

## L'externalisation dans les services publics en France et ses limites

Pierre ESPLUGAS-LABATUT

*Professeur à l'Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand*

L'histoire des modes de gestion des services publics en France est en fait l'histoire de leur externalisation. Depuis que le modèle du service public a été théorisé en France par l'École de Bordeaux, le mouvement dessiné est en effet de chercher des formules qui s'éloignent de celle traditionnelle de la régie. Certes, il ne faut pas perdre de vue que la régie est encore la structure aujourd'hui choisie pour la majorité des services publics, et donc que l'État ou les collectivités territoriales assument directement, avec leurs propres moyens, la plupart des services publics dont ils ont la charge. Toutefois, très vite, dès « l'époque classique » des auteurs de l'École de Bordeaux, va s'amorcer un phénomène aujourd'hui bien connu qui est celui du démembrement de l'Administration. Ce phénomène s'analyse en un recours à des organismes de nature diverse qui se substituent à l'État et aux collectivités territoriales<sup>1</sup>. L'externalisation des services publics n'étant pas en soi une notion juridique définie précisément<sup>2</sup>, la présente étude prendra pour base cette définition délibérément large de recours par l'État ou une collectivité territoriale à un organisme tiers pour gérer un service public. Littéralement, l'externalisation – traduction du mot anglais *outsourcing* – implique en effet une « extériorisation ». L'externalisation des services publics paraît donc devoir s'appliquer à toute activité que l'État ou les collectivités territoriales souhaitent confier à une personne extérieure à eux. Dans le même sens d'une acception large, sans pour autant que la distinction soit certaine d'un point de vue juridique, l'externalisation se différencie de la sous-traitance, qui aurait un champ plus étroit dans la mesure où celle-ci serait ponctuelle et plus facilement réversible<sup>3</sup>. On notera cependant que, d'un point de vue économique, l'externalisation tend à se définir de manière plus étroite comme ne consistant à confier à un tiers qu'une partie de l'exploitation (du type maintenance, gestion financière ou gestion du patrimoine immobilier) d'une activité globale<sup>4</sup>.

Quel que soit le sens accordé à l'externalisation des services publics, celle-ci est en pratique le produit d'une série de choix. Un premier choix est celui effectué par les collectivités publiques sur le principe même du recours à l'externalisation (I) Une fois éventuellement arrêté ce principe, un second choix doit être opéré concernant le type d'externalisation (II). Ces différents choix doivent

---

<sup>1</sup> L'expression « démembrement de l'Administration » est utilisée pour la première fois par la Cour des comptes dans son rapport public annuel de 1961 et est fréquemment reprise, notamment dans ceux de 1982, 1991 et 1996. – V. aussi : J. Petit, « Les démembrements de l'Administration » in *Droit administratif et Administration* (dir. J. Petit), *Dr. Soc.* 2008, p. 43.

<sup>2</sup> V. J.-B. Auby, « Problématiques de l'externalisation », *Dr. adm.* 2008, repère 6 ; J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214 ; L. Babin, P. Lignières, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.*, mai 2002, p. 37 ; Ph. Yolka, « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCPA*, n° 17, 30 avril 2012, 2130.

<sup>3</sup> J.-D. Dreyfus, *ibid.*

<sup>4</sup> V. L. Babin, P. Lignières, *ibid.*

enfin tenir compte de certaines difficultés pratiques soulevées par cette externalisation des services publics (III).

## **I/ LE CHOIX DE PRINCIPE DU RECOURS À L'EXTERNALISATION DES SERVICES PUBLICS**

L'externalisation des services publics s'explique d'abord en partie non par des raisons juridiques mais par des raisons avant tout politiques (A). Cette volonté politique est en outre facilitée juridiquement par le principe, traditionnel en droit français, de libre choix de mode de gestion des services publics (B).

