

**THESE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER**

En Droit public (Section 02)

École doctorale Droit et Science politique

**Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier
(CREAM EA 2038)**

L'externalisation administrative
Éléments pour une théorie
Volume I

**Présentée par Raphaël RENEAU
Le 14 novembre 2017**

**Sous la direction de Guylain CLAMOUR
et Pascale IDOUX**

Devant le jury composé de

Benoît PLESSIX, professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas

Guillaume TUSSEAU, professeur, Sciences Po – Paris

Thierry REVET, professeur, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Marion UBAUD-BERGERON, professeur, Université de Montpellier

Guylain CLAMOUR, professeur, Université de Montpellier

Pascale IDOUX, professeur, Université de Montpellier

Rapporteur

Rapporteur

Suffragant

Suffragant

Directeur

Co-directeur



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

Résumé en français :

Apparu il y a près d'une vingtaine d'années dans le discours doctrinal en droit administratif, le terme d'externalisation est encore aujourd'hui paradoxalement très peu présent dans le langage théorique des juristes, et quasiment absent du droit positif et des prétoires. Le plus souvent employé en tant que vocable « cosmétique » et idéologique, il est en effet principalement destiné à rendre compte, de manière générale, du tournant managérial emprunté par l'organisation et la gestion de l'action administrative dans le cadre de la réforme de l'État, et sous l'influence des préceptes du *New Public Management*. Il n'est toutefois pas voué à demeurer simplement un idiomme caractéristique de l'émergence d'une nouvelle posture de l'État et des personnes publiques. Il peut en l'occurrence être envisagé comme un concept à part entière intégré à la théorie générale du droit administratif : l'externalisation administrative. En tant que tel, il offre l'opportunité d'une approche originale des transformations contemporaines traversant ce champ disciplinaire, et permet de proposer une définition et un contenu proprement administratif à ce terme maintes fois évoqué et si peu souvent précisé. Inspirée des acquis des sciences économiques, et de gestion et des travaux menés par la doctrine civiliste, la conceptualisation de l'externalisation administrative aboutit à la découverte d'un mode de gestion inédit de l'action administrative fondé sur une logique de coopération, et recouvrant l'emploi par les personnes publiques d'instruments juridiques traditionnels dotés d'une fonction singulière afin d'habiliter un tiers à participer à la réalisation d'une compétence qui leur est attribuée par l'ordre juridique. Ainsi élaboré, le concept d'externalisation administrative se déploie dans le cadre de l'accomplissement de la compétence matérielle des autorités administratives, sous de multiples formes juridiques et dans des domaines d'activités divers, par le moyen d'une instrumentalisation de l'obligation révélant une conception renouvelée de celle-ci. Il apporte par conséquent des éléments de compréhension inédits de l'évolution des modes d'intervention des personnes publiques. Du titre au sous-titre, l'utilité théorique de ce concept se mesure alors à l'aune du contenu qui lui est assigné, lequel pose les jalons d'une théorie de l'externalisation administrative et, au-delà, d'une théorie de la gestion coopérative de l'action administrative.

Titre et résumé en anglais :

Administrative externalisation. Items for a theory

Appeared almost twenty years ago in the doctrinal discourse of administrative law, still today the term of externalisation is paradoxically not very present in the theoretical language of lawyers, and nearly absent in the positive law and in the courtrooms. Indeed it is employed most of the time as a « cosmetic » and ideological term mainly destined to realize, generally, of the managerial turn borrowed by organization and management of administrative action in the framework of state reform, and under the influence of the *New Public Management* precepts. However, it is not dedicated to remain simply as an idiom representative of emergence of a new posture of state and public authorities. As it happens, it can be considered as a concept in full integrated to the general theory of administrative law. As such, it offers opportunity of an original approach of contemporary transformations crossing this disciplinary purview, and allows to provide a definition and a contents properly administrative to this term many times mentioned and so little specified. Inspired by the achievements of economics and management, and the works conducted by civil law doctrine, the conceptualization of administrative externalisation leads to the discovery of a novel management mode of administrative action based on a logic of cooperation, and covering the recourse by public authorities at traditional juridical instruments endowed of a singular function to empower a third party to share in the realisation of an ability assigned to them by the legal order. Thus elaborated, the administrative externalisation concept unfolds in the framework of fulfilment of the concrete public authorities ability, under multiple juridical forms and in various fields of activity, by the means of an instrumentalization of the obligation revealing a renewed conception of this one. Therefore, it brings unprecedented elements of understanding of evolution of methods of intervention by the administrative authorities. From title to subtitle, theoretical utility of this concept is measured so in terms of the content assigned to it, which sets the milestones of an administrative externalisation theory and, beyond, of a cooperative management of administrative action theory.

Discipline : Droit administratif

Mots-clés : externalisation administrative, compétence, obligation, coopération, habilitation, contrat-coopération.

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Mes remerciements reviennent en premier lieu à Monsieur le professeur Guylain Clamour et à Madame le professeur Pascale Idoux. Qu'ils trouvent dans ces quelques mots, qui ne sauraient suffire à la manifester dans son entièreté, l'expression de ma plus sincère et profonde reconnaissance pour l'encadrement qu'ils m'ont offert, pour leur disponibilité de tous les instants, leurs conseils, et surtout pour la confiance accordée et l'attention témoignée tout au long de cette recherche, et en-dehors. Qu'ils sachent à quel point la progression et l'achèvement de celle-ci doivent à leur enseignement, à leurs encouragements et à l'exigence de leur critique. Bien que la formule n'ait guère plus cours aujourd'hui, ils demeureront mes maîtres en ce que j'ai toujours tenté de proposer une réflexion qui soit digne de leur direction.

Mes remerciements s'adressent ensuite à « F-X », Thibault et « Kiki » pour leur soutien sans faille, leur aide précieuse et, tout spécialement, pour leur amitié si chère à mes yeux et les franches rigolades qui ont, grâce à eux, ponctué cette recherche. Ils s'adressent également à mes compagnons de thèse de la première heure : Martin, Nadia et Renaud.

Tout ma gratitude va aussi à tous mes compagnons de route du CREAM, du CERCOP, de la salle des doctorants et du CDE, ainsi qu'à Zohra, Habiba et à tout le personnel de la faculté de droit et de la BU sans lesquels finalement rien n'est possible.

Comment ne pas remercier mes premiers soutiens pour leur présence et leur patience. C'est finalement au moment de le faire que l'on se rend compte qu'il n'y a pas de mots assez forts pour leur témoigner ce que je leur dois dans le travail et dans tout le reste, alors simplement... Juliette, Papa, Maman et Pascale : merci pour tout !

*À Juliette pour sa présence
À Serge pour son exigence
À Danièle pour son assistance*

Sommaire

Partie 1 : Conceptualisation de l'externalisation administrative

Titre 1 : La démonstration d'une existence artificielle de l'externalisation

Chapitre 1 : Une existence contractuelle dénaturée en droit civil

Section 1 : La réalité économique négligée de l'externalisation

Section 2 : L'identification spéculative de l'externalisation au contrat d'entreprise

Chapitre 2 : Une existence conceptuelle inachevée en droit administratif

Section 1 : L'influence managériale sur le droit administratif

Section 2 : Une réception incomplète par la doctrine administrativiste

Titre 2 : La détermination de l'essence coopérative de l'externalisation

Chapitre 1 : Recherche d'une essence coopérative en droit civil

Section 1 : Une essence perdue dans les modèles traditionnels

Section 2 : Une essence retrouvée dans le contrat-coopération

Chapitre 2 : Découverte d'une essence coopérative en droit administratif

Section 1 : Une fonction coopérative spécifiée par la compétence

Section 2 : Une structure coopérative singularisée autour de l'obligation

Partie 2 : Réalisation de l'externalisation administrative

Titre 1 : L'expression de l'externalisation administrative à travers la compétence

Chapitre 1 : Un repliement face à la réalisation de la compétence normative

Section 1 : Un repliement instruit par une relecture de l'indisponibilité

Section 2 : Un repliement déduit pour la réalisation de la compétence normative

Chapitre 2 : Un déploiement pour la réalisation de la compétence matérielle

Section 1 : Un déploiement instruit par l'objet de l'externalisation administrative

Section 2 : Un déploiement déduit des critères de l'externalisation administrative

Titre 2 : L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative

Chapitre 1 : L'appréhension de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative

Section 1 : L'identification de la fonction normative duale de l'obligation

Section 2 : La signification de la fonction normative duale de l'obligation

Chapitre 2 : Les conséquences de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative

Section 1 : L'influence de la finalisation de l'obligation sur les actes administratifs

Section 2 : L'incidence de la dualité de l'obligation sur sa sanction contentieuse

Principales Abréviations

AFDA : Association française pour la recherche en droit administratif

Aff. : Affaire

AJDA : Actualité juridique – Droit administratif

AJFP : Actualité juridique – Fonctions publiques

Al. : Alinéa

APD : Archives de philosophie du droit

Art. : Article

Ass. : Assemblée

Ass. plén. : Assemblée plénière

Avis cont. : Avis contentieux

Bibl. : Bibliothèque

BEA : Bail emphytéotique administratif

BJCL : Bulletin juridique des collectivités locales

BJCP : Bulletin juridique des contrats publics

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles, sociale et commerciale)

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)

Bull. Joly : Bulletin Joly

C/ : Contre

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. civ. : Cour de cassation, Chambre civile

Cass. com. : Cour de cassation, Chambre commerciale

Cass. crim. : Cour de cassation, Chambre criminelle

Cass. soc. : Cour de cassation, Chambre sociale

CC : Conseil constitutionnel

CCC : Les cahiers du Conseil constitutionnel

C. Civ. : Code Civil

C. com. : Code de commerce

CDE : Cahiers de droit de l'Entreprise

CE : Conseil d'État

CEDH (selon le contexte) : Convention européenne des droits de l'Homme ou Cour européenne des droits de l'Homme

Cf. : Confer

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques

Chron. : Chronique

Cie : Compagnie

Circ. : Circulaire

CJA : Code de justice administrative
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CMP : Contrats et marchés publics
Coll. : Collection
Cons. conc. : Conseil de la concurrence
Comm. : Commentaire
Comp. : Comparer
Concl. : Conclusions
Cf. : Confer
Contrats, conc. et consom. : Contrats, Concurrence, Consommation
CP-ACCP : Contrats publics-Actualité de la commande et des contrats publics
D. : Décret
D. : Recueil Dalloz
DA : Revue Droit administratif
Déc. : Décision
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. : Sous la direction de
Doc. fr. : La documentation française
D. Ouvr. : Droit ouvrier
Dpt : Département
D. Soc. : Droit social
Ed. : Édition
EDCE : Études et documents du Conseil d'État
Ets. : Établissements
Fasc. : Fasicule
GACE : Grands avis du Conseil d'État
GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
Ibid : Ibidem
Infra : Ci-dessous
J.-Cl. : JurisClasseur
JCP A : La Semaine juridique, édition Administrations et collectivités territoriales
JCP G : La Semaine juridique, édition Générale
JCP E : La Semaine juridique, édition Entreprises
JCP N : La Semaine juridique, édition Notariale
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

L. : Loi

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

Libr. : Librairie

LO : Loi organique

LOLF : Loi organique relative aux lois de finances

LPA : Les Petites Affiches

Mémoire dact. : Mémoire dactylographié

N° : Numéro

Not. : Notamment

Obs. : Observations

Op. cit. : Opere citato

Ord. : Ordonnances

P. : Page

PMP : Politiques et management public

PPP : Partenariat public-privé

Pt. : Point

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

PURH : Presses universitaires de Rouen et du Havre

RA : Revue administrative

Rapp. : Rapport

RDC : Revue des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RD prop. ind. : Revue de la propriété industrielle

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

RDUE : Revue de droit de l'Union européenne

Rec. : Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État, des décisions du Tribunal des conflits, des arrêts de CAA et des jugements de TA ; ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel ; ou Recueil des arrêts de la CJCE et du TPICE

Rééd. : Réédition

REI : Revue d'économie industrielle

Req. : Requête

Rev. éco. : Revue économique

RFAP : Revue française d'administration publique

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RFE : Revue française d'économie

RFFP : Revue française de finances publiques

RFG : Revue française de gestion
RFSP : Revue française de science politique
RGCT : Revue générale des collectivités territoriales
RGDA : Revue générale du droit des assurances
RH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJEP : Revue juridique de l'économie publique
RJO : Revue juridique de l'Ouest
RLC : Revue Lamy de la Concurrence
RLCT : Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RRJ : Droit prospectif, Revue de la recherche juridique
Rev. Sc. Lég. Fin. : Revue de Science législative et financière
Rev. sc. mo. po. : Revue des sciences morales et politiques
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Recueil Sirey
s. : Suivant
Sect. : Section
Spéc. : Spécialement
Sté : Société
Supra : Ci-dessus
Synd. : Syndicat
T. : Tome
TA : Tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits
TCE : Traité instituant la Communauté européenne
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI : Tribunal de grande instance
Trad. : Traduction
TUE : Traité sur l'Union européenne
Thèse dact. : Thèse dactylographiée
Vol. : Volume

*« La meilleure façon de ne pas avancer
est de suivre des idées fixes »*

Jacques Prévert

*« Un jour j'irai vivre en Théorie,
car en Théorie tout se passe bien »*

Pierre Desproges

Introduction générale

*« Peut-être l'immobilité des choses autour de nous
leur est-elle imposée par notre certitude que ce sont elles
et non pas d'autres, par l'immobilité de notre pensée
en face d'elles »*

PROUST M., *Du côté de chez Swann*, Folio Classiques, p. 6

1. L'apparition contemporaine du vocable de l'externalisation en droit administratif. À l'occasion d'une intervention consacrée à *l'externalisation en matière administrative*¹, Philippe Yolka soulignait la tendance de la doctrine actuelle à employer de plus en plus fréquemment le vocable de l'externalisation pour évoquer les transformations récentes de l'action publique. S'il précisait alors que *« certains voient dans le recours à l'externalisation, précisément, l'un des symptômes d'une mutation de la forme étatique, marquant le passage du « faire » au « faire faire » »*², il convient d'autant plus de ne pas seulement mettre en évidence l'apparition de ce terme mais également d'en proposer une explication afin de lui donner corps et consistance. Dans le même ordre d'idées, Gilles-Jacques Guglielmi indiquait que *« l'externalisation doit être conçue comme une relation partenariale (...), qui s'insère dans un pilotage logistique synchronisé de leurs activités »*³ avec des partenaires extérieurs. Suggérant déjà l'intuition de Philippe Yolka, il sous-entendait alors que l'émergence de ce terme dans le champ lexical de la doctrine administrativiste traduisait cette *« mutation »* de l'action administrative ; et au-delà, du rôle de l'État et des personnes publiques. À ce titre, il précisait alors que *« contrairement à une représentation souvent admise comme une idée reçue, qui ferait de l'externalisation une stratégie de réduction de la puissance publique et du périmètre de l'État »*⁴, celle-ci correspondrait davantage à un réajustement de sa place dans une société elle-même en transformation dont il s'agirait par conséquent d'apprécier la portée alors qu'elle peut-être définie de manière générale comme le fait *« de confier à un tiers les tâches qui n'entrent pas dans le cœur de métier d'activité d'une institution publique ou privée »*⁵.

¹ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13 et s.

² YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

³ GUGLIELMI G.-J., « Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public », *Droit ouvrier*, avril 2008, n°717, p. 175.

⁴ GUGLIELMI G.-J., *Ibid.*

⁵ LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 77.

Un tel pressentiment n'est d'ailleurs pas inédit pour la doctrine. À l'aube des années 1970, Charles Debbasch rappelait déjà que « *le phénomène d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative est souvent mis en accusation* », au point d'être alors considéré « *comme la maladie honteuse de l'époque* »⁶. Il affirmait cependant qu'il était tout à fait possible de l'envisager sous un angle moins négatif, moins idéologiquement marqué et plus théoriquement utile à la compréhension du droit administratif. C'est d'ailleurs ainsi qu'il indiquait que l'un des mérites de la thèse de Jean-Paul Négrin résidait justement dans le fait d'avoir offert une étude objective de ce phénomène, de l'avoir présenté en démontrant que « *cette intervention ne réduit en rien les pouvoirs de la puissance publique* »⁷ et que, « *loin d'être en définitive le témoignage du désarroi de l'administration devant des tâches nouvelles, il constitue la table d'expérience utilisée par la puissance publique aux périodes où une nouvelle extension des attributions de l'appareil étatique est nécessaire* »⁸. Il est alors remarquable qu'à près d'un demi-siècle d'écart la doctrine se soit finalement intéressée à un même mouvement du droit administratif ; c'est-à-dire à une tendance notable au déplacement de ses frontières ainsi que de ses points d'ancrage. Toutefois l'épreuve du temps aura permis une évolution du lexique utilisé pour désigner et tenter d'expliquer ces lignes de faille qui tiraillent ce champ disciplinaire en tant que cadre de l'action administrative conduite par l'État et les personnes publiques. Et s'il est vrai que parfois « *la faux du temps tranche de mille manières tout ce qui est l'ouvrage des hommes* »⁹, il arrive également que l'épreuve du temps, par un processus d'accrétion, facilite l'élaboration d'une discipline, ou du moins sa compréhension par la doctrine, et l'établissement d'un méta-discours susceptible d'éclairer d'un point de vue théorique son enracinement dans la réalité. De part et d'autre de ce demi-siècle de réflexions, il semblerait bien que le discours doctrinal ait finalement pris pour point de départ les mêmes observations : un retrait apparent des personnes publiques qui « *touche l'identité même de la sphère publique, ce qui « fait » l'État, en constitue l'essence* »¹⁰. Un tel constat fut de surcroît déjà considéré au commencement d'une réflexion en forme de rétrospective menée sur le droit administratif à la fin des années 1990.

⁶ Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. XV.

⁷ Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *Ibid.*

⁸ Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. XVI.

⁹ BIGOT-PRÉAMENEU F.-J., « Présentation du Titre XX du Code civil au Corps Législatif », in FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 661 et s., spéc. p. 574.

¹⁰ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

À l'occasion du cinquantième anniversaire de la V^{ème} République, Jacques Chevallier notait effectivement que « *la confrontation de deux images du droit administratif, celle qui était la sienne à l'aube de la Ve République, celle qui se profile en cette fin de second millénaire, ne peut manquer de susciter la perplexité* »¹¹. Alors qu'il rappelait que le droit administratif avait toujours été considéré comme constituant « *un mode singulier de construction d'un État doté d'une forte autonomie sociale* »¹², figeant en quelque sorte le lien indéfectible unissant cette discipline et son objet : l'État, il précisait qu'avec le temps « *tout semble avoir changé* »¹³. Aussi allait-il même jusqu'à supposer que « *tout se passe comme si ces quarante années avaient eu pour effet de modifier en profondeur le droit administratif* »¹⁴, induisant implicitement une modification du rôle, ou du moins de la perception du rôle de l'État et des personnes publiques dans la société contemporaine¹⁵. Comme le réaffirmait alors Jacques Chevallier, si « *le droit administratif n'est pas le produit, ni d'une génération spontanée, ni d'une nécessité objective* », il « *résulte d'un travail persévérant de formalisation et de systématisation* »¹⁶. Aussi la doctrine a-t-elle nécessairement joué un rôle, et continue de le faire, dans la construction et l'évolution progressive de cette discipline au cours du temps en fonction des mutations de son objet. Prenant en compte les changements de contexte, elle a pu participer à l'adaptation de cette branche du droit encadrant l'action des personnes publiques. Au-delà même, elle a pu également se pencher sur les leçons à tirer de ces changements. Ce rôle actif de la doctrine dans l'évolution du droit administratif et du discours qui y attrait est d'ailleurs remarquablement illustré par les auteurs précités à propos de l'émergence du concept d'externalisation dans le méta-langage théorique des juristes. Ainsi Philippe Yolka considère-t-il que l'utilisation par les auteurs du terme externalisation constitue « *un des symptômes d'une mutation de la forme étatique* »¹⁷, alors que Charles Debbasch rappelait qu'à l'aube des années 1970 une majorité de la doctrine considérait que ce qui pouvait se rapprocher d'une forme d'externalisation ne représentait rien d'autre que « *la maladie honteuse de l'époque* »¹⁸ dont souffrait le droit administratif.

¹¹ CHEVALLIER J., « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n°5/6, 1998, p. 1794.

¹² CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹³ CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹⁴ CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹⁵ Une intuition que l'on devait finalement voir confirmée durant la décennie suivante : voir par exemple : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006.

¹⁶ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 1794.

¹⁷ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

¹⁸ Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. XV.

Envisagée sous cet angle, l'apparition du terme externalisation conduit logiquement le chercheur à se questionner sur cet état de santé du droit administratif. Et si l'externalisation est bien une maladie, ou du moins un de ses symptômes, il convient de préciser le terrain sur lequel elle se propage et de déterminer pourquoi et comment elle y parvient. Reprenant les propos de Louis Pasteur selon lesquels « *le microbe n'est rien, le terrain est tout* »¹⁹, il est en effet impératif de considérer l'externalisation au-delà de cette vision négative dont son étude pâtie nécessairement. Elle se présenterait alors plutôt comme une occasion de considérer le droit administratif sous cet angle *a priori* pathologique que cette approche peut offrir. À ce propos, soulignant la faiblesse relative des études doctrinales alors consacrées à ce concept émergent, Jean-Bernard Auby indiquait que, eu égard à de nombreux exemples étrangers, l'externalisation en droit administratif serait susceptible d'apparaître « *comme une source majeure d'interrogations en droit public* » en ce qu'elle entraînerait avec elle « *des problèmes juridiques redoutables* »²⁰. La doctrine ne manquait d'ailleurs pas de souligner, dès le début des années 2000, l'émergence du vocable de l'externalisation dans le contexte particulier de la réforme de l'État. Jean-David Dreyfus indiquait ainsi qu'il était envisageable de replacer ce concept nouveau dans le cadre du « *processus de réorganisation des structures administratives qui vise à moderniser l'État* »²¹. Outre la présentation du décors propice à l'émergence du concept d'externalisation en droit administratif, l'auteur lui faisait donc endosser un rôle titre dans le mouvement de « *rationalisation des moyens mis en œuvre par la puissance publique* »²², lequel ne devait pas être confondu avec une forme de « *désengagement complet de l'État au profit de l'initiative privée* »²³. Est ici retrouvée, une fois de plus, l'idée mise en relief par Philippe Yolka qui ferait de l'externalisation « *l'un des symptômes d'une mutation de la forme étatique* ». Quelques temps plus tard, évoquant le cas particulier du contrat de partenariat « *écotaxe* », Frédéric Rolin estime d'ailleurs que celui-ci, exemple caractéristique de « *l'externalisation d'une fonction fiscale de l'État* », constitue l'un des « *symptôme(s) d'un État impotent* »²⁴. Pour autant, faut-il y voir une mutation pathologique qui conduirait le droit administratif à sa disparition, ou bien plutôt une mutation

¹⁹ Il s'agirait plus précisément des propos qu'aurait tenu Louis Pasteur à la fin de sa vie. Évoquant le travail d'Antoine Béchamp, il aurait ainsi admis que « *Béchamp avait raison, le microbe n'est rien, le terrain est tout* ».

²⁰ AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, repère 6, p. 1.

²¹ DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214.

²² DREYFUS J.-D., *Ibid.*

²³ GOHIN O., *Institutions administratives*, LGDJ, 2002, 4^{ème} éd., p. 12.

²⁴ ROLIN Fr., « Le contrat de partenariat « *écotaxe*, symptôme d'un État impotent », *AJDA*, 18 novembre 2013, p. 2225.

évolutive marquant le passage à une nouvelle ère²⁵ ? Aussi le constat de l'émergence progressive de ce vocable au sein de la doctrine administrativiste questionne-t-il finalement en premier lieu sur le sens et la portée qu'il conviendrait de lui conférer par l'adoption d'une démarche « utilitariste » dans la mesure où celle-ci présuppose en particulier « *qu'une étude purement analytique des concepts juridiques, une étude de la signification du vocabulaire distinctif du droit, est aussi importante pour notre compréhension de la nature du droit que des études historiques ou sociologiques* »²⁶.

2. La détermination du sens de l'émergence doctrinale de l'externalisation administrative.

Pour rester dans la métaphore médicale, il est possible en effet d'évoquer utilement les deux incidences possibles découlant des mutations génétiques. Définies comme les modifications de l'information génétique dans le génome d'une cellule, l'ensemble de la communauté scientifique s'accorde à dire qu'elles participent sur le long terme de l'évolution des espèces. Pour autant, elles ne présentent pas toute la même portée, ou du moins la même pérennité. Certaines, pathologiques dirons-nous, conduisent à la disparition du sujet. D'autres, constructives, participent *a contrario* au progrès de l'espèce en rendant le sujet plus apte à survivre à son environnement. Il est par conséquent concevable d'appréhender l'évolution du droit administratif à l'aune de ces mutations et de l'émergence de l'externalisation dans le discours doctrinal dès lors que celles-ci sont envisagées d'un point de vue constructif. Si le parallèle ainsi tracé entre le droit et la médecine en ce qui concerne l'emploi du terme de mutation est relativement rare, il n'en demeure cependant pas moins présent plus ou moins implicitement en matière juridique. Ne retrouvait-on pas dès 1956 une contribution consacrée à *quelques réflexions sur la réforme administrative*²⁷ dans les mélanges en l'honneur d'Achille Mestre présentés à l'aune de *l'évolution du droit public* ? Ou encore, en 2002, un ensemble d'études réunies en hommage à Benoît Jeanneau autour du thème des *mutations contemporaines du droit public*²⁸ ? Evoquant les remouls ébrouant la catégorie des établissements publics industriels et commerciaux, Benoît Plessix soutenait plus récemment encore qu'il s'agissait là d'un des « *plus profond symbole des tourments qui agitent*

²⁵ En référence aux propos précédemment cités de Jean-Bernard Auby évoquant ce « *droit administratif postmoderne dans l'ère duquel nous sommes entrés* » ; AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 662.

²⁶ HART. H.L.A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 57, cité par : SCHOFIELD Ph., « Jeremy Bentham et la « tradition utilitariste de la théorie du droit » selon H.L.A. Hart », in *Bentham Juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 36, 2011, p. 127.

²⁷ DELBEZ L., « Quelques réflexions sur la réforme administrative », in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 157.

²⁸ GARBAR Ch.-A. (dir.), *Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, 720 p.

l'évolution contemporaine du droit administratif français » ; ce qui le conduisait alors à placer cette catégorie d'établissements public « *au cœur des mutations du droit administratif* »²⁹. Néanmoins, la doctrine ne paraissait pas unanime sur le sens à donner à ces turbulences touchant cette catégorie d'établissement public. Si pour certains ces « *mutations du droit administratif* » semblaient les condamner³⁰, pour d'autres, elles impliqueraient leur « *transformation* »³¹, et donc leur adaptation à l'évolution du contexte.

Il est cependant possible d'envisager l'externalisation, comme a pu le suggérer Philippe Yolka, comme un des éléments révélateurs de l'évolution du droit administratif ; c'est-à-dire dans une acception positive et constructive de la mutation. Outre le fait de mettre en évidence la position de la doctrine vis-à-vis du champ juridique qu'elle se donne à étudier, la mise en parallèle des propos de Philippe Yolka et Gilles-Jacques Guglielmi d'un côté, et de Charles Debbasch et Jean-Paul Négrin de l'autre, permet de prendre conscience de la réticence dont a pu faire, et fait toujours, preuve la doctrine à l'égard de l'émergence de notions ou concepts nouveaux³², le plus souvent inspirés de disciplines extra-juridiques. Tout comme ce put être le cas en 1971, les études développées et approfondies consacrées au concept d'externalisation ne sont d'ailleurs pas légion aujourd'hui. Or, alors même qu'un tel constat devrait conduire à rechercher la meilleure compréhension possible de ces phénomènes. Alors même que, offrant un point de vue novateur sur le droit administratif et sur le rôle de l'État et des personnes publiques dans la société, ces phénomènes présentent à plus forte raison une occasion de produire des réflexions originales sur une matière soumise à des évolutions constantes, et parfois considérables. La doctrine semble minorer ces aspects, comme s'il suffisait de ne pas en parler pour que ces « *maladie(s) honteuse(s)* » cessent d'exister. Pourtant, quand bien même s'agirait-il de maladies, le remède ne pourrait être trouvé qu'après être parvenu à la meilleure compréhension possible de chacune d'elles. L'adoption de cette attitude face au constat de l'apparition de ce vocable dans le discours doctrinal en droit administratif invite par conséquent à s'intéresser d'autant plus à ces phénomènes dont l'émergence paraît tant

²⁹ PLESSIX B., « Établissements publics. L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A*, 26 mars 2007, n°13, p. 35.

³⁰ LOMBARD M., « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 16 janvier 2006, p. 79.

³¹ BAILLEUL D., « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *CJEG*, mars 2006, n°629, p. 105.

³² Charles Debbasch pouvait dire, à propos de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, que « *la réprobation qui l'entoure ne favorise pas son étude* » : Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. XV.

devoir bouleverser le champ et les fondements du « *droit administratif traditionnel* »³³. De plus, outre le fait que la solution à un problème ne peut provenir que de son étude, s'intéresser à ces éléments nouveaux du paysage administratif pourrait également permettre d'expliquer, ou du moins d'éclairer, les différentes évolutions qu'il connaît dans cette période contemporaine. Plus encore, cela pourrait favoriser le renouvellement profond des réponses à certaines problématiques parmi les plus anciennes de ce droit, ainsi que des questionnements qui la traversent depuis plus d'un siècle et demi.

Il serait cependant injuste, voire malhonnête, de dresser le tableau d'une doctrine relativement statique et classique dans son traitement de la thématique de l'externalisation en droit administratif, et de ses incidences sur l'appréhension et la compréhension de cette discipline. Certes la plupart des études conduites à son propos demeurent-elles en surface des questionnements qu'elle soulève, ou circonscrites à une approche technicienne et ponctuelle attachée à l'identification de ses manifestations en droit positif et de son régime juridique éventuel³⁴. Celles-ci semblent néanmoins avoir connu un tournant majeur et déterminant à partir des réflexions menées par Léo Vanier³⁵. Délaissant la recherche utile des modalités et du cadre juridique de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif, ce dernier a effectivement impulsé une dynamique nouvelle et stimulante vouée à éclairer un terme de plus en plus employé et pourtant largement méconnu, ainsi qu'à appréhender les difficultés et les questionnements théoriques que sa transposition entraîne et soulève³⁶. C'est donc humblement que l'étude ici envisagée se propose de s'inscrire dans le sillon ainsi tracé afin de tâcher d'approfondir le travail déjà effectué de précision du sens et de la portée de l'émergence d'un tel concept forgé sur les terres du management, passé entre les mains des économistes et des juristes privatistes pour finalement s'imposer peu à peu dans la sphère

³³ « (...) le phénomène d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative est souvent mis en accusation. On met à son actif la dégradation du droit administratif traditionnel et de sa distinction rigide des institutions publiques et des institutions privées, des droits auxquels elles se trouvent soumises (...) » : Préface de Charles Debbasch à la thèse de Jean-Paul Négrin : NÉGRIN J.-P., *Ibid.*

³⁴ Citons sur ce point : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012 ; FROT O., *État régalien et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012 ; MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011.

³⁵ VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

³⁶ Il atteste en effet de la nécessité d'une telle approche conceptuelle de l'émergence de l'externalisation dans le discours doctrinal en droit administratif lorsqu'il indique que, « *rendue nécessaire par une actualité phénoménale et sémantique, l'étude de l'externalisation en matière administrative nous semble donc devoir être envisagée comme celle de la transposition d'un concept, dotée d'une certaine valeur heuristique au sein des cadres de pensée du droit administratif* » : VANIER L., *op. cit.*, p. 14.

administrative à la fois dans le discours de droit et le discours sur le droit³⁷. Le choix d'une démarche conceptuelle se trouve de surcroît conforté par cette étude autant que par la volonté de se détacher quelque peu de l'emprise du droit positif pour entreprendre davantage la détermination d'une grille de lecture des transformations contemporaines du droit administratif.

Il s'agira en effet à travers ces lignes de prolonger la conceptualisation de l'externalisation en matière administrative proposée aujourd'hui en y apportant les ajustements imposés par la direction retenue. Il ne saurait être question de ne pas se nourrir des acquis doctrinaux désormais ancrés dans la doctrine et de repartir de rien pour avancer sur un terrain supposé vierge alors qu'il est maintenant talentueusement défriché. Il appartient néanmoins au chercheur de retenir, sur cette base commune, ses propres hypothèses et de poursuivre l'œuvre de ses prédécesseurs dans le sens qu'il juge être le plus pertinent pour contribuer à son propre niveau à l'enrichissement de la compréhension d'un concept naissant dont l'intérêt ne saurait être épuisé par un angle d'analyse si brillant soit-il. Aussi n'est-il pas contestable que la transposition de la notion stratégique d'externalisation dans la sphère administrative impose des corrections et des adaptations imposées par les spécificités d'une discipline tout entière élaborée autour de revendications d'autonomie, comme c'est le cas pour le droit administratif. Toute conceptualisation de celle-ci implique par conséquent un retour sur ses racines pour en apprécier le contenu déterminant, la part irréductible qui, quel que soit le point de vue retenu, devra toujours affleurer dès lors qu'il est employé pour désigner ou recouvrir des pratiques administratives. Mais, si elle se présente ainsi irrémédiablement comme le résultat d'un transfert intellectuel d'une discipline à une autre, les postulats émis pour en rendre compte peuvent varier selon l'angle d'approche adopté, et ainsi conduire à des conclusions, si ce n'est opposées, du moins différentes. La démarche ici retenue demeure toutefois une approche théorique en ce qu'elle aborde également l'externalisation administrative comme un concept ; c'est-à-dire comme un outil intellectuel destiné à améliorer la représentation de la réalité à travers le prisme du droit administratif. Elle poursuit donc bien en cela les travaux précédents d'élaboration d'un tel concept dès lors qu'elle contribue à sa présentation, mais elle en proposant un point de vue nouveau aussi bien sur

³⁷ Relayant le constat de Laure Tonnet-Mirepoix selon lequel les « *références textuelles à l'externalisation sont peu nombreuses, mais leur existence traduit l'irruption de cette notion dans la matière juridique* » (TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 18), Léo Vanier le tempère et le précise en indiquant d'une part que « *le terme « externalisation apparaît dans un nombre non négligeable de textes (...), le terme est bien présent dans la jurisprudence administrative* » et, d'autre part, qu'il « *est tout aussi assuré que l'externalisation constitue aujourd'hui un mot appartenant au discours sur le droit public* » : VANIER L., *op. cit.*, p. 24 et 25.

l'objet d'étude retenu que sur la méthode employée et la problématique déployée. C'est ainsi que la démonstration à venir, si elle est enrichie par les travaux existants, s'engage sur une voie différente liant plus étroitement la compréhension des fondements et des rouages du concept d'externalisation administrative à l'appréhension de ses incidences sur la connaissance contemporaine du droit administratif. Au-delà de l'identification d'un concept transposé d'un autre champ disciplinaire, il s'agit en somme d'en approfondir le contenu et de préciser en quoi il permet d'adopter un point de vue nouveau sur une matière traversée de nombreuses mutations, et si souvent envisagée comme un droit en crise. Il s'agit, en d'autres termes, de prolonger la thématique de la conceptualisation de l'externalisation dans le contexte du droit administratif par le dépassement du constat de l'émergence dans son champ lexical d'un mot nouveau d'origine étrangère.

3. L'intérêt théorique d'une conceptualisation de l'externalisation administrative. Courante en science juridique³⁸, la démarche de conceptualisation n'accoste pas pour la première fois sur les terres du droit administratif à bord de ce frêle esquif que semble être encore aujourd'hui l'externalisation administrative. Elle s'est effectivement imposée de longue date comme un procédé intellectuel susceptible de permettre au juriste de passer outre l'existant observable afin d'en mieux saisir l'essence qui l'anime et à travers laquelle il acquiert par ailleurs une connaissance plus aboutie de son objet d'étude. Elle est dès lors indispensable en cela même qu'elle donne son sens aux résultats obtenus par l'observation du réel. Certes le droit, tout autant que la règle de droit, existe sans avoir été nécessairement pensé au préalable. Pour autant, partant de cette existence, le juriste doit en proposer un agencement propre à l'émergence d'un système rationnellement ordonné qui favorise sa compréhension. À l'instar du concept d'externalisation administrative, l'acte juridique incita par exemple Jean Hauser à en proposer une étude en deux temps : observation de l'acte juridique dans un premier temps, puis dépassement de cette existence « *superficiel(le)* » afin, dans un second temps, « *d'en poser les bases de la théorie générale sur le plan scientifique* »³⁹. C'est également dans le même ordre d'idée que Guylain Clamour parvint à démontrer l'essence véritable de l'intérêt général telle qu'elle devait être pensée dans une économie de marché à l'aune du constat de l'existence de sa régénération par la concurrence, et ce afin d'en tirer les conséquences sur la

³⁸ Notons au soutien de cette affirmation que « *le principal effort de conceptualisation, c'est-à-dire de dégagement des concepts qui sous-tendent le droit, peut sans doute se reconnaître dans l'œuvre normativiste et en premier lieu dans celle de Kelsen* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 42.

