



## Lettre d'information N°101 – Février 2022

### L'externalisation dans le secteur public

1

Si l'on en croit le site [nosservicespublics.fr](http://nosservicespublics.fr) (*lire en note 1*), le recours à l'externalisation, soit le fait de confier à un acteur privé la réalisation de tout ou partie de l'action publique, est souvent présenté comme une façon d'adapter les investissements et les services publics aux besoins et contraintes du XXI<sup>ème</sup> siècle. Ce site, qui porte les voix de fonctionnaires et d'agents publics, critique ce recours quand il cite que : « *dans le public [...] le processus d'externalisation n'est pas sans conséquence pour la robustesse de l'entité qui se coupe d'une part de son activité* ».

Pour Maître Paul LIGNIÈRES (*lire en note 2*) la privatisation et l'externalisation constituent deux notions distinctes « *Lorsque l'Etat privatise, il se retire des fonctions d'opérateur d'un secteur pour n'y exercer en principe que des fonctions de réglementation et de régulation. La privatisation déplace donc la frontière entre les activités de service public et les activités qui relèvent de la liberté du commerce et de l'industrie. Au contraire, l'externalisation a pour objet de permettre à l'Etat d'utiliser le secteur privé afin de l'assister à mettre en œuvre des activités régaliennes (que l'on assimile souvent en France aux activités de service public)* ».

Qu'on parle de privatisation ou d'externalisation, Il ne s'agit pas là de tendances nouvelles. Le recours à des entreprises privées pour exécuter certaines missions existe en France depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle et a donné naissance à notre riche histoire des concessions et délégations de service public. Depuis le début des années 1990 (*lire en note 3*), ce mouvement a connu une accélération significative et depuis le début de ce siècle, s'y sont ajouté de nouveaux modèles de partenariats public-privé.

Pour les tenants du recours au secteur privé, il est souvent présenté comme une source d'économie budgétaire, une efficacité majorée par le recentrage sur un des cœurs de métier de l'État, la diminution des coûts fixes, la réduction des délais, la réactivité de la chaîne managériale, l'amélioration de la structure technique et souvent comme un moyen de mieux satisfaire les usagers des services publics.

Ses traductions juridiques sont désormais très variées et ce recours peut aujourd'hui être estimé à la somme de 160 milliards d'euros, soit près de la moitié du budget annuel de l'État. Loin d'être anecdotique donc, ou cantonnée à des débats entre experts sur les modalités techniques de l'action publique, le recours désormais massif à la privatisation et à l'externalisation soulève des questionnements qui mettent en jeu la capacité des personnes publiques d'agir au quotidien et de prendre leurs décisions de manière éclairée et pertinente en se projetant dans l'avenir.

### Qu'est-ce qui est externalisable ou ne l'est pas ?

En France, la frontière entre les services externalisables (« faire faire » plutôt que « faire ») et les ceux non externalisables est difficile à tracer. Toutefois, les activités dites régaliennes (« cœur de métier de l'État ») et non-régaliennes marquent la frontière pour autoriser l'exercice de certaines activités par le secteur privé.

Comme l'indique le professeur de droit public Philippe COSSALTER (*lire en note 4*) : « *l'identification des activités indélégalables 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, au cœur des métiers de l'Etat : police, justice, armée, cadre réglementaire et normatif (\*)*. 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 a signifié une analyse guère différente. Ainsi dans le domaine pénitentiaire au sein de la fonction régaliennne de la justice, la construction, la rénovation ou l’entretien des prisons peuvent être confiées à des entreprises privées mais la surveillance des détenus doit demeurer une attribution de la personne publique.

Philippe COSSALTER indique aussi (*lire en note 5*) que : « *toute notion d’activité non externalisable par sa nature intrinsèque peut sembler vouée à l’inutilité* ». En ce sens, il rappelle qu’aux siècles passés l’armée, la justice et la police ont été exercées par des personnes privées mandatées par l’État, notamment à travers les concessions coloniales, et le recouvrement des impôts par les fermiers généraux. De nos jours en Allemagne, certains Länder interdisent les délégations de fonctions liées au « bien-être social » comme l’assainissement ou le retraitement des déchets (pourtant pratiqués depuis des décennies en France), mais l’État fédéral a externalisé l’entier système de communications fixes (non militaires) du ministère de la Défense. En France, le ministère de la Santé ne s’appuie-t’il pas – avec succès - sur Doctolib pour gérer les réservations dans les centres de vaccination anti-COVID 19 ? Ainsi la réponse à la question est liée à la manière de définir les fonctions régaliennes, le contenu de ces fonctions, leur poids économique et l’impact de leurs inévitables exceptions. En ce domaine, ce sont justement les exceptions qui permettent le mieux de saisir le principe, et son caractère éminemment variable.