### **A. Le choix politique de l'externalisation**

La décision d'externaliser une activité de service public est généralement prise par une autorité politique (gouvernement ou assemblée parlementaire au plan national ou exécutif, ou assemblée délibérante au plan local). On pourrait penser que, de ce point de vue, les majorités politiques de droite, supposées plus libérales, sont favorables aux procédés d'externalisation vers le secteur privé et que des majorités politiques de gauche, supposées plus interventionnistes, soient enclines à privilégier la régie. En fait, la pratique serait beaucoup plus nuancée : au plan local, même si aucune étude scientifique ne vient en réalité étayer l'affirmation, il semble que le choix de l'externalisation vers le secteur privé soit tout autant le fait de collectivités territoriales dont la majorité politique au sein de l'organe délibérant est classée à gauche comme à droite. Ce choix ne résulterait donc pas de considérations partisans. Toutes les collectivités publiques sont, il est vrai, sensibles aux économies que l'externalisation est supposée apporter. Ainsi, dans le cas d'une délégation de service public, elles tirent avantage à ce que des investissements financiers parfois lourds soient supportés par une entreprise délégataire et non par des budgets publics. Dans le même sens de recherche de productivité, les entreprises privées bénéficient d'un préjugé favorable par rapport aux structures publiques pour assurer une gestion commerciale, compte tenu de leur savoir-faire technologique et de leurs charges en personnel moindres. Néanmoins, en retour, on doit observer que des organismes privés chargés de la gestion d'un service public reproduisent souvent à leur tour un schéma bureaucratique comparable à celui des services organisés en régie.

Surtout, la question centrale qui se pose aux autorités politiques est celle du prix. De ce point de vue, on doit observer que les entreprises privées ont par nature vocation à rechercher un profit, qui se répercute nécessairement sur le coût du service. L'exemple de l'eau est significatif : si l'on suit un rapport du Conseil d'État de 2010, le prix de l'eau est plus élevé lorsque le service est assuré en délégation ou en gestion mixte<sup>5</sup>. Une analyse plus fine conduit toutefois à nuancer ce point. Tout d'abord, un tel écart s'est resserré à partir des années 2000 dans la mesure où les régies elles-mêmes ont été obligées de relever leurs prix. En outre, cet écart est en réalité difficile à mesurer car cela supposerait que le délégataire privé ou l'exploitant public en régie exploitent ce service dans des conditions identiques, ce qui n'est pas le cas (assujettissement du délégataire à différents impôts ou taxes). De même, les collectivités publiques ont en pratique obligé les délégataires à financer des investissements qui se répercutent nécessairement sur le prix. En fait, une cause particulière de

---

<sup>5</sup> Le Conseil d'État évalue le prix de l'eau en 2010 à 1,46 € le m<sup>3</sup> pour une exploitation en délégation de service public contre 1,12 € le m<sup>3</sup> en régie (*Rapport CE, « L'eau et son droit », Doc. fr, 2010, p. 77*).

l'augmentation du prix de l'eau résulterait du fait que le jeu de la concurrence ne fonctionnerait pas toujours dans ce secteur de manière satisfaisante. Le marché de l'eau en France regroupe en effet seulement trois entreprises issues de grands groupes : Véolia-eau, Suez-Environnement, et la SAUR, filiale du groupe Bouygues. Cette concentration est même aggravée par des ententes, stigmatisées par la Cour des comptes<sup>6</sup>, l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne<sup>7</sup>, conclues entre ces trois groupes afin de se partager le marché. Pour ces raisons semble se dessiner une tendance récente, plus particulièrement dans ce secteur de l'eau, vers un retour à une gestion publique<sup>8</sup>.

### **B. Le choix en principe juridiquement libre de l'externalisation**

Juridiquement, le comparatif – ou, pour reprendre un terme plus moderne, le *benchmarking* – entre mode de gestion en régie et activité externalisée n'est pas une obligation. Le droit français connaît traditionnellement le principe de libre choix du mode de gestion des services publics<sup>9</sup>. Ce principe se justifie en se déduisant des principes de souveraineté nationale pour l'État, de libre administration pour les collectivités territoriales et de liberté contractuelle pour l'ensemble des personnes publiques.

Le principe de libre choix du mode de gestion des services publics connaît cependant des exceptions notables. Au plan national, tout d'abord, le Conseil constitutionnel considère que les services publics exigés par la Constitution ne peuvent être transférés au secteur privé<sup>10</sup>. On en déduit en particulier que les services publics dits « régaliens » qui mettent en œuvre le principe constitutionnel de souveraineté nationale ne peuvent être exercés par nature que par l'État et ne peuvent donc être externalisés. Au plan local, ensuite, le Conseil d'État précise qu'en raison de leur nature ou de la volonté du législateur, certaines activités ne peuvent être directement assurées que par une personne publique<sup>11</sup>. Le cadre ainsi fixé ne permet pas pour autant de définir avec précision la frontière entre activités externalisables ou non. On peut néanmoins affirmer que ne peuvent pas être déléguées, par exemple, les activités de police<sup>12</sup>, d'expropriation<sup>13</sup>, la responsabilité des voies publiques<sup>14</sup>. De même pour les activités obligatoires dévolues par la loi aux collectivités territoriales ou à des établissements publics (par exemple, un établissement hospitalier ne peut externaliser son activité proprement médicale ; de même, un établissement d'enseignement ne peut externaliser ses activités de formation, voire de surveillance des élèves). En revanche, même pour certains services

---

<sup>6</sup> Cour des comptes, Rapport public particulier, « La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement », janv. 1997, p. 62.