³⁹ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. 24.

théorie générale du droit administratif⁴⁰. Ces travaux ainsi menés éclairent alors l'intérêt, en premier lieu théorique, qu'il y aurait à procéder de la sorte pour l'appréhension de l'externalisation en droit administratif dès lors qu'ils se rejoignent, *mutatis mutandis*, par leur emploi d'une démarche de conceptualisation consistant à déterminer l'essence d'un concept, dont l'existence a été préalablement démontrée en droit positif, pour contribuer à une meilleure connaissance du réel. La conceptualisation de l'externalisation administrative ne consiste donc finalement pas en autre chose que la réalisation par la doctrine de sa fonction de « *faiseur de systèmes, remontant du concret à l'abstrait* »⁴¹.

Ce processus aboutissant à l'élaboration du concept d'externalisation administrative emprunte de surcroît à la philosophie existentialiste cette prise en compte préalable de l'existence des choses afin de pouvoir les inscrire dans un système théorique de pensée synthétique et unificateur⁴². C'est d'ailleurs sur ce point que le choix de recourir au concept trouve une justification. L'approche philosophique de cette alternative sémantique entre le concept et la notion, dont la résolution est souvent qualifiée d'anarchique⁴³, permet effectivement de distinguer l'un de l'autre. Alors que, selon Emmanuel Kant, le premier émerge exclusivement de l'appréhension préalable du réel⁴⁴, la seconde s'érige en pur objet d'abstraction formé « *sans référence aux objets donnés par la perception* »⁴⁵. La conceptualisation de l'externalisation administrative apparaît par conséquent comme la voie la mieux à même d'aboutir à la détermination de son existence certes, mais surtout en premier lieu de son

⁴⁰ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006. La démonstration de l'intégration progressive des préoccupations concurrentielles au sein de l'intérêt général engendrerait effectivement, selon l'auteur, un réajustement des fonctions de ce dernier dans le sens d'un redéploiement des personnes publiques et du droit qui leur est applicable.

⁴¹ Comme peut d'ailleurs le faire « *l'auteur qui s'efforce de dégager, à partir des espèces, une notion précise du contrat administratif ou de l'établissement public* » : RIVÉRO J., « Apologie pour les faiseurs de système », Dalloz, 1951, p. 99 et 100. À l'occasion de sa préface à la thèse de Théodore Fortsakis, il réaffirmait en l'occurrence avec force cette opinion émise plus de trente ans plus tôt en indiquant qu'un « *droit ne peut, ni se passer de concepts, ni ignorer le réel qu'il entend régir (...) le droit administratif français recherche l'équilibre entre l'orgueil du juge « ennemi de la chose en soi », et l'irréalisme éventuel des « faiseurs de système* » » : Préface de Jean Rivéro à la thèse : FORTSAKIS Th., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 152, 1987, p. 15.

⁴² « *Le concept résulte en effet d'une « conception » des choses : il s'agit de « penser ensemble » un certain nombre d'éléments. Le concept s'inscrit dans un système de pensée* » : BIOY X., *op. cit.*, p. 25.

⁴³ « *Encore une fois, si certains philosophes semblent distinguer concept et notion, peu ont posé ainsi la question et d'une façon générale l'usage terminologique demeure anarchique* » : BIOY X., *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ « *Ainsi, c'est au moyen de la sensibilité que des objets nous sont donnés, seule elle nous fournit des intuitions ; mais c'est l'entendement qui pense ces objets et c'est de lui que naissent les concepts. Et il faut que toute pensée, soit en ligne droite (directe), soit par détours (indirecte), se rapporte finalement à des intuitions, par conséquent, chez nous à la sensibilité, parce que nul objet ne peut nous être donné d'une autre façon* » : KANT E., *Critique de la raison pure*, PUF, 1980, p. 53.

⁴⁵ BIOY X., *op. cit.*, p. 26.

essence et de son influence sur le droit administratif. Il ne pourrait en outre s'agir d'une notion dans la mesure où cela reviendrait dans une certaine mesure à nier l'intérêt explicatif propre à ce concept inédit dans la sphère administrative ; celui attaché notamment à son origine extra-juridique issue de la pratique des managers. En tant que tel, l'externalisation administrative s'impose donc comme un concept empirique kantien⁴⁶ à part entière dont l'élaboration résulte de l'observation du réel en droit et en-dehors du droit. Sa conceptualisation se présente alors comme une démarche explicative à l'instar de tout processus cognitif⁴⁷. Typique de l'évolution du droit administratif influencé par son contexte, il illustre parfaitement la conclusion de Théodore Fortsakis en vertu de laquelle « *conceptualisme et empirisme, pôles irréductibles et omniprésents du droit administratif, impriment conjointement à son évolution leurs caractères particuliers* »⁴⁸.

Ce procédé théorique emprunte également à la philosophie utilitariste développée par Jérémy Bentham, reprise par la suite par Herbert Hart, en ce qu'il s'agit à travers la définition des termes juridiques essentiels, et ici la définition de l'externalisation administrative, « *de construire une signification pour un terme qui, tout en coïncidant généralement avec l'usage et en fournissant une explication de ses tendances fondamentales, ne serait pas seulement clair, mais mettrait en évidence et rassemblerait plusieurs caractéristiques fréquemment récurrentes dans la vie des systèmes juridiques, caractéristiques auxquelles il est essentiel de prêter attention en vue d'objectifs théoriques et pratiques* »⁴⁹. L'élaboration d'une telle définition de l'externalisation administrative par l'adoption d'une démarche de conceptualisation rejoint en effet cette volonté du positivisme juridique méthodologique⁵⁰ et

⁴⁶ « *Le concept est ou empirique ou pur, et le concept pur, en tant qu'il a uniquement son origine dans l'entendement (et non dans une image pure de la sensibilité), s'appelle notion* » : KANT É., *op. cit.*, p. 270.

⁴⁷ « *Les concepts sont des représentations mentales qui figurent dans les processus cognitifs supérieurs (catégorisation, raisonnement inductif et déductif, création d'analogies, compréhension linguistique)* », et en cela la conceptualisation se range parmi ces processus : MACHERY Ed., « *Doit-on se passer de la notion de concept ?* », *Publications Électroniques de Philosophie Scientifique*, vol. 2, 2005, p. 1.

⁴⁸ FORTSAKIS Th., *op. cit.*, p. 488.

⁴⁹ HART. H.L.A., *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 164, cité par : SCHOFIELD Ph., « *Jeremy Bentham et la « tradition utilitariste de la théorie du droit » selon H.L.A. Hart* », in *Bentham Juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 36, 2011, p. 128.

⁵⁰ Rappelons que Stephen Perry soutenait en particulier que « *le positivisme juridique méthodologique est l'idée que la théorie juridique peut et devrait offrir une description du (...) droit qui soit neutre sur le plan normatif* » : PERRY S. R., « *Hart's Methodological Positivism* », in *Hart's Postscript : Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 311 et 313, cité par : SCHOFIELD Ph., *op. cit.*, p. 129. Et ce dernier d'ajouter que « *Hart impute le positivisme juridique méthodologique à Bentham lorsqu'il affirme que celui-ci insistait « sur l'utilisation d'un vocabulaire précis et aussi moralement neutre que possible dans la discussion en matière juridique et politique », et que Bentham définissait le droit en des termes qui étaient « tous ouvertement descriptifs et neutres d'un point de vue normatif* » » : SCHOFIELD Ph., *op. cit.*, p. 130.

de l'utilitarisme⁵¹ consistant à proposer une description systématisée et relativement neutre du droit existant afin de fonder une théorie utile pour une meilleure compréhension de ce dernier sans aucun jugement ni énoncé normatif⁵². Une démarche qui s'inspire en somme pleinement de l'utilitarisme défendue par Jérémy Bentham en ce qu'elle contribue à la détermination de mots nouveaux favorisant la connaissance théorique du réel en apportant « *une signification distincte et fixe (...) à une tribu nombreuse de mots dont (...) la signification flottait dans les airs* »⁵³. Elle répond enfin à une nécessité, fréquemment soulignée, de la théorie générale du droit qui impose pour la compréhension de l'ensemble d'un système juridique, ou d'un mécanisme particulier, de tâcher d'apporter des réponses à certaines questions tenant à sa finalité, son domaine d'application et sa portée⁵⁴ alors qu'il ne saurait être question de « *se limiter (...) à une approche seulement positiviste et empirique du droit* » et « *qu'il ne peut y avoir de réelle compréhension du monde qu'à condition de saisir les relations qui s'établissent entre les diverses parties des ensembles organisés* »⁵⁵.

Aussi la démarche de conceptualisation qui servira de point de départ à l'étude entreprise résulte-t-elle, en premier lieu, d'une volonté de proposer une définition de l'externalisation propre au droit administratif afin de permettre, par la suite, d'en dégager les incidences théoriques. Il est effectivement admis que « *le concept apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique d'une chose* »⁵⁶ afin d'en favoriser pour l'avenir la compréhension dans le

⁵¹ Rappelons que si l'utilitarisme défendu par Jérémy Bentham ne présentait pas nécessairement la neutralité prônée par le positivisme juridique, il convient néanmoins de préciser que l'utilité qu'il recherchait dans l'organisation du droit relevait davantage de la forme et de la présentation de celle-ci afin d'assurer la meilleure connaissance possible des règles de droit que du fond et de la recherche de la meilleure règle possible.

⁵² Elle rejoint en cela la nécessité évoquée par Jérémy Bentham d'un renouvellement des usages linguistiques dans la science du droit au service d'une philosophie utilitariste tendant à rendre la connaissance des règles de droit la plus en phase avec la réalité. Il affirmait d'ailleurs qu'il « *existe une correspondance directe entre l'état des notions des hommes et l'état de leur langage : tout langage est originellement incorrect, et par un langage incorrect, tant qu'il reste tel, aucune idée correcte ne peut être communiquée à l'esprit ni présente à lui. Tout homme – dans la mesure où il agit en vertu de la résolution, dont on connaît certains exemples, de ne jamais accepter de nouveaux noms – continuera d'avoir l'esprit plein d'erreurs nocives et de non-sens, tandis que d'autres esprits se débarrassent de ces éléments, et se remplissent des trésors opposés* » : BENTHAM J., *Legislator of the World : Writings on Codification, Law, and Education*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 140, cité par : SCHOFIELD Ph., *op. cit.*, p. 141.

⁵³ Propos de Jérémy Bentham cité par : SCHOFIELD Ph., *op. cit.*, p. 143.

⁵⁴ Jean-Louis Bergel précise effectivement que, « *que l'on se place au niveau « macro-juridique » de l'ensemble d'un système de droit, voire d'une institution, ou au niveau « micro-juridique » d'une règle ou d'une situation particulière, l'élaboration, la compréhension et l'application du droit exigent des réponses à certaines questions : Pourquoi, Quand, Comment telle solution est-elle justifiée, applicable, opportune ou non ? Quelles autres solutions peut-on envisager ? Pourquoi préférer l'une d'entre elles à d'autres ? ...* » : BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 8.

⁵⁵ BERGEL J.-L., *op. cit.*, p. 9 et 10.

⁵⁶ GÉNY Fr., *Science et technique en droit privé positif*, T. 1, Sirey, 1914, n° 50.

cadre d'un ensemble théorique préexistant dans lequel il convient de l'insérer. Or, une telle intégration ne peut être purement descriptive. Elle appelle au contraire une approche dynamique afin d'adapter le concept à cet ensemble sans pour autant perdre son essence ; en d'autres termes ici, celle qui est imprimée à l'externalisation par sa discipline d'origine : les sciences économiques et de gestion. Il s'agit en somme de tâcher de l'insérer « *sans effort et logiquement au sein d'un corpus juridique, c'est-à-dire apporter à celui-ci non un élément de perturbation, mais, bien au contraire, une contribution à son harmonie* » et donc, pour ce faire, de la doter « *d'une aptitude explicative et même justificative* »⁵⁷. L'intérêt d'une conceptualisation de l'externalisation administrative se retrouve par conséquent au premier abord dans l'exposé d'une idée qui animerait ce concept⁵⁸, et de laquelle il serait possible de tirer des enseignements théoriques plus vastes pour la compréhension du droit administratif contemporain. Il convient alors d'exposer, dans les lignes qui vont suivre, cette idée qui sera défendue tout au long de cette réflexion à travers l'étude du concept d'externalisation administrative à la fois pour contribuer à une meilleure compréhension d'un phénomène dont il est encore malaisé de saisir la substance, ainsi que pour avancer l'esquisse d'une explication théorique nouvelle de cette discipline en mouvement. Et si cette étude s'appuie nécessairement sur une observation du droit positif⁵⁹, il ne saurait être question qu'elle s'y réduise mais plutôt qu'elle serve l'élaboration d'une hypothèse théorique originale destinée à rendre intelligible un phénomène encore méconnu.

Il sera en effet question dans les développements à venir d'emprunter une telle démarche afin de parvenir à apporter nombre d'éléments pour une théorie de l'externalisation en droit administratif. Ainsi la conceptualisation de l'externalisation administrative est-elle une étape indispensable au service de la finalité théorique poursuivie en ce qu'elle consiste à élaborer une vision systémique des données observables qui évoquent et recouvrent le développement en droit administratif de l'emploi de cet instrument de gestion stratégique, issu des sciences

⁵⁷ LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *EDCE*, 1960, p. 98.

⁵⁸ Jean-Louis Bergel précise en effet que « *les concepts sont toujours liés à des idées : ils reposent inéluctablement sur les idées qui les animent et, inversement, toute idée implique, pour se développer, de recourir à des concepts (...), les idées génèrent, animent et structurent les concepts. Entre les choses et les mots qui les désignent, il y a les idées qui donnent du sens aux choses, permettent de les connaître et de les comprendre, rendent le présent intelligible et l'avenir prévisible* » : BERGEL J.-L., *op. cit.*, p. 228.

⁵⁹ Ce même auteur rappelle également que « *les concepts ne peuvent être déterminés, en matière juridique, qu'en fonction du droit positif et des réalités sociales. La démarche intellectuelle qui y conduit part de l'observation de la loi, de la jurisprudence, de la pratique juridique* » : BERGEL J.-L., *Ibid.*

du management⁶⁰, et qui manifeste désormais l'adoption d'une logique coopérative dans la mise en œuvre de l'action administrative. Encore aujourd'hui épars et ponctuels, les éléments de cette théorie seront utilement articulés afin de suggérer les linéaments d'une théorie utile à la fois pour la connaissance de ce phénomène, et pour celle du droit administratif lui-même. La construction théorique proposée présente par conséquent une double entrée : d'une part, sur la mise en œuvre en elle-même de l'externalisation en droit administratif et, d'autre part, sur la prise en compte de ses incidences sur l'appréhension du droit administratif. L'objectif affiché d'apporter de cette façon des éléments pour une théorie renvoie donc finalement à la volonté empreinte de systémisme⁶¹ de poser les fondements théoriques de l'externalisation administrative et de contribuer à l'enrichissement de la théorie générale du droit administratif par l'édification d'un nouvel élément en son sein susceptible d'améliorer la compréhension de l'ensemble. Il s'agira pour ce faire de partir de l'observation d'une réalité qu'il n'est désormais plus possible de contester tant elle est aujourd'hui commentée : celle de l'apparition en droit administratif d'un vocable transposé des sciences du management et du droit privé. Un vocable dont il conviendra de prendre la mesure alors que sa transposition ne se limite pas simplement à l'emprunt d'un terme, mais qui emporte avec lui une logique et des conséquences qui apportent un éclairage original des transformations d'une matière en mutation, et ce tout spécialement sous l'influence de ces deux disciplines. Aussi est-il indispensable de préciser auparavant la thématique de l'étude avant d'aborder plus sereinement son objet et le sujet qu'elle adopte.

Thématique de l'étude : l'externalisation administrative et le droit administratif

- 4. Une conceptualisation comme acte de connaissance du droit administratif.** À l'instar du chercheur en sciences dites « dures », le juriste s'attèle nécessairement à une démarche cognitiviste dont les sciences dites « humaines » ou « sociales » ne peuvent non plus se démarquer. Il envisage alors son étude comme un acte de connaissance dont l'une des

⁶⁰ Ainsi participe-t-elle alors de cette « *entreprise qui consiste à voir (oraō) le divin (theion) caché dans la réalité : theion oraō, « je vois le divin »* » : VIALA A., *Philosophie du droit*, Éditions Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 191.

⁶¹ Il s'agit en effet d'apporter avec le concept d'externalisation administrative une contribution au système théorique actuel en tant que « *modèle logique qui entend donner une représentation de la réalité observable comme étant un ensemble d'éléments en interaction, évoluant dans un environnement déterminé, destiné à satisfaire une ou plusieurs finalité(s) définie(s), structuré en fonction de cette (ou de ces) finalité(s), agissant sur son environnement, et se transformant avec le temps sans perdre pour autant son identité* » : GASSIN R., « Analyse systémique et droit », in *Cahiers des Écoles doctorales*, Faculté de droit de Montpellier, n° 2, novembre 2001, p. 545.

finalités repose sur l'amélioration de la compréhension et de l'intelligibilité de la réalité juridique qu'il observe ; c'est-à-dire de la réalité des règles encadrant les conduites humaines dans notre société. Il s'inscrit ainsi pleinement dans une démarche théorique consistant à produire, à partir de l'analyse du réel, un méta-discours sur le sujet qu'il retient dans une thématique déterminée. Il est toutefois possible d'identifier une certaine divergence méthodologique, si ce n'est épistémologique, évidente entre ces deux démarches tout autant scientifiques⁶² l'une que l'autre. Il suffit pour cela de se fonder sur la distinction entre les objets naturels et les objets artificiels proposée par Jacques Monod⁶³. Selon ce dernier les objets naturels, objets de la recherche en sciences « dures », existent concrètement dans la réalité ou la nature, et sont donc directement observables. À l'inverse les objets artificiels, ceux de la recherche en sciences humaines, et donc en droit, sont en eux-mêmes le résultat d'une construction de l'esprit de l'Homme, de son art, sans être pour autant exclusivement abstraits. L'objet artificiel est par conséquent, étymologiquement parlant, un artefact ; autrement dit un « *fait de l'art* »⁶⁴. Gaston Bachelard soutenait d'ailleurs cette démarche scientifique lorsque, dans une approche épistémologique, il estimait que la recherche reposait en partie sur le postulat suivant selon lequel « *rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit* »⁶⁵. Il revient par conséquent au chercheur en sciences juridiques d'exposer, en prélude à toute étude, ce qui constitue le point de départ de sa réflexion : la construction de son objet d'étude à partir d'une thématique déterminée. Il procède alors à la problématisation de son thème de recherche, lui donne une dynamique scientifique dont la finalité première demeure celle d'apporter une meilleure compréhension du monde juridique, et par extension de la société. Ainsi le chercheur, lorsque sa thématique de recherche relève du champ juridique, participe-t-il toujours dans une certaine mesure à la création, à la construction de son objet d'étude. Il convient donc de préciser en tout premier lieu les contours de ce qui constituera la thématique générale dans laquelle prendra place l'objet de l'hypothèse ici retenue ; en d'autres termes, de rédiger à l'intention du lecteur la didascalie de l'étude

⁶² Le terme de science sera ici employé, dans la plupart des cas, dans un sens voisin de celui de « *science normale* » employé par Thomas Kuhn pour désigner une « *recherche solidement fondée sur un ou plusieurs accomplissements scientifiques passés, accomplissements que tel ou tel groupe scientifique considère comme suffisants pour fournir le point de départ d'autres travaux* » ; KUHN T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. Champs Sciences, 2008, p. 29.

⁶³ MONOD J., *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, éd. Seuil, 1970.

⁶⁴ DUBOIS J., MITTERAND H. et DAUZAT A., *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, p. 47.

⁶⁵ BACHELARD G., *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1^{ère} éd., 1938, p. 5. Il précisait également que « *la connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais « ce qu'on pourrait croire » mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser* », p. 4.

proposée afin d'éclairer le contexte dans lequel elle prend place par la précision des acteurs en présence, de leur rôle dans la pièce mise en scène, et des relations qui les unissent.

À travers la présentation des « *éléments* » du droit administratif qui confèrent à l'étude entreprise son cadre général d'analyse, il s'agit d'apporter certaines précisions utiles à l'identification des liens qui associent désormais ce champ disciplinaire et le déploiement de l'outil gestionnaire que constitue l'externalisation au point qu'il ait été décidé ici d'envisager celui-ci comme un de ces « *éléments* » à part entière en tant que concept d'externalisation administrative⁶⁶. Il n'est cependant pas question de dresser le « portrait-robot » d'une discipline qui, telle une coquille vide, accueillerait son bernard l'hermite, mais plutôt de la présenter afin de faire ressortir dès à présent les linéaments de la dynamique qui animera l'examen de ce concept émergent. Le choix de la formulation du concept étudié révèle d'ailleurs cette volonté d'une approche en mouvement : d'une part, car elle reprend l'hypothèse du transfert d'une notion dans une autre matière et, d'autre part, parce qu'elle incite encore davantage à percevoir les influences réciproques de l'une sur l'autre, de cette notion transposée sur cette discipline qui la reçoit. En cela l'emprunt à Benoît Plessix de sa référence aux *Éléments de géométrie* d'Euclide renforce l'intérêt d'une telle présentation dynamique du droit administratif en tant que point de départ de la démonstration entreprise dans la mesure où elle « *ambitionne de dire plus qu'un mot sur chacune des règles essentielles du droit administratif, sans pour autant vouloir tout dire* »⁶⁷. Elle éclaire également la possibilité d'une approche atomistique du droit administratif appréhendé autant comme l'ensemble homogène des règles applicables à l'administration qui encadrent son organisation et son action, qu'eu égard à certains points particuliers étroitement liés au concept d'externalisation administrative. C'est alors dans un premier temps au rappel des éléments définitionnels du droit administratif généralement présentés par la doctrine qu'il convient de s'atteler afin de préciser brièvement le champ de la thématique retenue dans le cadre de cette étude pour ainsi « *connaître l'architecture générale de l'édifice et de s'y déplacer avec quelques points de repère* »⁶⁸ par la suite. Il faut par conséquent indiquer que la démonstration à venir tendra à préciser les tenants et les aboutissants d'une conceptualisation de l'externalisation au sein de cette « *branche du droit public interne, regroupant les règles*

⁶⁶ Voir pour une démonstration en ce sens : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214 et s.

⁶⁷ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1.

⁶⁸ LACHAUME J.-Fr., « La définition du droit administratif », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 103.

spécifiques relatives à l'accomplissement par les personnes publiques, ou sous leur contrôle, de missions qu'elles considèrent comme d'intérêt général, et qu'applique le juge administratif »⁶⁹. Aussi est-il possible d'identifier déjà, à l'aune de cette définition, un certain nombre de questionnements qui se posent dès l'instant où il est envisagé de transposer une notion managériale animée d'une logique coopérative et fondée sur la réalisation par un tiers d'une fonction auparavant effectuée en interne par une organisation économique au sein des rouages de l'organisation administrative elle-même. Il semble effectivement que, nichée dans cette branche du droit public, l'externalisation se confronte au monopole supposé des autorités administratives sur l'accomplissement de ces missions exigées au nom de la satisfaction de l'intérêt général, ou bien qu'elle recouvre au contraire des concepts et notions déjà usités mettant d'autant plus à mal l'intérêt attaché à sa prise en compte. Cette conceptualisation apparaît cependant d'emblée comme un acte de connaissance, et ce à un double titre. Tout d'abord parce qu'elle conduit à s'interroger sur les conditions et la pérennité de cette intégration de l'externalisation au sein du droit administratif. Ensuite car elle éclaire finalement d'un jour nouveau les transformations d'une discipline vivante soumise aux aléas des acteurs qui la font vivre, et du domaine sociétal sur lequel elle s'applique. Dans ce contexte, et sous cet angle, le concept d'externalisation administrative offrirait donc à la fois une grille de lecture du droit administratif en tant qu'éléments de compréhension de celui-ci, mais aussi un objet à proprement parler de cet acte de connaissance dès lors qu'il s'intégrerait à ces outils et à ces règles encadrant la mise en œuvre de l'action administrative, et lui apporterait une logique économique qu'il ne connaissait que partiellement jusque-là : la coopération.

Bien qu'elle révèle d'ores et déjà les difficultés qu'il conviendra de résoudre dans le cadre de la conceptualisation de l'externalisation administrative, il ne faut pas restreindre la présentation du droit administratif à l'évocation passive et descriptive d'une simple terre d'accueil du concept d'externalisation qui s'imposerait désormais comme un élément à part entière de ce dernier, mais également de préciser la situation qui rend cette transposition utile à sa compréhension et à sa connaissance ; c'est-à-dire celle d'un droit en crise, ou du moins supposé l'être, auquel il convient de redonner un sens, une signification. Les deux dernières décennies ne manquent effectivement pas de contributions doctrinales soulignant l'état dans

⁶⁹ LACHAUME J.-Fr., *op. cit.*, p. 115.

lequel serait replongé⁷⁰ le droit administratif depuis le courant des années 1980⁷¹. Qu'il s'agisse alors des nombreuses et retentissantes alertes lancées par Jean-Bernard Auby⁷², ou encore d'une prise de conscience diffuse présente dans les réflexions conduites, par exemple, par Guylain Clamour⁷³ ou Sébastien Bernard⁷⁴, il semblerait que les transformations économiques et sociales contemporaines posent au droit administratif une question identitaire face au développement croissant de l'initiative privée, de l'idéologie néo-libérale ou encore du *New Public Management* en tant que nouveau dogme encadrant l'intervention des autorités administratives. Mais, plus qu'un droit en crise dont il s'agirait de tenter d'assurer la survie, la thématique retenue engage plutôt à procéder à un acte de connaissance destiné à déceler, parmi les piliers ébranlés mais pas écroulés de cet édifice, la réorientation qu'il semble avoir opérée, et la réorganisation administrative qu'elle implique. Si la puissance publique est en effet partout remise en cause, en repli, alors que le service public donne quant à lui l'impression de se déployer au-delà des frontières délimitant auparavant la sphère administrative, il se pose nécessairement des questions sur la nature même de l'État, de l'essence même de la personnalité publique et donc *in fine* de la raison d'être du droit administratif.

La conceptualisation de l'externalisation administrative apporterait ainsi une confirmation à la réponse positive déjà suggérée par Guylain Clamour à la question suivante : « *le droit public a-t-il encore sa place dans un régime économique dominé par les lois du marché et les exigences de la concurrence ?* »⁷⁵. La perte de ses repères ne saurait effectivement signifier à elle seule la fin d'une discipline. Bien au contraire, elle engage à appréhender ces transformations du cadre habituel de pensée, ce renouvellement des canons traditionnels, cette restauration de « *l'édifice menaçant ruine* » que serait le droit administratif pris dans l'économie de marché. Aussi convient-il, comme pour toute restauration, de saisir un droit

⁷⁰ Il convient effectivement de préciser « replonger » car la crise du droit administratif apparaît davantage comme un thème cyclique que ponctuelle dans le discours sur le droit. Voir par exemple : DE LAUBADÈRE A., « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *Dalloz*, 1952, chron. II, p. 5 et s., ou encore sur un point plus précis : DE CORAIL J.-L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1954.

⁷¹ Notons en l'occurrence que dès 1988 Jean Boulouis s'interrogeait sur l'avenir du droit administratif tout en assurant de sa pérennité : BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 5 et s.

⁷² Cf. : AUBY J.-B., « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3 et s., ou plus récemment : AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912 et s.

⁷³ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006.

⁷⁴ BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001.

⁷⁵ Préface de Jean-Louis Autin à la thèse : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. XV.

administratif marqué autant par ses piliers séculaires que par les matériaux contemporains qui viennent les renforcer. Cette branche du droit en pleine crise identitaire ne peut bien évidemment pas se séparer de notions cardinales telles que la puissance publique ou le service public, longtemps considérées comme sa pierre angulaire ou sa clef de voûte. Mais il s'agit de les observer sous un jour nouveau éclairé par des innovations théoriques que les sciences humaines et sociales ont pu produire depuis lors. Il n'est donc pas question de renier ou d'oublier les travaux de ces maîtres illustres que sont Maurice Hauriou, Léon Duguit, Gaston Jèze, Hans Kelsen et autres, mais plutôt de se hisser sur leurs épaules pour mieux saisir le sens des évolutions du siècle dernier, et afin de percevoir celles du siècle à venir. Pour ce faire, l'adoption d'une grille de lecture nouvelle, d'un « logiciel mis à jour », paraît devoir s'imposer dans le but de suggérer une issue positive à cette crise identitaire au moyen du concept d'externalisation administrative.

Outre ces transformations du droit administratif et de ses repères séculaires, la doctrine souligne en effet l'émergence de notions dont elle avait pu faire son sel par le passé, mais qu'elle avait par la suite laissé de côté pour n'y revenir qu'épisodiquement au gré des besoins ponctuels suscités par le droit positif et la pratique. Apparaît alors le second intérêt d'une présentation des « éléments » du droit administratif comme cadre thématique de l'étude ici entreprise : celui d'une approche atomistique autorisant en particulier à ne s'intéresser qu'à certaines points de cet ensemble dès lors qu'ils présentent une utilité pour la conceptualisation de l'externalisation administrative et pour la détermination de son importance pour la connaissance du droit administratif. Ainsi en va-t-il notamment de la notion objective de compétence et de son corolaire indispensable : l'indisponibilité. Les études du début du XX^e siècle ne manquaient effectivement pas de proposer déjà des réflexions fondamentales sur ce point, le plus souvent afin de justifier et de légitimer l'autonomie d'une discipline jeune au côté d'un droit commun dominé par la capacité subjective et l'autonomie de la volonté⁷⁶. Un demi-siècle plus tard, cette notion devait de surcroît retrouver la préférence de la doctrine dans une période alors marquée par la crise du service public et le doute quant à la notion de puissance publique. Nombre d'auteurs semblaient alors recentrer leur attention sur le caractère objectif de la compétence pour apporter une certaine cohésion à cet édifice une

⁷⁶ Voir en particulier : JÈZE G., « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP*, 1923, p. 5 et s. et : JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58 et s. Ou encore : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 3 et 5, 3^e éd., E. de Brocard, 1930 et : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930.

première fois bouleversé⁷⁷. Aujourd'hui encore, en des temps troublés, ils sont nombreux à s'intéresser à cette thématique, et ce notamment sous l'angle du principe d'indisponibilité des compétences ressuscité à l'aube des années 2000⁷⁸ afin de proposer une présentation des limites de l'intervention des personnes publiques.

Aussi se présente-t-elle comme un notion fondamentale du droit administratif dès lors non seulement qu'elle contribue à sa différenciation à l'égard du droit privé, mais aussi qu'elle constitue l'un des éléments essentiels du cadre objectif imposé aux autorités publiques pour l'accomplissement de leurs missions. Or, il a pu apparaître dès la définition du droit administratif que ce cadre s'érigait comme un obstacle évident au développement de l'externalisation administrative qu'il s'agira dès lors de contourner en précisant notamment la portée et la fonction des compétences des personnes publiques et du principe de leur indisponibilité. Cela conduit d'ailleurs à présenter le second élément du droit administratif qui sera également monopolisé au service de la conceptualisation envisagée : la notion d'obligation. Plus discrète que la précédente, elle n'en demeure pas moins une notion sous-jacente dans de nombreux débats doctrinaux au point que son influence théorique n'a finalement eu de cesse de marquer l'élaboration du droit administratif⁷⁹, suscitant même un questionnement et une remise en cause profonde de la doctrine et de son attitude à son encontre⁸⁰. L'étude ici menée conduira en l'occurrence à associer à la question de la détermination des contours du concept d'externalisation administrative, en fonction des adaptations imposées par la notion de compétence, celle de l'identification des rouages de sa mise en œuvre à partir de la notion d'obligation et de leurs incidences sur l'appréhension du droit administratif contemporain. Le cadre de l'action administrative et de la réalisation de la compétence tel qu'éclairé par ce concept incite en effet à réhabiliter la notion d'obligation au

⁷⁷ Évoquons alors les travaux conduits par : DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964 ; VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966 ; BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974.

⁷⁸ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 3 et s. ; TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 101 et s. ; CLAMOUR G. et UBAUD-BERGERON M. (dir.), *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013 ; AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.

⁷⁹ Voir en particulier sur ce point : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, spéc. p. 189 et s.

⁸⁰ WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631 et s. ; GAUDEMET Y., « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Nonagesimo Anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613 et s. ; DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 43 et s. ; CHEVALLIER J., « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179 et s.

sein de la théorie générale du droit administratif afin d'améliorer sa connaissance par la doctrine. Une réhabilitation sur laquelle l'influence des réflexions extérieures au droit administratif ne peut d'ailleurs être négligée. Aussi, alors que les économistes et la doctrine civiliste tendent de plus en plus à envisager l'organisation de l'économie sous l'angle du contrat et de la logique de coopération qu'il permet d'instaurer entre les agents, le droit civil continue pour sa part de façonner l'esprit des juristes publicistes en réaffirmant que l'obligation est un lien de droit destiné à traduire juridiquement les opérations voulues par les individus. Les racines et le tronc commun de ces disciplines juridiques invitent alors d'autant plus à ne pas écarter cette notion pour l'étude du droit administratif et de son rapport avec le concept d'externalisation dont l'origine stratégique ne peut qu'encourager l'étude tant elle conduit à y avoir recours pour assurer sa transposition en droit administratif.

5. Une conceptualisation comme acte de connaissance de l'externalisation administrative.

Si l'emploi du terme d'externalisation administrative est une nouveauté en ce qu'il désignerait, en vertu d'une approche systémique, l'ensemble des pratiques de mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en droit administratif, le phénomène qu'elle recouvre l'est beaucoup moins, et à déjà pu faire l'objet d'études ayant contribué à en souligner l'émergence et à en préciser la connaissance⁸¹. L'irruption en elle-même de la pratique de l'externalisation, issue des sciences de gestion, dans la sphère administrative ne fait en l'occurrence plus question. Il n'en demeure pas moins qu'elle en soulève toujours de nombreuses auxquelles il

⁸¹ Citons en particulier les études suivantes : LIGNIÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37 et s. ; VOISIN A., « Le développement du recours à l'externalisation au sein de la Défense : problématiques et comparaisons internationales », *Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, 2002, p. 179 et s. ; DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214 et s. ; BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4 et s. ; LICHÈRE Fr., « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°3, mai-juin 2006, p. 66 et s. ; BAZEX M. et BLAZY S., « Les voies de l'externalisation des activités de service public », *DA*, juin 2007, commentaires n° 95, p. 35 et s. ; FATÔME Ét., « Externalisation et protection des biens affectés au service public. Le point de vue d'un universitaire », *AJDA*, 2007, p. 959 et s. ; AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, Repères n°6, p. 1 et s. ; ROUVILLOIS Fr., *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Fondation pour l'innovation politique, 2008 ; DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529 et s. ; FROT O., *État régalién et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012 ; TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012 ; LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 77 et s. ; MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9 ; YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13 et s. ; AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 661 et s. ; VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

serait envisageable d'apporter des réponses par le concept proposé, ainsi que par la construction théorique qu'il sous-tend afin d'améliorer autant la compréhension de ce nouvel outil juridique que celle du droit au sein duquel il acquiert désormais une place et une fonction déterminées. Autant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, le déploiement récent de l'externalisation dans la mise en œuvre par les personnes publiques de l'action administrative⁸² ne peut effectivement que susciter des interrogations : d'une part, eu égard aux modalités de son utilisation et, d'autre part, par rapport à ce qu'il révèle sur le rôle des autorités publiques dans la conduite et l'accomplissement des missions d'intérêt général. L'externalisation semble en effet se manifester indifféremment, de manière presque erratique, dans tous les domaines autrefois réservés à l'intervention directe, voire exclusive, des personnes publiques. Qu'il s'agisse de la défense⁸³, de la police⁸⁴, de la santé⁸⁵, ou encore de la justice⁸⁶, de nombreuses activités régaliennes sont désormais confiées, dans une logique de coopération, à des personnes privées ou à d'autres personnes publiques que les autorités

⁸² Ainsi Florian Lindtich relève-t-il que « *ce phénomène ne cesse d'ailleurs de se développer : après avoir concerné les services administratifs logistiques (construction des routes, des ouvrages d'art ou des bâtiments, nettoyage des locaux), il gagne les fonctions nobles, celle qu'on désigne habituellement comme les services régaliens : défense, police, justice* » : LINDITCH FL., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 78 et 79.

⁸³ Ce domaine de l'action administrative est en l'occurrence celui dans lequel ce vocable est apparu en premier et assumé en tant que traduction de l'adoption d'une logique managériale dans l'organisation de la défense : cf. sur ce point : FROT O., *État régalien et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012. Citons pour exemple l'externalisation de la gestion, de l'entretien et de la maintenance et de l'immobilier (par exemple l'entretien des bases militaires ou, de manière plus médiatisée, la construction et la gestion du pentagone français à Balard), du mobilier (notamment services informatiques), des flottes de véhicules, des communications satellites ou encore de la logistique aérienne pour les opérations extérieures par la location d'heures de vol d'Antonov à des compagnies privées (GUIBERT N., « Les affaires troubles du transport aérien militaire », *Le Monde*, 28 mars 2017). Voir pour un inventaire et une évaluation de ces pratiques : Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M. Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002 ; Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport annuel 2011 ; Cour des comptes, *Le coût et les bénéfices attendus de l'externalisation au sein du ministère de la défense*, 21 mars 2011 ; Rapport d'information n°673 (2013-2014) de MM. Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014.