En ce qui concerne la compréhension des différentes fonctions qui conditionnent fortement la décision de privatiser, il existe une fonction supérieure désignée *direction stratégique*, une fonction intermédiaire désignée *gestion opérationnelle* et une troisième fonction désignée *exécution*. La direction stratégique désigne la direction proprement dite du service public. Ses activités relèvent de la compétence de la personne publique titulaire du service public, à laquelle est attribuée la capacité de créer, d’adapter et de supprimer celui-ci, le choix du gestionnaire opérationnel et des exécutants, les principes généraux de fonctionnement dudit service public ainsi que le respect de ces principes et objectifs sans oublier le devoir de contrôle et le pouvoir de sanction en cas de dérive de ces derniers. L’externalisation proprement dite n’entre pas dans ce schéma global car elle ne comprend pas la direction stratégique et n’inclus que partiellement la gestion opérationnelle.

Qu’en retenir ? Qu’à moins de contrevenir à la garantie de l’intégrité des fonctions régaliennes participant à la souveraineté nationale, laquelle n’est d’ailleurs pas toujours assurée au niveau constitutionnel, la personne publique peut appliquer à un très large champ de services, fonctions et compétences son intention puis sa décision d’externaliser.

## Pourquoi envisager l’externalisation d’un service ?

Comme déjà indiqué ci-avant, l’appel au marché dans les prestations liées à un service public externalisable est très souvent présenté par ses promoteurs publics comme une source d’économie budgétaire et d’efficacité (pertinence économique et/ou politique) passant par le recentrage sur un cœur de métier, la réponse à une insuffisance structurelle due notamment à la technicité croissante de certaines tâches et le manque de compétences internes, la recherche de la diminution des coûts fixes, la réduction et la garantie des délais, le partage des risques et responsabilités, la souplesse d’adaptation, la meilleure satisfaction des usagers, l’allègement de la contrainte budgétaire, notamment en matière d’investissement, et parfois, l’incapacité d’embaucher des experts et de leur assurer un avenir au sein de la personne publique. Pour qu’une externalisation soit envisagée et, à terme réussie, il faut plus d’un critère listé ci-dessus pour l’engager.

Cet appel au marché oblige, en conséquence, la personne publique délégante à adopter des modes de gestion plus rationnels lui permettant de se désengager de ses activités périphériques et de se concentrer sur ses activités les plus stratégiques, en faisant assurer par le secteur privé spécialisé dans ledit service des prestations désormais externalisées ; le(s) prestataire(s) choisi(s), dont le cœur de métier est justement la gestion d’une ou plusieurs de ces activités, s’engageant contractuellement à fournir des résultats répondant à des objectifs de performance clairement identifiés dans un cadre pluriannuel.



En mettant de côté la privatisation, champ large comme rappelé ci-avant et qui n'est pas l'objet de la présente lettre, essayons de lister les raisons pour lesquelles un décideur (ou un collège de décideurs) appartenant à une personne publique envisage(ra)it d'externaliser un service ou une fonction jusqu'alors réalisé en interne.

Pour affiner notre propos, nous nous concentrerons ici sur l'externalisation des services marchands appelés services d'intérêt économique général (SIEG - lire en note 6). Les SIEG désignent les services de nature économique, c'est à dire des activités de production ou de commercialisation de services marchands, que l'Etat ou l'Union européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. Il s'agit notamment de certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications, les prestations culturelles et la plupart des services sociaux (éducation, formation, emploi, santé, dépendance ...).

La doctrine traditionnelle française fait mention des *lois de Rolland* pour désigner les principes qui régissent le service public. Dès 1928, Louis ROLLAND (lire en note 7) systématisa les règles relatives aux services publics et distingua trois principes fondamentaux justifiés par l'exigence de l'intérêt général :

1. la continuité,
2. l'égalité,
3. et la mutabilité ou adaptabilité.

1/ **La continuité**, contrairement à la définition qu'on lui assigne d'ordinaire, n'impose pas que tous les services soient assurés quotidiennement et intégralement. En réalité, le service public doit être correctement fourni lorsqu'il présente une nécessité impérative pour la personne publique ou l'utilisateur.

2/ Le principe d'**égalité** figure à l'art.1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et il s'impose à toutes les autorités dans le cadre de leurs services publics. En droit français, le principe d'égalité devant et dans les services publics découle du principe d'égalité devant la Loi et s'énonce très simplement : « *les usagers d'un service public se trouvant dans une même situation doivent bénéficier du même traitement* ».

3/ Le principe de **mutabilité/adaptabilité** prend en considération le fait que les services publics doivent s'adapter aux évolutions légales, sociales et technologiques. Les besoins varient dans le temps et les technologies évoluent rapidement, il est donc nécessaire d'ajuster les activités. Ce principe vise donc à permettre l'adaptation efficace du service aux besoins de la personne publique ou ceux des usagers dans la recherche de l'intérêt général.