<sup>7</sup> La Commission européenne a ouvert le 18 janvier 2012 une procédure formelle en matière d'ententes et d'abus de position dominante « afin d'enquêter sur les entreprises françaises SAUR, Suez Environnement/Lyonnaise des Eaux et Veolia et de déterminer si celles-ci, en accord avec la Fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E), ont coordonné leur comportement sur les marchés français de l'eau et des eaux usées, en violation des règles de l'UE sur les ententes ».

<sup>8</sup> H. Pauliat, « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *JCPA*, n° 44, nov. 2012, 2355.

<sup>9</sup> CE, 4 mai 1906, *Babin*. – V. J.-D. Dreyfus, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA* 2009, p. 1529.

<sup>10</sup> Cons. const., n° 86-207 DC, 25-26 juin 1986.

<sup>11</sup> CE, avis, Section de l'Intérieur, n° 340609, 7 oct. 1986, et CE, Sect., req. n° 284736, 7 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*.

<sup>12</sup> CE, Ass., 17 juin 1932, req. n° 12045 *Ville de Castelnaudary*.

<sup>13</sup> CE, avis du 11 juin 1991.

<sup>14</sup> Cons. const., n° 2011-625 DC, 10 mars 2011.

publics en principe insusceptibles de délégation, il est toujours possible de déléguer des activités considérées comme détachables de l'activité non délégable. C'est par exemple le cas des activités de restauration ou de blanchisserie au sein des prisons<sup>15</sup> ou des activités de restauration scolaire au sein du service public de l'Éducation<sup>16</sup>. En fait, ce principe juridique de libre choix est en pratique tempéré par le fait que la plupart des collectivités publiques s'engagent désormais souvent dans un processus de comparaison, sorte de « bilan coût-avantage » entre la formule de la régie et les formules externalisées.

## **II/ LE CHOIX PLURIEL DU TYPE D'EXTERNALISATION DES SERVICES PUBLICS**

Le choix d'externaliser ne se pose pas seulement en terme binaire du secteur public vers le secteur privé. Si l'on retient la définition large de l'externalisation, que nous avons posée en introduction, de toute extériorisation d'activité de service public à une personne tierce de l'État ou d'une collectivité territoriale, celle-ci peut en effet aussi se concevoir au sein même du secteur public. On serait ainsi en présence, selon un oxymore, d'une « externalisation interne » dont la portée serait limitée (A). L'externalisation est cependant plus franche et réelle lorsqu'un transfert d'activité de service public est opéré vers le secteur privé (B).

### ***A. L'externalisation limitée interne au secteur public***

Le droit français offre toute une palette de modes de gestion du service public qui s'éloignent de manière graduée du modèle de la régie tout en restant au sein du secteur public. Le degré d'externalisation est donc fonction, selon la structure choisie, du degré d'autonomie par rapport à la collectivité fondatrice. Un premier palier d'externalisation correspond au cas où cette collectivité dote la structure tierce d'une certaine autonomie sans pour autant lui accorder la personnalité morale. Ainsi, par exemple, l'autonomie est censée être réduite dans le cas de prestations intégrées dites « *in house* ». Ces activités sont celles que les collectivités publiques confient à un organisme tiers mais ces collectivités exercent sur ce dernier un « contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur leurs propres services »<sup>17</sup>. L'intérêt de ce type d'externalisation limitée est que, conformément à la jurisprudence européenne<sup>18</sup>, le lien étroit unissant la collectivité publique à cet organisme tiers dispense la collectivité publique de conclure avec lui un contrat de délégation de service public avec mise en concurrence. Au plan local, l'externalisation est encore limitée dans l'hypothèse que l'on rencontre souvent pour la gestion de services publics industriels et commerciaux locaux de régies dites « autonomes » ou « personnalisées ». Celles-ci sont dotées, non de la personnalité morale, mais de la seule autonomie financière<sup>19</sup>.