⁸⁴ Alors que les activités de vidéo surveillance, de surveillance des lieux publics ou encore de sécurité aéroportuaire tendent de plus en plus à être confiées à des partenaires extérieurs, l'évolution conjointe d'un budget toujours plus contraint et d'une demande sans cesse accrue de sécurité laisse présager d'un renforcement de cette tendance à l'externalisation d'activités supports en matière de police comme par exemple en matière de tâches administratives.

⁸⁵ Déjà fondée date sur une participation croisée des acteurs publics et des acteurs privés, l'organisation du système de santé français s'ouvre davantage encore à l'externalisation d'activités supports en la matière : restauration, entretien et blanchisserie dans les centres hospitaliers ou encore transports paramédicaux. Voir sur ce point : loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé et : BROUSSARD S., « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565 et s.

⁸⁶ S'il ne saurait être question d'admettre un tel déploiement de l'externalisation dans le « cœur » même des activités liées à la justice, ce domaine n'est pas non plus exempt de manifestations de celles-ci et ce, tout spécialement s'agissant de la construction et du fonctionnement des établissements pénitentiaires. Voir sur ce point : COUVRAT P., « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », *RFAP*, juillet-septembre 2001, n°99, p. 455 et s. et : FROMENT J.-Ch., « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 : Une ambition modérée... », *RDP*, 2010, p. 687 et s.

compétentes désignées par l'ordre juridique. Le développement de l'externalisation s'inscrit alors dans un tropisme contemporain de l'action administrative favorisant la sollicitation de tiers pour assurer la réalisation coopérative d'activités ou de missions relevant de la compétence initiale des personnes publiques⁸⁷. Mais, bien que l'appréhension du phénomène d'externalisation en matière administrative ne présente désormais *prima facie* qu'un intérêt moindre eu égard aux travaux qui ont pu lui être consacrés par la doctrine, elle demeure *in fine* une thématique saisissante si tant est qu'elle prenne pour objet une réalité envisagée autrement, et qu'elle s'oriente davantage vers la connaissance, apportée par la conceptualisation de l'externalisation administrative, d'une pratique dont il convient de préciser les contours, d'éclairer le fonctionnement et de déterminer la portée en droit administratif.

Alors que de nombreuses contributions doctrinales avaient auparavant relevé l'émergence de l'externalisation en matière administrative et identifié les problématiques principales qu'elle soulevait⁸⁸, l'étude menée par Léo Vanier est apparemment venue les épuiser par une analyse déterminante de son transfert en provenance des sciences économiques et du management en direction du droit administratif, atténuant d'autant plus l'intérêt qu'il pourrait y avoir à se poser les mêmes questions, ou du moins à imiter strictement cette démarche focalisée sur l'appréhension et la détermination des tenants et des aboutissants de la transposition dans la matière administrative d'un concept « *né ailleurs* »⁸⁹. Identifiée à l'aube du XXI^e siècle comme « *un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs* »⁹⁰, l'externalisation en matière administrative renvoyait dès lors les réflexions doctrinales à des questions relatives en particulier à sa confrontation directe avec les principes et valeurs du droit public⁹¹. Afin d'y remédier, Léo Vanier adopte une approche conceptuelle et interdisciplinaire destinée à rendre compte de l'émergence d'un concept d'externalisation

⁸⁷ Voir sur cette tendance : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, et : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011.

⁸⁸ À ce titre, Jean-Bernard Auby précisait en l'occurrence qu'il était nécessaire de développer une profonde « *réflexion générale sur l'externalisation des activités publiques, des fonctions administratives* », laquelle devrait permettre de déterminer et de résoudre les « *problèmes juridiques redoutables* » qu'elle suscite : AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, Repères n°6, p. 1.

⁸⁹ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13.

⁹⁰ LIGNIÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37.

⁹¹ Cf. sur cette confrontation : AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 661 et s., ou encore : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13 et s.

marqué à la fois par ses origines managériales, son utilisation dans le monde de l'entreprise, et sa traduction en droit administratif, afin d'en préciser la signification ainsi « *juridicisée* » puis « *administrativisée* »⁹². La voie a donc été tracée, le chemin balisé, mais le voyage peut encore recommencer et, s'il est vrai qu'il emprunterait alors le même point de départ pour rejoindre un point d'arrivée à priori identique, mais rien n'est moins sur, le trajet peut être différent selon les choix retenus au fur et à mesure d'une démonstration de l'existence d'un concept d'externalisation administrative dotée d'une essence coopérative singulière déterminée eu égard à son origine managériale et à sa traduction en droit civil. Dès lors que « *la fin d'un voyage est seulement le début d'un autre* »⁹³, il s'agit donc de repartir sur les traces du concept d'externalisation en droit administratif en empruntant un nouvel itinéraire.

Certes le phénomène observé est identique et l'approche similaire dès lors qu'elle consiste en un acte de connaissance d'un concept dont il convient d'évoquer les origines pour mieux le saisir dans un contexte singulier. Certes il ne saurait être question de contester le fait que l'externalisation ait d'abord été forgée par la littérature managériale avant de constituer une thématique de recherche pour le monde de l'entreprise et le droit privé. Certes, enfin, sa transposition en droit administratif ne peut faire l'économie de l'examen de cette progression pour aboutir à l'élaboration d'un concept inhérent à la matière administrative. Mais il est également admis que si les conditions de l'expérience changent, les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets. Aussi l'étude ici entreprise se distingue-t-elle des travaux précédemment conduits autant par la thématique qu'elle retient que par la démarche qu'elle entraîne. Il s'agira en effet d'envisager le concept d'externalisation administrative pour connaître, dans un premier temps, d'un outil de gestion stratégique emprunté par les personnes publiques dans le cadre de la réforme de l'État et, surtout, en vertu de l'adoption par celles-ci d'une logique coopérative inspirée des sciences économiques et de sa mise en œuvre en droit civil. Il s'agira de l'étudier également pour appréhender, dans un second temps, ses implications sur la lecture du droit administratif à l'aune de ses transformations contemporaines, et en s'intéressant tout particulièrement à sa confrontation avec les notions de compétence et d'obligation. Il n'en demeure pas moins que les acquis apportés par les réflexions passées serviront de point de départ à la connaissance du concept d'externalisation administrative, mais ils seront mis au service de la conceptualisation d'un outil de gestion

⁹² VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016, p. 49.

⁹³ SARAMAGO J., *Pérégrinations portugaises*, Seuil, coll. Cadre Vert, 2003, p. 124.

dotée d'une essence coopérative propre, déduite des travaux conduits par les économistes au fil du siècle précédent et retranscrite récemment en droit civil à travers un modèle contractuel inédit : le contrat-coopération⁹⁴. Dans ces conditions, le concept d'externalisation administrative ne saurait s'identifier au concept d'externalisation en matière administrative proposé auparavant par la doctrine. Il se présente au contraire comme une proposition divergente fondée sur un postulat similaire, mais construit à partir d'hypothèses théoriques différentes au service d'une finalité distincte dont les implications s'écartent de celles déjà tirées de l'observation de ce phénomène. Il s'agit finalement d'envisager une autre conceptualisation qui, sans nullement remettre en cause les démonstrations effectuées, suggère une grille de lecture originale, et apporte ce faisant une nouvelle contribution à la réflexion générale sur l'émergence de l'externalisation en droit administratif « *qui n'est, chaque fois, ni tout à fait la même ni tout à fait une autre* »⁹⁵ selon la façon dont elle apparaît ou la manière de l'observer.

L'apparition de l'externalisation dans la sphère administrative sera en effet appréhendée comme la résultante de différentes forces travaillant le droit administratif depuis plus d'une vingtaine d'années. Il s'agit tout d'abord de facteurs exogènes conjoncturels et financiers qui, depuis la fin des années 1970, induisent une diminution des ressources de l'État concomitante à une croissance accrue des demandes et des besoins de la société. À ce titre, elle découle également d'une évolution idéologique ayant commencé à se développer dans le courant des années 1990 avec la remise en cause de l'État-providence au bénéfice d'une conception néolibérale en vertu de laquelle la mise en œuvre des activités économiques devrait être laissée en priorité à l'initiative des acteurs du marché, et non plus prise en charge directement par les personnes publiques. Elle relève ensuite de facteurs endogènes, propres à la sphère publique, caractéristiques d'une restructuration de l'organisation administrative affectant à la fois les principes, les instruments et les modes de gestion de l'action publique sous l'influence de ces éléments extérieurs. Il convient d'ailleurs de rappeler que les transformations de l'environnement économique n'ont en effet pas manqué de perturber profondément et durablement les cadres jusqu'alors dominant de l'action administrative. Confrontées à une

⁹⁴ Voir notamment : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, ainsi que : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004 ; PICOD Y., « La coopération commerciale », in *Le nouveau régime des relations industrie-commerce (Loi du 2 août 2005)*, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 2006, p. 39 et s. ; PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 805 et s.

⁹⁵ VERLAINE P., *Poèmes saturniens, Mon rêve familial*, Alphonse Lemerre, 1867, p. 24.

(r)évolution de la conception moderne de l'État sous les traits d'une pyramide au sommet de laquelle elles se trouvent placées en tant que garantes d'un intérêt général transcendantal, les personnes publiques s'imbriquent depuis lors dans un entrelacs de réseaux concurrentiels⁹⁶ typiques d'un État post-moderne, et à travers lequel elles sont amenées à s'associer avec d'autres personnes pour assurer la réalisation de leurs compétences. Aussi l'externalisation administrative qui compose ici la thématique de l'étude résulte-t-elle d'un axiome posé en fonction de ce contexte d'émergence et qui lui imprime sa spécificité. Elle ne se présente donc pas seulement comme un phénomène à prendre en compte, ou comme un concept étranger dont il s'agirait d'appréhender la transposition. Elle s'impose comme l'une des manifestations des conséquences de la transformation de l'État moderne en État post-moderne, de la mutation d'un État-providence en un État-manager, qu'elle pourrait contribuer à éclairer si tant ait qu'elle puisse être efficacement appréhendée.

Pour compléter la délimitation du champ d'étude conçu afin de mener à bien la démonstration entreprise, il convient donc de préciser ce qui sera envisagé sous le terme d'externalisation administrative. C'est en l'occurrence à l'aune de ces mutations du modèle étatique qu'il a été choisi de placer la thématique de cette étude afin d'appréhender ce qui relève de l'externalisation administrative et ce qu'elle révèle sur l'évolution de l'action publique. Loin d'être considérée comme un thème de recherche en soi, l'étude de ce concept s'attèle par conséquent plus largement à la perception d'une tendance des personnes publiques à l'adoption d'une logique coopérative que l'externalisation manifeste dans un tel contexte de bouleversement du modèle étatique. L'impuissance avérée de l'État-providence à faire face aux défis posés par les transformations de l'économie appelait en effet l'élaboration d'un nouveau modèle compatible avec l'orthodoxie néo-libérale dominante, et prenant en compte les exigences qu'elle impose⁹⁷ en termes d'efficacité. Entraînée par le courant de modernisation de l'État, la figure providentielle devait ainsi s'effacer progressivement face à

⁹⁶ Poursuivant les propos tenus par Gérard Farjat selon lesquels l'économie de marché aboutit nécessairement à une situation dans laquelle « *l'économie est aux postes de commandes, et les États suivent* » (FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 164), François Ost et Michel Van de Kerchove précisait que « *l'action des pouvoirs publics s'enchevêtre de plus en plus avec celle des pouvoirs privés* », et que « *le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux, et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002, p. 113 et 34.

⁹⁷ Ces deux auteurs confirmaient effectivement que « *la loi du marché gouverne le monde, et l'État, s'il ne veut pas disparaître, est contraint de suivre le mouvement en adoptant les mesures d'accompagnement qu'il nécessite* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 158.

l'exigence de performance dont la satisfaction enjoignait à réajuster non seulement le domaine des interventions publiques, mais aussi les modalités de leur réalisation, en s'inspirant des outils et des techniques élaborés dans le cadre du management d'entreprise⁹⁸. D'abord envisagées sous l'angle de la confrontation⁹⁹, les relations entre le droit administratif et le management ouvrirent finalement la voie à une transformation de la figure d'un État désormais manager, et donc au développement d'un courant à la fois doctrinal et réformateur : le *New Public Management*. Participant de la modernisation de l'action administrative, le tournant managérial emprunté par les différentes réformes successivement mises en œuvre depuis le début des années 1990¹⁰⁰ se traduisit alors par « *le développement du discours et de la pratique du management* »¹⁰¹ dont le concept d'externalisation administrative constitue l'un des aboutissements¹⁰² susceptible en cela d'éclairer « *les réorientations mais aussi les ambiguïtés des recompositions des rapports entre administration et politique en régime néo-managérial* »¹⁰³. C'est effectivement dans ce cadre que les personnes publiques semblent intégrer l'externalisation dans la langue du droit administratif¹⁰⁴, et donc par conséquent de ce point de vue qu'il convient de l'observer.

⁹⁸ Jacques Caillosse et Jacques Hardy suggéraient d'ailleurs qu'il « *n'est absolument pas certain que la modernisation puisse s'accomplir dans un cadre juridique pensé par et pour une administration beaucoup plus soucieuse de la régularité formelle de ses décisions et de ses interventions que de performances publiques* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000, p. 2.

⁹⁹ Les difficultés rencontrées par l'organisation administrative française relevait effectivement selon certains d'une adéquation entre ces deux champs disciplinaires « *loin de pouvoir se fait et (dont) le divorce reste toujours possible. L'explication de cet écart est à rechercher dans une opposition entre deux univers mentaux que toute entreprise de réforme a de bonnes raisons d'activer : celui du Juriste d'un côté, celui du Manager de l'autre* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 3. Et de conclure finalement qu'il n'y aurait semble-t-il « *aucune vraie raison de penser les rapports du Droit et du Management des organisations publiques en termes d'opposition ou de conflit* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, 2000, p. 4.

¹⁰⁰ Philippe Bezes rappelait en l'occurrence que « *dans la période 1991-1997, la politique étiquetée « réforme de l'État » se manifeste par plusieurs transformations significatives : un diagnostic de crise des « façons de faire » historiques du système administratif français ; un changement de contenus des programmes de réforme désormais alimentés par une doctrine globale systématiquement inspirée des conceptions et des instruments du New Public Management* » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 341 et 342.

¹⁰¹ CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 7.

¹⁰² Paul Lignièrès et Ludovic Babin affirmaient même que « *l'externalisation participe des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public* » : LIGNIÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37.

¹⁰³ BEZES Ph., « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 410.

¹⁰⁴ Jacques Caillosse et Jacques Hardy rappelaient en l'occurrence que ce cadre désormais fixé par le *New Public Management* était effectivement destiné à introduire dans la sphère administrative « *des techniques et de la culture gestionnaires là où elle fait le plus défaut* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, 2000, p. 22.

Retenir le concept d'externalisation administrative comme thématique de l'étude lui confère, en l'occurrence, une portée théorique résultant d'une démarche intellectuelle en vertu de laquelle l'observation de l'existant est mise au service de la détermination d'une essence, d'une idée, afin d'en suggérer une définition fondée sur les éléments qui la caractérisent en droit administratif, et qui permettent par conséquent de l'identifier et d'en mesurer les incidences. Aussi s'agira-t-il de relever dans le discours de droit et le discours sur le droit, ainsi que dans d'autres disciplines, les manifestations de ce vocable pour parvenir à en décrire la substance et, ensuite, en déterminer les critères distinctifs pour finalement percevoir sa fonction et sa dimension explicative dans la sphère administrative. Sa conceptualisation constitue donc pleinement, et avant toute autre chose, un acte de connaissance d'un phénomène émergent dont la doctrine a pu commencer à se saisir pour éclairer les transformations contemporaines du droit administratif. Elle conduit alors à s'intéresser autant à ses racines économiques et managériales qu'à sa traduction par le droit civil, afin de parvenir à déterminer son essence coopérative, laquelle ne saurait être profondément altérée par sa transposition en droit administratif à la différence de son existence nécessairement ajustée en fonction des exigences propres à la matière. Elle incite tout autant à rechercher les justifications et les fondements de son élaboration en tant que mode de gouvernance hybride de l'économie délaissant les logiques traditionnelles d'échanges avec le marché ou d'internalisation au sein de la firme au profit de l'adoption d'une logique intermédiaire de coopération plus efficace selon le contexte dans lequel elles interviennent. Une logique que le droit civil a par ailleurs consacré au sein de la théorie générale des obligations et du contrat en lui attribuant une traduction juridique organisant autant qu'elle l'encadre sa mise en œuvre par les acteurs économiques.

Il ne s'agit toutefois pas de tenir pour acquis le constat de son essence coopérative, et la conceptualisation entreprise induit alors une appréciation des possibilités de sa retranscription en droit administratif à partir de ses racines managériales, de sa traduction civiliste et du cadre juridique existant dans la matière administrative. Elle apporte alors une compréhension différente de ce phénomène par un acte de connaissance destiné également à percer les linéaments théoriques de la mise en œuvre en droit administratif de la logique économique de coopération à travers sa manifestation la plus évidente tirée du déploiement encadré du concept d'externalisation administrative, et de emploi inédit des notions de compétence et d'obligation qu'il nécessite. L'intérêt de l'association de l'externalisation et du droit administratif dans la thématique retenue rejaillit finalement d'autant plus que l'externalisation

en matière administrative ne semble devoir se satisfaire dans cette hypothèse ni d'une transposition pure et simple de l'outil managérial qu'elle constitue, ni de son administrativisation totale sans égard aux éléments invariants qui la composent. Elle implique plus sûrement une acclimatation de son essence coopérative, laquelle suscite des réflexions sur le droit administratif dont les piliers traditionnels ne semblent à priori par compatibles avec une telle intégration. Pour cela l'objet d'étude sera conçu à partir de cette thématique de la rencontre du droit administratif contemporain et de l'externalisation administrative en tant que modalité d'expression de la logique économique de coopération adoptée par les personnes publiques dans le cadre de la gestion de l'action publique, cela par le biais de la compétence et de l'obligation. Aussi cette thématique impose-t-elle finalement l'adoption d'une méthode particulière répondant à l'objet retenu : l'analyse du droit administratif à l'épreuve de l'externalisation administrative.

Objet de l'étude : le droit administratif à l'épreuve de l'externalisation administrative

6. L'ambition d'un ajustement théorique du droit administratif face à la coopération. Si la thématique de l'étude entreprise relève de l'observation du phénomène contemporain de déploiement de l'externalisation en droit administratif, elle porte plus spécialement sur la conceptualisation de l'externalisation administrative. Elle poursuit donc une finalité précisément déterminée qui invite à prendre connaissance de l'adoption par les personnes publiques d'un outil de gestion des ressources nécessaires à la mise en œuvre de l'action administrative, emprunté au monde de l'entreprise, qui repose principalement sur l'importation d'une logique économique en rupture avec les logiques patrimoniales traditionnelles d'échange ou d'internalisation : une logique relationnelle de coopération. Envisagée en matière de stratégie d'entreprise comme une « *structure de gouvernance hybride novatrice (...), comprise entre la firme et le marché* »¹⁰⁵, l'externalisation s'impose effectivement aujourd'hui comme un mode de gestion à part entière fondé non plus sur une logique d'acquisition des ressources, sur le marché ou produite en interne, mais sur une logique d'accès à celles-ci par le recours à la coopération avec des opérateurs économiques extérieurs, dépassant ainsi l'alternative jusque-là dominante du « *make or buy* » ; autrement dit, délaissant les raisonnements classiques en matière d'allocation des ressources en termes

¹⁰⁵ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 121.

de subordination au sein de l'entreprise ou d'échange avec le marché en faveur d'une logique relationnelle intermédiaire : la logique coopérative. Transposée en droit administratif sous l'influence notamment du *New Public Management*, l'externalisation administrative exhorte par conséquent à emprunter la voie de l'étude de cette essence coopérative qui l'anime afin de s'intéresser tout particulièrement à l'adoption en droit administratif d'une forme nouvelle de coopération. Il ne saurait en effet être question de séparer le traitement de l'externalisation administrative de l'exploration de la coopération économique dans la mesure où elle irrigue cette « *forme organisationnelle nouvelle* »¹⁰⁶ consacrée par les théories économiques et stratégiques, reprise en droit civil, et dont il convient désormais de rendre compte dans la sphère administrative.

L'adoption par l'État et les personnes publiques d'une posture managériale a en l'espèce activement contribué à favoriser l'émergence du concept d'externalisation administrative derrière lequel il convient de déceler la prise en compte de l'exigence d'efficacité et de performance de l'action administrative, et des bouleversements qu'elle entraîne. Dans la mesure où « *la conception que se fait une société du rôle et des fonctions de l'État a une incidence directe sur les moyens que celui-ci utilise* »¹⁰⁷, l'évolution soulignée prescrit d'examiner l'un de ces moyens, l'externalisation, et la logique qui l'irrigue, la coopération, à l'aune de cette nécessité nouvelle impliquant de nombreux changements qui « *ne sont pas seulement superficiels, épidermiques ou « cosmétiques », mais aboutissent bel et bien à une reconfiguration étatique nouvelle* »¹⁰⁸, et avec elle à une réorganisation du droit qui l'encadre. Ainsi envisagé, le concept d'externalisation administrative s'apparente donc à l'un de ces facteurs de rénovation d'un droit administratif qui « *saisit le « langage du monde des affaires » pour mieux réaliser l'intérêt général* »¹⁰⁹. Mais, plus qu'un emprunt sémantique ou lexical, le déploiement de l'externalisation administrative en tant que concept intégré à part entière à la sphère administrative conduit inmanquablement à en saisir l'essence afin notamment de déterminer son apport à la matière, sa valeur ajoutée dans le cadre de la réalisation des compétences des personnes publiques à travers l'intégration d'une logique économique de coopération en droit administratif vouée à assurer que l'État n'intervienne plus systématiquement pour « *faire ce que le secteur privé est censé faire mieux que lui et à*

¹⁰⁶ BARTHÉLEMY J., « L'externalisation : une forme organisationnelle nouvelle », in *8^e Conférence Internationale de Management Stratégique*, 26-28 mai 1999, École Centrale Paris, p. 2 et 4.

¹⁰⁷ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 9.

¹⁰⁸ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit & société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 18.

¹⁰⁹ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 635.

moindre coût »¹¹⁰. Ce concept émergent manifesterait par conséquent l'élaboration d'une voie médiane en droit administratif entre la gestion publique traditionnelle et la gestion privée. Une voie inspirée des préceptes de la nouvelle gestion publique et animée d'une logique jusque-là inhabituelle dans la sphère administrative, ou du moins oubliée depuis Maurice Hauriou¹¹¹ : une logique coopérative dont le concept d'externalisation administrative permet de rendre compte, et en particulier d'éclairer les conditions de son acclimatation au contexte contemporain du droit administratif, et réciproquement.

Si le concept d'externalisation administrative est ainsi l'un des reflets de l'existence, en droit administratif, d'une application étendue de la coopération dans l'accomplissement des missions d'intérêt général et dans la réalisation des compétences des personnes publiques, il pose notamment la question de sa traduction, et conduit donc à envisager le droit administratif à l'épreuve de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire à déterminer les enjeux et les incidences de l'emploi de la logique économique de coopération en droit administratif. Réduite jusqu'à récemment à une portion congrue : coopération entre personnes publiques dans le cadre de la décentralisation, coopération internationale des collectivités territoriales, ou encore coopération ponctuellement affichée dans la mise en œuvre d'instruments contractuels comme la partenariat public-privé, la logique coopérative ne bénéficiait pas jusque-là d'une retranscription juridique à la mesure de son importance dans les théories économiques, en tant que mode de gouvernance hybride, et en droit civil, à travers l'élaboration du modèle du contrat-coopération. À l'instar de l'apparition de l'externalisation dans le cadre du management stratégique et du droit civil, son intégration en droit administratif reflète finalement le passage d'une logique patrimoniale à une logique coopérative au service de la gestion des ressources nécessaires à la mise en œuvre de l'action publique. Aussi le concept d'externalisation administrative offre-t-il l'occasion d'apporter une explication au développement de cette logique économique en matière administrative à laquelle il s'agit d'apporter un éclairage qui faisait encore défaut au sein de la théorie générale du droit administratif, et ce alors qu'elle recouvre désormais un ensemble de modalités d'accomplissement des missions d'intérêt général bien plus vaste que les seuls partenariats et les formes traditionnelles de participation des personnes privées. Tandis qu'il traduit un

¹¹⁰ DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue française d'administration publique*, 2010/4, n°136, p. 860.

¹¹¹ Il plaçait en effet la coopération entre l'administration et les particuliers au cœur de la gestion administrative, au même titre l'exercice de l'autorité et de la contrainte : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 3 et s.

mouvement d'ensemble de réorganisation de l'administration dont la finalité réside dans la recherche d'une performance accrue par le recours à une logique de coopération bien plus développée qu'auparavant, ce concept questionne par conséquent les fondements du droit administratif et invite à s'interroger sur la façon dont il pourrait s'y intégrer alors que « *la politique de l'outsourcing change le rôle de l'administration (...), où l'on ne retient dans l'organisme public que la tâche de gérer la définition et l'inspection des activités confiées à d'autres* » dans un système où, finalement, « *l'administration cesse de fournir directement les prestations et se contente d'en assurer l'exécution* »¹¹².

Ainsi le concept d'externalisation administrative se présente-t-il également comme le moyen retenu afin de parvenir à proposer une analyse théorique des incidences de l'irruption en droit administratif de la logique économique de coopération, et ainsi rendre compte des mutations contemporaines de l'État à la lumière des réflexions menées dans le cadre des sciences économiques et du management. Or, il est aujourd'hui admis que, « *pour prendre la mesure des mutations en cours, les schémas traditionnels ne suffisent plus : il faut s'efforcer de construire d'autres outils, forger d'autres grilles d'analyse* » alors que « *la conception traditionnelle de l'État doit être réévaluée* »¹¹³. Il paraît donc intéressant d'aborder ce concept, appréhendé à l'aune des évolutions de l'intervention et de l'organisation des personnes publiques, afin d'apporter un élément théorique supplémentaire à l'édifice contemporain du droit administratif : à savoir, une contribution à la connaissance de la coopération dans le cadre de la théorie générale du droit administratif. Outre un élément théorique propre à sa mise en œuvre dans la sphère administrative, le concept d'externalisation administrative conduit donc bien à enrichir la compréhension du droit administratif contemporain par la prise en compte d'une manifestation originale du déroulement de l'action administrative. Dès lors, il ne s'agit pas de « *dire que les choses ont changé radicalement* » mais d'admettre toutefois qu'elles aient « *suffisamment évolué pour qu'il faille les appréhender à l'aide d'un autre modèle* »¹¹⁴, ou du moins, à l'aide d'un modèle ajusté aux réalités économiques actuelles. Aussi la problématique de l'étude entreprise apparaît-elle alors de manière évidente, et consiste à rendre compte des transformations du droit administratif sous l'influence de l'apparition d'une logique économique de coopération dans le cadre de la gestion publique, et ce à partir d'une réflexion sur le concept

¹¹² BELL J., « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 104.

¹¹³ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁴ OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002, p. 21.

d'externalisation administrative : quel serait le contenu de ce concept, sa signification, ses manifestations ainsi que ses incidences sur le droit administratif ? À travers ces interrogations soulevées par le développement de l'externalisation dans la sphère administrative, il s'agira donc de démontrer que la confrontation du droit administratif et de l'externalisation aboutit à l'élaboration d'un concept favorisant une meilleure compréhension de la mise en œuvre de la coopération en droit administratif ; c'est-à-dire d'apporter, par l'étude de l'externalisation administrative, une contribution à la théorie du droit administratif, et tout particulièrement à l'élaboration d'une théorie de l'externalisation, construite à partir de la démonstration d'une coopération propre aux personnes publiques, et dont ce concept offrirait les éléments substantiels, les linéaments. Une contribution théorique qui se doit alors de s'inscrire dans un cadre épistémologique, puis méthodologique, propre à consolider ces éléments pour une théorisation de la gestion coopérative de l'action administrative.

Citant Edmond Bouty, si le postulat de l'épistémologie repose sur le fait que « *la science est un produit de l'esprit humain, produit conforme aux lois de notre pensée et adaptée au monde extérieur* »¹¹⁵, il convient donc de présenter comment le chercheur envisage la transformation de sa thématique d'étude en objet d'étude proprement dit ; c'est-à-dire « produit de son esprit » et de sa réflexion. Cette étape est incontournable dans la mesure où elle présente au lecteur le fil conducteur retenu pour le guider tout au long des développements nécessaires à la démonstration projetée. Elle lui permet de poser les bases de sa démarche : sa problématique ainsi que la méthode qui l'inspire. Pour autant, si toute production de l'esprit humain peut sembler libre, notamment en référence à la création artistique¹¹⁶, une telle liberté demeure contrainte¹¹⁷ lorsque l'esprit créatif s'attache à la connaissance scientifique. Sans être enserrée dans un carcan, toute science doit en effet respecter un certain nombre de « lois » : celles de « *notre pensée* » et, par incidence, celles du « *monde extérieur* ». De ce

¹¹⁵ BOUTY Ed., *La Vérité scientifique : sa poursuite*, Flammarion, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, 1908, p. 7.

¹¹⁶ Selon Isabelle Pignard tout liberté de création réside dans « *la possibilité de concevoir, de fabriquer, d'inventer, de produire sans pression, sans entrave* ». Elle « *peut être artistique* », mais peut également « *être entendue très largement* » ; PIGNARD I., *La liberté de création*, thèse dactylographiée, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2013, p. 4.

¹¹⁷ « *Néanmoins, cela ne signifie pas que la liberté du créateur ne puisse pas être restreinte. Ainsi, la liberté de création perdure, même lorsqu'elle est encadrée, ou lorsque la création respecte certaines règles. La contrainte a même pu sembler favorable et considérée comme un stimulus à la création* » ; PIGNARD I., *Ibid* : citant Pierre Bayard selon lequel la contrainte serait « *aussi ancienne que la littérature elle-même* ». *La composition d'un sonnet, l'écriture d'une tragédie classique et même des textes d'apparence beaucoup plus libre (...) obéissent en réalité à toute une série de règles auxquelles les écrivains se sont toujours pliés, dès lors qu'ils décidaient d'inscrire leur œuvre à l'intérieur d'un genre existant* » ; BAYARD P., *Le plagiat par anticipation*, Les éditions de Minuit, 2009, p. 22.

respect dépend la cohérence et la logique de l'ensemble construit, et plus globalement de l'ensemble de l'appareil scientifique utilisé pour appréhender cette portion spécifique du réel afin d'en proposer une interprétation théorique à même d'en faciliter la compréhension. Se pose alors la problématique du choix du paradigme dans lequel le chercheur souhaite s'inscrire pour mener son travail afin de déterminer les canons à prendre en compte tout au long de son étude. Si tout travail scientifique impose ainsi de s'inscrire dans un tel paradigme, il faut souligner que Simone Goyard-Fabre appelait à *Re-penser la pensée du Droit*, condamnant alors *les doctrines occidentales modernes*. Elle remarquait notamment qu' « *il est fort malaisé d'assigner à un univers juridique dont les contours sont indécis et malléables des fondations assez solides pour en porter à la fois les changements et les permanences* »¹¹⁸. En conséquence de quoi elle suggérait que les évolutions récentes, à tout point de vue du droit, « *nécessitent, dans la doctrine, le renouvellement des grilles de lecture* », et ce notamment dans l'optique d'une « *clarification intellectuelle de l'architecture juridique* » dès lors que « *la pensée, confrontée aux récentes métamorphoses de l'univers juridique, se trouve, elle aussi, engagée dans un processus de transformation* »¹¹⁹.

Confrontée à de telles évolutions, elle considérait en l'occurrence que la doctrine moderne tend à s'échouer sur deux écueils majeurs, consubstantiels au Droit : sa contingence et sa permanence. Selon elle, « *l'une et l'autre attitude risque de provoquer la sclérose de la théorisation juridique* »¹²⁰. Mais au-delà d'une sclérose de la théorisation juridique, il est permis de penser que la doctrine pourrait souffrir d'une telle maladie si, face à la crise qu'elle traverse, elle ne modifie pas ses propres cartes de navigation. Il s'agirait donc de trouver « *le recul nécessaire pour une autre exploration et un autre mode d'interrogation du champ juridique* »¹²¹. La méthode qui a été ici retenue pour mener à bien l'étude du concept d'externalisation administrative part donc de ce principe que, dès lors « *qu'il n'y a pas de méthode de recherche qui ne finisse par perdre sa fécondité première* »¹²², les sciences humaines, parmi lesquelles figure la science juridique, évoluent nécessairement avec leur objet. Or si crise du droit administratif il y a, celle-ci se répercute sans nul doute sur la doctrine et les schémas de pensée qu'elle élabore. Il convient alors de faire référence aux

¹¹⁸ GOYARD-FABRE S., *Re-penser la pensée du Droit. Les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2007, p. 20.

¹¹⁹ GOYARD-FABRE S., *Ibid.*

¹²⁰ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 21.

¹²¹ GOYARD-FABRE S., *Ibid.*

¹²² BACHELARD G., *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^{ème} éd., 1968, p. 104 ; citant alors Jean Perrin selon lequel « *tout concept finit par perdre son utilité, sa signification même, quand on s'écarte de plus en plus des conditions d'expérience où il a été formulé* ».

travaux de Thomas Kuhn relatifs à *la structure des révolutions scientifiques*. Rejoignant en cela les propos tenus par Edmond Boutry, Thomas Kuhn considérait en effet que toute science repose sur l'existence d'un paradigme dominant dans lequel elle s'inscrit. Ce paradigme est généralement constitué à la fois des théories acceptées par l'ensemble de la communauté scientifique qui s'y reconnaît, ainsi que des règles générales qui gouvernent l'évolution de cette même communauté¹²³. De ce fait, « *les hommes dont les recherches sont fondées sur le même paradigme adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans la pratique scientifique* »¹²⁴. Thomas Kuhn admettait toutefois que, en science, un paradigme fût considéré comme « *un objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes* »¹²⁵. Sa solidité se mesurerait donc à l'aune de sa capacité à résoudre au mieux les problèmes qui se posent à la communauté scientifique, quitte à proposer des améliorations progressives¹²⁶.

Il arrive alors parfois que cette mécanique du paradigme dominant finisse par se gripper. Dès lors que ce dernier, par accréation, est en perpétuelle expansion, il peut effectivement atteindre ses limites et, face à certaines découvertes nouvelles, se trouver désarmé, incapable de répondre aux questions alors soulevées. Dans ce cas le paradigme dominant est en crise, le plus souvent provoquée par une découverte à laquelle il n'était pas préparé, ni adapté. Il est alors temps pour la communauté scientifique d'engager un changement dans la mesure où le paradigme actuel n'est plus à même d'offrir la plus parfaite compréhension possible des problèmes auxquels les scientifiques sont confrontés. Pour autant ce travail n'est pas toujours aisé à mener¹²⁷. Un tel changement de paradigme advient le plus souvent lorsqu'une théorie nouvelle semble permettre de fonder un paradigme concurrent plus efficace, plus utile à l'appréhension du réel observé. Ainsi « *décider de rejeter un paradigme est toujours*

¹²³ Les paradigmes « *englobent des lois, des théories, des applications et des dispositifs expérimentaux – fournissent des modèles qui donnent naissance à des traditions particulières et cohérentes de recherche scientifique, celles par exemple que les historiens décrivent sous les rubriques d' « Astronomie de Ptolémée » (ou de Copernic), « Dynamique aristotélicienne » (ou Newtonienne), « Optique corpusculaire » (ou optique ondulatoire), etc.* » ; KUHN T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. Champs Sciences, 2008, p. 30.

¹²⁴ KUHN T. S., *Ibid.*

¹²⁵ KUHN T. S., *op. cit.*, p. 45.

¹²⁶ Au moment de son élaboration, « *le succès d'un paradigme est en grande partie au départ une promesse de succès, révélée par des exemples choisis et encore incomplets. La science normale consiste à réaliser cette promesse, en étendant la connaissance des faits que le paradigme indique comme particulièrement révélateurs, en augmentant la corrélation entre ces faits et les prédictions du paradigme, et en ajustant davantage le paradigme lui-même* » ; KUHN T. S., *op. cit.*, p. 46. Il évoque alors l'ampleur considérable du « *travail de nettoyage (qu') il reste à faire après l'établissement d'un paradigme, ou à quel point ce travail peut se révéler passionnant en cours d'exécution* ».

