achevé d'imprimer par BB Impressions SARL – 93330 Neuilly-sur-Marne
Dépôt légal : avril 2008 – Imprimé en France

HORS-SÉRIE

AVRIL 2008

« Il nous faut, déclarait le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle sur la décentralisation, *un État fort et concentré sur ses missions régaliennes, et non pas un État qui, à force de s'occuper de tout, fait tout mal.* » L'externalisation relève, ou peut relever, de la même logique – renouant avec un autre modèle, celui d'un État moins interventionniste, se « déchargeant » de certaines fonctions afin d'éviter le coût et les lourdeurs d'un appareil administratif excessivement important, et pratiquant une « gouvernementalité indirecte ».

L'EXTERNALISATION

OU COMMENT RECENTRER L'ÉTAT SUR SES COMPÉTENCES ESSENTIELLES

Frédéric Rouvillois
Professeur agrégé de droit public à l'université Paris-V-René-Descartes.
Conseiller de la Fondation pour l'innovation politique.
Dernier ouvrage paru : *Les Nouveaux Territoires de l'État,*
La Documentation française, 2008.

FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE
fip

137, rue de l'Université | 75007 Paris – France
Tél. : 33 (0)1 47 53 67 00 | Fax : 33 (0)1 44 18 37 65
E-mail : contact@fondapol.org
ISBN 978-2-917613-05-4
Consultez notre site : www.fondapol.org

5 €