Un second palier d'externalisation est franchi lorsque la collectivité publique fondatrice confie l'exercice d'une activité de service public à une personne tierce dotée de la personnalité morale. L'hypothèse type est celle de l'établissement public. L'externalisation se justifie alors par la volonté d'échapper à la rigidité des règles inhérentes au système de la régie, ainsi que l'a montré le Conseil

<sup>15</sup> CE, avis, Section de l'Intérieur, 13 nov. 1986.

<sup>16</sup> CE, avis, Section de l'Intérieur, n° 340609, 7 oct. 1986.

<sup>17</sup> CE, Sect., 6 avril 2007, req. n° 284736, *Cne d'Aix-en-Provence*.

<sup>18</sup> CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

<sup>19</sup> CGCT, art. L. 2221-11 et s.

d'État dans des rapports d'études successifs<sup>20</sup>. L'établissement public permet en effet de contourner la hiérarchie d'une collectivité publique et, par son adéquation structurelle, d'adapter sa gestion au but assigné par les statuts.

Un troisième et dernier palier est gravi lorsque l'activité de service public est exercée par une personne tierce qui reste publique au sens organique mais devient privée au sens matériel. Cela répond à l'hypothèse de l'établissement public industriel et commercial. Ce dernier obéit à une logique, dans l'ensemble de droit privé tout en conservant une part variable de droit public. Il est également procédé à ce type d'externalisation lorsque la loi transforme un établissement public industriel et commercial en société anonyme. Ce procédé a été utilisé pour le changement de statut d'entreprises publiques nationales en charge de services publics et autrefois placées en situation de monopoles comme EDF<sup>21</sup> et La Poste<sup>22</sup>, en attendant éventuellement par la suite la SNCF, voire la RATP<sup>23</sup>. De même, les collectivités territoriales font fréquemment appel, pour assumer des missions de service public à objet économique, à des sociétés anonymes, donc de droit privé mais restant dans le giron du secteur public compte tenu de la structure de leur capital. Ce peut être ainsi des sociétés d'économie mixte locales (SEML)<sup>24</sup> qui associent capitaux publics locaux majoritaires<sup>25</sup> et privés. Du fait de la présence d'un actionnaire privé, le droit de la commande publique leur est applicable. C'est la raison pour laquelle ont été créées assez récemment des sociétés publiques locales (SPL) à capitaux entièrement publics et dont la raison sociale est similaire à celle des SEML<sup>26</sup>. L'idée ayant présidé à leur création était de les soustraire au droit de la commande publique en considérant ces structures comme *in house*<sup>27</sup>. Dans cette hypothèse, l'externalisation relèverait donc du premier palier. Cela suppose toutefois que soit satisfait le critère du « contrôle analogue » exercé par la collectivité à celui qu'elle-même exerce sur ses propres services. Ce critère étant apprécié *in concreto*, la qualification de structure *in house* des SPL n'est toutefois pas automatique<sup>28</sup>.

## **B. L'externalisation franche vers le secteur privé**

---

<sup>20</sup> CE, *La réforme des établissements publics*, Doc. fr., 1972 ; CE, « Étude sur les établissements publics. Réflexions sur les catégories et les spécificités des établissements publics nationaux », *EDCE*, 1985 ; CE, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, Étude adoptée par l'Assemblée générale plénière le 15 oct. 2009.

<sup>21</sup> L. n° 2004-803 du 9 août 2004.

<sup>22</sup> L. n° 2010-123 du 9 févr. 2010.

<sup>23</sup> Par une lettre de la Commission au gouvernement français du 11 févr. 2010 et par un jugement Tribunal de l'Union européenne du 20 septembre 2012 (T-154/10, *France/Commission*), il est considéré que la garantie financière implicite apportée par l'État, liée au statut d'établissement public, constitue une aide d'État incompatible avec la réglementation européenne de la concurrence. En ce sens, il est probable que l'actuel statut d'EPIC de la SNCF ou de la RATP évolue à terme vers un statut de société commerciale de droit privé.

<sup>24</sup> CGCT, art. L. 1521-1.

<sup>25</sup> Les parts des personnes publiques sont fixées, par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, entre 50 et 85 % du capital.

<sup>26</sup> L. n° 2010-559 du 28 mai 2010 ; CGCT, art. L. 1531-1.

<sup>27</sup> En ce sens, V. séance de la Commission des lois du sénat du 20 mai 2009, Rapport n° 2277 du député J.-P. Schosteck, fait au nom de la Commission des lois et déposé le 3 févr. 2010, et circulaire n° COT/B/11/08052/C relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

<sup>28</sup> C. Devès, « Le « *in house* » toujours en chantier », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2013, étude 4 ; G. Kalfèche, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA* 2012, p. 1120.