¹²⁷ « *Bien qu'ils commencent peut-être à perdre leurs convictions profondes et à envisager d'autres théories, ils ne renoncent pas au paradigme qui les a menés à la crise* » ; KUHN T. S., *op. cit.*, p. 114.

simultanément décider d'en accepter un autre »¹²⁸. C'est en somme dans ce changement que résident les *révolutions scientifiques* dont Thomas Kuhn nous entretenait alors¹²⁹. Il justifiait ce parallèle avec les révolutions politiques par le fait que, comme ces dernières, les révolutions scientifiques « *commencent avec le sentiment croissant, souvent restreint à une petite fraction de la communauté scientifique, qu'un paradigme a cessé de fonctionner de manière satisfaisante pour l'exploration d'un aspect de la nature sur lequel ce même paradigme a antérieurement dirigé des recherches* »¹³⁰. Ce faisant Thomas Kuhn suggérait une seconde conception de la science normale. Celle-ci ne reposerait plus sur le « *nettoyage* » constant du paradigme dominant, mais plutôt sur la volonté de la communauté scientifique de déterminer « *une manière particulièrement efficace d'amener ce paradigme à changer* »¹³¹.

Mais, toute découverte n'entraînant pas forcément une crise de paradigme, Thomas Kuhn s'interrogeait également sur ce qui « *fait la différence entre la science normale et la science en état de crise* »¹³². Tout en créant un état de crise, une découverte scientifique peut simplement parfois faire naître un doute, lequel conduira alors à une amélioration du paradigme. Il n'y aura substitution de paradigme, et donc *révolution scientifique*, qu'à condition que le paradigme en cours ne soit plus à-même de s'adapter ; autrement dit, dès lors qu'il aura épuisé toutes les promesses de succès qu'il recélait. Se retrouve alors ici la vision binaire de la crise, précédemment évoquée à propos du traitement de la crise du droit administratif proposée par la doctrine. Soit on considère, comme une partie de la communauté des administrativistes, que la crise du droit administratif révèle la fin de celui-ci ; c'est-à-dire son inaptitude au changement, et donc la nécessité d'une substitution de paradigme. Soit on considère que cette crise constitue l'occasion de renouveler, au moins en partie, le paradigme actuel afin de le rendre plus performant. Confronté à cet état de fait, deux réactions sont alors possibles. Soit s'atteler à ce que Thomas Kuhn considère comme relevant du quotidien de la « *science normale* » ; c'est-à-dire procéder à un ajustement, ou à une adaptation du paradigme existant en exécutant ces « *opérations de nettoyage* (auxquelles) *se consacrent la plupart des*

¹²⁸ KUHN T.S., *op. cit.*, p. 115.

¹²⁹ « (...) *les révolutions scientifiques sont ici considérées comme des épisodes non cumulatifs de développement, dans lesquels un paradigme plus ancien est remplacé, en totalité ou en partie, par un nouveau paradigme incompatible* » ; KUHN T. S., *op. cit.*, p. 133.

¹³⁰ KUHN T. S., *op. cit.*, p. 134.

¹³¹ KUHN T., S., *op. cit.*, p. 82. Il est possible de discerner dans cette seconde vision de la « *science normale* » la maxime méthodologique de Francis Bacon selon laquelle « *la vérité émerge plus facilement de l'erreur que de la confusion* » ; BACON Fr., *Novum Organum*, Vol. III de *The Works of Francis Bacon*, éd. J. Spedding, R. L. Ellis et D. D. Heath, New York, 1969, p. 210.

¹³² KUHN T. S., *op. cit.*, p. 117.

scientifiques durant toute leur carrière »¹³³. Soit proposer un changement total de paradigme pour finalement poser les bases d'un nouveau système de pensée dès lors qu'« *il arrive toujours une heure où l'on n'a plus intérêt à chercher le nouveau sur les traces de l'ancien, où l'esprit scientifique ne peut progresser qu'en créant des méthodes nouvelles* »¹³⁴.

Cependant, dès l'instant qu'une alternative existe le chercheur se retrouve face à ce que Gaston Bachelard considérait comme fondant *Le nouvel esprit scientifique* ; c'est-à-dire que « *toute intuition procèdera d'un choix* »¹³⁵. Alors qu'auparavant, dans le paradigme cartésien de la philosophie scientifique, tout partait du postulat qu'il existait dans la nature des choses simples, et donc des objets préconçus¹³⁶. Il est aujourd'hui permis de douter de l'exactitude de cette vision. Pour autant il ne s'agit pas de repousser toute logique cartésienne. Il convient plutôt d'adapter cette logique aux évolutions de la méthode scientifique. Dès lors, une telle adaptation du paradigme cartésien conduit à considérer que c'est la construction de l'objet qui précède l'observation et l'expérience, et non plus de l'observation et de l'expérience que découle fatalement cet objet. La *révolution scientifique* à laquelle appelait Gaston Bachelard n'est donc pas absolue. Il ne faisait que suggérer un certain nombre d'ajustements afin de « *préparer l'esprit* »¹³⁷ à l'élargissement de la connaissance en organisant systématiquement ce dernier. Outre cela, il invitait également à un autre ajustement d'importance, proposant « *de prêter attention à la pensée anxieuse, à la pensée en quête d'objet* », pour finalement conclure « *qu'une telle pensée est créatrice* »¹³⁸. Toute compréhension passe donc, à un moment ou à un autre, par une impasse dont il n'est possible de sortir qu'en recourant à « *un axe dynamique* », lequel est « *un élément spirituel, c'est un élan vital* »¹³⁹. Ainsi chaque nouveauté ajoute-t-elle, sans nécessairement supprimer, à l'état précédent de la connaissance. Une telle épistémologie, dictée par *Le nouvel esprit scientifique*, implique que ce ne soit plus l'observation du réel qui constitue le préalable à toute recherche. Ainsi pourrait-elle valablement aujourd'hui résulter d'un choix, d'une hypothèse explicative dont il conviendrait d'éprouver la validité par sa confrontation au réel. Il en découle alors une convention scientifique en vertu de laquelle il faudrait toujours, *ab initio*, procéder à une définition de

¹³³ KUHN T.S., *op. cit.*, p. 46.

¹³⁴ BACHELARD G., *Ibid* ; on retrouve ici ce que Gaston Bachelard désignait sous le terme « *d'usure* » des méthodes, concepts et notions : BACHELARD G., *op. cit.*, p. 106.

¹³⁵ BACHELARD G., *op. cit.*, p. 109.

¹³⁶ BACHELARD G., *Ibid* : « *Non seulement Descartes croit à l'existence d'éléments absolus dans le monde objectif, mais encore il pense que ces éléments absolus sont connus dans leur totalité et directement* ».

¹³⁷ BACHELARD G., *op. cit.*, p. 133.

¹³⁸ BACHELARD G., *op. cit.*, p. 134.

¹³⁹ BACHELARD G., *op. cit.*, p. 135.

l'objet d'étude que l'on élabore ; ou du moins à sa présentation pédagogique. C'est alors dans cette optique épistémologique que s'inscrit l'étude ici conduite à partir de l'observation du développement de l'externalisation en droit administratif. L'adoption du concept d'externalisation administrative en tant qu'objet de la réflexion menée poursuit effectivement l'objectif suivant : parvenir à proposer un cadre théorique à l'adoption par les personnes publiques d'une logique économique de coopération au service de la réalisation de leurs compétences. Sans remettre en cause le paradigme actuel du droit administratif contemporain, le concept d'externalisation administrative offre ainsi l'opportunité d'un ajustement théorique du droit administratif face au développement de la coopération qu'il n'avait jusqu'alors pas envisagé, ou du moins pas dans la dimension que lui confèrent désormais les théories économiques. Il s'agit ainsi d'adopter une grille de lecture renouvelée de la réalité de l'action administrative par une approche dialectique consistant à confronter les points de vue pour voir finalement émerger une connaissance « nettoyée » du droit administratif à partir de l'analyse théorique du concept d'externalisation administrative.

7. L'adoption de la dialectique au service d'une théorie de l'externalisation administrative.

L'étape de la définition des termes et de la méthodologie de l'objet d'étude doit par conséquent accompagner la conception de celui-ci. Mais que faire lorsque cet objet d'étude consiste, au moins en partie, à proposer une définition d'un concept nouveau, ou une signification nouvelle à un concept existant, afin de servir de fondement à l'élaboration d'une théorie ? C'est une problématique qui se pose en l'occurrence dans le cadre de l'étude envisagée de l'externalisation administrative. Il convient donc d'établir avant toute chose de nouvelles conventions scientifiques, à la fois fidèles à l'épistémologie juridique et adaptées à l'option retenue. Partant de la thématique de recherche précédemment présentée, l'externalisation administrative et le droit administratif, il s'agissait de déterminer un angle d'approche, une façon originale de s'en saisir comme le fait l'alpiniste lorsque, posté devant le géant de pierre qu'il s'apprête à gravir, il envisage dans son esprit les diverses possibilités s'offrant à lui pour y parvenir ; faut-il le prendre par la face nord, et recenser les diverses formules juridiques qui pourraient s'apparenter à de l'externalisation pour ensuite tenter l'élaboration d'un régime juridique unifié correspondant à leur plus petit dénominateur commun¹⁴⁰ ? Ou faut-il le prendre par la face sud, et s'intéresser alors au pourquoi du choix

¹⁴⁰ Voir pour une telle approche : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011 ; TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*,

de ce recours, par les personnes publiques, à ce qu'il convient d'appeler l'externalisation¹⁴¹ ? Ce n'est cependant pas le choix effectué pour la présente étude. Après un long moment de réflexion au camp de base, l'observation de cet Everest a en effet conduit à retenir l'ascension par la face du Kangshung, moins fréquentée, plus longue, et plus dangereuse car exposée aux avalanches. Un itinéraire délicat par son caractère inédit, laissant dire à certains que « *d'autres hommes, moins sages, pourraient tenter cette face, mais ce n'est pas pour nous* »¹⁴², mais qui, s'il nécessite de nombreuses précautions ainsi qu'une approche originale, présente néanmoins l'avantage de ses inconvénients : une voie peu empruntée offrant un angle de vue différent ; autrement dit, selon l'objet qu'elle saisit et la méthode qu'elle requiert.

La face du Kangshung correspond ici à la volonté de procéder à l'étude de l'externalisation administrative par le biais d'une méthode dialectique, le plus souvent délaissée par la recherche juridique, et qui permettrait de « *saisir méthodiquement, à propos de tout, l'essence de chaque chose* »¹⁴³, et donc en l'espèce de ce concept. Proche de la conception platonicienne de la dialectique¹⁴⁴, la démarche méthodologique suivie pour aborder l'objet élaboré devrait ainsi permettre une meilleure « *connaissance anhypothétique des réels intelligibles* »¹⁴⁵ ; autrement dit, ici, de l'externalisation en droit administratif et de la logique qui la sous-tend, afin de parvenir à poser les fondements d'une théorie de l'externalisation

Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012 ; MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

¹⁴¹ Voir pour celle-ci : GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université Nice Sophia Antipolis, 2008 ; FROT O., *État régalién et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012.

¹⁴² VENABLES S., *Everest : Alone at the Summit*, Thunder's Mouth Press, coll. Adrenaline, 1^{ère} éd., 2000, p. 8, citant les propos tenus par George Mallory dans son carnet d'expédition.

¹⁴³ Car il n'y a finalement « *pas d'autre chose que la dialectique qui n'entreprenne de saisir méthodiquement, à propos de tout, l'essence de chaque chose* », et que ceux qui font exception à la dialectique et qui « *saisissent quelque chose de l'essence (...) nous voyons qu'ils ne connaissent l'être qu'en songe, et qu'il leur sera impossible d'en avoir une vision réelle tant qu'ils considéreront les hypothèses dont ils se servent comme intangibles faute de pouvoir en prendre raison. En effet, quand on prend pour principe une chose que l'on ne connaît pas, et que l'on compose les conclusions et les propositions intermédiaires d'éléments inconnus, le moyen que pareil accord fasse jamais science ? Il n'en est aucun* » : PLATON, *La République*, Livre VII, Librairie Garnier Frères, 1963, p. 272 et 273.

¹⁴⁴ Une conception selon laquelle le savoir, la connaissance des choses, peut être atteinte par la confrontation entre diverses positions ; c'est-à-dire par l'instauration d'un dialogue entre des réalités différentes, voire contradictoires. Elle constitue en cela une modalité de dépassement de l'opinion traditionnelle en s'élevant du monde des apparences vers celui de la connaissance intellectuelle. Elle permet la réalisation complète d'une conceptualisation partant du sensible pour aboutir à l'édification de concepts généraux. Dès lors « *la méthode dialectique est donc la seule qui, rejetant les hypothèses, s'élève jusqu'au principe même pour établir solidement ses conclusions, et qui, vraiment, tire peu à peu l'œil de l'âme de la fange grossière où il est plongé et l'élève vers la région supérieure, en prenant comme auxiliaires et comme aides pour cette conversation les arts que nous avons énumérés* » : PLATON, *op. cit.*, p. 273.

¹⁴⁵ BALIBAR É. et MACHEREY P., « Dialectique », in *Encyclopaediae Universalis*, vol. 7, 1996, p. 360.

administrative ; c'est-à-dire, une théorie de la gestion coopérative de l'action administrative. En ce qu'elle repose sur le principe de l'échange et de la confrontation des éléments du réel et de la pensée, la dialectique présente en effet tous les avantages d'une méthode apte à l'analyse de la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif¹⁴⁶. Car si l'externalisation s'entrelace aujourd'hui dans la réalité administrative concrète, il convient pour la saisir de ne pas la penser exclusivement comme une abstraction hypothétique. L'analyse dialectique permet de surcroît de suivre l'évolution du réel, et donc de procéder à l'adaptation des concepts aux objets qu'ils expliquent¹⁴⁷. Elle facilite également l'observation utile du dialogue entretenu entre le droit civil et le droit administratif sur cette thématique particulière à l'occasion duquel se manifeste de manière évidente l'influence exercée de longue date par le premier sur le second¹⁴⁸. C'est en effet en partie à travers cette influence que se répercute la prise en compte de l'environnement économique et social par le droit administratif, et ce tout spécialement en ce qui concerne l'externalisation.

L'étude dynamique de l'externalisation administrative s'accorde donc avec la nécessaire prise de conscience d'une dialectique indispensable pour saisir à la fois l'essence et la définition de ce concept à partir de l'observation de l'existant, autant que ses incidences théoriques sur le droit administratif. Il est en outre possible d'apporter une justification à cette orientation méthodologique, peu empruntée en droit, par la précision de l'intérêt présenté par l'emploi original de ce procédé de raisonnement dans la recherche juridique. En la matière, Jean Hauser rappelait effectivement que la méthode dialectique devait inévitablement « *retrouver quelque droit à l'existence devant les difficultés modernes de la logique formelle* »¹⁴⁹. Tandis qu'il invoquait alors les réflexions de Michel Villey, il se demandait même « *si la dialectique, au sens aristotélicien du mot, c'est-à-dire selon lui la logique non plus de la démonstration,*

¹⁴⁶ C'est d'ailleurs par le recours à cette méthode dialectique que Friedrich Hegel précisait « *le rôle du concept comme moyen de connaissance des institutions juridiques, en elles-mêmes et dans leur évolution* » : BÉNOIT Fr.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 23.

¹⁴⁷ « *La conception hégélienne de la dialectique consiste précisément en ceci que la progression des institutions vers le stade du rationnel absolu – celui de leur Idée – se réalise par le heurt d'un aspect de l'institution considérée contre un autre aspect contraire, heurt qui va conduire à un stade nouveau de l'institution, exprimé par un nouveau concept* » : BÉNOIT Fr.-P., *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁸ « (...) *la place du droit civil parmi les méthodes d'élaboration du droit administratif, (...) ils auraient ensuite mécaniquement coulé les institutions administratives dans les moules civilistes préfabriqués qu'on leur avait inculqués à l'Université* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 310.

¹⁴⁹ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. 16. Voir dans le même sens : BERTRAND E., « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.*, 1951, chron. 151. Édouard Bertrand soulignait en effet que la dialectique devait être utile à l'analyse des concepts juridiques. Il indiquait en particulier qu'elle constituait sans nul doute une réponse bienvenue aux vicissitudes de la la logique formelle.

mais bien plutôt de l'invention, ne serait pas plus applicable au métier du droit »¹⁵⁰, pour finalement la retenir en tant que justification méthodologie de sa démarche dans la mesure où il était possible de « *penser qu'au niveau de l'analyse, de la définition des concepts utilisables par le juriste, une telle méthode pourrait également être riche d'espérances* », voire conduire « *à éclairer d'un jour, sinon entièrement nouveau, du moins renouvelé* »¹⁵¹ une problématique pourtant largement débattue jusque-là. Le choix de la démarche dialectique pour aborder un objet conçu comme la confrontation du droit administratif à l'épreuve de l'externalisation administrative constitue par conséquent en lui-même un élément déterminant de cette approche du sujet, et contribue grandement à sa finalité théorique dès lors qu'elle permet de déterminer la substance et la fonction du concept observé, ainsi que sa place au sein du droit administratif. Reste alors à expliciter brièvement les ressorts de cette méthodologie largement laissée à la disposition des philosophes, afin d'en présenter les modalités de mise en œuvre dans le cadre de la présente étude.

Du point de vue de l'étymologie, la dialectique est un dialogue, un échange de paroles entre plusieurs locuteurs. Mais, dérivé du sens premier donné à ce terme, il désigne également une forme de savoir, une épistémologie reposant sur l'art de la dispute. Né dans la Grèce antique, celui-ci constitue alors un principe essentiel de détermination du réel et de la pensée par la confrontation des savoirs, des arguments et des points de vue. Ce faisant il peut être envisagé en tant qu'outil idoine pour procéder à la transformation d'une thématique, d'un élément du réel, en un objet d'étude, élément construit par l'exercice de l'esprit humain au service d'un édifice théorique. En tant que méthode, la dialectique présente donc certains critères essentiels qui éclairent sur la façon de l'employer au cas présent. Tout d'abord, elle comporte une idée de progression, d'un passage constant d'un terme à l'autre, à laquelle il s'agit de donner un contenu afin de concrétiser progressivement, par ce mouvement d'aller-retour qu'elle entraîne, l'hypothèse défendue de l'existence d'un concept d'externalisation administrative comme fondement d'une théorie de la gestion coopérative en droit administratif. Elle implique également une part de réciprocité entre les termes que l'emploi de cette méthode tente de relier afin que les points de vue confrontés affichent une association logique utile à l'élaboration de cette hypothèse théorique ; c'est-à-dire ici une confrontation du droit administratif et de l'externalisation administrative éclairée par les sciences économiques et de gestion, ainsi que par le droit civil. Enfin, elle participe dans une certaine mesure de la

¹⁵⁰ HAUSER J., *op. cit.*, p. 16 et 17.

¹⁵¹ HAUSER J., *op. cit.*, p. 17.

tentation de la catégorie de la totalité dans la mesure où la dialectique peut notamment servir à organiser un ensemble discordant, en l'espèce, pour ce qui concerne l'externalisation administrative, une tentation de l'intégration de celle-ci au cadre de la théorie générale du droit administratif. La méthode dialectique que cette recherche tâchera de suivre afin d'étudier l'externalisation administrative se rapproche donc bel et bien de la dialectique platonicienne en ce qu'elle ambitionne par la progression, la réciprocité des points de vue et une volonté d'organisation, d'établir une communication entre les intelligibles. Elle s'apparente également à la dialectique moderne avancée par Bernard Gilson. Définie ainsi comme « *l'unité dynamique de la mise en œuvre des catégories et idées principales de la Raison par les êtres humains rationnels et libres* »¹⁵², la dialectique moderne se ménage une place au sein du *nouvel esprit scientifique*, appelé de ses vœux par Gaston Bachelard pour garantir la redécouverte de l'existant et de son essence réelle. Plus encore, elle se réserve utilement une place au sein de la science du Droit dès lors que si « *la dialectique moderne porte toujours en elle un dialectique du Droit* »¹⁵³, pourquoi ne pas envisager également la mise en œuvre d'une dialectique en Droit ? Alors, l'utilisation de cette forme moderne de la dialectique dans le cadre de la science juridique pourrait consister en une volonté de mise en œuvre des catégories et idées principales du droit étudié dans une finalité de connaissance et de compréhension de ce champ d'étude. Le recours à la dialectique moderne en droit, et plus particulièrement pour l'étude du droit administratif par l'emploi du concept d'externalisation administrative, implique une méthode bien particulière qu'il s'agit d'exposer.

Dans cette optique, le concept d'externalisation administrative sera employé afin, dans un premier temps, de le confronter à l'existant pour en saisir l'essence ; c'est-à-dire de l'associer non seulement à une étude du droit administratif, mais également des théories économiques, organisationnelles ainsi que des constructions doctrinales civilistes qui ont pu participer à son élaboration et à sa traduction juridique. Puis, dans un second temps, afin d'en étudier les implications, cognitives, sur ce même existant qu'est le droit administratif. Cette dualité intrinsèque à la méthode dialectique conduit donc à procéder à un dédoublement de son utilisation. La dialectique interviendra par conséquent à deux niveaux concentriques et concomitants. Un premier constitué par l'analyse de ce que le droit administratif et ces autres disciplines peuvent apporter à la compréhension et à la définition du concept

¹⁵² GILSON B., *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit* », Vrin, coll. Bibliothèque d'Histoire de la philosophie, 1991, p. 18.

¹⁵³ GILSON B., *op. cit.*, p. 9.

d'externalisation, et de ce que ce dernier dit du droit administratif et de ses évolutions récentes. Un second consistant quant à lui à procéder à un aller-retour permanent entre ces deux éléments, le droit administratif et l'externalisation, dans le but de saisir leur enrichissement réciproque qui résulte de cette confrontation. Plus qu'une finalité de « *mise en œuvre* » de l'esprit humain dans un but d'organisation et de mise en cohérence de la pensée existante, la méthode dialectique employée ambitionnera donc de proposer une démarche critique permettant, d'une part, de donner une signification proprement administrative au concept d'externalisation en le confrontant à l'existant et, d'autre part, par cette même confrontation, de suggérer une façon originale de comprendre le droit administratif contemporain et ses évolutions récentes afin de poser les linéaments d'une théorie de l'externalisation administrative susceptible de rendre compte du développement d'une gestion coopérative de l'action publique. Recourir à la méthode dialectique en Droit, et plus particulièrement dans cette double finalité d'organisation et de critique, n'est d'ailleurs pas inédit. Déjà Simone Goyard-Fabre envisageait-elle l'usage d'une telle méthode lorsque, à l'occasion de son « *essai de « théorie du droit » pour un temps de crise* », elle constatait que « *les doctrines (...) ont cherché, depuis l'aube de la « modernité », à penser, à expliquer ou à interpréter le mouvement et la complexité du droit* », pour finalement conclure qu'il était temps de soumettre cette doctrine juridique « *au tribunal de la « raison interrogative-critique* » »¹⁵⁴. Selon cet auteur, un usage de la raison interrogative critique permettrait, « *sur la base de cette recherche architectonique* »¹⁵⁵, de parvenir à « *l'émergence de la problématisation interrogative du droit* »¹⁵⁶. Une interrogation qui porte aujourd'hui, à travers l'émergence du phénomène d'externalisation en droit administratif, sur la question de la théorisation de la gestion coopérative de l'action administrative à partir de l'étude du concept d'externalisation administrative.

En ce qu'elle comparait ainsi la démarche interrogative-critique et le débat judiciaire, Simone Goyard-Fabre semblait toutefois préconiser cette approche pour les seuls philosophes du Droit. Pourtant, il serait bénéfique de mêler la méthode philosophique à la recherche juridique strictement entendue. Il pourrait alors en ressortir une nouvelle forme d'explication théorique du droit administratif et de ses évolutions. Calquée sur le déroulement du procès, elle permettra, s'agissant du thème de l'externalisation administrative : d'aborder et de cerner

¹⁵⁴ GOYARD-FABRE S., *Re-penser la pensée du Droit. Les doctrinales occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2007, p. 7.

¹⁵⁵ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 14.

l'externalisation, de l'examiner et de la peser, pour finalement poser un verdict, après l'avoir interrogée et jugée, afin d'esquisser les contours d'une théorie de l'externalisation administrative. Soulignant alors l'intérêt et les bénéfices d'une telle démarche critique¹⁵⁷, Simone Goyard-Fabre précisait de surcroît que cette nouvelle façon de penser le Droit repose sur « *la problématique et la méthode (qui) seront donc les pierres d'angle du renouvellement interrogatif-réflexif* »¹⁵⁸. Le choix d'adopter une méthode dialectique pour aborder le thème de l'externalisation administrative guide ainsi le passage de la thématique à l'objet d'étude retenu poursuivant l'ambition d'un ajustement théorique du droit administratif par la prise en compte de la logique économique de coopération par l'intermédiaire du concept d'externalisation administrative. Fidèle à l'attachement kantien à la critique en tant que démarche scientifique, la problématique proposée dans le cadre cette étude procède ainsi de l'observation du *droit administratif à l'épreuve de l'externalisation administrative* comme avait en l'espèce déjà pu l'envisager Julien Boucher, au début du XX^e, en consacrant une étude à l'observation du *droit public à l'épreuve de l'externalisation*, entendue alors dans le sens d'un questionnement du droit administratif par le concept d'externalisation tel qu'il émergeait alors dans cette discipline, afin « *de fournir une grille de lecture propre à faciliter l'intelligence de la façon dont le droit public prend en compte et, le cas échéant, encadre le phénomène qu'elle décrit, dans ses formes traditionnelles comme dans ses manifestations les plus récentes* »¹⁵⁹. Une telle dynamique conduira donc à la construction du concept émergent d'externalisation administrative par opposition à ce qui existe déjà dans cette discipline et par la prise en compte de ce qui existe dans d'autres, telles que les sciences économiques et de gestion ou le droit civil, ainsi qu'à l'examen de ce que l'émergence de ce concept permet d'apprendre, non plus seulement sur lui-même, mais sur la matière qui l'accueille.

La confrontation du concept d'externalisation administrative au droit administratif, typique d'une « *recherche architectonique* »¹⁶⁰, rendra notamment possible la mise en lumière des lignes de faille tirillant le continent du droit administratif tout en permettant l'étude du nouveau relief qui en résulte : le concept administratif d'externalisation et la logique coopérative qui le sous-tend. Alliant une démarche critique à une démarche organisationnelle, la méthode dialectique conduira également à suggérer un nouveau métier sur lequel remettre,

¹⁵⁷ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁸ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁹ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

¹⁶⁰ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 12.

une fois de plus, l'ouvrage du droit administratif. Elle autorisera en particulier, à l'aune de l'externalisation administrative et de cette logique économique de coopération qu'elle emporte avec elle, une lecture systémique de la jurisprudence récente des juges du Palais Royal tant il est vrai que la haute juridiction a procédé, durant cette dernière décennie, à de nombreuses mises au point et évolutions considérables. Au rang de ces innovations¹⁶¹ jurisprudentielles, il est envisageable de compter des décisions telles que : l'arrêt *Association pour le Personnel Relevant des Établissements pour Inadaptés*¹⁶², l'arrêt *Cne d'Aix-en-Provence*¹⁶³, l'arrêt *Sté Tropic Travaux Signalisation*¹⁶⁴, l'arrêt *Société UGC-Ciné Cité*¹⁶⁵ pour ce qui est de l'année 2007 ; ou encore l'arrêt *Ville de Paris*¹⁶⁶, l'arrêt *Cne de Limoges*¹⁶⁷, l'arrêt *Mme Gilles*¹⁶⁸, l'arrêt *Jonnet*¹⁶⁹, l'arrêt *API*¹⁷⁰ pour les années 2010 et 2011 ; ou, plus récemment, les arrêts *Tarn et Garonne*¹⁷¹, *SNC Armor*¹⁷² pour l'année 2014. Si ces décisions, qui ne représentent que la face émergée de cet iceberg jurisprudentiel, peuvent sembler, *prima facie*, éparses et hétérogènes. Ce n'est pas sans une certaine cohérence qu'une lecture systémique peut en être proposée à partir du postulat de l'adoption par les personnes publiques d'une logique économique de coopération dans le cadre de la réalisation de leurs compétences. Aussi le concept d'externalisation administrative se présente-t-il, une fois précisé et doté d'une substance certaine, comme une clef de lecture globale qui, tel des liaisons d'hydrogène, donne sa solidité à toute structure cristalline. Or, si « *les mutations dont les structures et les notions de l'univers juridique sont l'objet en affectent le champ tout entier* »¹⁷³, ce concept est au nombre de ces mutations. À ce titre il peut tout à fait compter parmi les éléments qui permettent d'en comprendre le sens. Il s'agit donc, au travers de l'étude de ce concept, de questionner le droit administratif pour identifier « *le projet qui les anime* »¹⁷⁴ et poser les prémisses d'une théorie de l'externalisation administrative propre à améliorer la compréhension de la logique économique de coopération en droit administratif, et incidemment de la gestion coopérative de l'action administrative.

¹⁶¹ Le terme d'innovation étant entendu aussi bien dans le sens d'innovations véritables, que dans celui d'innovations apportées à des notions ou régimes existants.

¹⁶² CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

¹⁶³ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

¹⁶⁴ CE, ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360.

¹⁶⁵ CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC Ciné-Cité*, rec. p. 418.

¹⁶⁶ CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

¹⁶⁷ CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, rec. p. 923.

¹⁶⁸ CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, rec. p. 331.

¹⁶⁹ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

¹⁷⁰ CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505.

¹⁷¹ CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

¹⁷² CE, ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, rec. p. 449.

¹⁷³ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁴ GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 52.

8. Un éclairage renouvelé des fondations théoriques du droit administratif. Passer le droit administratif à l'épreuve de l'externalisation par l'emprunt d'une méthode dialectique requiert d'adopter une démarche double. D'un côté, il s'agit de s'intéresser à la place du concept d'externalisation dans le contexte du droit administratif. De l'autre, il convient d'analyser ce qu'un tel concept permet d'apporter en terme de compréhension du droit administratif lui-même. Tandis que l'adoption de cette posture pour aborder le concept d'externalisation administrative dans une finalité de théorisation de la gestion coopérative de l'action administrative apporte de la sorte une meilleure connaissance de ce phénomène récent, elle autorise également un approfondissement de la connaissance du droit administratif, ou du moins de ce qu'il est aujourd'hui, et des principes essentiels qui le supportent. En effet, comme les frontons des antiques temples grecs, tout concept ou toute notion juridique repose sur un certain nombre de colonnes qui en assurent la solidité. À l'image du Parthénon, tel que le voyageur Pausanias pouvait le décrire à la fin du II^e siècle avant notre ère¹⁷⁵, l'externalisation expose indubitablement à la vue de tous une apparence de clarté et d'intelligibilité. Pour autant ce concept recèle une forte complexité. Il faut donc, s'échappant de la vision hypnotique de cette simplicité, baisser le regard et s'arrêter plus longuement sur les piliers soutenant cet ensemble. Très clairement l'externalisation ne se présente pas, *prima facie*, comme un concept rebelle. Bien au contraire, fonctionnant sur l'utilisation imagée du suffixe « - ition » marquant l'action de faire quelque chose, le terme externalisation se comprend même aisément. Il s'agit tout simplement de l'action d'externaliser ; plus concrètement, l'externalisation correspond à l'action de faire devenir externe¹⁷⁶. Autrement dit, elle ne désigne rien de moins compliqué que l'action, pour un sujet, de se séparer de quelque chose lui appartenant pour la confier à un tiers. C'est cette image que nous transmet, au premier coup d'œil le fronton très imagé de l'externalisation ; et il en va de même pour son utilisation en droit administratif. C'est d'ailleurs sans doute en raison de cette simplicité apparente, de ce caractère imagé, que la doctrine administrativiste a relativement rapidement

¹⁷⁵ PAUSANIAS, *Description de la Grèce*, tome 1, trad. M. Clavier, A. Boré, Paris 1821, chap. XXIV, point 5. : « Vous arrivez ensuite au temple nommé Parthénon ; l'histoire de la naissance de Minerve (Athéna) occupe tout le fronton antérieur, et on voit sur le Fronton opposé sa dispute avec Poséidon au sujet de l'Attique (...) ».

¹⁷⁶ Et ce dans la mesure où le verbe externaliser provient du verbe anglais « to externalise » signifiant rendre externe.

eu recours à ce terme pour désigner une certaine attitude de la personne publique ; c'est également ce qui pourrait expliquer le manque de définition qui le caractérise.

Mais peut-être le temps est-il enfin venu de tourner notre regard vers les soubassements de ce fronton, aussi séduisant soit-il ? Peut-être le temps est-il venu de le quitter des yeux alors que l'histoire de ce concept semble inscrite dans le marbre ? Peut-être le temps est-il enfin venu de s'intéresser au concept au-delà de la simple image qu'il nous renvoie ? Et il suffit, pour ce faire, de prendre un tant soit peu de recul pour s'apercevoir que cette apparente simplicité repose en réalité sur une architecture bien plus complexe lui donnant sa cohérence, ainsi que sa pertinence. Comme tous les temples de la Grèce antique, tels que celui de Delphes ou ceux situés sur l'Acropole, le concept d'externalisation repose en effet sur des colonnes comme autant de « *support vertical de forme cylindrique de pierre ou de marbre composé d'un fût, d'un chapiteau et d'une base, qui soutient un entablement et sert d'ornement à un édifice* »¹⁷⁷. S'il est vrai que parfois de telles colonnes sont élevées en l'honneur d'un personnage illustre, ou bien pour commémorer sa mémoire – Colonne Trajane ou Colonne Vendôme –, celles dont il s'agit ici n'en relèvent pas. Du moins, leur but premier n'est en rien de présenter une fonction décorative, encore moins commémorative. Il ne s'agit de rien d'autre que de la structure sans laquelle le concept d'externalisation administrative, à défaut de pouvoir s'élever seul, s'effondrerait sur lui-même. Ces colonnes en constituent la substance en ce qu'elle contribuent à la traduction juridique, en droit administratif, de la logique économique de coopération lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de l'action administrative. Et, au-delà du sens que nous offre au premier coup d'œil son fronton, le concept d'externalisation apparaît réellement sous son véritable jour après un examen attentif de ces colonnes qui le soutiennent. Qu'elles soient alors doriques, ioniques ou corinthiennes, peu importe. Leur fonction première n'est pas esthétique mais bien constitutive. Elles sont fondamentales à l'édifice de l'externalisation administrative, et ce dans le sens premier du terme. Elles sont au fondement¹⁷⁸ même de ce concept et de la théorie qu'il participe à esquisser. Elles en

¹⁷⁷ Définition donnée par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales à l'entrée de la « *colonne* » ; il y est précisé qu'il s'agit là de son sens premier donné en architecture. Sens où « *l'accent est mis sur l'idée de support* ».

¹⁷⁸ Le dictionnaire le *Littré* propose une signification première du terme de fondement en tant que « *Terme d'architecture. Maçonnerie qui sert de base aux murs d'un édifice* ». Les colonnes de l'externalisation constituent bien dans cette acception les fondements de ce concept. Qui plus est, ce même dictionnaire avance une seconde signification qu'il tire d'une extension de la première. Dans cette seconde hypothèse le terme de fondement désignerait « *ce qui fait le fond, l'appui, la base, le principal soutien* ». Dans ce cas, ces colonnes constituent également le fondement du concept d'externalisation en ce qu'elles en sont la base.

constituent l'essence même, « *la substantifique moelle* »¹⁷⁹. Une telle dualité de l'expression de fondement sert cette démonstration dans la mesure où elle permet de donner leur véritable place aux éléments qui seront évoqués dans le corps de l'argumentation à venir. Car c'est bien de cela dont il s'agit. Le travail qui sera exposé par la suite consistera en une étude approfondie du concept d'externalisation en droit administratif ; et ce en s'intéressant non seulement à sa simplicité apparente, mais aussi et surtout en mettant en évidence les colonnes sur lesquelles il repose, qui la constituent, et qu'il emprunte au droit administratif.