Si la personne publique est apte à écrire ses exigences et besoins, sans omettre ses contraintes, sur chacun des 3 principes ci-dessus, et qu'elle estime y avoir répondu exhaustivement, elle peut raisonnablement envisager l'externalisation du service ou de la fonction concerné avec un risque restreint.

## Le contrôle des services externalisés

« *L'externalisation pose, comme le note le professeur COSSALTER avec une acuité particulière, la question du contrôle des activités contractualisées* ». L'émergence de la question de la responsabilité de la personne publique dans le possible déficit de ce contrôle peut paraître surprenante. Dans les faits, elle met pourtant en avant que le contrôle du cocontractant s'est trop longtemps réduit à sa forme pathologique, mise en œuvre dans les cas extrêmes de dysfonctionnement.

Pourtant toutes les exigences étant contractuellement prévues, les risques formalisés et les pénalités et sanctions pour inexécution étant fixées, les seuils d'alerte étant indiqués, la personne publique et le prestataire privé doivent pouvoir gérer ensemble l'activité externalisée dans des conditions optimales.

Mais cette question du faible contrôle en continu, relevé à des multiples reprises par la Cour des Comptes, qui remet en perspective ce que doivent être les notions de transparence contractuelle et de responsabilité des



cocontractants, pose en réalité deux problèmes distincts : comment contrôler les objectifs de l'externalisation et comment assurer la mise en œuvre effective des conditions d'exécution stipulées.

La réponse au premier problème est que la personne publique assurant la *direction stratégique* du contrat a souvent mal indiqué les principes de délégation ou quantifié seulement certains objectifs contractuels, et/ou qu'un système de mesure commun n'a pas été mis en œuvre, ou seulement partiellement, pour qu'ils puissent être observés (seuils) et leurs écarts corrigés (pénalités). Il est encore plus regrettable qu'à l'heure actuelle certains contrats ne comportent pas d'objectifs.

La réponse au second problème est souvent liée au fait que la personne publique, oubliant son obligation de conserver une partie de la fonction intermédiaire de *gestion opérationnelle*, n'a plus les compétences pour contrôler ses contractants et peine à visualiser leurs résultats jusqu'à se retrouver devant le fait accompli de dérives trop importantes, voire irrémédiables, pouvant faire dévier de contrat de ses objectifs, voire remettre en cause le choix initial d'externaliser.

## Conclusion

Mesdames et Messieurs les décideurs des personnes publiques - État en administration centrale et déconcentrée, collectivités territoriales, entreprises et établissements publics, fondations et associations d'intérêt public - appelées par la Loi ou la réglementation à assurer des missions de services publics, n'ayez pas peur de l'externalisation d'une partie de vos engagements.

Si vous prenez (grand !) soin d'identifier vos objectifs contractuels, de les traduire en engagements exigés de votre partenaire privé, qu'un système de mesure commun est acté et si parallèlement, vous conservez certaines des compétences pour assurer vos rôles de *direction stratégique* et de *gestion opérationnelle*, indispensables pour contrôler vos contractants et visualiser leurs résultats, vous n'aurez pas à vous plaindre de cette politique de partage des risques et des responsabilités.

C'est d'ailleurs une injonction du Premier ministre, Jean CASTEX, qui vient d'adresser aux ministres une circulaire sur l'encadrement du recours à des prestataires extérieurs en souhaitant une maîtrise des dépenses de conseil en stratégie et organisation, le renforcement du pilotage ministériel et interministériel, et plaidant pour la réinternalisation de certaines compétences.

Le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les missions confiées par l'État à des prestataires extérieurs, présenté le 18 janvier dernier (*lire en note 8*), ne dit pas autre chose en mettant l'accent sur *le suivi de la prestation, la conservation des compétences-clés et le maintien d'une autonomie stratégique*.

*Si cette note d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre collectivité, organisation ou de votre entreprise, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable. Cordiales salutations.*



**Denis CHAMBRIER**

Consultant Senior

[denischambrier@dcr-consultants.com](mailto:denischambrier@dcr-consultants.com)

Mobile : 06.7777.1883



Note 1 : [nosservicespublic.fr](http://nosservicespublic.fr)

Note 2 : [CV Paul Lignières](#)

Note 3 : à partir de 1992, avec la Révision générale des politiques publiques (RGPP), l'administration centrale de l'Etat s'est recentrée sur ses fonctions stratégiques, c'est-à-dire, de conception et de régulation. Les fonctions opérationnelles telles que les tâches de gestion, d'exécution et de prestation de services sont laissées aux services déconcentrés ou à d'autres partenaires publics ou privés.

Note 4 : Philippe COSSALTER, Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne : LGDJ éditeur - 2007

Note 5 : [Philippe COSSALTER - Sciences-Po](#)

Note 6 : [SIEG](#)

Note 7 : Louis ROLLAND, Précis de droit administratif. 2ème édition : Dalloz éditeur – 1928.

Note 8 : [Assemblée Nationale : rapport sur l'externalisation](#)

© DCR Consultants – Février 2022