L'externalisation vers le secteur privé peut avoir une double origine : elle peut résulter d'un acte unilatéral (loi, décret, délibération) ou d'un contrat. La première hypothèse s'est par exemple trouvée vérifiée à l'occasion du changement législatif de statut d'établissement public industriel et commercial de France Télécom<sup>29</sup> et de GDF<sup>30</sup> en sociétés de droit privé à capitaux aujourd'hui majoritairement privés. Pour le secteur des communications électroniques, le législateur a ainsi prévu que les obligations de service universel et d'intérêt général devaient être confiées à un opérateur désigné après appel d'offres (en fait France Télécom, aujourd'hui Orange)<sup>31</sup>; pour le secteur gazier, ces obligations sont désormais réparties entre l'ensemble des opérateurs présents sur le marché<sup>32</sup>.

La seconde hypothèse d'externalisation d'un service public, plus commune, résulte d'un contrat ou d'une convention de délégation de service public. Trois questions centrales se posent aux collectivités publiques lorsqu'elles souhaitent externaliser une activité de service public au moyen d'une convention de délégation. La première concerne le mode de dévolution de l'activité à la personne privée. En particulier, sous le double effet, politique lié à la révélation de certaines affaires de corruption et, juridique lié à la transposition de principes du droit communautaire, aujourd'hui de l'Union<sup>33</sup>, le législateur a souhaité introduire davantage de transparence dans le choix du délégataire<sup>34</sup>. Ainsi, l'autorité délégante est soumise à une procédure de publicité en vue de choisir le délégataire afin de permettre la présentation de plusieurs offres concurrentielles<sup>35</sup>. Il reste qu'une fois les candidats, non pas exactement mis en concurrence mais placés dans une situation « d'égalité d'information permettant leur mise en concurrence », le choix effectué par la personne publique délégante reste en dernière analyse en principe juridiquement libre et guidé par l'*intuitu personae*<sup>36</sup>. Toutefois, si le libre choix du délégataire par les collectivités publiques reste prégnant, une série d'éléments vient en fait le limiter. Ainsi, en pratique, certaines collectivités ont pu se sentir engagées dans une logique proche de celle des marchés publics et ont restreint d'elles-mêmes leur liberté de choix. En ce cas, le juge administratif vérifie que la collectivité a bien respecté les critères de sélection qu'elle s'est elle-même fixés<sup>37</sup>. En outre, la liberté de choix ne saurait pour autant conduire à l'octroi d'un avantage injustifié, sanctionné par un délit de favoritisme, à une entreprise soumissionnaire<sup>38</sup>. Enfin, d'une manière plus générale, les conventions de délégation de service public sont soumises, selon la jurisprudence, aux « principes généraux du droit de la commande publique » qui sont les « principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »<sup>39</sup>.

---

<sup>29</sup> L. n° 96-660, 26 juill. 1996.

<sup>30</sup> L. n° 2004-803, 9 août 2004.

<sup>31</sup> CP et CE, art. L. 35-2.

<sup>32</sup> L. n° 2003-8 3 janv. 2003, art. 16.

<sup>33</sup> G. Eckert, « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 704, janv. 2013, étude 1.

<sup>34</sup> L. n° 284736, 29 janv. 1993 dite « loi Sapin ».

<sup>35</sup> CGCT, art. L. 1411-1 à L. 1411-19.

<sup>36</sup> Le principe traditionnel, fixé par la jurisprudence, de libre choix du concessionnaire (CE, 19 déc. 1913, *Drapeyron* : Rec. CE 1913, p. 1280) n'a pas été remis en cause par le législateur. L'article 38 de la loi Sapin énonce de ce point de vue que les offres « sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

<sup>37</sup> CE, 21 sept. 1992, n° 111555, *Cne de Bagnols-sur-Cèze*.

<sup>38</sup> C. pén., art. 432-14.