Les recherches préliminaires ayant conduit à soutenir la démonstration qui suivra ont dans le cas présent permis de relever l'existence de quatre colonnes au fondement de l'externalisation en droit administratif. Tout d'abord, l'existence d'une personne à l'origine de l'externalisation ; ici une personne publique. Puis, incidemment, l'existence d'un tiers bénéficiant de l'externalisation. Mis à part le fait que la personne à l'origine de l'externalisation en droit administratif soit une personne publique, ce qui ne peut surprendre, ces deux premières colonnes forment un premier groupe exposé également au fronton de ce concept. S'il ne sera pas fait l'économie de ce premier groupe, dans la mesure où elles demeurent toutes deux des éléments élémentaires de la définition de l'externalisation en droit administratif, et même ailleurs. C'est surtout le second groupe de colonnes qui retiendra l'attention dès lors qu'il paraît être spécifique au concept d'externalisation administrative, et moins visible à sa surface. Il réunit en l'occurrence d'un côté la compétence de la personne publique décidant de l'externalisation et qui en constitue l'objet, et, de l'autre, les obligations composant le cœur de toute relation d'externalisation en droit administratif et qui en constituent le moyen d'expression juridique. Ainsi, tout en démontrant en quoi l'externalisation en droit administratif repose sur ces quatre colonnes, et plus particulièrement sur les deux dernières : la compétence et l'obligation, il conviendra de s'intéresser à ce que le concept d'externalisation administrative ainsi élaboré permet d'apprendre, ou de mieux comprendre, sur le droit administratif contemporain. Comme le sous-sol de la « Ville éternelle », le droit administratif est effectivement riche de constructions intellectuelles et théoriques que le temps a pu parfois recouvrir sans pour autant en effacer le souvenir dans la mémoire des juristes qui en arpentent les allées, ou lorsqu'ils les redécouvrent à l'occasion de l'élaboration d'une nouvelle notion ou d'un nouveau concept qui repose inmanquablement

¹⁷⁹ RABELAIS Fr., *Le Gargantua et le Pantagruel*, Livre Ier Gargantua, 1534, in Œuvres de Rabelais, Tome 1^{er}, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1857, p. 6 : « *C'est pourquoi fault ouvrir le livre et soigneusement peser ce qui est déduict. (...) Puis, par curieuse leçon et meditation frequente, rompre l'os, et sugcer la substantifique moelle, (...)* ».

sur ces fondations. Des constructions qui se signalent par conséquent toujours lorsque la doctrine observe les édifices les plus récents du droit administratif à travers lesquels il est toujours possible de déceler la part de leur influence. Or, l'élaboration des fondements du concept d'externalisation administrative, et plus largement à partir de là d'une théorie de la gestion coopérative de l'action administrative, ne déroge pas à ce constat et commande donc nécessairement de « creuser » ce sous-sol afin de lui conférer un ancrage solide au sein de la théorie générale du droit administratif. Aussi suscite-t-elle inévitablement la palingénésie de ces réflexions mémorables immortalisées par ces maîtres et précurseurs que sont Maurice Hauriou, Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard, Francis-Paul Benoît, Joseph Barthélémy, Léon Michoud et Hans Kelsen, pour ne pas tous les citer. Dès lors, comme en matière d'archéologie préventive, la démarche que prescrit l'étude du concept d'externalisation administrative incite préalablement à opérer un nouvel examen de ces travaux afin de mesurer, d'une part, la part de leur influence sur l'intégration de l'externalisation, et de la logique coopérative qui l'anime, en droit administratif et, d'autre part, d'inscrire plus profondément encore ce concept dans le cadre de cette matière pour mieux en préciser l'influence sur les notions sur lesquelles il repose : la compétence et l'obligation. La posture méthodologique retenue présente en ce cas une dimension supplémentaire en ce qu'elle tend également à instaurer, au cours de la démonstration à venir, une dialectique permanente entre le passé et le présent pour contribuer à une meilleure compréhension de celui-ci, et favoriser une meilleure appréhension de l'avenir. Sur ce point, l'exemple le plus pertinent pour convaincre de la nécessité d'un tel retour aux sources du droit administratif contemporain dans le cadre de l'étude du concept d'externalisation administrative réside sans conteste dans les travaux menés par Maurice Hauriou sur la *gestion administrative* au service d'une *étude théorique de droit administratif*¹⁸⁰.

Il s'agit alors de s'inscrire modestement dans le sillon tracé il y a de cela plus d'un siècle par le maître de Toulouse, et de tâcher de l'enrichir de l'acquis apporté par le temps qui passe et les évolutions de la pensée doctrinale afin de proposer, à l'aide du concept d'externalisation administrative, une étude théorique de la gestion administrative régénérée par l'irruption de la logique économique de coopération. Il convient d'ailleurs de souligner que, dans cet ouvrage, Maurice Hauriou décelait déjà dans la mise en œuvre de l'action administrative les prémisses d'une telle logique, et ce avant même qu'elle n'affleure dans les réflexions des économistes.

¹⁸⁰ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose.

Alors qu'il affirmait effectivement que la gestion administrative, distincte de l'autorité, constituait l'une des deux voies de l'activité de l'administration, et consistait en une « *collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics* »¹⁸¹, il attribuait une fonction déterminante à la coopération dans le cadre de la réalisation de l'action publique¹⁸². Relativement oubliée par la suite pendant plus d'un siècle¹⁸³, cette intuition de Maurice Hauriou, qu'il est toutefois possible de déceler en arrière-plan de certaines réflexions doctrinales amorcées durant cette période, au premier rang desquelles figure notamment la théorie de l'Institution élaborée par ce dernier, semble ressurgir aujourd'hui et s'imposer, parmi d'autres, comme un élément indispensable à une juste conception de l'externalisation administrative et d'une théorie de la gestion administrative coopérative. Il sera donc particulièrement éclairant et instructif, tout au long de la démonstration proposée, de questionner de nouveau cette construction intellectuelle en vertu de laquelle il était envisagée, dès 1899, qu'« *à côté de la puissance publique qui commande, apparaît celle qui gère la vaste entreprise coopérative des services publics* », si bien que la théorie générale du droit administratif devait prendre en compte le fait que, « *dans la gestion administrative, le caractère coopératif se révèle avec la même évidence que dans la production économique* »¹⁸⁴. Il conviendra en outre de procéder de même avec d'autres réflexions conduites par ces maîtres inspirants et précurseurs dont les travaux d'hier et d'avant-hier éclairent sans nul doute utilement ceux d'aujourd'hui et de demain. Ainsi en ira-t-il notamment des nombreuses recherches menées sur la notion de compétence, de délégation, d'indisponibilité, ... et aussi d'obligation bien que celle-ci se soit plutôt faite remarquer par sa discrétion dans le discours doctrinal. Un mutisme qui commande de ce fait de s'orienter vers une autre source pour instruire le droit administratif dans sa confrontation avec l'externalisation administrative : l'éclairage économiste et civiliste.

¹⁸¹ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 7.

¹⁸² Norbert Foulquier rappelle en l'occurrence que « *cette collaboration, ou coopération – expression qui révélait les lectures comtiennes du futur doyen de la faculté de droit de Toulouse – constituait le cœur de la notion de gestion administrative* » : Avant-Propos de Norbert Foulquier à : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 4.

¹⁸³ Norbert Foulquier précise en effet que « *les propositions les immédiates de son essai, celle de collaboration et celle de situation de gestion, n'ont finalement conquis ni le juge ni la doctrine, à l'exception notable de Félix Moreau* » : Avant-Propos de Norbert Foulquier à : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 5. Et d'ajouter que, « *si la jurisprudence et la doctrine n'ont pas accordé à la notion de collaboration l'importance que Hauriou lui destinait – exceptions faites tout au plus de la jurisprudence Commune de Saint-Priest-La-Plaine et de la thèse de Bernard Gény –, c'est en grande partie parce qu'il l'entendait très, trop largement (...). La notion de collaboration devenait donc trop hétérogène pour constituer une technique juridictionnelle* » : Avant-Propos de Norbert Foulquier à : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁴ HAURIOU M., *op. cit.*, p. III.

9. Une éclairage économiste et civiliste du droit administratif par l'externalisation administrative. La confrontation dialectique du droit administratif à la réalité de l'externalisation et de la coopération ne doit effectivement pas conduire non plus à une remise en cause de ce dernier, mais bien au contraire au constat de sa « régénération »¹⁸⁵ par la prise en compte des impératifs économiques¹⁸⁶. Or, l'intégration des réalités économiques à la sphère administrative rappelle qu'en la matière le droit civil, en raison de sa proximité immédiate avec le monde de l'entreprise, a le premier subi l'influence du monde de l'économie et des affaires et serait, à ce titre, susceptible d'apporter des enseignements utiles à la transposition du concept d'externalisation en droit administratif. La démonstration de l'existence de l'externalisation administrative, symptomatique d'une telle intégration, paraît par conséquent tributaire autant de l'économie elle-même que du droit civil¹⁸⁷. Il convient donc de procéder à l'analyse de l'existence de l'externalisation dans le monde de l'entreprise et en droit civil afin de la confronter à celle qui devrait être la sienne en droit administratif. Car s'il est admis que « *le droit privé a toujours été l'horizon du droit administratif* »¹⁸⁸, il est évident que cette influence civiliste concourt à l'émergence du concept d'externalisation administrative¹⁸⁹ dans la mesure où elle participe de la systématisation des règles de droit par la doctrine administrativiste. Il est de surcroît intéressant de souligner qu'à la différence de la doctrine privatiste, le droit administratif ne tire que rarement les conséquences que les réflexions menées par les économistes pourraient engendrer, ce qui provoque d'autant plus une conception floue de l'externalisation.

¹⁸⁵ Car « *la prise en compte des réalités économiques ne menace pas notre droit administratif ; elle contribue à sa régénération* » : AUBY J.-B., « Anciennes et nouvelles incitations à la vérité des prix des services publics », *DA*, 2004, repère n° 1, p. 3.

¹⁸⁶ Le droit, et notamment le droit administratif, est ainsi à l'image du juge administratif du l'avenir ; il est « *économique, c'est dans ce domaine qu'il aura le sentiment d'avoir prise sur la réalité et de ne pas se situer en marge des grands courants de la vie administrative* » : DRAGO R., « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Miscellanea W. J. Ganshof Van deer Meersch (Mélanges Van deer Meersch)*, Bruylant, 1972, t. 3, p. 457.

¹⁸⁷ Car finalement, « *devant la difficulté de l'entreprise souvent démesurée de mise en ordre du droit, le juriste a besoin d'un intercesseur, besoin qu'on le mette sur la voie. Mieux même, en puisant dans l'héritage, il se soumet à une expérience extérieure de rationalisation du droit, en apparence toutefois unique puisque, en réalité, une fois vue de l'intérieur, elle lui apprend l'existence d'un passé identique, avec les mêmes difficultés, les mêmes obstacles (...): on devient juriste en raisonnant avec la pensée des autres, en tentant d'approcher la vérité révélée par autrui (...): les publicistes ont puisé aux sources du droit civil leur méthode d'organisation du droit administratif exactement de la même manière que les juristes français d'Ancien Régime avaient puisé aux sources des droits savants, et les canonistes de l'entourage pontifical à celle de la prestigieuse compilation justinienne* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 315 et 316.

¹⁸⁸ Comme pouvait l'affirmer Jean-Jacques Bienvenu dans le cadre de sa préface à la thèse de Benoît Plessix : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁹ Confirmant alors, une fois de plus, que « *l'investissement du privé n'est pas une source d'asservissement mais d'épanouissement* » : PLESSIX B., *Ibid.*

Ainsi le concept appréhendé, bien que d'origine managériale, repose-t-il pour une large part sur un fondement théorique solidement ancré dans les travaux d'économistes de générations successives tels que Ronald Coase, Oliver Williamson ou encore plus récemment Oliver Hart. Qu'il s'agisse des développements relatifs à la firme, aux modes de gouvernance de l'économie, aux coûts de transaction, ou encore aux contrats relationnels et incomplets, l'externalisation constitue en effet un des points de convergence de tous ces travaux laissant aisément apparaître son essence coopérative. La doctrine administrativiste ne semble pourtant pas avoir, jusqu'à aujourd'hui, pris la juste mesure de ces travaux afin de conférer à cette logique économique sa juste place dans la théorie du droit administratif. Le sort qui lui est réservé suggère d'ailleurs, bien au contraire, une forme d'hermétisme à l'endroit des réflexions et des avancées effectuées par les économistes. Un tel constat commande donc d'adopter également une approche conceptuelle de l'externalisation administrative qui consistera à prendre en compte ces racines économiques et managériales afin de préciser la place et la fonction de cet outil stratégique en droit administratif, alors que son utilisation s'impose de plus en plus, et dans presque tous les domaines de l'action publique, comme un instrument à part entière de la palette mise à la disposition des autorités administratives pour la réalisation de leur compétence par l'adoption d'un mode de gestion coopératif. Sur le plan de l'économie, les travaux les plus récents démontrent en outre que les contrats doivent être envisagés comme un outil juridique par lequel des intérêts à l'origine divergents, voire opposés, peuvent être agencés de telle sorte qu'ils soient profitables à l'une comme à l'autre des parties. L'instrument contractuel offrirait ainsi aux agents économiques l'opportunité de structurer leur relation afin de parvenir à l'établissement d'une forme de coopération dans laquelle les intérêts convergeraient vers une finalité commune avantageuse pour tous et profitable à chacun. D'ailleurs, une partie de la doctrine privatiste, bien que marginale, intègre désormais ce point de vue à ses réflexions et propose en conséquence une catégorie intermédiaire entre le contrat-échange et le contrat-organisation en écho au triptyque des modes de gouvernance consacrés par les théories économistes : marché, firme et mode hybride. C'est ainsi qu'Yves et Suzanne Lequette suggèrent d'ériger, entre ces deux modèles, celui du contrat-coopération à travers lequel le contenu obligationnel organise une convergence des intérêts des parties destinée à structurer en droit leurs relations coopératives. La doctrine administrativiste demeure quant à elle toujours silencieuse sur cette question et invite ce faisant à combler cette lacune à l'aide des travaux ainsi conduits en droit civil. Certes le modèle de l'entreprise, et à plus forte raison encore celui de l'entreprise en tant que noeud de contrats, ne peut être transposé à l'identique dans la sphère publique. Mais si la firme est

bien l'institution majeure du capitalisme classique, et sa vision contractuelle celle du capitalisme contemporain, l'administration pourrait tout à fait y trouver les racines de son évolution, en cours et à venir, dans une société post-moderne condamnant l'État-providence au profit d'un État-manager.

Le renouvellement de la théorie des contrats opéré notamment par Oliver Hart éclaire effectivement sur l'organisation de l'économie autour d'une logique coopérative favorisant la répartition des pouvoirs entre les agents et non plus dans une relation dominée soit par la liberté totale et la dépendance économique, soit par l'autorité et la dépendance hiérarchique ; c'est-à-dire par le marché ou la firme classique¹⁹⁰, une organisation que le droit administratif n'a *a priori* toujours pas intégré à son *corpus* juridique ou à ses réflexions. De plus, il démontre également qu'à l'asymétrie informationnelle correspond une asymétrie de compétences conduisant l'entreprise soit à accumuler toujours davantage de compétences au risque de se disperser et de dépasser sa taille critique, soit de rechercher ailleurs des savoirs faire dont elle ne dispose pas et qu'elle ne gagnerait pas à acquérir. Associés aux recherches effectuées par Oliver Hart, les travaux menés par Raghuram Rajan et Luigi Zingales conduisent en l'occurrence au renouvellement de la théorie de la firme. L'articulation de la théorie des contrats incomplets proposée par le premier et de la théorie des connaissances au sein de la firme suggérée par les seconds incite alors à envisager de manière plus favorable la logique coopérative fondée sur une complémentarité des acteurs et de leurs ressources agencée à partir de leurs relations contractuelles. Aussi la prise en compte de la logique économique de coopération en droit administratif gagnerait-elle d'autant plus à s'inspirer des réflexions engagées en la matière par une partie de la doctrine civiliste en faveur du modèle du contrat-coopération érigé afin de pallier les manques d'une classification incomplète exclusivement fondée jusque-là sur « *l'opposition du modèle contractuel échangiste et du modèle sociétaire* » dans le but de mieux « *rendre compte des contrats de type coopérationniste* »¹⁹¹. Outre l'hypothèse en vertu de laquelle celui-ci offrirait le modèle le plus apte à assurer la traduction juridique de l'externalisation du fait de son essence coopérative, et dont il s'agirait en somme de parvenir à proposer une transposition en droit

¹⁹⁰ Suzanne Lequette rappelle d'ailleurs que « *les relations économiques revêtent alors une dimension nouvelle. Il ne s'agit plus d'acquérir les biens ou les services utiles à sa propre entreprise, ou d'intégrer à l'entreprise les compétences nécessaires au développement de ses productions, mais de mettre en commun certaines ressources, sans que soient altérées l'identité des entreprises, ni leur indépendance. Apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 27, 2012, p. 11.

¹⁹¹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 9.

administratif, il conduit également à mener en cette manière une profonde réflexion sur l'importance de la notion d'obligation dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative et de la réalisation des compétences des personnes publiques, et finalement à s'interroger sur la place véritable qu'elle occupe en droit administratif.

Le concept d'externalisation administrative se présente donc également comme une clef conceptuelle permettant d'intégrer un certain nombre de réflexions théoriques contemporaines, menées à la fois en matière économique et en droit privé, au droit administratif. Concomitamment à une régénération des interrogations doctrinales passées, il invite en effet à entrevoir la possibilité d'un enrichissement de cette branche du droit par les apports d'autres disciplines, voire même, en mêlant ces deux attitudes, à questionner les constructions théoriques du XX^e siècle à l'aune des transformations contemporaines du contexte intellectuel au sein duquel l'externalisation émerge désormais. Il ne saurait toutefois être question de transposer tel quel l'ensemble des réflexions, travaux et résultats produits par les économistes et les privatistes. Il s'agirait plutôt de les prendre en compte afin d'appréhender d'une façon renouvelée le droit administratif, et tout particulièrement la mise en œuvre de l'action administrative dans un contexte économique et social désormais gouverné par la performance et l'efficacité. Or, l'externalisation apparaît pour ce faire comme un outil de compréhension supplémentaire utile, à condition de le conceptualiser dans la sphère administrative, et d'en éclairer les rouages, afin de composer une grille de lecture théorique susceptible d'instruire d'une nouvelle manière les mutations du droit administratif, et plus largement de clarifier la place des personnes publiques dans une économie de marché¹⁹² à laquelle certains préféreraient qu'elles ne participent pas. Un éclairage bienvenu qui commande finalement de tâcher de contribuer à proposer les éléments essentiels d'une théorie de l'externalisation administrative susceptible non seulement d'approfondir la connaissance du déploiement de cet instrument stratégique en matière administrative, mais également d'offrir un cadre d'interprétation adapté à la compréhension de la gestion administrative coopérative en vertu de laquelle « *l'État, les collectivités territoriales ou d'autres acteurs publics, sans renoncer totalement à la prise en charge directe de certaines*

¹⁹² De la même façon que l'intégration des préoccupations concurrentielles au sein de l'intérêt général permettait à Guylain Clamour d'apporter un éclairage « *de la place et du rôle des personnes publiques dans l'économie et de la part du droit public dans ce nouveau contexte* » afin de démontrer finalement « *la pérennité du droit public en économie de marché, en en précisant le contenu et les fonctions* », et en proposant, par l'association de ces deux ensembles, « *une grille de lecture globale et cohérente des évolutions tumultueuses qu'a connues le droit public économique depuis une dizaine d'années* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 44.

activités économiques, qui demeure parfois opportune, privilégie plus fréquemment une gestion partenariale »¹⁹³ délaissant l'exercice d'un commandement autoritaire pour la direction des conduites individuelles au profit de celui d'un commandement coopératif dédié à l'orientation des comportements au service de l'intérêt général.

10. La proposition d'éléments pour une théorie de l'externalisation administrative. Exposer les premiers linéaments d'une théorie de l'externalisation administrative destinée à proposer une intégration de la logique économique de coopération au droit administratif suppose alors deux temps pour la démonstration avancée : une conceptualisation singulière de l'externalisation adaptée aux spécificités de cette discipline, puis une présentation du contenu et du fonctionnement de ce concept ainsi que de ses incidences sur le droit administratif et ses outils traditionnels. Une telle démarche théorique n'est donc pas ici entendue dans le sens de la présentation d'une solution particulière à un problème de droit déterminé soulevé par le droit positif et relayé par la jurisprudence, comme par exemple la théorie des mutations domaniales ou la théorie du fonctionnaire de fait, mais davantage comme l'exposé d'un méta-discours sur le droit administratif dédié à l'appréhension des modalités de mise en œuvre, en droit administratif, d'un mode de gestion coopératif de l'action administrative à partir de l'étude de sa manifestation la plus saillante aujourd'hui : le déploiement de l'externalisation pour la réalisation des compétences des personnes publiques. Entendue finalement comme la construction d'un discours sur le droit singulier qui tend à l'appréhender de façon globale, et à tâcher de comprendre ses mécanismes intrinsèques par l'adoption d'un point de vue déterminé à l'aune de la méthode dialectique, la théorisation de l'externalisation administrative consiste donc à prendre comme point de départ pour l'étude du droit administratif une approche inspirée des réflexions économiques et privatistes sur la coopération économique et la théorie des contrats, et alimentée par les travaux conduits par les maîtres du siècle précédent. Sans adopter ni prononcer de jugements de valeur sur le développement de l'externalisation dans la mise en œuvre de l'action administrative, une telle théorisation repose alors sur l'observation, la description et l'interprétation du réel et du droit positif sous l'éclairage de ces réflexions étrangères et passées. Le concept d'externalisation administrative constitue dès lors le fondement essentiel de cette théorie en tant que méta-discours inervé par l'économie et le droit civil.

¹⁹³ COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2012, p. 20.

Néanmoins, entre autres exigences, la théorisation doit faire correspondre la construction élaborée, le discours proposé, aux phénomènes observés de sorte qu'il sera nécessaire de vérifier sans cesse la concordance de cette relecture du droit administratif à l'aune de l'externalisation administrative avec la réalité du droit positif. Une telle compatibilité est en effet un préalable indispensable à la validation de toute théorie scientifique afin d'autoriser des prédictions sur ce qui pourrait être. Alors que la théorisation juridique se présente comme une « *activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du Droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de droit* », et donc *in fine* comme « *une réflexion spéculative qui tend à découvrir la rationalité du Droit sous son historicité* »¹⁹⁴, l'étude du concept d'externalisation administrative qu'il est ici envisagé de conduire correspond pleinement à cette fonction doctrinale vouée à contribuer à l'édification d'une théorie juridique au sein de cet ensemble complexe qu'est la théorie générale du droit administratif. Il s'agit en effet de présenter humblement une œuvre doctrinale spéculative, ou du moins des éléments de celle-ci, fondée sur ce concept afin, notamment, d'exposer les raisons et les modalités de son déploiement dans la sphère administrative et, aussi, de mettre cette théorie générale à l'épreuve de la prise en compte aujourd'hui nécessaire de la logique économique de coopération constituant l'essence même de l'externalisation administrative. La pertinence, du moins espérée, de l'emploi du sous-titre « *Éléments pour une théorie* » afin de préciser la finalité de la démarche entreprise à partir de l'observation de l'externalisation en droit administratif conduit de surcroît à définir plus précisément ce à quoi devrait correspondre cette théorie non pas générale, mais propre à un concept juridique bien déterminé au sein de la théorie générale répondant à la volonté d'élaborer « *une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée* »¹⁹⁵, ou à un concept identifié. Elle correspond alors à la « *recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir la cohérence des régularités que la simple réalité brute ne livre pas* »¹⁹⁶.

¹⁹⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 8^e éd., 2007, p. 920.

¹⁹⁵ MARTIN D., préface à la thèse de Jean Duclos : DUCLOS J., *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984.

¹⁹⁶ SAVAUX É., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997, p. 9.

Et si la théorie juridique vise notamment à répondre aux questions suivantes : « *en quoi consiste son objet spécifique ?* » et « *comment se réalise-t-il dans la société ?* »¹⁹⁷, alors la théorie de l'externalisation administrative appelle nécessairement une conceptualisation de l'externalisation administrative pour répondre à la première, et l'étude de sa réalisation pour répondre à la seconde, et ainsi fournir des éléments susceptibles de participer à l'émergence d'une telle théorie afin de fournir, entre autres choses, une prise en compte raisonnable de la logique économique de coopération en droit administratif. La même conclusion s'impose également à la lecture de la définition de la théorie juridique donnée par Jean Dabin en vertu de laquelle elle se donne pour objectif « *de dégager la signification de la norme juridique telle que peut la révéler une analyse de sa finalité et de sa fonction d'une part, de sa structure et de ses procédés d'autre part* »¹⁹⁸, sous réserve de substituer à la norme juridique le concept ou le phénomène. Il en va d'ailleurs de même pour les propos de Jean-Louis Bergel selon lesquels la théorie juridique consisterait à « *saisir le phénomène juridique par l'étude de sa raison d'être, de ses finalités, de ses concepts fondamentaux, de sa mise en œuvre, de ses instruments, de sa méthode...* »¹⁹⁹, autant d'éléments indispensables à l'édification d'une théorie prompte à atteindre un tel objectif de compréhension d'une donnée encore aujourd'hui relativement étrangère à la connaissance du droit administratif. Les éléments d'une telle théorie seront donc apportés ici au moyen de l'observation du concept d'externalisation administrative alimentée autant par les données du droit positif et de la doctrine contemporaine, que par les réflexions du passé ou les travaux conduits dans des champs disciplinaires étrangers à la matière administrative. Il s'agira finalement de poser les jalons nécessaires à l'édification d'une théorie fondée par conséquent sur la conceptualisation de l'externalisation administrative (partie 1) et sur la réalisation de l'externalisation administrative (partie 2).

Première partie : Conceptualisation de l'externalisation administrative

Seconde partie : Réalisation de l'externalisation administrative

¹⁹⁷ HAESART J., *Théorie générale du Droit*, BRUYLANT, 1948, p. 19.

¹⁹⁸ DABIN J., *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 2^e éd., 1969, p. 8.

¹⁹⁹ BERGEL J.-L., *Théorie générale du Droit*, Dalloz, coll. Méthode du Droit, 1985, p. 3.

Partie 1 : Conceptualisation de l'externalisation administrative

« Si les spéculations se réalisent aussi simplement,
et de son vivant, alors il n'y a plus de foi,
plus d'amour sincère, le monde est condamné » ;

SANSAL B., 2084. *La fin du monde*, Gallimard, 2015, p. 37

11. L'existence précède l'essence. À l'image de l'être humain pour la philosophie existentialiste, l'externalisation existe dans le discours doctrinal administratif sans même avoir été dotée d'une définition propre²⁰⁰ ; et donc sans essence²⁰¹. Ainsi est-il aisé de tracer un parallèle avec les propos développés par Jean-Paul Sartre selon lesquels l'essence d'un être humain ne peut être ni connue, ni perçue, avant son existence²⁰². Il faudrait par conséquent que l'externalisation existe avant de pouvoir être pensée. Partant de cette hypothèse aux racines philosophiques, la démarche du juriste consisterait alors à analyser l'existence de l'externalisation afin d'en proposer par la suite une essence possible, une signification ; c'est-à-dire de réaliser une conceptualisation de l'externalisation en droit administratif. Dans cette optique, il paraît indispensable de préciser l'existence de l'externalisation en droit

²⁰⁰ Il serait inexact d'affirmer ici que le terme d'externalisation est utilisé par la doctrine administrativiste sans avoir été préalablement doté d'une définition. Il est par contre constant de remarquer que les diverses significations qui lui sont attribuées ne présentent pas de spécificité liée au contexte dans lequel il émerge alors : le droit administratif. Ainsi Ludovic Babin et Paul Lignières définissent-ils l'externalisation comme « *un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs* » : BABIN L. et LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37. Dans le même ordre d'idée, toujours marqué par l'origine managériale de l'externalisation, Jean-David Dreyfus propose de la considérer comme « *l'opération par laquelle une personne – ici publique – confie à un opérateur extérieur – privé – une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

²⁰¹ Présentant l'externalisation comme un outil de gestion désormais à la disposition des personnes publiques, Laure Tonnet-Mirepoix considère que, « *dans son essence, l'externalisation vise à recourir à des financements privés* » dans le cadre de la réalisation de leurs compétences : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 46. Il est néanmoins permis de souligner ici le caractère restreint d'une telle essence attribuée au concept d'externalisation. Peut-être s'agit-il d'ailleurs davantage d'une justification, d'une finalité du recours à cet outil novateur de gestion issu de la stratégie d'entreprise.

²⁰² « *Qu'est-ce qui signifie ici l'existence précède l'essence ? Cela signifie que l'homme existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu'il se définit après. L'homme, tel que le conçoit l'existentialiste, s'il n'est pas définissable, c'est qu'il n'est d'abord rien. Il ne sera qu'ensuite, et il sera tel qu'il se sera fait. Ainsi, il n'y a pas de nature humaine, puisqu'il n'y a pas de dieu pour la concevoir* » : SARTRE J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, Folio essais, 1996, p. 29. Dès lors que, dans une vision athée, Jean-Paul Sartre nie l'existence de Dieu, il nie par la même occasion toute possibilité de détermination de l'existence des hommes par une essence préalablement établie par Dieu. De la même manière, rien ne semble pouvoir déterminer l'essence de l'externalisation préalablement au constat de son existence.

administratif avant même de tâcher d'en déterminer l'essence. Effectivement, à l'inverse du coupe-papier évoqué par Jean-Paul Sartre, lequel « *est à la fois un objet qui se produit d'une certaine manière et qui, d'autre part, a une utilité définie, et on ne peut pas supposer un homme qui produirait un coupe-papier sans savoir à quoi l'objet va servir* »²⁰³, le concept d'externalisation en droit administratif s'est manifesté dans le discours doctrinal sans que son utilité et sa signification n'aient été clairement explicités et établis²⁰⁴. Il apparaît donc indispensable de pallier cette lacune théorique que présente l'externalisation administrative et, ce faisant, de parfaire sa conceptualisation encore incomplète à ce jour²⁰⁵.

La divergence entre l'externalisation et le coupe-papier se prolonge au-delà, sur les terres de la conceptualisation. Alors que le coupe-papier doit être considéré comme un objet « *fabriqué par un artisan qui s'est inspiré d'un concept ; il s'est référé au concept du coupe-papier, et à une technique de production préalable qui fait partie du concept, et qui est au fond une recette* »²⁰⁶, la détermination du concept d'externalisation administrative implique un travail d'une autre nature de la part de l'« artisan-juriste ». Dans la mesure où la logique existentialiste est alors inversée²⁰⁷, et qu'ici l'objet existe avant sa recette, le processus de conceptualisation conduit le juriste à observer l'existant, le droit positif, afin de lui donner un

²⁰³ SARTRE J.-P., *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁴ Philippe Yolka semble être le seul à poser les jalons de ce qui pourrait constituer l'essence de l'externalisation en matière administrative. Dépassant le simple constat d'une « *définition introuvable* », il se propose de préciser ce qu'il est possible de percevoir en filigrane de ce terme dont l'existence ne peut plus faire de doute dans le champ doctrinal du droit administratif ; tout en n'admettant qu'il ne s'agit pas pour lui « *d'essayer de dissiper ces brumes sémantiques* » entourant un terme brouillé par de nombreuses difficultés d'appréhension. Il reconnaît alors effectivement que la transposition de l'externalisation en ce domaine appelle nécessairement une adaptation de son essence tant, en droit administratif, « *le discours managérial ne va pas tout à fait de soi* ». Il insiste également sur les « *intérêts théoriques de l'externalisation* » telle qu'elle pourrait et devrait être pensée et conçue de manière spécifique en matière administrative. Ce travail théorique reste néanmoins à faire selon lui et, s'agissant de l'externalisation en droit administratif, « *il apparaît que la messe n'est pas dite* » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, avril 2012, n°17, p. 13 et s.

²⁰⁵ Car l'existentialisme ne doit pas conduire non plus à l'excès, dénoncé par Jean Rivéro, qui consisterait à ne s'attarder que sur l'existence des choses en laissant de côté leur essence. La conceptualisation monopolise donc à la fois l'analyse de l'existence et de l'essence des choses. Or, à l'heure actuelle, l'étude de l'externalisation en droit administratif n'a procédé que d'une analyse de son existence alors qu'il est admis que l'on « *reste à la surface des choses lorsqu'on prétend résoudre le problème par l'examen des seules « réalités concrètes »* » : RIVÉRO J., « Apologie pour les « *faiseurs de systèmes* » », *Dalloz*, 1951, p. 101.

²⁰⁶ SARTRE J.-P., *op. cit.*, p. 27 et 28. Se manifeste ici clairement la différence entre le concept de coupe-papier et celui d'externalisation. D'un côté, le premier précède à son existence matérielle ; plus encore, il la conditionne. De l'autre, le second voit son existence précéder son essence ; de la même manière, elle la détermine.

²⁰⁷ Rejoignant alors le criticisme kantien en vertu duquel c'est par l'analyse des faits que peut émerger le concept empirique. La conceptualisation selon Emmanuel Kant constitue en cela le premier degré de l'abstraction. Le concept, en tant qu'il est « *une perception objective est connaissance (...); le concept s'y rapporte médiatement, au moyen d'un signe qui peut être commun à plusieurs choses* » : KANT E., *Critique de a raison pure*, PUF, 1980, p. 266.

contenu, une cohérence, et d'en proposer une systématisation²⁰⁸. Le juriste poursuit alors l'objectif d'élaborer une construction juridique ; notamment par le procédé de la conceptualisation, dépassant alors cette « *lutte à mort entre la pensée abstraite et l'existence* »²⁰⁹.

De manière moins explicite, Jean Hauser utilisait déjà cette référence à l'existentialisme pour justifier et légitimer la démarche empruntée dans le cadre de sa *Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*. Selon lui, si « *l'existence des institutions précède souvent leur essence* »²¹⁰, il est dès lors du devoir « *du juriste préoccupé du fondement de sa discipline* »²¹¹ de rechercher la définition et la nature profonde d'un tel concept. La conceptualisation est alors utile en cela même qu'elle donne son sens à l'existant observable²¹². Certes le droit, tout autant que la règle de droit, existe sans avoir été nécessairement pensé au préalable. Pour autant, partant de cette existence, le juriste doit en proposer un agencement propre à l'émergence d'un système rationnellement ordonné. Or, Jean Hauser démontrait justement que la notion d'acte juridique, pourtant au cœur du système juridique, avait longtemps pâti

²⁰⁸ C'est par ailleurs à l'adoption par les juristes d'une telle démarche scientifique que semble appeler Guillaume Tusseau lorsqu'il relève que, « *à rebours des enseignements de l'épistémologie contemporaine des sciences empiriques, les juristes sont longtemps restés attachés – explicitement ou implicitement – à une théorie des concepts teintée d'un fort réalisme ontologique ou d'un fort platonisme* » en vertu duquel « *les notions juridiques existeraient par elles-mêmes dans une sphère de réalité située hors d'atteinte des hommes* » (TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 642). Il souligne alors les lacunes de ces « *travaux de recherche, thèses et articles se proposant de dégager l'essence de telle ou telle notion (...) (qui) témoignent de la persistance de cette approche des concepts juridiques* » typique de « *l'archaïsme conceptuel dont tendent à faire preuve les juristes* » (TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 642 et 643) hérité d'une volonté ancestrale répondant « *au besoin, métaphysique et social à la fois, d'asseoir sur des bases éternelles un monde dont la substance s'écoule de plus en plus vite et dont les perspectives se renouvellent à un rythme vertigineux* » (CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, vol. 1, p. 57. Dans cette logique, Léon Michoud précisait d'ailleurs que « *ce que l'on trouve dans les arrêts, ce sont les matériaux de la construction juridique, non la construction juridique elle-même* » : MICHOD L., « Compte-rendu : Précis de droit administratif par Maurice Hauriou », *RGA*, 1893, t. 48, p. 6.

²⁰⁹ Attribuée à Jean Wahl et cité par : CHENOT B., *op. cit.*, p. 57.

²¹⁰ Il précisait également que « *la notion d'acte juridique est née et a été utilisée avant que, sur le plan scientifique et a fortiori sur le plan législatif, une analyse fondamentale ait été faite* » : HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. 23.

²¹¹ HAUSER J., *Ibid.* Il ajoutait même que « *l'utilité de cette analyse n'est plus à démontrer* » : HAUSER J., *Ibid.*

²¹² Voir, à propos de cette fonction particulière des concepts en droit : RAYNAUD P., « Cours de droit civil », 1^{ère} année, Paris, in *Les cours de droit*, 1966-1967, p. 36 et s. Plus encore, Jean Hauser offre une seconde source de légitimité au processus de conceptualisation. Effectivement, dès lors que « *l'élaboration de règles générales valables sur un plan pratique suppose au préalable (...) la construction sur le plan scientifique d'un embryon de théorie générale qui donne à la tentative législative ce souffle « idéologique » qui semble faire cruellement défaut aux réformes de notre temps* » : HAUSER J., *Ibid.*, p. 23, une telle démarche s'impose comme un élément indispensable à la cohérence du droit, et du système juridique qu'il organise.

d'une absence de définition et d'analyse²¹³, la laissant dans une situation propice à l'incohérence et au désordre²¹⁴. Ainsi à l'instar du concept d'externalisation administrative aujourd'hui, la notion d'acte juridique appelait-elle de la part de Jean Hauser une étude en deux temps : observation de l'acte juridique dans un premier temps, puis dépassement de cette existence « *superficiel(le)* » afin, dans un second temps, « *d'en poser les bases de la théorie générale sur le plan scientifique* »²¹⁵. Pleinement existentialiste, la démarche poursuivie conduit nécessairement à lier l'analyse de l'existence à la détermination de l'essence afin de proposer une conceptualisation complète de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire d'approfondir le constat de son existence, et surtout d'en préciser l'essence.