<sup>39</sup> CE, 23 déc. 2009, req. n° 328827, *Ets pub. du musée et du domaine national de Versailles*. Le Conseil d'État tire comme conséquence du principe de transparence des procédures que « la personne publique doit

En deuxième lieu, un élément essentiel porte sur le contrôle de la personne publique sur l'exercice de l'activité privée. Celui-ci est exercé traditionnellement à travers les clauses réglementaires contenues dans le cahier des charges<sup>40</sup> ainsi que le pouvoir de modification et de résiliation unilatéral reconnu à la collectivité publique<sup>41</sup>. Une difficulté tient à l'effectivité du contrôle qui, en pratique, peut s'avérer déficient. Une clé réside dans la capacité d'expertise, parfois aléatoire, que la collectivité est en mesure de déployer pour assurer ce contrôle. Faute de cette capacité suffisante, le contrôle, prévu par la loi, effectué par une collectivité territoriale sur la base du rapport annuel produit par le délégataire sur les comptes relatifs aux opérations exécutées et « l'analyse de la qualité de service »<sup>42</sup> ne peut être ainsi que formel et dépourvu d'efficacité<sup>43</sup>.

En troisième lieu, l'externalisation sera plus ou moins poussée en fonction de la durée des conventions de délégation. De ce point de vue, le législateur a été amené à poser, mais de manière assez souple en règle générale ou de manière plus impérative dans des domaines spéciaux, des règles visant à limiter la durée de ces conventions<sup>44</sup>. L'enjeu est double : il s'agit, d'une part, d'éviter une pérennisation de contrats à long terme et de favoriser un renouvellement de la mise en concurrence, et d'autre part, de permettre une réversibilité de l'externalisation au terme du contrat par une possibilité de retour à la gestion publique.

### **III/ LES DIFFICULTÉS SUSCITÉES PAR LE CHOIX DE L'EXTERNALISATION DES SERVICES PUBLICS**

Le choix de l'externalisation des services publics a des répercussions importantes sur les moyens alloués au service public (A) et, plus fondamentalement, sur la cohérence du système administratif (B).

#### ***A. Les difficultés du point de vue des moyens alloués au service public externalisé***

Le choix de l'externalisation n'est pas neutre en ce qui concerne les moyens en personnel (1), les biens nécessaires à l'exploitation du service (2) et les moyens financiers alloués à ce service (3).

---

apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ». Toutefois, il ajoute qu'il découle des règles propres aux délégations de service public que la personne publique « n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ». Sans remettre en cause le principe de libre choix du délégataire, le Conseil d'État conclut au contraire « qu'aucune règle ni aucun principe n'impose à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres ».

<sup>40</sup> CE, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec. CE 1906, p. 962.

<sup>41</sup> Par ex. : CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. CE 1983, p. 33.

<sup>42</sup> CGCT, art. L. 1411-3.

<sup>43</sup> Sur la portée des rapports produits par les délégataires de service public, V. J.-B. Vila, « Rapports annuels des délégataires de services publics : le devenir d'une réforme depuis le 1<sup>er</sup> juin 2007 », *JCPA* 2007, 2180.

<sup>44</sup> L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 (CGCT, art. L. 1411-2) prévoit, en règle générale, que la durée de la convention est fonction des « prestations demandées au délégataire ». Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, il est précisé que « la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ». Dans les domaines de l'eau potable, l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent en revanche avoir une durée supérieure à 20 ans (CGCT, art. L. 1411-2).

## 1. Les moyens en personnel

Tout d'abord, d'un point de vue social, la détermination du statut du personnel externalisé n'est pas toujours aisée et diffère selon la nature du service et selon le statut du personnel avant l'externalisation<sup>45</sup>. Les agents non titulaires de droit public, en application de la loi, se verront proposer un contrat de droit privé<sup>46</sup> ; concernant les agents fonctionnaires, une alternative s'offre à eux : ils devront se voir proposer un détachement ou une mise à disposition au sein de la nouvelle structure ou être repris par la collectivité publique délégante. Pour les employés d'un service public industriel et commercial, ceux-ci étaient nécessairement, avant l'externalisation, des agents de droit privé (hormis le directeur et le comptable public) ; en conséquence, leur contrat de droit privé sera simplement transféré.

Indépendamment du régime juridique applicable au personnel transféré, la question du coût de reprise de ces personnels est un élément d'appréciation important pour le nouveau prestataire. Or, ce dernier est enserré dans des contraintes économiques fortes, en particulier en ne pouvant réduire, sans doute comme il le souhaiterait, la masse salariale. En effet, le principe est celui de l'obligation de reprise du personnel en cas de succession dans une activité. De plus, le principe de continuité du contrat de travail impose que tout employé ait droit au maintien de son contrat de travail<sup>47</sup>, ce qui implique notamment que le transfert n'ait lieu qu'à rémunération égale<sup>48</sup>.

De même, dans un souci d'économie, le nouveau prestataire peut avoir comme tentation de mutualiser des services, ce qui, par nature, implique des suppressions de postes. Dans cette hypothèse, les fonctionnaires devront se voir proposer « trois offres raisonnables d'emploi ». Si le reclassement dans la nouvelle structure se révèle impossible, les solutions sont complexes. Sans entrer dans le détail, celles-ci consistent en ce que le fonctionnaire soit reclassé en qualité d'agent en surnombre ou, si une décision de licenciement est prise après trois refus, il s'applique dans les collectivités territoriales un système possible mais coûteux d'autoassurance chômage des employés licenciés à la charge de la collectivité<sup>49</sup>.

## 2. Les biens nécessaires à l'exploitation du service

Concernant les biens nécessaires à l'exploitation du service, si l'externalisation résulte d'une délégation de service public, ceux-ci ont le statut de « biens de retour ». Cela signifie que, pendant la durée de la délégation, ils restent la propriété de la personne publique délégante et doivent lui être

---

<sup>45</sup> V. E. Marc, « Délégation de service public et fonction publique », *AJDA* 2013, p. 1456.

<sup>46</sup> C. trav., art. L. 1224-3-1 inséré par L. n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique : « *Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le présent code.* »

<sup>47</sup> C. trav., art. L. 1224-1.

<sup>48</sup> CE, avis n° 299307, 21 mai 2007 : « *Le législateur n'a pas entendu autoriser la personne publique à proposer aux salariés transférés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait (...) celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert.* »

<sup>49</sup> L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, modifiée par L. n° 2012-347 du 12 mars 2012 (art. 122), art. 97 et s.

retournés gratuitement en fin de contrat même si, pendant la durée de celui-ci, le délégataire dispose sur eux d'un droit de jouissance exclusif. Toutefois, la jurisprudence a récemment évolué en ce sens que le juge administratif admet désormais la possibilité d'exclure contractuellement des biens de retour ceux nécessaires au fonctionnement du service public, pour peu que soit préservée la continuité du service<sup>50</sup>.

Si l'externalisation résulte d'un changement de statut d'établissement public industriel et commercial en société de droit privé, le transfert de propriété des biens à cette dernière devient définitif. Cependant, ces biens, qui appartenaient au domaine public, sont désormais la propriété d'un propriétaire privé et doivent donc au préalable être déclassés. Toutefois, le déclassé des biens affectés au service public doit être accompagné de l'édiction de mesures de nature à garantir à nouveau la continuité du service public<sup>51</sup>.

### **3. Les moyens financiers alloués à ce service**

Concernant enfin les moyens financiers, en cas de liquidation d'une régie, le passif et l'actif financier de la structure sont repris dans les comptes de la collectivité.

Plus particulièrement d'un point de vue fiscal, il convient de rappeler que, dans le cas d'une régie, le principe est celui de l'exonération des activités de service public non lucratives<sup>52</sup>. Or, l'externalisation, que ce soit d'ailleurs à un opérateur économique public<sup>53</sup> ou *a fortiori* à un opérateur privé, a naturellement pour conséquence d'assujettir l'activité considérée à la fiscalité en vigueur. En particulier, le nouvel exploitant devra s'acquitter, par exemple, de l'impôt sur les sociétés, de la CET (contribution économique territoriale), des taxes assises sur les salaires et des droits d'enregistrement. Des difficultés pratiques plus particulières se posent concernant la régularisation de la TVA. Lorsque le mode d'exploitation change, cette modification se traduit fiscalement comme une cessation d'activité, ce qui a pour conséquence de rendre les régularisations des droits à déduction de la TVA immédiatement exigibles. Cela implique donc un traitement comptable assez lourd pour « neutraliser » ces droits à déduction ; de même, pour le nouvel exploitant, il convient de disposer d'une trésorerie suffisante pour faire l'avance du solde de TVA à reverser au titre de la régularisation.

### **B. Les difficultés du point de vue de la cohérence du système administratif**

Une limite plus fondamentale résultant de l'externalisation des services publics tient à la cohérence générale du système administratif. Celle-ci se justifie en effet par une volonté toujours plus grande de s'affranchir des règles du droit public et des procédures jugées trop lourdes, comme celles afférentes notamment aux règles de la comptabilité publique ou de la fonction publique. De manière

---

<sup>50</sup> CE, 21 déc. 2012, req. n° 342-748, *Cne Douai*.

<sup>51</sup> Par exemple, pour France Télécom : Cons. const. n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, cons. 5 et 6 ; pour Aéroport de Paris : Cons. const. n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, cons. 5 ; V. aussi E. Fatôme, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007, p. 959.