12. Une existence dénaturée par la méconnaissance de son essence coopérative. Un écueil de taille se dresse néanmoins devant une telle démarche existentialiste destinée à conceptualiser un phénomène né de l'esprit et de la pratique des managers²¹⁶. Alors que Julien Boucher soulignait la grande diversité des significations qui lui étaient attribuées depuis son émergence dans le cadre de la stratégie d'entreprise²¹⁷, Philippe Yolka insiste pour sa part sur les difficultés inhérentes à un tel « *exercice de traduction, dès lors qu'il s'agit de faire parler dans la langue du droit un concept né ailleurs* »²¹⁸. Au-delà de l'embarras causé par la prise en compte d'un concept managérial dans un champ disciplinaire marqué par son exorbitance et sa mise à l'écart du monde des affaires, ce dernier évoque plus largement la délicatesse d'une entreprise de transposition d'un tel concept dans la matière juridique. Soulignant les exigences induites par toute démarche de « *transfert disciplinaire de concepts* »²¹⁹, l'avertissement émis par Philippe Yolka sonne davantage comme une recommandation

²¹³ Il s'agissait selon ses propres mots d'une notion au « *caractère empirique et non substantiel* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 24.

²¹⁴ Il soulignait alors que « *le risque de perdre l'unité profonde de la notion s'en est évidemment trouvé accru* » : HAUSER J., *Ibid.*

²¹⁵ HAUSER J., *Ibid.* Il insistait alors sur « *l'utilité de dépasser le caractère superficiel de la notion classique d'acte juridique et d'en poser les bases de la théorie générale sur le plan scientifique ne manquer d'apparaître au terme de ces précisions. Toutefois avant d'entreprendre cette construction il conviendra de fixer les thèmes généraux de la réflexion sur le sujet* ».

²¹⁶ Julien Boucher précisait en effet que, « *forgé, dans les années 1980, pour rendre compte de nouvelles pratiques observées dans la gestion des entreprises, le néologisme « externalisation », qui commence à peine, aujourd'hui, à acquérir droit de cité dans les dictionnaires courants, recouvre une réalité multiforme, dont les contours exacts sont malaisés à tracer* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

²¹⁷ Il rappelait d'ailleurs que, « *même à s'en tenir au champ de l'entreprise, où, le phénomène ayant acquis une certaine maturité, l'on pourrait s'attendre à ce que ses frontières soient l'objet d'un bornage assez précis, les définitions proposées, si elles s'accordent sur l'essentiel, lui assignent en revanche un domaine très variable* » : BOUCHER J., *Ibid.*

²¹⁸ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

²¹⁹ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 14.

d'ordre méthodologique. Confronté à un objet protéiforme dont l'essence n'est pas clairement posée par ceux qui l'ont pensé, le juriste tenté d'en proposer une conceptualisation en droit est tenu également d'en éclairer la substance originelle sous peine d'en retenir une acception dénaturée et d'en fournir une existence artificielle²²⁰. Précédant logiquement son pendant publiciste du fait de son intérêt marqué pour les tribulations du monde de l'entreprise, la doctrine civiliste a semble-t-il méconnu cette recommandation lors de son *approche juridique de l'externalisation*. Alors qu'elle rappelait qu'elle demeurait « *un fait commun pour les managers* »²²¹, elle conservait une vision plurivoque de son existence sans précisions véritables quant à son essence²²².

Christophe Jamin avait pourtant semblé fixer une telle directive lorsqu'il invitait cette même doctrine à s'intéresser au « *sens d'un mot dont la définition ne figure pas dans les dictionnaires courants* »²²³ et qu'elle ne serait pas sûre de maîtriser par ses cadres d'analyse traditionnels²²⁴. En réponse à cette sollicitation, Éric Brousseau informait d'ailleurs les juristes que l'externalisation naviguait entre deux eaux dans la mesure où elle se démarquait à la fois des modes de gouvernance par le marché et des modes de gouvernance par la firme. Considérée comme relevant des modes de gouvernance hybrides, elle appelait donc une démarche doctrinale particulière. D'une part, puisqu'il lui faudrait au moins en partie délaissier ses catégories traditionnelles fondées sur la distinction du marché, logique contractuelle échangiste, et de la firme, logique contractuelle d'organisation. D'autre part, parce qu'elle devait en conséquence appréhender une logique économique nouvelle animant ces modes de gouvernance intermédiaires : la logique coopérative²²⁵. Précisant que « *le*

²²⁰ Julien Boucher témoignait effectivement d'une telle réserve lorsque, ayant rappelé le trouble jeté par la littérature managériale sur la notion d'externalisation, il affirmait qu'il « *ne faut s'étonner que les mêmes difficultés se rencontrent, et même s'accroissent, lorsque l'on quitte la sphère de l'entreprise pour celle de l'administration – à cela près que les tentatives de définition se font plus rares encore* » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

²²¹ RAYNARD J., « Approche juridique de l'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2006, p. 19.

²²² Adoptant une démarche pragmatique, son intérêt se portait alors principalement sur les outils juridiques employés par les entreprises pour la mise en œuvre de stratégies d'externalisation, et sur les risques à prendre en compte afin d'en sécuriser la réalisation. Aussi Jacques Raynard insistait-il sur « *cette double perspective de gestion des risques et d'ingénierie juridique* » retenue par la doctrine pour éclairer ce phénomène managérial : RAYNARD J., *op. cit.*, p. 20.

²²³ JAMIN Ch., « Aspects juridiques de l'externalisation des activités de l'entreprise. Propos introductifs de la matinée », *LPA*, 1998, n° 147, p. 3.

²²⁴ Christophe Jamin soulignait effectivement qu'en matière d'externalisation les juristes se trouvaient « *projetés dans un univers différent qu'ils ne sont pas sûrs de maîtriser* » : JAMIN Ch., *Ibid.*

²²⁵ Éric Brousseau rattachait en effet clairement « *les politiques d'externalisation des entreprises et le développement de relations coopératives* » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Les Petites Affiches*, Décembre 1998, n°147, p. 30.

contrat reste le garant en dernier ressort de ce processus de coopération et d'ajustement mutuel »²²⁶, il rappelait finalement que la démarche de transposition de l'externalisation en droit impliquait nécessairement une prise en compte de cette essence coopérative, et ce jusque dans la recherche de son existence contractuelle²²⁷. Or, rares furent finalement les études ne négligeant pas cette substance essentielle de l'externalisation et préférant lui associer le contrat d'entreprise plutôt que de rechercher une formule contractuelle apte à rendre compte de cette logique²²⁸ intrinsèque à l'externalisation stratégique.

Partant de là, l'existence de l'externalisation en droit civil paraît tronquée dès lors que le contrat d'entreprise n'est pas « *la manifestation de la volonté de coopérer* »²²⁹, mais seulement celle de procéder à un simple échange de valeur ou chacun gagne ce que l'autre perd. C'est donc à travers le prisme d'une existence civiliste erronée que le droit administratif est venu appréhender à son tour cette pratique sous l'influence croissante du *New Public Management*. Peut-être à cause de cela, la doctrine administrative devait en fin de compte s'arrêter à la seule appréhension de ce phénomène issu de la stratégie d'entreprise sans lui reconnaître une quelconque existence en dehors d'un discours doctrinal largement contextualisé, voire même politisé²³⁰. À une existence civiliste dénaturée répond donc une existence de l'externalisation inachevée en matière administrative. Il ne faut cependant pas en déduire que l'approche existentialiste en deviendrait inutile. Au contraire, prendre pour point de départ la démonstration d'une existence juridique bien qu'artificielle de l'externalisation conduit davantage encore à en rechercher l'essence coopérative afin de parvenir à en proposer une juste conceptualisation permettant de la rétablir sur son fondement cardinal à partir duquel elle fut élaborée par la stratégie d'entreprise en tant que mode hybride de

²²⁶ BROUSSEAU É., *Ibid.*

²²⁷ Il s'agissait selon lui de déterminer les conditions dans lesquelles « *le contrat passé entre les deux partenaires apparaît dès lors comme un moyen d'asseoir cette confiance (...) pour assurer la gestion du processus coopératif* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 29 et 30.

²²⁸ Symptomatique de cette approche, Bey El-Mokhtar démontrait en effet que l'externalisation se traduisait nécessairement par « *un contrat d'entreprise ayant pour objet le traitement par un tiers contre rémunération et sous sa responsabilité* » d'une activité déterminée : EL-MOKHTAR B., « Du Contrat de « Facilities Management », *Gaz. Pal.*, 1991, p. 21. Il concédait néanmoins qu'une telle « *présentation de ce contrat, comme du reste et plus encore peut-être, de son objet, peut paraître arbitraire, mais cela est dû, d'une part à la relative nouveauté du concept, d'autre part à une certaine rigueur que nous nous sommes imposés. En tout cas, elle aura le mérite d'appeler la critique* » : EL-MOKHTAR B., *op. cit.*, p. 23.

²²⁹ BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 30.

²³⁰ Philippe Yolka insiste d'ailleurs sur cette démarche singulière de la doctrine en rappelant que « *cette vision, qui s'est développée sur fond de New Public Management, apparaît fortement connotée d'un point de vue idéologique ; on assiste à une véritable submersion de la rationalité administrative sous la logique managériale, pareille stratégie – qui avance masquée, derrière l'apparente neutralité du discours sur la performance – s'avérant incontestablement efficace* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

gouvernance²³¹. Produite par le travail des hommes sans être nécessairement conforme à la réalité²³², l'existence juridique artificielle de l'externalisation renseigne en effet par ses lacunes et ses erreurs sur l'existence véritable qu'elle devrait recouvrir en l'appréhendant par référence à son essence. Une telle existence devrait alors correspondre au reflet, en droit administratif, d'une application étendue de la coopération dans l'accomplissement de l'action publique.

Annonce du plan. La volonté de s'arracher « *au culte de l'essence et de la chose en soi* » dénoncée par Bernard Chenot²³³ doit par conséquent conduire le juriste à adopter une démarche existentialiste afin de parvenir, par l'association de la pensée abstraite et de la réalité concrète, à une conceptualisation complète et juste de l'externalisation administrative. Elle conduit cependant à prendre la mesure d'une existence artificielle aussi bien en droit civil qu'en droit administratif. Mais c'est justement à partir d'une telle existence que la recherche de son essence coopérative s'impose comme étant indispensable. Ainsi une telle conceptualisation passe-t-elle nécessairement par la démonstration d'une existence artificielle de l'externalisation (titre 1) conduisant à la détermination de son essence coopérative (titre 2).

²³¹ Nicolas Dissaux démontre d'ailleurs à propos de la qualification d'intermédiaire en droit privé que, même inexacte, la reconnaissance d'une « *chose, c'est la tenir pour certaine et légitime mais aussi l'identifier grâce à ses attributs caractéristiques, la singulariser. Assurer de l'existence d'une qualification d'intermédiaire, le juriste doit donc encore en extraire l'essence* » afin d'en rectifier les éventuels erreurs existentielles : DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 485, 2007, p. 20.

²³² Est artificiel ce qui est « *produit par une technique humaine, et non par la nature* », ou « *qui n'est pas déterminé par la nature ou la réalité* » : *Dictionnaire Le Petit Larousse Illustré*, 2016, p. 105.

²³³ CHENOT B., *op. cit.*, p. 57.

Titre 1 : La démonstration d'une existence artificielle de l'externalisation

« Les sciences sociales, à divers étages, ont subi le contre-coup des ébranlements que l'analyse existentielle a communiqué aux monuments traditionnels de la pensée philosophique. À son tour le monde juridique a senti l'inquiétude et le doute » ;

CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, vol. 1, p. 57 et 58

13. L'externalisation reflet d'un regard humain neuf. Une fois dépassé l'effroi dans lequel se sont trouvés les juristes lorsqu'ils ont pris conscience de la subjectivité de leurs « *structures éternelles* »²³⁴, il a bien fallu admettre que les concepts et les notions juridiques n'étaient pas simplement révélées par leurs travaux²³⁵. Il leur a fallu se résoudre alors à abandonner l'idée selon laquelle il existerait « *un paradis immuable des notions et des règles* »²³⁶. Face au dépérissement flagrant des notions juridiques classiques, il a paru nécessaire de renoncer à se persuader que « *le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits* »²³⁷. Confronté au *Déclin du droit* dénoncé par Georges Ripert²³⁸, il convient d'admettre l'opportunité d'une approche doctrinale également inspirée de cet existentialisme développé dans le quartier de Saint-Germain-des-Prés²³⁹. L'évolution de la société impose désormais une rénovation des cadres conceptuels utilisés pour expliquer et agencer la réalité juridique²⁴⁰. Or l'externalisation administrative se présente comme un de

²³⁴ « *Quel effroi quand on s'est demandé pour la première fois si ces structures éternelles n'étaient pas un simple reflet, celui des cadres que pose autour de lui le regard de l'homme !* » : CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, vol. 1, p. 57.

²³⁵ « *Ceux-ci ne pourraient que dégager, révéler ou découvrir ces réalités préexistantes et, tout au plus, en déduire des conséquences par des moyens strictement logiques* » : TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 642. Précisant son propos, Guillaume Tusseau place alors la posture des juristes sous les auspices « *de l'allégorie platonicienne de la caverne* ».

²³⁶ CHENOT B., *op. cit.*, p. 58.

²³⁷ RIVÉRO J., « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, 102.

²³⁸ RIPERT G., *Le Déclin du droit*, LGDJ, 1948-1949.

²³⁹ Répondant à Bernard Chenot, lequel dénonçait justement dans ses conclusions l'abstraction dont pouvait souvent faire preuve la doctrine lorsqu'elle appréhendait le droit administratif à travers la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 10 février 1950, *Gicquel*, rec. p. 100 ; conclusions CHENOT B.), Jean Rivéro reprochait à cette dernière sa tendance à un existentialisme excessif, estimant que « *Le Palais Royal semble se détourner de la Montagne Sainte Geneviève, hanté de fantômes aristotéliens, pour nouer avec la quartier Saint-Germain-des-Prés, sous le signe de l'existentialisme juridique, un flirt imprévu* » (RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 99).

²⁴⁰ Car « *en réalité depuis la Révolution française où nos dogmes juridiques plongent leurs racines, le milieu économique et social où s'appliquent les règles de droit a changé, lentement d'abord, puis d'une allure vertigineuse. Les termes juridiques sont demeurés les mêmes ; principes et notions suivaient sur le plan éthéré des vues de l'esprit un développement harmonieux tandis qu'au niveau des luttes sociales le contenu et le sens dont ils étaient chargés se transformaient* » : CHENOT B., *op. cit.*, p. 60.

ces concepts qui, issu d'une démarche existentialiste, permettrait de prendre en compte le milieu économique et social dans lequel s'appliquent les règles de droit afin de mieux les appréhender²⁴¹. C'est effectivement à partir de l'observation de cette évolution sociale que « *l'esprit en dégage les divers sens possibles* »²⁴² parmi lesquels figure l'externalisation. Si toute conceptualisation implique donc la prise en considération d'une essence, elle conduit toujours au préalable à évaluer son existence afin d'en prendre la mesure.

Fortement empreints de subjectivisme, les concepts juridiques appellent effectivement soit leur adaptation, soit l'élaboration de nouveaux plus en phase avec la réalité qu'ils doivent permettre de systématiser²⁴³. Abandonnant une conception exclusivement cartésienne du droit²⁴⁴, l'adoption d'une démarche existentialiste rend alors possible une actualisation des concepts ainsi qu'une atténuation de la discordance entre l'abstraction doctrinale et la réalité sociale, entre la permanence des notions et la transformation du contexte. Alors que « *l'analyse existentielle montre aisément que dans le cadre juridique les principes les plus sacrés, les notions les plus respectées ne sont que les produits changeants de l'esprit humain et de l'histoire* »²⁴⁵, l'externalisation administrative peut être présentée comme un concept juridique neuf, représentation abstraite de ce que l'homme perçoit de la société qu'il observe. Comme tout reflet, il est nécessairement caractérisé par son existence avant même d'être doté d'une essence. La conceptualisation de l'externalisation administrative passe donc par une étape préalable de démonstration de son existence concrète²⁴⁶. Cela implique par conséquent une analyse de la réalité dont l'externalisation constitue l'écho, une confrontation de cet outil théorique avec le concret dont elle rend compte et qui conduit à l'adoption d'une démarche dialectique afin d'y parvenir.

²⁴¹ Une telle démarche ne paraît d'ailleurs pas étrangère à la fonction de systématisation que Jean Rivéro attribuait à la doctrine intervenant « *dans une discipline touffue, neuve, mouvante* » dans laquelle « *l'effort pour systématiser, c'est-à-dire pour ramener à des lignes simples le chaos des espèces, répondait à une nécessité* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 99.

²⁴² RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 102.

²⁴³ Il s'agit tout simplement de respecter « *une des exigences les plus essentielles de l'observation des phénomènes sociaux : tout n'est que mouvement et l'on peut être vite abusé par les mots et les concepts utilisés pour décrire une réalité en perpétuelle transformation* » : HENRY J.-P., « La fin du Rêve Prométhéen ? Le marché contre l'État », RDP, 1991-3, p. 632.

²⁴⁴ Dans laquelle « *les notions juridiques bien enracinées dans l'éternelle logique, solidement abstraites et souplement générales, servaient tour à tour de référence, de protection ou d'alibi aux juges, aux citoyens, aux administrateurs* » : CHENOT B., *op. cit.*, p. 63.

²⁴⁵ CHENOT B., *op. cit.*, p. 68.

²⁴⁶ Car ne pas le faire reviendrait « *à s'efforcer d'atteindre un monde de formes existant en soi, se mouvoir dans un univers d'Idées et de Notions sans rapport avec l'univers où l'homme vit et agit ; ce serait opter pour l'essence, contre l'existence* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 100.

14. Une existence artificielle néanmoins enrichissante. Impliquant un travail d'adaptation des concepts élaborés par la doctrine civiliste au contexte propre à la sphère administrative²⁴⁷, la confrontation de ces deux ensembles induite par la démarche retenue ne se résume donc pas à une assimilation mais plutôt à un dialogue progressif et continu entre eux. Elle semble ce faisant prédisposée à aider le juriste « à reconnaître la circulation des concepts et à percevoir la fécondité des instruments traditionnels pour l'élaboration scientifique du droit administratif »²⁴⁸, et notamment du concept d'externalisation administrative. Elle devrait également permettre de comprendre, à travers l'étude de son émergence, « l'ouverture du droit administratif à la logique marchande »²⁴⁹ inhérente au droit civil ; en d'autres termes d'appréhender l'adaptation existentielle de l'appareil théorique du droit administratif à la réalité concrète²⁵⁰. Il convient en outre de préciser qu'une tel travail a déjà pu être effectué par le passé afin d'emprunter une voie défrichée par le droit civil et la scolastique²⁵¹ ; lequel révèle alors que la connaissance du droit impose l'élaboration humaine d'instruments intellectuels aptes à rendre compte de la réalité observable²⁵². Une brève analyse chronologique du discours doctrinal révèle d'ailleurs que le terme d'externalisation est tout d'abord apparu dans la sphère civiliste à partir du constat de l'importance croissant de l'entreprise dans la société contemporaine. Il n'a finalement émergé qu'ensuite dans une sphère administrative doctrinale marquée par le souci d'une adaptation rendue indispensable par l'avènement d'une société industrialisée, puis de service, ayant conduit successivement de l'État-providence à un modèle étatique « néo-moderne »²⁵³. Il est dès lors possible d'affirmer

²⁴⁷ Évoquant l'utilisation par Maurice Hauriou des travaux menés en droit civil sur le thème de la personnalité morale, Anne-Laure Girard précise que « le maniement des instruments civilistes s'accompagne donc d'un imposant travail d'adaptation à la matière spécifique à laquelle ils sont appliqués » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 37. L'auteur souligne de cette façon l'important travail d'ajustement des recherches menées par la doctrine civiliste aux particularités de la sphère administrative.

²⁴⁸ GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 198.

²⁴⁹ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 27.

²⁵⁰ En cela l'utilisation du droit civil par la doctrine administrativiste reflète cette hypothèse avancée par Benoît Plessix selon laquelle le droit civil « a servi à caractériser, aux moyens d'outils techniques, certaines situations juridiques précises de la vie administrative », et a été ainsi « un langage, reposant sur sa vertu explicative de certaines situations juridiques de la vie publique plus ou moins analogues à celles de la vie privée » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 316.

²⁵¹ Benoît Plessix relevait en l'occurrence que « le phénomène des emprunts techniques au droit civil par la doctrine publiciste dans son œuvre de construction scientifique du droit administratif français est inintelligible et inconsistant sans la considération du processus scolastique » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 311.

²⁵² « Parce que le droit a pour caractéristique de ne pouvoir être connu en tant que tel mais seulement au travers de constructions intellectuelles, il a fait sienne une forme mentale ayant pour objet l'élaboration et la transmission d'un certain savoir » : PLESSIX B., *Ibid.*

²⁵³ Ainsi Pierre Legendre soulignait-il par exemple la tension existant entre la tradition administrative et l'évolution des modèles étatiques, laquelle devait imposer à la doctrine « la fabrication et la mise en réserve des instruments notionnels indispensables, la production d'une logique compétitive apte à résoudre les conflits de la

à la suite de Benoît Plessix qu'en matière d'externalisation comme dans d'autres aspects du droit administratif, les emprunts au droit civil par la doctrine « *sont bien plus fréquents et continuent de contribuer à caractériser la physionomie actuelle du droit administratif français* »²⁵⁴.

Forgée principalement à travers la figure du contrat d'entreprise, l'existence de l'externalisation en droit civil se révèle toutefois impropre dès lors qu'elle semble détachée de son existence dégagée par le management stratégique. Alors que la réalité économique l'impose comme un outil contractuel de coopération dédié à la gestion des ressources des entreprises²⁵⁵, le contrat d'entreprise relève en effet quant à lui d'une simple logique d'échange²⁵⁶. Il est toutefois évident qu'ayant ignoré cette dimension stratégique de l'externalisation, la doctrine civiliste fut amenée à l'intégrer aux catégories traditionnelles composées par la théorie générale du contrat. Bien que logique, cette existence paraît par bien des aspects dénaturée du fait qu'elle repose sur une méconnaissance de la réalité économique de l'externalisation. Elle apporte néanmoins des enseignements utiles qu'il s'agisse de son caractère nécessairement contractuel, ou encore justement du caractère essentiel de sa dimension stratégique. Mais que dire alors de la physionomie de l'existence de l'externalisation administrative dans la mesure où sa source d'inspiration lui en offrirait ainsi une image dénaturée ? Il aurait pu en aller de même si le processus de transposition avait été mis en œuvre²⁵⁷. Salutairement ou non, la démarche de la doctrine administrativiste l'a finalement conduit à ne pas procéder de la sorte, excepté le travail effectué par Léo Vanier, et à ignorer dans son ensemble les réflexions civilistes. Elle n'en a pas pour autant évité l'écueil de la déficience en suggérant une existence inachevée fondée exclusivement sur la reprise

tradition et de l'innovation » : LEGENDRE P., *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, coll. Thémis, 1968, p. 468.

²⁵⁴ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 316.

²⁵⁵ Éric Brousseau rappelait effectivement que le « *contrat apparaît dès lors comme la manifestation de la volonté de coopérer puisqu'on n'a précisément pas l'intention d'être opportuniste* » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Les Petites Affiches*, Décembre 1998, n° 147, p. 30.

²⁵⁶ Se pose alors la question de savoir comment parvenir à rendre compte d'un phénomène tel que l'externalisation qui « *postule une certaine forme de coopération* », alors que son existence paraît l'ignorer : JAMIN Ch., « Aspects juridiques de l'externalisation des activités de l'entreprise. Propos introductifs de la matinée », *LPA*, 1998, n° 147, p. 3.

²⁵⁷ Pour une opinion contraire favorable à l'emprunt du modèle du contrat d'entreprise pour la transposition de l'externalisation en droit administratif : VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016, p. 246 et s.

dans le discours doctrinal d'un terme en vogue dans le monde des affaires et que le passage à un État-manager rendait de bon ton²⁵⁸.

Dépourvue de tout instrument concret permettant aux personnes publiques de la mettre en œuvre, l'externalisation administrative apparaît alors dans les réflexions doctrinales simplement comme un avatar du discours prôné par le *New Public Management*, un élément cardinal du discours de relégitimation par la performance de l'action administrative inspiré de la pratique des managers²⁵⁹. C'est donc *in fine* à une coquille vide que se trouve confronté le juriste en quête d'une existence de l'externalisation administrative dans la mesure où elle semble le plus souvent n'être qu'un calque de son existence stratégique mise au service davantage d'une volonté politique que d'une réflexion théorique. La doctrine publiciste a cependant majoritairement succombé à l'excès inverse en proposant une existence identique à sa réalité économique ; c'est-à-dire sans prendre en compte les exigences inhérentes à la sphère administrative²⁶⁰. Mais, à l'instar de son existence en droit civil, l'existence incomplète de l'externalisation en matière administrative conduit néanmoins à prendre la mesure de son importance, et de la nécessité d'en déterminer l'essence coopérative. Il convient donc de s'y arrêter dans un premier temps afin de parvenir à démontrer le besoin de procéder à sa conceptualisation afin d'en dresser un portrait le plus réaliste possible et non une œuvre marquée par l'abstraction. Passant ainsi des mains de Piet Mondrian à celles de Jean-François Millet, l'externalisation trouverait finalement dans son existence artificielle le terreau d'une résurrection et non d'une agonie ; d'un écho de *L'Angélu*s davantage que du glas.

Annonce du plan. Le recours à la méthode dialectique afin de parvenir à une juste présentation de la conceptualisation de l'externalisation administrative implique par

²⁵⁸ Jean-Baptiste Morel concédait d'ailleurs que l'émergence du vocable d'externalisation dans le discours doctrinal manifestait notamment « *la volonté d'inoculer à l'Administration le gène de la performance, commença pu en témoigner la feu Révision Générale des Politiques Publiques et aujourd'hui le programme de modernisation de l'action publique* » : MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

²⁵⁹ Aussi Paul Lignières et Ludovic Babin réduisaient-ils l'externalisation à n'être finalement qu'une « *des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public (...). Dans un contexte budgétaire contraint, l'externalisation permet à l'administration de se concentrer sur son cœur de métier (...)* une meilleure efficacité des services (...). Enfin l'externalisation est un instrument de gestion des ressources humaines en ce qu'elle permet une réallocation des postes » : LIGNIÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37.

²⁶⁰ Elle y était en effet principalement définie à l'origine comme « *un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs* » : LIGNIÈRES P. et BABIN L., *Ibid.*

conséquent de procéder en deux temps. Prenant pour point de départ le constat d'une existence contractuelle dénaturée de l'externalisation en droit civil (chapitre 1), il est possible de prendre conscience de son existence conceptuelle inachevée en droit administratif (chapitre 2). Laquelle impose alors de partir nécessairement à la recherche de son essence coopérative.

Chapitre 1 : Une existence contractuelle dénaturée en droit civil

*« L'ordre que notre esprit imagine est comme un filet ou une échelle,
que l'on construit pour atteindre quelque chose.
Mais après, on doit jeter l'échelle, car l'on découvre que,
si même elle servait, elle était dénuée de sens » :*
ECO U., *Le nom de la rose*, Grasset, 1985, p. 496.

15. Un concept aux origines extra-juridiques progressivement assimilé par le droit.

S'agissant d'un « *concept forgé ailleurs* »²⁶¹, la démonstration de l'existence du concept d'externalisation administrative ne va pas de soi. Elle implique certaines précautions méthodologiques sans lesquelles son appréhension demeure délicate, si ce n'est hasardeuse. Délicate d'une part, dans la mesure où la rareté des recherches qui lui sont consacrées est telle qu'en la matière « *ce qui domine, en effet, c'est l'incertitude* »²⁶². Preuve en est que la plupart du temps l'externalisation apparaît dans le discours doctrinal, et exceptionnellement en droit positif, sans être précisément définie²⁶³. Hasardeuse d'autre part, car son existence, bien que constatée, ne semble ni démontrée ni précisée²⁶⁴. Si les multiples références à ce concept peuvent en effet suffire à elles seules à traduire « *l'irruption de cette notion dans la matière juridique* »²⁶⁵, tant en droit civil qu'en droit administratif, elles ne permettent pas d'aboutir à une véritable démonstration de l'existence d'un concept juridique. En cela son existence paraît devoir nécessiter l'adoption d'une approche propre à surmonter ces difficultés. Une telle démonstration implique en l'occurrence de suivre une démarche particulière destinée à rendre compte des étapes ayant successivement conduit à ce constat de l'émergence d'un tel concept. Car poser un constat ne suffit pas, encore faut-il en démontrer la validité. Dès lors, la première étape de ce processus conduisant à l'existence de l'externalisation en droit administratif est celle de l'élaboration même de ce concept sur sa terre d'émergence : les sciences économiques et de gestion. Les racines extra-juridiques de l'externalisation ne sont par ailleurs pas reniées par la doctrine administrativiste. Avant même de pouvoir l'envisager

²⁶¹ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, p. 13.

²⁶² YOLKA Ph., *Ibid.*

²⁶³ Laure Tonnet-Mirepoix souligne dans sa thèse que, s'agissant de l'externalisation, « *ce vocable ne fait l'objet d'aucune définition précise* » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Thèse dactylographiée, Université Toulouse I – Capitole, 2012, p. 18.

²⁶⁴ La réflexion conduite par Léo Vanier enrichit néanmoins considérablement la connaissance du concept d'externalisation en matière administrative mais par une voie différente que l'étude ici entreprise : VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

²⁶⁵ TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 18.

également comme une « *technique juridique à part entière* »²⁶⁶, certains auteurs ont admis l'existence de l'externalisation en droit administratif en tant qu'« *outil de gestion* »²⁶⁷ mis à la disposition des personnes publiques. Ainsi, avant même d'être érigée en objet d'étude juridique, civil ou administratif, l'externalisation s'imposait-elle déjà comme « *un sujet stratégique et brûlant* »²⁶⁸ façonné par les sciences de gestion, et plus particulièrement la stratégie d'entreprise.

Une analyse succincte de la littérature managériale suffit en effet à révéler que depuis relativement longtemps « *l'externalisation focalise l'attention des managers, des consultants et des chercheurs* »²⁶⁹. Elle informe également sur le fait que l'externalisation, tout comme le management stratégique²⁷⁰, présente un double visage. Elle ne se limite pas exclusivement à une existence conceptuelle, mais offre à l'observateur une dimension pratique, laquelle nourrit d'ailleurs son élaboration théorique. Il n'est donc pas discutable qu'elle ait une existence dans le cadre de la stratégie d'entreprise. Aussi est-elle à la fois une « *décision stratégique d'ampleur* »²⁷¹ objet de la curiosité de la doctrine économiste, ainsi qu'un concept progressivement élaborée par cette dernière au moyen de l'observation d'une pratique courante des dirigeants d'entreprises²⁷². Car si le concept d'externalisation est aujourd'hui une

²⁶⁶ Expression empruntée à Jean-Paul Négrin, lequel l'employait pour désigner l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative. Précisons que ce dernier, sans recourir au concept d'externalisation, abordait alors un objet d'étude aux contours relativement similaires à ce qui semble aujourd'hui pouvoir être intégré au concept administratif d'externalisation ; si tant est qu'il existe. Effectivement, Jean-Paul Négrin considérait alors cette intervention particulière comme une « *technique juridique par laquelle certains sujets de droit sont légalement chargés d'accomplir des tâches relevant de l'action administrative* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome CII, 1971, p. 12. Il nous revient donc, à la suite de Jean-Paul Négrin, de tâcher de démontrer que l'externalisation est de ces techniques juridiques que le juriste se plait à manier.

²⁶⁷ C'est ainsi que Paul Lignières propose d'envisager le concept d'externalisation en tant qu'« *outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées directement par elle, à des prestataires de services extérieurs* » : LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37.

²⁶⁸ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « L'externalisation : un choix stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 97.

²⁶⁹ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., *Ibid.*

²⁷⁰ Définie comme la discipline dont l'objet d'étude réside dans la stratégie des entreprises ; c'est-à-dire dans l'analyse des choix concernant « *les activités et les ressources à allouer de manière à atteindre un niveau de performance durablement supérieur à celui de ses concurrents dans ces activités, dans le but de créer de la valeur pour les actionnaires* » : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, p. 7, le management stratégique est aujourd'hui considéré à part entière comme « *un élément essentiel de tout enseignement de gestion* » et constitue surtout « *à la fois un art pratique et une discipline académique* » : GHERTMAN M., *Stratégie de l'Entreprise : Théories et Actions*, Economica, coll. Gestion, 2004, p. 9.

²⁷¹ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 13.

²⁷² La littérature managériale ne manque pas de souligner l'image d'un « *phénomène multiforme et en très forte croissance* » qu'offre l'externalisation : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme*

réalité dans le domaine des sciences économiques et de gestion²⁷³, ce ne fut qu'au prix d'un long travail de conceptualisation mené tout au long du XXe siècle²⁷⁴.

Bien que les auteurs soient nombreux à constater que, « *depuis une dizaine d'année, une évolution importante a pu être observée en matière d'externalisation* »²⁷⁵, celle-ci tarda à être appréhendée sous un angle théorique par la littérature managériale²⁷⁶. En conséquence, dotée d'une existence pratique évidente, il demeurait qu'une « *certaine confusion entoure le terme « externalisation » dans la littérature de gestion* »²⁷⁷, résultante inévitable du manque « *d'un cadre théorique unificateur* »²⁷⁸ à même d'en améliorer la compréhension. C'est donc bien la persistance d'un phénomène omniprésent dans la pratique des entreprises qui a conduit la doctrine économiste à s'y intéresser²⁷⁹, puis à le conceptualiser²⁸⁰. Or la pratique des entreprises n'intéresse pas exclusivement le domaine des sciences de gestion, mais également celui des sciences juridiques ; peut-être même surtout celui-ci dans la mesure où c'est le droit,

organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences, thèse dact. École des Hautes Études Commerciales, Paris, 2000, p. 18.

²⁷³ À tel point qu'il trouve sa place au sein des manuels de référence en matière de management stratégique : qu'il s'agisse du *Strategor* : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, ou du *Stratégique* : FRÉRY Fr. (coord.), *Stratégique*, Pearson, 10^e éd., 2014.

²⁷⁴ Citons successivement les recherches conduites par Ronald Coase puis Oliver Williamson dans le cadre de l'élaboration de la théorie des coûts de transaction, fondement théorique initial du concept d'externalisation. Puis le travail de conceptualisation proprement dite mené, en France, par Bertrand Quélin et Jérôme Barthélemy.

²⁷⁵ BARTHÉLEMY J., « Comment réussir une opération d'externalisation », *Revue française de gestion*, 2004/4, n°151, p. 9.

²⁷⁶ Jérôme Barthélemy souligne sur ce point que le phénomène d'externalisation fut initialement « *quelque peu délaissé par les chercheurs en management stratégique* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 6, citant notamment David Lei et Michael Hitt : « *While there has been an increasing amount of outsourcing activity among U.S. firms, there has been little attention given to this activity in the academic literature* » : LEI D. et HITT M., « Strategic restructuring and outsourcing : the effect of mergers and acquisitions and LBOs on building firm skills and capabilities », *Journal of Management*, 21, 5, 1995, p. 836.

²⁷⁷ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 101 : citant GILLEY K. et RASHEED A., « Making More by Doing Less : An Analysis of Outsourcing and its Effects on Firm Performance », *Journal of Management*, 26, 2000, p. 736-790.

²⁷⁸ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 81.

²⁷⁹ Les chercheurs en management stratégique se sont focalisés, dans un premier temps, sur une approche simplement pragmatique de la pratique de l'externalisation, proposant alors une « *littérature foisonnante, qui a été développée pour aider les managers à mieux appréhender ce phénomène nouveau* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁰ Consciente que la seule approche pragmatique était insuffisante pour offrir un cadre théorique destiné à en faciliter la compréhension, et l'utilisation, la doctrine a finalement jugé nécessaire de proposer une véritable théorie de l'externalisation afin de parvenir à l'élaboration d'un « *modèle intégré de décision et de gestion de l'externalisation* » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., *op. cit.*, p. 102.

prima facie le droit des affaires²⁸¹, qui encadre le fonctionnement et la vie des entreprises²⁸². Par conséquent si, par son importance, l'externalisation a pu s'imposer en matière économique, il en va nécessairement de même en droit²⁸³, notamment en premier lieu en droit civil recouvrant notamment la théorie générale du contrat et la théorie générale des obligations qui constituent toutes deux le socle commun des instruments juridiques employés dans le monde des affaires.

16. Une assimilation approximative à un modèle contractuel existant en droit civil. René Savatier faisait en l'occurrence déjà remarquer à la communauté des juristes qu'elle ne pouvait demeurer sourde aux sirènes de l'économie et des richesses qu'elle met à la disposition des hommes. Il estimait notamment que « *connaître, dominer et coordonner ces richesses, pour les mettre à leur service, est une tâche commune pour l'économie politique et le droit* »²⁸⁴. Vain aurait été selon lui l'effort de l'une de ces disciplines si elle tentait seule « *de parvenir à un tel but sans l'appui de l'autre* »²⁸⁵. L'évolution de la signification juridique de la notion d'entreprise est particulièrement topique de cette influence inévitable de l'économie sur le droit²⁸⁶, et plus particulièrement sur le droit civil. Ainsi la jurisprudence a-t-elle jugé nécessaire de préciser que la société, laquelle peut être entendue comme un synonyme juridique de l'entreprise, est de nature institutionnelle et non plus exclusivement contractuelle comme le prévoyait initialement le Code civil²⁸⁷. Par conséquent, les bouleversements rencontrés par la stratégie d'entreprise ne pouvaient lui être longtemps

²⁸¹ Notamment dans la mesure où « *le « Droit des Affaires » et le « Droit Économique » paraissent de plus en plus décidés à se substituer au Droit Commercial* » : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 215.

²⁸² Si « *le droit est longtemps apparu comme secondaire face à d'autres préoccupations* » du monde de l'entreprise, telles que leur production ou leur finance, il « *apparaît aujourd'hui indispensable, qu'il s'agisse pour l'entreprise de s'organiser ou d'agir sur le marché* » : FASQUELLE D., « Introduction au droit et au droit commercial », in *Droit de l'entreprise*, Lamy, 2006/2007, p. 1.

²⁸³ Du droit privé comme du droit public. Effectivement, l'influence de la culture économique sur le droit vaut pour le cas « *du droit public comme pour celui du droit privé* » : SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, chron. XXII, 1961, p. 117.

²⁸⁴ SAVATIER R., *Ibid.* Et ce dernier de préciser alors que l'appréhension et le fonctionnement de l'économie exigeaient « *le concours de leurs deux techniques* ».

²⁸⁵ SAVATIER R., *Ibid.*

²⁸⁶ « *Il est vrai que les juristes, encore insuffisamment adaptés à l'assimilation des concepts économiques, continuent à s'interroger sur la portée exacte que prend, chez eux, la notion d'entreprise* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 118.

²⁸⁷ « *Alors que dans la conception ancienne qui reste celle du code civil, la société est un contrat, il ne saurait être contesté qu'elle constitue bien plus qu'un contrat : une institution dont la constitution et le fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives* » : CA, Paris, 26 mars 1966, *RTD com.*, 1966, p. 349, obs. HOUIN R. Elle était finalement « *à la fois, une équipe d'hommes et un équipement patrimonial, pour les associer étroitement à la poursuite d'un devenir économique* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 119.

étrangers²⁸⁸. Ainsi en va-t-il notamment des profonds bouleversements engendrés par l'émergence et la prise en compte de l'externalisation en matière de management stratégique, longtemps demeurée « *un phénomène en plein essor mais qui n'a pas encore reçu de véritable traitement théorique* »²⁸⁹ selon les cadres d'analyses traditionnels de cette discipline.

Marque de « *l'emprise de l'économie politique sur le droit privé* »²⁹⁰, la notion d'entreprise illustre le tournant emprunté par le droit civil. Pourtant, au détour de lignes dédiées à René Savatier, Gérard Cornu notait qu'une « *analyse globale et purement quantitative du texte actuel montre que le Code civil, compte tenu de ses variations de titre, n'a subi dans sa forme que des atteintes relativement peu importantes* »²⁹¹, au point de se demander d'ailleurs si le Code civil était encore adapté à l'encadrement d'une société au sein de laquelle la notion d'entreprise se substitue à l'individu²⁹² en tant qu'unique « *unité économique de production* »²⁹³. Alors que René Savatier considérait que l'esprit du droit commercial avait finalement envahi celui du Code civil²⁹⁴, Gérard Cornu prolongeait donc ce propos en précisant que si la confrontation de la lettre de ce dernier avec l'état du droit positif laissait apparaître de profonds décalages²⁹⁵, ces derniers ne devaient pas abuser l'observateur avisé qui, tel Ferdinand Larnaude, constate que « *la jurisprudence par son lent et incessant travail, a fait, dans beaucoup de matières, des textes du Code civil, un véritable trompe-l'œil* »²⁹⁶. Effectivement, si nombreux sont les textes demeurés intacts²⁹⁷, il est possible d'ajouter au

²⁸⁸ Paraphrasant le poète antique Térence, il est possible d'affirmer que le droit civil repose aujourd'hui en partie sur l'entreprise ; rien de ce qui concerne l'entreprise ne lui est étranger (« *Homo sum ; humani nihil a me alienum puto* », *Heautontimoroumenos*, v. 77).

²⁸⁹ BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 6.

²⁹⁰ SAVATIER R., *op. cit.*, p. 117.

²⁹¹ CORNU G., « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 158.

²⁹² Car « *par le jeu de l'entreprise, cela commande aussi, juridiquement, la condition individuelle des biens de productions* », et ce dans la mesure où la « condition juridique de chacun d'eux se subordonne au but de l'ensemble » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 119.

²⁹³ Il s'agit de l'évocation de la définition juridique de l'entreprise proposée par Paul Durand et rappelée par René Savatier : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 118.

²⁹⁴ « *D'où l'invasion, à travers tout le droit des biens, d'un esprit qui fut autrefois caractéristique du seul droit commercial (...). Et tout le droit traditionnel du Code civil en est intimement bouleversé* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 119.

²⁹⁵ Ce dernier soulignant alors une disparition de l'harmonie de la corrélation « *entre les modifications formelles du Code, et les transformations réelles du droit* » : CORNU G., *op. cit.*, p. 159.

²⁹⁶ LARNAUDE F., « Le Code civil et la nécessité de sa révision », in *Le Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, p. 911.

²⁹⁷ Car « *tout ce qui n'a pas changé dans la lettre du Code, ne l'a pas fait, si l'on peut dire, de la même façon* » et « *sur certains points, le texte du Code est demeuré le même depuis 1804, mais non le droit* » : CORNU G., *op. cit.*, p. 164.

« *dépassement du Code par le droit* »²⁹⁸ dénoncé par Gérard Cornu, un dépassement du droit civil par l'économie et la stratégie d'entreprise. Sur ce point, plus encore que la multiplication des codes à partir de dispositions inchangées du Code Napoléon²⁹⁹, les pratiques du monde de l'entreprise, au rang desquelles se place l'externalisation, ont peu à peu trouvé leur place dans un droit civil³⁰⁰ qui ne se limite plus à la seule lettre du Code civil. Si l'existence de l'externalisation en droit civil est donc certaine, encore faut-il savoir, pour la prouver, où la chercher.

Alors que la lettre du Code civil paraissait finalement dépassée par l'évolution incessante de l'économie et des pratiques du monde des affaires au point de sembler pour certain archaïque³⁰¹, son adaptation par la jurisprudence parvint néanmoins suffisante pour que la doctrine y décèle l'existence de l'externalisation sous les traits du contrat d'entreprise. Remettant au goût du jour la formule traditionnelle du louage d'ouvrage définie à l'ancien article 1710 du Code civil, Pascal Puig participait alors implicitement de cette tendance à laquelle invitait son objet singulier mêlant la fourniture d'un service au transfert d'un bien³⁰². La prise en compte de la finalité poursuivie par les parties invitait effectivement la doctrine civiliste à négliger la réalité économique de l'externalisation reposant sur l'instauration d'une relation de coopération³⁰³. Elle devait effectivement lui associer ainsi une relation dominée par la logique séculaire de l'échange³⁰⁴, qu'il s'agisse d'un échange de prestations ou de

²⁹⁸ CORNU G., *Ibid.*

²⁹⁹ Gérard Cornu évoque sur ce point les cas dans lesquels des lois postérieures au Code « *lui ont arraché des matières, pour les donner, en dehors de lui, une réglementation nouvelle plus étoffée* ». Ou encore ceux dans lesquels ces lois, laissant intactes les dispositions du Code, les ont « *doublées, à l'extérieur, d'une législation spéciale nouvelle, généralement plus détaillée* » : CORNU G., *ibid.*

³⁰⁰ En tant que branche du droit économique, le droit civil a connu l'émergence de problématiques juridiques nouvelles auxquelles il a trouvé des « *solutions dont le lien de parenté procède directement des données fondamentales de l'économie industrielle qui s'est instaurée et se développe depuis plus d'un siècle* » : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 216.

³⁰¹ Alors qu'historiquement, par souci de simplification, il est possible d'envisager le Code civil de 1804 comme le résultat de la révolution française, et bourgeoise, de 1789, pourquoi ne pas considérer la nécessité d'une rénovation de ce dernier dès lors que la France a connu une nouvelle étape de son évolution, « *il y a un peu plus d'un siècle, avec une révolution économique et sociale qui a bouleversé les anciennes structures pour préparer l'avènement de l'économie et de la civilisation industrielles* » : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 216.

³⁰² Pascal Puig démontrait en effet que si le contrat d'entreprise recouvrait « *assurément les contrats ayant pour finalité la fourniture d'un service, il tend également parfois au transfert d'un bien* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 35.

³⁰³ Aussi Pascal Puig affirmait-il que « *des obligations, qui isolément considérées caractérisent l'objet de contrats distincts de l'entreprise, soient abordées dans la catégorie du contrat d'entreprise en raison de leur participation à une finalité commune qui est précisément l'exécution d'un service* » et non principalement l'instauration d'une relation fondée sur une logique coopérative : PUIG P., *op. cit.*, p. 98.

³⁰⁴ L'ancien article 1710 était en effet explicite sur ce point dans la mesure où « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

valeurs³⁰⁵. Devenu « *l'instrument privilégié de ces nouvelles activités spécifiques, rebelles à la production de masse* »³⁰⁶ telles que l'externalisation, la contrat d'entreprise semblait paré de toutes les vertus pour accueillir son existence juridique. Au-delà du risque « *de se dissoudre dans une nébuleuse planétaire* » ou « *d'exploser violemment en supernova* »³⁰⁷, son extension pouvait toutefois induire le droit positif en erreur en suggérant une traduction juridique erronée de l'externalisation. Une partie de la doctrine ne devait d'ailleurs pas tarder à en prendre conscience et à proposer une classification alternative des contrats spéciaux ménageant une place adaptée à la réalité économique de l'externalisation ; en d'autres termes en envisageant une prise en compte de son essence coopérative à partir du constat de la dénaturation provoquée par une telle assimilation approximative.

Soulignant l'erreur qu'avait pu commettre la doctrine en assimilant dans un premier temps l'existence juridique de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise, Juliette Sénéchal réaffirmait d'ailleurs par une approche également finaliste la place de ce dernier au sein de la catégorie du contrat-échange. Elle rappelait en effet que, conçu sur le modèle d'une fourniture ponctuelle et définitive d'un service, il s'apparentait en fin de compte à la vente ; c'est-à-dire à un contrat-échange symétriquement imparfait en raison simplement de la différence de nature des prestations échangées. Confirmant l'exclusion du modèle du contrat-organisation pour rendre compte de l'existence de l'externalisation, elle suggérait alors un modèle intermédiaire entre l'échange et l'organisation à travers lequel elle pourrait trouver à s'exprimer pleinement dans la mesure ou il reposerait sur une logique de coopération : le contrat-souche³⁰⁸. Pour autant elle ne négligeait pas l'importance d'un contrat « *devenu le second pilier d'une économie de biens et services : il est dans le secteur des services, le « pendant » de ce qu'est la vente dans le secteur des biens* »³⁰⁹. Elle en soulignait tout

³⁰⁵ À l'instar de Pascal Puig, elle s'appuyait pour ce faire sur le fait que « *la définition de l'article 1710 du Code civil a permis d'accueillir dans le domaine du louage d'ouvrage les prestations immatérielles autrefois gouvernées, pour la plupart, par le mandat* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 26. Il était en effet possible de généraliser les applications du contrat d'entreprise « *à toutes les activités de service dont le développement est aujourd'hui exponentiel* » et qui recouvrait selon elle la mise en œuvre par les entreprises d'une stratégie d'externalisation : PUIG P., *op. cit.*, p. 27.

³⁰⁶ PUIG P., *Ibid.*

³⁰⁷ PUIG P., *op. cit.*, p. 28.

³⁰⁸ « *Notre hybride est véritablement à mi-chemin du contrat-échange et du contrat-organisation, à mi-chemin entre la transaction externe sur le marché et l'organisation hiérarchique. Il vise à la fois à létablissement d'une relation pérenne entre les deux contractants et à des transactions, des échanges ponctuels, mais répétés* » fidèle à une logique coopérative : SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 361 et 362.

³⁰⁹ BÉNABENT A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8^e éd., 2008, n° 472.

bonnement les lacunes juridiques liées à son caractère « *protéiforme et incertain et par conséquent inapte à régir correctement les contrats de fourniture de services* »³¹⁰ et au-delà à exprimer juridiquement l'externalisation en tant qu'elle repose sur une logique coopérative typique des modes de gouvernance hybrides³¹¹. Elle affirmait en fin de compte que la structure simple du contrat d'entreprise était impropre pour exprimer une structure complexe typique des contrats intermédiaires³¹². Emblématique des insuffisances de la théorie générale des contrats spéciaux face à la diversification croissante des opérations économiques, l'assimilation approximative de l'existence de l'externalisation en droit civil au contrat d'entreprise résultait donc de « *l'impérialisme de ce contrat ayant pu laisser croire à l'inutilité d'approfondir une réflexion fondamentale sur l'opération économique de vente* » alors que fleurissaient de nombreuses pratiques qui se révélaient être « *pas tout à fait la vente, pas tout à fait une autre* »³¹³.

Annonce du plan. La démonstration d'une existence artificielle du concept juridique d'externalisation en droit civil est donc plus que le résultat d'une influence exercée par la force d'un effet de mode³¹⁴, elle est surtout due à l'importance croissante d'une catégorie de contrats douée d'un fort potentiel d'attraction. Il apparaît en effet que la méconnaissance par la doctrine civiliste de la réalité économique de l'externalisation (Section 1) a pu conduire à son identification contestable au contrat d'entreprise (Section 2).

³¹⁰ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 15.

³¹¹ « *Le contrat d'entreprise a une structure simple d'échange, celle qui résulte de l'article 1710 du Code civil. À ce titre, il ne peut absolument pas englober, contrairement à ce que permet le droit positif, des contrats à structure complexe faite d'échanges et d'organisation. Ces contrats ne peuvent être inclus que dans les différentes catégories du contrat-souche : le contrat d'intégration, le contrat d'adossement ou le contrat de coopération* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 370.

³¹² Elle démontrait en effet que, alors que « *la structure du contrat d'entreprise possède la structure la plus simple, reposant sur l'échange d'une prestation ponctuelle contre un prix. Les rédacteurs du Code civil n'avaient envisagé que cette structure simple* », la pratique des affaires avait imposé « *une structure complexe faite d'organisation et d'échange* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 185.

³¹³ RAYNARD J., « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006/2, p. 600.

³¹⁴ Ou, comme le précise Jean-Bernard Auby, « *d'une certaine vague néo-libérale* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 151.

Section 1 : La réalité économique négligée de l'externalisation

17. Délimitation du droit civil, et place de l'entreprise. Il est aujourd'hui admis que le droit civil ne peut se détourner des évolutions de la société, et plus particulièrement encore de l'économie. Mais que faut-il entendre par la référence au droit civil ? Et dès lors quelle place doit y trouver la notion d'entreprise³¹⁵ ? Précisant le constat d'archaïsme de la lettre du Code civil établi par Gérard Cornu, Yvette Merchiers indiquait que « *parmi les textes du Code civil de 1804, ceux concernant les obligations en général et les contrats spéciaux en particulier sont ceux qui, en deux cents ans, ont subi le moins de modifications* »³¹⁶. Ce faisant, en sus de marteler une fois de plus ce constat « *généralement déploré* »³¹⁷, l'auteur apportait une réponse à chacune de ces deux interrogations. D'une part, elle mettait l'accent sur l'importance, s'agissant des relations entre le droit civil et l'économie, de la matière contractuelle³¹⁸ ; celle-ci se présentant alors comme la plus étroitement liée à la réalité économique³¹⁹. D'autre part, évoquant les contrats spéciaux, elle suggérait l'hypothèse d'une prise en compte de la notion d'entreprise essentiellement dans le cadre contractuel, et plus précisément dans celui offert par une hypothétique catégorie des « *contrats de services* »³²⁰. Une telle catégorie contractuelle, issue d'une classification des contrats en fonction de leur objet, permettrait d'ailleurs d'ordonner les contrats civils eu égard à leur utilité économique³²¹ en distinguant notamment entre les contrats portant sur un transfert de propriété, et ceux portant sur une prestation de service.

À l'instar des biens³²², les prestations économiques se concrétisant juridiquement sous la forme contractuelle ne pouvaient alors échapper à cette même destinée³²³. L'évolution des

³¹⁵ « (...) *cellule fondamentale de cette civilisation* » industrielle : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 217.

³¹⁶ MERCHIER Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431.

³¹⁷ CORNU G., « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 166.

³¹⁸ C'est en effet essentiellement dans le contrat « *qu'est concentrée l'expression juridique de l'opération économique* ». Celui-ci se pose donc en mode privilégié de « *traduction juridique de cette opération* » : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 32.

³¹⁹ Selon Yvette Merchiers les contrats de services, catégorie de contrats spéciaux prévus par le Code civil dès 1804, constituent l'illustration topique du lien entre « *réalité économique et catégorie juridique* » : MERCHIER Y., *op. cit.*, p. 431.

³²⁰ Bien qu'elle admette explicitement, *ab initio*, que le Code Napoléonien ne présente « *aucune trace d'un titre consacré aux « contrats de services »* » : MERCHIER Y., *Ibid.*

³²¹ Car l'objet du contrat « *reflète le contenu du contrat ; or le contenu d'un contrat est directement tributaire de la fonction économique qu'il remplit* » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 20.

³²² Dans la mesure où l'économie actuelle se présente sous un aspect dual partagé « *entre économie de biens et économie de services* » : MERCHIER Y., *op. cit.*, p. 432.

prestations, et notamment des prestations de service, implique donc de la même façon un bouleversement de leurs formes juridiques. Par conséquent, alors que les prestations de service étant limitées à l'aune du XIXe siècle, il était tout à fait concevable que le Code Napoléonien n'y accorda qu'un intérêt restreint au point de ne pas y consacrer une catégorie spécifique de contrats, la situation est désormais bien différente. En effet, dans la mesure où « *la prestation de service est devenue, dans l'économie actuelle, aussi importante que la vente des biens* »³²⁴, il est désormais nécessaire de rechercher une prise en compte juridique de cette réalité économique. Une telle traduction peut d'ailleurs être trouvée dans le droit civil dans la mesure où ce dernier, dépassant la lettre inchangée du Code civil³²⁵, n'a eu de cesse d'évoluer et de s'adapter sous l'effet conjugué de la doctrine, du législateur spécialisé ainsi que de la jurisprudence. De la sorte, à la manière du lapin blanc promis par Lewis Carroll à une course perpétuelle à la poursuite du temps qui passe, le droit civil est toujours demeuré en marche derrière l'économie et la vie de l'entreprise³²⁶. Il devait pourtant paradoxalement abdiquer s'agissant de l'appréhension de l'externalisation.

18. Une tentation existentialiste paradoxalement détournée de la réalité économique. Outre les archaïsmes de la lettre du Code rendus inopérants par l'évolution du langage³²⁷, elle se trouve aujourd'hui dépassée par le droit civil au point qu'elle nécessitait déjà en 1965 une

³²³ Alors qu'il évoquait le sort des dispositions relatives aux biens face à l'écoulement du temps et l'avènement de la civilisation industrielle (Certains auteurs ont d'ailleurs noté que ce destin portait « *les marques de vieillissement (qui) s'accumulent dans la lettre du Code* » ; CORNU G., *op. cit.*, p. 168), René Savatier notait que « *de l'économie antique à celle des codes napoléoniens, et de l'économie des codes napoléoniens à l'économie dirigée d'aujourd'hui, il est inévitable que ces biens, changeant d'utilisation économique, aient aussi changé de figure juridique* » : SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, chron. XXII, 1961, p. 117.

³²⁴ BÉNABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 306.

³²⁵ Gérard Cornu précisait les modalités d'un tel dépassement du Code civil en évoquant d'une part « *la non-intégration au Code de nombreuses lois spéciales* » contribuant à alimenter le droit civil, et d'autre par la nécessaire et bienvenue « *existence de formations jurisprudentielles en marge du Code et en avance sur lui* » permettant une adaptation constante, et quasiment sur-mesure, du droit civil aux évolutions de la société : CORNU G., *op. cit.*, p. 166. Et d'ajouter que ces modalités pouvaient parfois se rejoindre dans le cadre du dépassement du Code Napoléonien lorsque « *le législateur, par l'espèce d'usufruit qu'il a de la jurisprudence, en recueille périodiquement les fruits les mieux venus* ».

³²⁶ Et si Gérard Cornu insiste tant sur le fait que « *le Code civil doit redevenir le corps des lois civiles* » (CORNU G., *op. cit.*, p. 168), c'est bien que l'effet du temps qui passe a amplement étendue la source du droit civil (Pour le dire autrement, il est possible de considérer qu'en grandissant ce ne sont pas seulement les branches du droit civil qui ont proliféré, elles ont entraîné avec elles une multiplication de ses racines).

³²⁷ Gérard Cornu cite d'ailleurs, au titre de cette terminologie désuète, le cas des voituriers évoqué à l'article 1782 : aujourd'hui contrat de transport. Sur ce point la lecture du Code civil, dans son édition Dalloz de 2016, est édifiante. En effet, alors que l'ancien article 1782 inaugure toujours une section consacrée aux « *voituriers par terre et par eau* », les commentateurs dudit Code renvoient pour davantage de précisions au *Répertoire de droit civil* et plus précisément à la rubrique consacrée au *Contrat de transport*. En conséquence, si les « *voituriers, maîtres de barques et navires* » (CORNU G., *op. cit.*, p. 157) typiques de la société française de 1804 ont toujours droit de cité dans la lettre du Code, la doctrine civiliste semble avoir fait cas de l'évolution de ces professions en en tirant les conclusions qui s'imposent.

mise en accord de sa terminologie avec la vie économique³²⁸. Preuve en est de l'importance accordée actuellement par la doctrine civiliste à la catégorie du contrat d'entreprise, forme particulière du contrat sur les services³²⁹, pourtant absente de la lettre du texte³³⁰. Il est vrai que la confirmation de l'émergence d'une société de services a conduit, et conduit toujours, à une mutation forcée des contrats civils³³¹. Alors que ceux portant sur les biens n'ont que peu évolué³³², les premiers ont connu une prolifération constante, dans un premier temps dans la pratique, puis par la suite dans la doctrine et la jurisprudence. Symptomatique de l'influence de l'économie sur le droit, ce constat démontre également, une fois de plus, la prégnance de « *la carence des textes du Code civil en matière de contrats de services* »³³³. Or c'est justement en cette matière que la doctrine cru pouvoir, si ce n'est devoir, ranger le contrat d'entreprise³³⁴; celui là même dans lequel elle identifierait dans un premier temps l'existence juridique de l'externalisation. Car si la volonté de parvenir à conférer une existence réelle à l'externalisation à travers la figure du contrat d'entreprise n'est finalement qu'une tentation³³⁵, encore faut-il se rappeler que « *le seul moyen de se délivrer d'une tentation, c'est d'y céder* »³³⁶ quand bien même elle conduirait moins à *L'Oeuvre de dieu*, qu'à *la part du diable*.

³²⁸ « *D'une manière plus générale, la terminologie du Code devrait être mise en accord avec la vie politique, économique et sociale contemporaine* », allant même jusqu'à proposer de « *donner à notre époque le droit nouveau qu'elle attend et, tout particulièrement, tirer des données économiques et sociales qui la caractérisent un droit civil qui s'y accorde* » : CORNU G., « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 170 et 174.

³²⁹ En témoigne la présentation que peuvent en faire la plupart, si ce n'est tous les manuels consacrés à l'étude des contrats spéciaux. Ainsi en va-t-il pour : ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil – Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2013, p. 355 et s. ; AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *Les contrats spéciaux*, Defrénois – Lextenso éditions, coll. Droit Civil, 4^e éd., 2009, p. 403 et s. ; MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Cours, 6^e éd., 2008, p. 471 et s.

³³⁰ Car si, selon René Savatier, « *chez les auteurs des codes napoléoniens, l'entreprise n'était d'abord qu'un contrat isolé, le contrat d'entreprise* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 118, il n'était pas considéré, loin s'en faut, comme une catégorie spécifique de contrat auquel le codificateur aurait consacré un titre ; comme il l'avait pourtant fait pour la vente, le louage, le contrat de société ou le mandat.

³³¹ Dans la mesure où, notamment, si « *les contrats de services existaient bien à l'époque du Code civil, ils n'étaient cependant, d'un point de vue économique, que très secondaires par rapport aux contrats portant sur les biens* » : MERCHERS Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 434.

³³² Contrairement à un certains nombres de dispositions « *intactes mais dépassées* », Gérard Cornu note que si les contrats portant sur les biens sont demeurés « *inviolés comme les précédents, ils ont le privilège de n'avoir pas été détrônés* » : CORNU G., *op. cit.*, p. 166.

³³³ MERCHERS Y., *op. cit.*, p. 443.

³³⁴ « *Les règles du Code civil concernant le contrat d'entreprise, (...), correspondent à la définition de contrat de service* » : MERCHERS Y., *op. cit.*, p. 434.

³³⁵ « *Cette carence dans la réglementation contractuelle a pour conséquence la tentation d'assimiler tout contrat nouveau à l'un des contrats spéciaux réglementés par le Code* » : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 12.

³³⁶ WILDE O., *Le portrait de Dorian Gray*, Éditions A. Savine, 1895, p. 30.

Alors que la reconnaissance du contrat d'entreprise répondait sans nul doute et profitablement aux exigences de l'évolution de la réalité économique du monde des affaires vers une société de services et non plus de biens, c'est paradoxalement en ce détournant de cette même réalité que la doctrine civiliste y reconnut l'existence juridique de l'externalisation. Prise par la force d'attraction du premier, la seconde devait en effet être assimilée à une figure contractuelle expansionniste ayant pour objet la fourniture d'un service, éventuellement assortie de la fourniture d'un bien³³⁷, et pour finalité l'exécution d'un service quel qu'il soit³³⁸. Typique d'une relation de marché dont l'importance n'est pas à remettre en cause, le contrat d'entreprise se distinguait alors du contrat de travail³³⁹ caractéristique, avec le contrat de société, d'une relation de firme. La doctrine civiliste stoppait cependant ici sa course-poursuite engagée avec l'économie et refusait de prendre en considération une dernière transformation des modes de gouvernance sous l'influence des sciences de gestion et du management, ainsi que des travaux de Ronald Coase pour qui il paraissait nécessaire « *de combler ce qui apparaît comme un lacune, dans la théorie économique, entre l'hypothèse d'une répartition des ressources par le biais du système des prix, et l'hypothèse d'une allocation des ressources par l'entrepreneur coordinateur* »³⁴⁰. Obnubilée par la prégnance des services, la doctrine civiliste négligeait ainsi la nature des relations entretenues par les opérateurs économiques et la logique les animant. Elle se focalisait en effet exclusivement sur des relations de subordination ou d'échange, délaissant la logique coopérative pourtant au cœur des modes hybrides de gouvernance auxquels s'apparente l'externalisation.

Annexe de plan. L'utilisation des éléments d'identification de l'externalisation telle qu'elle fut conçue en tant qu'outil de gestion des ressources mis à la disposition des dirigeants d'entreprises aurait du guider la doctrine civiliste dans l'identification de l'existence juridique de l'externalisation. Son identification au contrat d'entreprise paraît de ce fait impropre à

³³⁷ Pascal Puig démontrait en effet que, « *parfois confondues matériellement, ces deux prestations n'en sont pas moins toujours réunies pour former l'objet caractéristique du contrat d'entreprise (...). L'essentiel est que le but de l'opération contractuelle ne se limite pas à une circulation de richesses* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 93.

³³⁸ Il affirmait alors que « *le service est le résultat non appropriable d'une activité développée par un prestataire au profit d'un bénéficiaire. Les moyens qu'exige sa fourniture peuvent dépasser la seule exécution d'un travail pour consister en la mise à disposition d'un bien, d'une personne ou dans le transfert d'un bien. Ces opérations qui, individuellement considérées, constituent les prestations caractéristiques de contrats nommés du Code civil sont absorbées dans l'objet du contrat d'entreprise où elles apparaissent comme les moyens de réaliser une finalité qui les dépasse* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 191.

³³⁹ Pascal Puig rappelait que « *le critère communément admis permettant de distinguer les contrats de travail et d'entreprise repose sur l'existence ou non d'un lien de subordination juridique. Le salarié soumis aux ordres de son employeur s'oppose ainsi à l'entrepreneur indépendant du maître de l'ouvrage* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 237.

³⁴⁰ COASE R. H., « La nature de la firme », 1937, *Revue française d'économie*, vol. 2, n° 1, 1987, p. 138.

manifester sa réelle nature économique qu'il s'agirait par conséquent de préciser afin d'appréhender l'ampleur de ce décalage. Ainsi convient-il de se saisir dans un premier temps de l'existence économique de l'externalisation en tant qu'outil stratégique de gestion au service de l'entreprise (§1) afin d'évaluer sa réduction à un outil juridique résumé à sa dimension contractuelle (§2).

§1 : Un outil stratégique au service de l'entreprise

19. Une analyse incontournable de l'externalisation stratégique. Souligné par Robert Savy, le « *lien existant entre l'état du droit et l'état des structures économiques à un moment donné* »³⁴¹ permet d'expliquer l'émergence du concept juridique d'externalisation, voire même, offre à cet outil stratégique une porte d'entrée en droit civil. Si l'on admet effectivement que la réception d'un concept extra-juridique en droit ne peut se réaliser *ex nihilo*, alors l'identification de l'existence probable d'un concept d'externalisation en droit civil appelle au préalable une étude du concept matriciel d'externalisation ; c'est-à-dire du concept tel qu'il fut élaboré dans le cadre du management stratégique³⁴². Ce n'est qu'*a posteriori* qu'il a pu effectivement mobiliser l'attention des juristes et influencer les instruments juridiques au premier rang desquels se trouve le contrat. C'est d'ailleurs par le contrat que l'externalisation semble devoir trouver le vecteur de sa mise en œuvre juridique ; et par là son point d'ancrage en droit civil, passant de la stratégie d'entreprise au droit. Les économistes³⁴³ eux-mêmes n'ont d'ailleurs jamais tû l'importance du contrat dans la réalisation des stratégies d'externalisation. Mais si cette déférence des économistes à l'égard des juristes ne s'est pas tarie³⁴⁴, elle demeure néanmoins parcellaire et toujours au service de la théorie économique³⁴⁵. Il ne s'agit donc pas de mener une guerre de clocher et de refuser « l'externalisation » du maniement du droit à des non-juristes, mais au contraire d'appeler les juristes à se saisir de cet intérêt de l'économie pour le droit afin de faciliter la « coopération »

³⁴¹ SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, 1971, p. 133.

³⁴² Il est sur ce point d'ailleurs un élément indéniable : le concept stratégique d'externalisation est issu des réflexions menées par les économistes ainsi que des nombreux travaux effectués en la matière par les chercheurs en stratégie d'entreprise.

³⁴³ Au premier rang de ces économistes thuriféraires du contrat se trouve Oliver Williamson.

³⁴⁴ Jérôme Barthélemy affirmait encore, à l'aune des années 2000, que « *le contrat joue un rôle crucial dans le succès ou l'échec d'une opération d'externalisation* » : BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 123.

³⁴⁵ Éric Brousseau indique à ce propos que « *au cours des deux dernières décennies une part des développements de l'analyse économique a été consacré à l'étude du contrat* » : BROUSSEAU É., « La contrats dans la coordination interentreprises : les enseignements de quelques travaux récents d'économie appliquée », in *L'entreprise, lieu de nouveaux contrats ?*, L'Harmattan, 1996, p. 5.

de ces disciplines³⁴⁶. Il convient par conséquent de proposer de combler les lacunes juridiques du traitement de l'externalisation afin de compléter l'analyse déjà apportée en la matière par les économistes³⁴⁷. Or, une telle démarche ne peut que conduire à s'intéresser à l'instrument contractuel tant il s'érige aujourd'hui, aussi bien en droit qu'en économie, comme l'instrument de référence dans les relations instaurées entre les agents économiques. Le juriste ainsi flatté ne doit pas pour autant s'égarer. Il doit s'approprier cet outil stratégique que constitue l'externalisation tout en lui faisant une place au sein de son corpus juridique. Il ne peut en effet se comporter tel Oreste qui « *trionphant dans le temple ne s'informe pas, si l'on souhaite ailleurs sa vie ou son trépas* »³⁴⁸.

Dans le cas contraire il serait alors influencé par la littérature managériale comme le fut d'ailleurs dans un premier temps la doctrine civiliste. Car c'est sous cette emprise économique que l'existence juridique de l'externalisation devait finalement être dénaturée par son assimilation à la figure du contrat d'entreprise. Paradoxalement donc, cette influence de l'économie conduisit à méconnaître la réalité économique de l'existence de l'externalisation. Il convient donc, afin de rendre compte de cette méprise, de procéder à un retour sur le concept stratégique d'externalisation. Toutefois, si de « *trépas* » il ne semble pas devoir être question, l'appropriation de l'externalisation par le droit civil doit reposer sur une juste appréhension du concept d'externalisation tel qu'élaboré par la stratégie d'entreprise. Et si l'externalisation a apparemment apporté un certain désordre sur ses terres, seul le juriste gardien du temple parviendra à rétablir une discipline où « *tout n'est qu'ordre et beauté, luxe calme et volupté* »³⁴⁹ à condition d'en avoir évidemment saisi le sens originel ; c'est-à-dire le sens d'un outil stratégique au service des entreprises et de la gestion de leurs ressources. Considérée comme un « *choix stratégique* » à part entière, l'externalisation présente alors une double facette à la fois théorique et pratique.

³⁴⁶ Les économistes semblent sur ce point s'être montrés plus audacieux que les juristes. Dénonçant l'existence par le passé d'une « *séparation des tâches entre l'économiste et le juriste* », Éric Brousseau considère que « *au tournant des années 1970, les choses évoluent. Pour affiner leur analyse du fonctionnement des économies dites « de marché », les économistes cherchèrent à mieux rendre compte de ce dont sont concrètement formés les marchés : les contrats* » : BROUSSEAU É., « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », in *Le Contrat au début du XXIe Siècle. Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, 2000, p. 153.

³⁴⁷ Éric Brousseau précise, s'agissant de l'analyse économique des contrats, que « *à travers leur examen les économistes cherchent à combler l'ignorance par leur discipline de la nature et des propriétés des mécanismes de coordination* » dans une économie de marché : BROUSSEAU É., *Ibid.*

³⁴⁸ RACINE J., *Andromaque*, Acte V, Scène 1, in *Œuvres complètes*, Furne, Libraire Éditeur, Paris, 1829, p. 67. Dans ce cas, si le contrat est effectivement considéré par les économistes comme l'instrument de mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation, alors il ne peut être ignoré par le juriste ; de même que l'externalisation dont il permet la réalisation.

³⁴⁹ BAUDELAIRE Ch., *Les fleurs du Mal, Spleen et Idéal*, LIII *L'invitation au voyage*, Folio Classique, 1996, p. 85.

Elle constitue en effet dans le cadre de la théorie des coûts de transaction un mode d'allocation des ressources en tant que mode de gouvernance hybride. Mais elle s'impose par ailleurs dans la pratique managériale en tant qu'outil stratégique permettant à l'entreprise, « en fonction des ressources considérées comme stratégiques, (...) de confier une partie de ses activités si elle ne crée pas de valeur, à des partenaires »³⁵⁰ afin qu'elle puisse se consacrer aux activités à fort potentiel en matière de création de valeur³⁵¹ ; c'est-à-dire à son « cœur de métier »³⁵². C'est donc principalement au cœur même de la stratégie d'entreprise³⁵³ qu'il convient de rechercher les racines de l'externalisation. Élaborée comme un outil de gestion par la « littérature managériale »³⁵⁴, elle y dépasse le simple phénomène et s'érige en tant que concept doté de caractéristiques propres permettant de l'identifier et d'en faciliter l'utilisation par les managers. Ainsi conçue par la doctrine managériale, l'externalisation présente-t-elle une définition spécifique de laquelle découlent des critères d'identification distinctifs. C'est d'ailleurs en référence à ces critères qu'il sera par la suite envisageable de démontrer son existence en droit civil sous la forme contractuelle. Conçue au sein de la stratégie d'entreprise à partir des travaux menés par les économistes tenants de la théorie des coûts de transaction, l'externalisation ne peut être comprise sans avoir été préalablement présentée en tant que concept stratégique dont l'émergence doit autant aux sciences de gestion

³⁵⁰ DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, p. 29.

³⁵¹ « L'externalisation consiste, pour l'entreprise, à restreindre son champ d'action, à se concentrer sur un petit nombre d'opérations et à confier le management des autres fonctions à des partenaires » : LEROY Fr., *Les stratégies de l'entreprise*, Dunod, 4^e éd., 2012, p. 91.

³⁵² « (...), la nécessité de créer plus de valeur pour les actionnaires incite les entreprises à concentrer leurs ressources financières sur leur « cœur de métier » et à transférer un plus grand nombre d'activités à leurs prestataires » : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *op. cit.*, p. 200.