<sup>52</sup> CE, 20 juin 2012, req. n° 314-410, *Cne de la Ciotat*. Sur cette question, V. J.-L. Albert, *Fiscalité et personnes publiques*, Coll. « Systèmes », LGDJ, 2012.

<sup>53</sup> L'article 1654 du Code général des impôts pose un principe général d'assujettissement à la loi fiscale pour toute personne publique se livrant à des activités économiques.

patente, cette volonté s'illustre en cas d'externalisation vers des associations. Ces dernières sont parfois qualifiées de « transparentes » ou « d'administratives » par les juges administratif et financier, ou encore de « faux-nez de l'Administration » par la doctrine<sup>54</sup>, lorsqu'elles dépendent entièrement de personnes publiques et qu'elles ont pour unique fonction de reverser des compléments de salaires, sans référence aux règles de la comptabilité publique, à des personnes normalement payées par la collectivité publique fondatrice<sup>55</sup>. Dans ces conditions, le juge administratif a tendance à considérer ces associations comme fictives et à les requalifier comme organismes publics<sup>56</sup>. Pour sa part, le juge financier peut qualifier leurs dirigeants de « comptables de fait » personnellement responsables des deniers utilisés. Dans le même ordre d'idée, des critiques ont été portées par la Cour des comptes sur le fonctionnement des SEML dans la mesure où celles-ci aboutiraient en fait à créer un véritable réseau administratif parallèle insuffisamment contrôlé par les collectivités territoriales actionnaires<sup>57</sup>. Au-delà du cas des SEML, il ne faut pas perdre de vue que l'externalisation d'un service public vers une société commerciale entraîne inéluctablement une perte de consistance des obligations de service public. Ces sociétés fonctionnent – logiquement – comme d'authentiques entreprises privées et n'exercent des missions de service public qu'à titre subsidiaire.

Pour lever certaines de ces incertitudes, une hypothèse de travail pourrait être d'instituer une procédure obligatoire d'évaluation *ex ante* de l'impact des différents modes de gestion envisagés. Une limite est cependant qu'il n'existe pas de méthode fiable et objective permettant de déterminer quel est *a priori* le mode de gestion le plus avantageux. Aussi sophistiquées que soient les méthodes d'évaluation, tout choix induit par nature une part de subjectivité et d'arrière-pensée idéologique<sup>58</sup>. Pour autant, des procédures d'évaluation existent déjà. Celles-ci peuvent être menées dans le cadre de l'étude d'impact d'un texte de loi si l'externalisation est opérée par ce procédé. L'évaluation peut également être effectuée, au plan local, par la Commission consultative des services publics locaux<sup>59</sup> en cas de projets de délégation de service public ou de création d'une régie dotée de l'autonomie financière, avant la décision portant création de la régie. Surtout, l'évaluation se pratique aussi certainement par les services administratifs internes de la collectivité publique afin d'éclairer le choix de l'autorité politique. Cette évaluation pourrait être publiée de manière à ce que chacun – acteurs politiques, usagers, citoyens – puisse correctement mesurer les enjeux multiples et souvent lourds d'une externalisation de service public.

---

<sup>54</sup> A. De Laubadère, « Les associations et la vie administrative », *AJDA* 1980, p. 115.

<sup>55</sup> Les juges administratif et financier se fondent, comme indices permettant de considérer que l'association est transparente, sur le fait que celle-ci est créée par une collectivité publique, que la majorité des membres de ses organes dirigeants sont des élus ou agents de cette collectivité, que ses ressources proviennent à plus de 75 % d'elle-même, et qu'elle exerce une mission de service (V. Rapport CE, « Les associations de la loi de 1901, cent ans après », *EDCE* n° 51, 2000, p. 310 et V. F. Advielle, P. Van Herzele, « Les chambres régionales des comptes et les activités externalisées des collectivités locales », *AJDA* 2013, 2022).

<sup>56</sup> CE, 11 mai 1987, req. n° 62457, *Divier c./ Association pour l'information municipale*.

<sup>57</sup> V. rapport particulier n° 58559 relatif au pilotage des participations de la Caisse des dépôts et consignations dans les sociétés d'économie mixte locales (SEML), délibéré le 27 mai 2010 par la Cour des comptes.

<sup>58</sup> B. Perret, *L'Évaluation des politiques publiques*, La Découverte, 2001, p. 4.

<sup>59</sup> CGCT, art. L. 1413-1.