³⁵³ Considéré comme le manuel de référence en la matière, le *Strategor* en propose la définition suivante : « Pour une entreprise, la stratégie consiste à choisir ses activités et à allouer ses ressources de manière à atteindre un niveau de performance durablement supérieur à celui de ses concurrents dans ces activités, dans le but de créer de la valeur pour les actionnaires » : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, p. 7. De manière plus pragmatique elle peut également être définie comme la discipline qui « consiste à déterminer les objectifs et les buts fondamentaux à long terme d'une entreprise, puis à choisir les modes d'action et l'allocation des ressources qui lui permettront d'atteindre ces buts, ces objectifs » : CHANDLER A. D., *Stratégies et structures de l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 1972, cité par PLANE J.-M., *Théorie et management des organisations*, Dunod, coll. Management – Ressources humaines, 3^{ème} éd., 2012, p. 51. Notons qu'Alfred Chandler est très souvent présenté comme le père fondateur de la stratégie d'entreprise. En particulier, nombreux sont les auteurs soulignant son apport majeur en la matière par la systématisation de l'utilisation du terme de stratégie dans le domaine de l'entreprise : CHANDLER A. D., *Strategy and structure: chapters in the history of the industrial enterprise*, Cambridge, M.I.T. Press, 1962.

³⁵⁴ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact. École des Hautes Études Commerciales, Paris, 2000, p. 20.

qu'aux sciences économiques (A). Ce n'est qu'à partir de là qu'il est concevable de l'envisager pleinement en tant qu'outil de gestion des ressources de l'entreprise (2).

A. Conceptualisation d'un outil de gestion des ressources de l'entreprise

20. Retour sur la terre d'émergence de l'externalisation. L'analyse de la réception de l'externalisation par le droit civil appelle une compréhension des nécessités économiques l'ayant rendu indispensable aussi bien pour les managers que pour les juristes. Essentiellement fondée sur un enrichissement progressif de la théorie des coûts de transaction, elle trouve son origine dans la science économique, et plus particulièrement dans le courant néo-institutionnel³⁵⁵, bien que l'utilisation qui en a été faite par la suite l'ait imposé au rang des principaux outils de gestion mis à la disposition des dirigeants d'entreprises en matière de management stratégique³⁵⁶. Toutefois, elle demeure avant tout le fruit de réflexions profondément théoriques menées sur le terrain économique. La bonne compréhension de l'existence de l'externalisation passe donc par un retour sur ses racines économiques constituant le terreau fertile de l'émergence postérieure d'un concept stratégique. Principalement focalisée sur les aspects pragmatiques de la question de l'externalisation, la littérature managériale s'est en effet le plus souvent consacrée à l'élaboration : soit de guides pratiques³⁵⁷ à destination des dirigeants d'entreprises, soit de catalogues dressant un inventaire à la Prévert de l'ensemble des activités faisant l'objet d'une externalisation

³⁵⁵ Initié à partir des travaux menés par Ronald Coase, ce courant repose notamment sur une remise en cause du dogme de l'économie néo-classique en vertu duquel le fonctionnement de l'économie reposait exclusivement sur le mécanisme du marché comme mécanisme exclusif de coordination. Conçu sur le modèle de la « *main invisible* » (SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* », Livre IV, chap. 2, 1776, rééd. Flammarion, 1991, tome 2, p. 42 et 43), Sir Arthur Salter précisait alors que « *le système économique normal fonctionne de lui-même. Ses opérations courantes ne sont soumises à aucun contrôle. Il n'a besoin d'aucune surveillance centrale. Dans la totalité des activités et des besoins humains, l'offre est ajustée à la demande et la production à la consommation par un processus automatique, flexible et fin* » : SALTER A., *Allied Shipping Control*, Oxford at the Clarendon Press, 1921, p. 16 et 17. Chef de file de l'économie néo-institutionnelle, Ronald Coase affirmait que « *la description de Sir Arthur Salter ne donne cependant qu'une image très incomplète de notre système économique* » : COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 135. Aussi proposait-il « *de combler ce qui apparaît comme une lacune, dans la théorie économique, entre l'hypothèse d'une répartition des ressources par le biais du système des prix, et l'hypothèse d'une allocation des ressources par l'entrepreneur coordinateur* » : COASE R. H., *op. cit.*, p. 138.

³⁵⁶ Depuis la fin des années 1990 la littérature managériale s'accorde à reconnaître que « *depuis une dizaine d'années, une évolution importante a pu être observée en matière d'externalisation* » : BARTHÉLEMY J., « Comment réussir une opération d'externalisation », *Revue française de gestion*, 2004/4, n°151, p. 9.

³⁵⁷ Il s'agit là de l'attachement des auteurs spécialisés à « *définir des « best practices » destinées à faciliter le travail de décision des managers* : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 80. En ce sens, « *la littérature managériale sur l'outsourcing est particulièrement florissante* » et « *répond à une véritable demande des managers, soucieux d'obtenir des « best practices » (i.e. des méthodes qui ont fait leurs preuves)* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 38.

stratégique³⁵⁸. Elle n'en donnait finalement que l'image d'un « *phénomène à la fois multiforme et en très forte croissance* »³⁵⁹ dont l'existence était certes patente, mais également dénuée de sens et de fondement en stratégie d'entreprise.

C'est pour cette raison, liée aux insuffisances d'une production doctrinale a-théorique, que l'externalisation est demeurée confuse³⁶⁰ aux yeux mêmes de ceux qui en avaient décelé, voire même constitué, l'existence. Il manquait donc à la stratégie d'entreprise un « *cadre conceptuel unifié permettant de traiter la question de la décision de l'externalisation* »³⁶¹. De la sorte, c'est en délaissant cette approche pragmatique que Jérôme Barthélemy proposait un « *modèle intégré de décision et de gestion de l'externalisation* »³⁶² fondé dans un premier temps sur les travaux menés en sciences économiques au sujet des modes de gouvernance. Ainsi offrait-il à l'externalisation stratégique une assise théorique solide en s'engouffrant dans le sillon tracé auparavant par Bertrand Quélin³⁶³. Ce n'est qu'après avoir cerné l'externalisation stratégique à l'aune d'une lecture rénovée et enrichie de la théorie des coûts de transaction, qu'il parvenait d'ailleurs à en proposer une définition pratique³⁶⁴. L'idée étant alors que la définition de l'externalisation ne pourrait éclore qu'à partir d'un terreau fertilisé par la théorie. Effectivement, poser des fondements théoriques propres à l'externalisation stratégique permettait d'une part, de mettre en évidence ses spécificités par rapport à d'autres outils stratégiques³⁶⁵ et d'en déduire d'autre part des caractéristiques propres matérialisant ce

³⁵⁸ « *La grande force de cette littérature est de nous familiariser avec ce phénomène relativement récent* » : BARTHÉLEMY J., *Ibid.* Pour autant, si la description des manifestations casuistiques de l'externalisation rend possible une première prise de contact, elle ne renseigne que de manière superficielle sur son fonctionnement et masque la logique qui la sous-tend.

³⁵⁹ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 18.

³⁶⁰ Malgré une croissance constante dans la pratique des managers, l'outil stratégique qu'est l'externalisation a tardé à acquérir une clarté manifeste tant il demeurait marqué par « *une certaine confusion* »³⁶⁰ souvent entretenue par une littérature pourtant foisonnante ; sur ce point voir notamment : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « *Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée* », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 101.

³⁶¹ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., *op. cit.*, p. 102.

³⁶² BARTHÉLEMY J. et DONADA C., *Ibid.*

³⁶³ Effectivement, Bertrand Quélin soulignait en 1997 qu'il serait « *novateur d'utiliser la théorie des coûts de transaction pour expliquer l'outsourcing* » : QUÉLIN B., « *L'outsourcing : une approche par la théorie des coûts de transaction* », *Réseaux*, vol. 15, n°84, 1997, p. 70. Notons que cet article constitue, du moins en langue française, l'un des premiers travaux proposant et mettant en œuvre cette démarche méthodologique nouvelle pour améliorer la compréhension du phénomène d'externalisation.

³⁶⁴ En apparence théorique, sa démarche poursuit *in fine* un objectif pratique dans la mesure où il admet rechercher une meilleure compréhension de l'externalisation, afin d'améliorer l'utilisation croissante qui en est faite par les managers et dirigeants d'entreprises. Il indique d'ailleurs explicitement que son « *objectif principal est d'étudier un phénomène en plein essor mais qui n'a pas encore reçu de véritable traitement théorique* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 6.

³⁶⁵ Citons par exemple, au titre de ces instruments destinés à améliorer l'allocation des ressources des entreprises de la manière la plus optimum possible, l'intégration verticale. Dans ce cas, la stratégie d'entreprise « *consiste à déterminer les objectifs et les buts fondamentaux à long terme d'une entreprise, puis à choisir les modes*

particularisme et facilitant son identification. Aussi lui semblait-il nécessaire de procéder à une étude des fondements théoriques de l'externalisation stratégique, seule à même de faciliter une conceptualisation ce phénomène.

Afin d'améliorer l'utilisation par les dirigeants d'entreprises de l'externalisation stratégique, Jérôme Barthélemy proposait une véritable conceptualisation de cet outil longtemps demeuré au stade de phénomène puis de simple choix stratégique dont il était suffisant de constater l'existence³⁶⁶. Une conceptualisation d'autant plus nécessaire qu'elle rendrait possible l'élaboration d'une définition rigoureuse, alors même que l'abondance de définitions³⁶⁷ proposées jusque-là par la littérature managériale présentait bon nombre d'écueils, dont la confusion et le manque de précision, faisant de « *l'externalisation, un phénomène encore peu clair* »³⁶⁸. Or, si ce phénomène paraissait déjà abscons pour la stratégie d'entreprise, la prise en compte de son existence en droit, civil puis administratif, devait nécessairement s'en ressentir. Pour paraphraser ce qu'Henry de Montherlant pouvait dire en ironisant sur les multiples interprétations de la Neuvième Symphonie, la définition de l'externalisation se présenterait donc, en matière de stratégie d'entreprise comme en droit, comme une auberge espagnole dès lors que, depuis plus d'une décennie, « *on tartine sur elle ; on y arrive extasié d'avance, y apportant, comme dans les auberges espagnoles, tout ce qu'on souhaite d'y trouver* »³⁶⁹. Dès lors, la recherche d'une définition rigoureuse, aux vertus à la fois unificatrice et pédagogique, nécessitait l'élaboration d'un concept stratégique à part entière qui dicterait les contours de son existence en tant qu'outil de management, puis de son existence juridique. Dans la mesure où il est souvent remarqué qu'une « *certaine confusion*

d'action et l'allocation des ressources qui lui permettront d'atteindre ces buts, ces objectifs » et conduit alors à adopter une stratégie d'intégration verticale, de délocalisation ou encore d'externalisation : CHANDLER A. D., *Stratégies et structures de l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 1972, cité par PLANE J.-M., *Théorie et management des organisations*, Dunod, coll. Management – Ressources humaines, 3^e éd., 2012, p. 51. En tant que tel, l'externalisation se présente alors comme un « *moyen rapide d'améliorer la performance des entreprises, de réduire les coûts et d'accroître la flexibilité* » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « L'externalisation : un choix stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n° 177, p. 97.

³⁶⁶ Palliant alors aux insuffisances de la littérature managériale consacrée à l'externalisation stratégique.

³⁶⁷ En effet, rares sont les études consacrées à l'externalisation passant sous silence la pléiade de définitions qui lui sont consacrées. Ainsi Jérôme Barthélemy affirmait-il par exemple que « *les définitions de l'outsourcing abondent dans la littérature managériale* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 20. Ce propos suffit à lui seul à illustrer cette profusion dans la mesure où il monopolise le terme anglais d'outsourcing pour désigner l'externalisation.

³⁶⁸ BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 9.

³⁶⁹ MONTHERLANT de H., *Notes de théâtre*, in *Théâtre*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, n°106, 1955, p. 1072.

entoure le terme « externalisation » dans la littérature de gestion »³⁷⁰, une juste appréhension de ce phénomène stratégique passe finalement par l'adoption d'une démarche similaire à celle préalablement empruntée par Jérôme Barthélemy. Il s'agit alors de remonter dans un premier temps à ses racines économiques (1) afin de percevoir plus nettement l'émergence proprement dite d'un concept stratégique (2).

1. Des racines théoriques économiques fondamentales

21. Le dépassement de l'organisation par la théorie des coûts de transaction. Focalisée sur le fonctionnement interne de l'entreprise³⁷¹, la théorie des organisations, pourtant proche de la stratégie d'entreprise, n'envisageait pas à l'origine l'existence d'un choix dont disposeraient les dirigeants parmi les modes de gouvernance. Elle ne se reposait d'ailleurs que sur l'existence d'un seul : la gouvernance par la firme. À l'inverse, nombre d'économistes à la suite de Ronald Coase ont pu affirmer qu'elle devait toujours être « *reliée à un réseau extérieur de prix et de coûts relatifs* »³⁷² ; en d'autres termes, au marché. Une relation dont ils jugeaient par conséquent nécessaire de comprendre le fonctionnement³⁷³. C'est en cela que la théorie économique des coûts de transaction est considérée comme un fondement essentiel de la stratégie d'entreprise, et encore plus de la conceptualisation de l'externalisation³⁷⁴. Les recherches menées en la matière par Ronald Coase³⁷⁵ puis Oliver Williamson³⁷⁶ ont en effet permis d'établir la liaison entre l'organisation interne de l'entreprise et la question de ses relations avec le marché. La détermination des limites du marché et de la firme à laquelle ils ont abouti a notamment rendu possible une application pratique de la théorie des coûts de

³⁷⁰ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n° 177, p. 101.

³⁷¹ « Les auteurs intéressés par le management étaient trop occupés à faire autre chose, c'est-à-dire à s'intéresser à la gestion interne des entreprises pour développer de nouvelles théories. Leur point fort consistait à créer des cadres conceptuels et des principes de management » : GHERTMAN M., « Applications pratiques de la théorie des coûts de transaction », *Groupe HEC*, 1998, p. 7.

³⁷² ROBBINS L., *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, McMillan and Co Limited, 1932, p. 71.

³⁷³ Ronald Coase affirma dès l'émergence de la firme qu'il « est important de découvrir la nature exacte de cette relation » entre le marché et l'entreprise : COASE R. H., « La nature de la firme », 1937, *Revue française d'économie*, vol. 2, n° 1, 1987, p. 137.

³⁷⁴ Bertrand Quélin affirmait d'ailleurs à propos de la stratégie d'entreprise aussi bien que de l'externalisation que, « sur un plan théorique, le pilier principal est la théorie des coûts de transaction » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n° 143, p. 23.

³⁷⁵ Nobélisé en 1991 pour sa contribution à la découverte et à la clarification du rôle des coûts de transaction dans la structure et le fonctionnement de l'économie.

³⁷⁶ Nobélisé quant à lui en 2009 pour ses recherches consacrées aux mécanismes de gouvernance, et notamment l'éclairage apporté sur les modes hybrides de gouvernance.

transaction offrant aux dirigeants d'entreprises un modèle propre à faciliter leur stratégie ; c'est-à-dire leur choix « *de décider que faire et comment le faire* »³⁷⁷.

Fondées sur l'intuition de Ronald Coase³⁷⁸, les travaux d'Oliver Williamson conduisirent en l'occurrence à l'établissement de méthodes pratiques permettant de déterminer en fonction du contexte les modes de gouvernance les moins coûteux afin de maximiser la création de valeur par les entreprises. Nourrie des apports de la théorie des organisations, la théorie des coûts de transaction suggère effectivement que les choix organisationnels des managers soient en partie dictés par la comparaison des coûts inhérents à chaque mode de gestion pour la réalisation d'une activité donnée³⁷⁹. La répartition des ressources mobilisées par les entreprises serait donc fonction du coût que leur utilisation entraîne. Elles adopteront par conséquent une stratégie d'intégration si l'activité peut être avantageusement réalisée en interne, ou bien elles recourront au marché si ce dernier apparaît plus efficient³⁸⁰. Aussi les travaux d'Oliver Williamson ont-ils participé à l'élaboration d'un modèle théorique propre à guider la stratégie des dirigeants d'entreprise³⁸¹, ainsi qu'à l'amélioration de la théorie des coûts de transaction permettant de la considérer comme une « *théorie de l'intégration verticale* »³⁸² dont l'aboutissement réside finalement dans le dévoilement de l'existence de structures hybrides de gouvernance situées entre le marché et la firme. Après avoir longtemps regretté que « *l'analyse de Coase sur l'insuffisante substitution de la firme au marché soit encore lacunaire* »³⁸³ sans pour autant sortir du carcan de la distinction binaire entre le marché et la firme, Oliver Williamson proposera en dernier ressort une évolution de la théorie des coûts de transaction prenant en compte le fait que « *les notions de marché et hiérarchies*

³⁷⁷ KNIGHT F. H., *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921, Bearbooks, 2002, p. 268.

³⁷⁸ La doctrine économique concédait effectivement dans sa grande majorité que « *l'article de Coase est d'abord à l'origine des travaux sur l'intégration verticale, liée aux coûts de transaction sur le marché* » : note de GILLIS X. sous : COASE R. H., *op. cit.*, p. 160.

³⁷⁹ Michel Ghertman précisait en effet que, « *chez Williamson, les modes de gouvernance ou institutions de l'économie sont le résultat de choix faits par les entreprises pour mettre en œuvre leur stratégie de la façon la plus efficace possible en économisant sur les coûts de transaction* » : GHERTMAN M., « Applications pratiques de la théorie des coûts de transaction », *Groupe HEC*, 1998, p. 46.

³⁸⁰ Michel Ghertman précisait sur ce point que la remise en cause de l'intégration verticale, rendue possible par l'approfondissement de la théorie des coûts de transaction, conduisit l'entreprise à accroître « *la sous-traitance et le développement considérable des alliances* » au lieu de considérer qu'elle pouvait « *tout organiser et tout contrôler à l'intérieur de ses propres frontières* » : GHERTMAN M., *op. cit.*, p. 8.

³⁸¹ Il sont effectivement conduit à prescrire aux managers que « *le choix de la meilleure structure de gouvernance et son bon fonctionnement doivent être au cœur des préoccupations des entreprises* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 168.

³⁸² BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 141.

³⁸³ CASSON M. C., *The growth of international business*, G. Allen and Unwin, London, p. 6.

sont largement insuffisantes pour décrire les nouvelles modalités d'organisation de la production ou les alliances entre firmes »³⁸⁴.

Au-delà d'un enrichissement opérationnel de la stratégie d'entreprise, les recherches menées par Oliver Williamson ont ainsi offert un possible cadre théorique à l'externalisation par la reconnaissance de modes hybrides de gouvernance entre le marché et la firme, suggérant ainsi un *vade-mecum* complet de la détermination des outils de gestion les mieux à même de garantir la création de valeur la plus élevée à long terme. Il précisait en effet les principes normatifs qui devraient guider les décisions stratégiques des dirigeants et leurs choix en matière de gouvernance. Aussi approfondissait-il la théorie des coûts de transaction par la description de leurs attributs, et notamment des plus essentiels : la spécificité des actifs, l'incertitude et la fréquence des transactions. À partir de là, il démontrait qu'il était possible pour les managers « de déterminer la forme de gouvernance optimale en fonction du niveau des coûts de production et de transaction (eux-mêmes déterminés par le niveau des attributs de transaction) »³⁸⁵. Il s'agissait alors de les convaincre que plus la spécificité des actifs et la fréquence des transactions augmentent, moins le recours au marché est profitable du fait de la croissance des coûts, impliquant que l'entreprise opte pour la gouvernance par la hiérarchie³⁸⁶. Mais il envisageait également l'hypothèse d'une « faillite » du fonctionnement interne de la firme reposant sur la subordination hiérarchique par le contrat de travail³⁸⁷. Elle se traduisait alors selon lui par un dérapage des coûts bureaucratiques³⁸⁸ appelant nécessairement comme réponse stratégique un changement de mode de gouvernance. Soulignant les lacunes théoriques en la matière³⁸⁹, Oliver Williamson devait cependant renoncer dans un premier temps à admettre la réalité de telles défaillances, négligeant ainsi

³⁸⁴ ABECASSIS C., « Les coûts de transaction : état de la théorie », *Réseaux*, 1997, vol. 15, n°84, p. 17.

³⁸⁵ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 95.

³⁸⁶ Oliver Williamson confirmait dans ce cas l'identification d'une défaillance du marché. Défaillance qu'il définissait ainsi : « *What are referred to here as market failures are failures only in the limited sense that they involve transaction costs can be attenuated by substituting internal organization for market exchange* » : WILLIAMSON O. E., « The Vertical Integration of Production : Market Failure Considerations », *American Economic Review*, vol. 61, issue 2, 1971, p. 114.

³⁸⁷ « *Ce contrat est caractérisé par le fait que l'allocation du travail au sein de la firme est fonction des ordres données par l'employeur, en opposition avec le contrat d'achat-vente, gouverné par le mécanisme des prix* (Coase, 1937 ; Simon, 1951 ; Arrow, 1974) » : BAUDRY B. et DUBRION B., *op. cit.*, p. 8.

³⁸⁸ C'est-à-dire des situations dans lesquelles, dépassant un certain seuil, « *les coûts bureaucratiques sont en partie le fruit de l'inefficience de la firme* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 165.

³⁸⁹ Aussi affirmait-il que, « *en comparaison de la littérature sur les défaillances du marché, la littérature sur les défaillances de la bureaucratie est relativement sous-développée* » : WILLIAMSON O. E., *Les institutions de l'économie*, InterÉditions, 1994, p. 183.

l'existence de formes de gouvernance intermédiaires³⁹⁰ alors même qu'il convenait selon lui dans ce cas « *de maîtriser le dérapage des coûts bureaucratiques tout en conservant la firme comme structure de gouvernance* » ; c'est-à-dire sans retourner au marché. Il s'attela en définitive à *l'explication de ce milieu enflé*³⁹¹, situé à mi-chemin du marché et de la hiérarchie qui inspirerait plus tard la conceptualisation de l'externalisation.

22. Une conceptualisation de l'externalisation inspirée des théories économiques. Le postulat théorique de départ retenu par Jérôme Barthélemy conduit effectivement à envisager l'externalisation stratégique comme une traduction de la remise en cause du recours à la firme, c'est-à-dire de la décision préalable d'intégration verticale, sans pour autant retourner à la forme « pure » du marché. Or, si l'intégration verticale est considérée comme l'aboutissement de la théorie des coûts de transaction telle qu'issue des recherches menées par Oliver Williamson³⁹², elle ne peut servir de fondement à l'externalisation stratégique, du moins pas en l'état d'aboutissement de ses travaux³⁹³. Ce dernier admettait d'ailleurs de lui-même que les conclusions auxquelles il aboutissait ne permettaient pas de lever totalement le voile sur la théorie des coûts de transaction. Celle-ci conservait, malgré ses efforts d'approfondissement des travaux de Ronald Coase, quelques « angles morts » parmi lesquels les structures hybrides de gouvernance³⁹⁴, les conditions de réalisation d'une « désintégration verticale »³⁹⁵, ou encore la conceptualisation de l'externalisation stratégique³⁹⁶. Si la théorie

³⁹⁰ Bien qu'il admette l'existence, en dehors du marché et de la firme, de « *transactions hybrides (qui seraient localisées entre ces deux pôles)* » : WILLIAMSON O. E., *op. cit.*, p. 83, il cru longtemps « *que les formes intermédiaires n'étaient pas viables* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 88.

³⁹¹ Expression empruntée à : HENNART J.-Fr., « Explaining the swollen middle : why most transactions are a mix of market and hierarchy », *Organization Science*, 4, 4, 1993, spéc. : « *Why are most transactions arrayed neither at the pure « market » nor at the pure « hierarchy » end of continuum, but rather in the « swollen middle », incorporating features both « market » and « hierarchy » ?* », p. 529.

³⁹² « *That vertical integration has never enjoyed a secure place in value theory is attributable to the fact that, under conventional assumptions, it is an anomaly : if the costs of operating competitive markets are zero, « as is usually assumed in our theoretical analysis », why integrate ?* » : WILLIAMSON O. E., « The Vertical Integration of Production : Market Failure Considerations », *American Economic Review*, vol. 61, issue 2, 1971, p. 112. Précisant d'ailleurs le lien avec la théorie des coûts de transaction en rappelant que « *les économies de coûts de transaction sont le principal facteur responsable des décisions d'intégration* » : WILLIAMSON O. E., *Les institutions de l'économie*, InterÉditions, 1994, p. 133.

³⁹³ « *Sur un plan théorique, le pilier central est la théorie des coûts de transaction. Mais cette approche présente un certain nombre de limites* » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 23

³⁹⁴ Céline Abecassis confirmait d'ailleurs l'existence de cet angle mort lorsqu'elle affirmait que « *les notions de marché et de hiérarchie sont largement insuffisantes pour décrire les nouvelles modalités d'organisation et de production ou les alliances entre firmes* » : ABECASSIS C., « Les coûts de transaction : état de la théorie », *Réseaux*, 1997, vol. 15, n°84, p. 17.

³⁹⁵ « (...) *la théorie des coûts de transaction ne parvient pas toujours à expliquer de manière totalement satisfaisante le mode de passage d'une structure de gouvernance à une autre, notamment de la hiérarchie aux formes hybrides* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 20. Oliver Williamson lui-même concédait d'ailleurs que, « *en*

des coûts de transaction élaborée par Oliver Williamson offre donc, sans conteste, « *les qualités requises pour aborder ces différents enjeux* »³⁹⁷ théoriques que présente l'externalisation, elle nécessite pour y parvenir certains « *aménagements* »³⁹⁸. Jérôme Barthélemy proposait alors d'approfondir à son tour les travaux d'Oliver Williamson dans la mesure où, alors que la théorie des coûts de transaction « *est fréquemment utilisée en management stratégique, son application directe et rigoureuse à la problématique de l'outsourcing reste à effectuer* »³⁹⁹.

Il procédait par conséquent d'une part au renouvellement de la théorie des coûts de transaction par une inversion de sa logique initiale, puis opérait, d'autre part, à son enrichissement par l'approfondissement de l'analyse des formes hybrides de gouvernance⁴⁰⁰. Ainsi Jérôme Barthélemy érigeait-il ce qui n'était jusque-là qu'un phénomène appréhendé de façon pragmatique par la littérature managériale en un concept stratégique à part entière reposant sur des fondements théoriques propres et présentant des critères d'identification symptomatiques d'une définition permettant de désigner l'externalisation comme un mode de gestion et d'allocation des ressources de l'entreprise. Il convient toutefois de préciser brièvement la teneur du raisonnement ainsi conduit afin de prendre plus facilement la mesure de l'émergence conceptuelle à laquelle il a pu donner lieu. De la même façon que le mode de gouvernance par la firme fut dégagé à partir du constat des défaillances du marché en termes de coûts de transaction⁴⁰¹ qui conduisait à l'intégration verticale, les modes hybrides de gouvernance devaient eux aussi procéder d'un phénomène symétrique prenant pour point de

comparaison de la littérature sur les défaillances du marché, la littérature sur les défaillances de la bureaucratie est relativement sous-développée » : WILLIAMSON O. E., *op. cit.*, p. 183.

³⁹⁶ Jérôme Barthélemy soulignait effectivement à ce titre l'existence de « *points aveugles* » de la théorie des coûts de transaction enrichie par Oliver Williamson : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 168.

³⁹⁷ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 7.

³⁹⁸ « *Toutefois, l'étude de la problématique de l'outsourcing nécessite d'apporter au moins trois aménagements* » à la théorie des coûts de transaction » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 13.

³⁹⁹ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 81.

⁴⁰⁰ Il suggère que si la mise en œuvre de la théorie des coûts de transaction peut conduire dans un sens à une intégration verticale, c'est-à-dire à un abandon du recours au marché en matière d'allocation des ressources au profit de la firme, elle peut dans l'autre justifier l'existence de situations dans lesquelles s'impose une désintégration verticale ; en d'autres termes l'abandon du recours à la firme au profit de formes de gouvernance hybrides au sein desquelles s'intègre l'externalisation.

⁴⁰¹ Ronald Coase présentait en effet dans son article fondateur que « *la principale raison qui rend avantageuse la création d'une entreprise paraît être qu'il existe un coût à l'utilisation du mécanisme des prix* » : COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n° 1, 1987, p. 139. Il parvenait d'ailleurs à démontrer que « *la firme offre une telle alternative à l'organisation de la production par les transaction de marché* », et ce « *chaque fois que les coûts administratifs de la firme sont inférieurs aux coûts de transaction sur le marché et que les gains consécutifs à la réorganisation des activités sont supérieurs aux dépenses engagées dans ce but par la firme* » : COASE R. H., « Le problème du coût social », *Revue française de gestion*, vol. 7, n° 4, 1992, p. 169.

départ une défaillance de la firme liée à un dérapage des coûts bureaucratique conduisant à une désintégration verticale⁴⁰². L'approche adoptée par Jérôme Barthélemy consistait alors à préciser les conditions de cette désintégration seulement effleurée par Oliver Williamson ; et donc du recours par les entreprises à ces modes de gouvernance intermédiaires empruntant à la fois au marché et à la firme sans pour autant se réduire ni à l'un ni à l'autre⁴⁰³.

Précisant que la littérature managériale avait dans son ensemble négligé « *les « véritables » règles de décisions ; les « véritables » risques de l'outsourcing (...); la question de l'échec de la firme* »⁴⁰⁴, Jérôme Barthélemy suggérait un authentique complément théorique au socle pragmatique de l'externalisation stratégique en précisant le dépassement, suggéré par Oliver Williamson, entre la firme et le marché⁴⁰⁵ par la consécration des modes hybrides de gouvernance. Il affirmait en effet que « *le « renversement » du modèle de Williamson permet de traiter la problématique de manière satisfaisante* »⁴⁰⁶, dans la mesure où le choix de l'externalisation stratégique revient à remettre en cause une décision préalable d'intégration verticale. Une fois ce postulat énoncé, il parvenait à démontrer qu'elle s'imposait ainsi comme une forme organisationnelle nouvelle à part entière justifiée par une défaillance conjuguée du marché et de la firme. Envisagée ainsi comme une forme de désintégration verticale, l'externalisation s'érigait en mode de gouvernance intermédiaire situé entre ces deux modes de gouvernance défaillants et répondait alors à la question de « *l'opportunité de continuer à réaliser en interne une transaction qui pourrait être gérée à l'aide d'une structure de gouvernance moins hiérarchique* »⁴⁰⁷, mais différente du marché. Jérôme Barthélemy renforçait par ailleurs sa démonstration au moyen de l'approche gestionnaire par les ressources et les compétences reposant principalement sur une prise en compte des coûts

⁴⁰² Conscient de la nécessité d'envisager l'existence de « *formes hybrides d'organisation* » dans la mesure où « *bien qu'il soit utile de considérer les marchés et les hiérarchies comme des modes alternatifs ayant de nombreux points communs, il est aussi essentiel de reconnaître que des forces et des faiblesses distinctes sont associées à chacun d'entre eux* », Oliver Williamson admettait qu'une telle hypothèse existe au point d'ailleurs de se déclarer « *à présent convaincu que les transactions du type intermédiaire sont beaucoup plus communes* » : WILLIAMSON O. E., *op. cit.*, p. 195, 197 et 111.

⁴⁰³ Il précisait d'ailleurs prendre ainsi en compte le reproche généralement adressé « *à la littérature managériale de ne pas effectuer de véritable travail de modélisation* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 76, et proposait alors une explication théorique à l'externalisation stratégique.

⁴⁰⁴ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 77.

⁴⁰⁵ Il affirmait effectivement que si, « *sur un plan théorique, l'économie des coûts de transaction a conduit la recherche à traiter d'un choix polaire entre marché et intégration* », la compréhension de l'externalisation stratégique nécessitait de dégager une alternative à ce choix en terme relationnel dans la mesure où « *la littérature managériale (était jusque là) très peu disserte sur la question de la relation avec le prestataire une fois qu'une opération d'outsourcing a été engagée* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 79.

⁴⁰⁶ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 142.

⁴⁰⁷ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 144.

de production et non plus des coûts de transaction⁴⁰⁸. Cette approche lui permettait effectivement de corroborer l'existence de l'externalisation en tant que mode de gouvernance stratégique intermédiaire et non simplement comme un simple remède à la défaillance de la firme.

2. Une émergence conceptuelle stratégique

23. L'émergence conceptuelle d'un mode de gouvernance stratégique. Alors que, depuis la fin des années 1990, la littérature managériale s'accorde pour reconnaître l'externalisation comme « *un phénomène à la fois multiforme et en pleine croissance* »⁴⁰⁹, les recherches effectuées par Jérôme Barthélemy ont permis de démontrer son caractère essentiel en tant que mode de gouvernance hybride. Son approche gestionnaire par les ressources et les compétences associée à la théorie des coûts de transaction le conduisait en effet à prendre en compte les coûts de production, affinant ainsi d'autant plus l'appréhension théorique du phénomène d'externalisation par la mise en évidence de la notion de « cœur de métier » et l'examen des différentiels de performance négligés dans le seul cadre des coûts de transaction⁴¹⁰. Renforcée par les travaux menés dans le domaine de l'économie industrielle, la théorie de la ressource monopolise en l'occurrence des développements relatifs à la spécialisation du travail pour affirmer que les ressources de l'entreprise, dans la mesure où ses moyens sont nécessairement limités, doivent être consacrées à la mise en œuvre des activités stratégiques, lesquelles constituent son « cœur de métier » ; en d'autres termes, les compétences qui lui permettent de bénéficier d'un avantage concurrentiel durable. Dès lors que les notions de « cœur de métier » et de performance prennent place aux côtés de la théorie des coûts de transaction pour fournir un fondement théorique à l'externalisation, celle-ci devient par conséquent tributaire d'un choix stratégique à part entière dans la mesure elle résulte du choix de « *ses activités et de l'allocation de ses ressources de manière à atteindre*

⁴⁰⁸ Aussi affirmait-il que « *l'approche par les ressources et les compétences permet également d'attirer l'attention sur la place importante tenue par les coûts de production dans les décisions d'outsourcing* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 246.

⁴⁰⁹ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 18.

⁴¹⁰ Il affirmait ainsi « *pouvoir contribuer à améliorer notre compréhension de la décision d'outsourcing* » en permettant « *d'aborder des points laissés dans l'ombre par la théorie des coûts de transaction* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 206 et 211.

un niveau de performance durablement supérieur à celui de ses concurrents dans ces activités, dans le but de créer de la valeur pour les actionnaires »⁴¹¹.

À l'aune de cet éclairage théorique composite, l'externalisation présente clairement une existence stratégique en tant que mode d'allocation des ressources de l'entreprise ; en d'autres termes, un mode de gestion et d'organisation des ressources à part entière aux côtés du marché et de la firme. Elle permet effectivement de dépasser la motivation traditionnelle de la désintégration verticale issue de la théorie des coûts de transaction en mettant en évidence au-delà de la défaillance de la firme et du marché la recherche manifeste d'une gestion plus performante des ressources. À la maîtrise traditionnelle des coûts bureaucratiques s'ajoute alors une volonté stratégique de performance dans la réalisation des activités stratégiques de l'entreprise. De plus, à l'instar de l'intégration de la notion de « cœur de métier », l'apport de la prise en compte du « différentiel de performance » accentue la dimension stratégique du mode de gouvernance intermédiaire que constitue l'externalisation. Dès lors que « *la décision d'outsourcing repose essentiellement sur la comparaison de la performance des services internes avec celle des meilleurs prestataires du marché* »⁴¹² et de la prise en compte du périmètre stratégique de l'entreprise, la motivation du recours à l'externalisation ne peut résider exclusivement dans un souci de pallier l'augmentation des coûts bureaucratiques, mais bien également d'une volonté stratégique d'amélioration de la performance de l'entreprise⁴¹³. Plus sûrement encore, à la différence de l'intégration verticale, l'externalisation est donc un mode de gouvernance stratégique par lequel l'entreprise comble son déficit de performance sur certaines activités nécessaires à son fonctionnement sans avoir pour autant à les acquérir ; c'est-à-dire en maintenant ses propres ressources pour la réalisation des activités relevant de son « cœur de métier ».

24. L'émergence conceptuelle d'un outil de gestion stratégique. Ainsi l'externalisation se présente-t-elle comme un mode stratégique inédit de gestion des ressources de l'entreprise

⁴¹¹ DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, p. 7.

⁴¹² BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 231.

⁴¹³ L'externalisation ne représente donc plus un mode de gouvernance intermédiaire, mais également un mode de gouvernance stratégique dans la mesure où il constitue « *une réponse à un différentiel de performance entre les services internes et les meilleurs prestataires du marché* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 233, hypothèse par ailleurs confirmée par : CHEON M. J., GROVER V. et TENG J., « Decisions to outsource systems functions : testing a strategy-theoretic discrepancy model », *Decision Science*, vol. 26, 1995. Ces derniers observaient effectivement que dans la pratique plus l'écart entre le niveau de performance réel d'une entreprise et le niveau souhaité est important, plus le recours à l'externalisation est fréquent.

dans la mesure où il s'agit d'améliorer sa performance en recentrant leur utilisation pour la réalisation d'activités à fort potentiel concurrentiel⁴¹⁴. Alors que, dans le cadre de la sous-traitance, autre mode de gestion des ressources, « *la coordination entre l'entreprise donneuse d'ordres et le sous-traitant prend la forme d'une « relation d'autorité »* »⁴¹⁵, l'externalisation repose donc nécessairement sur une relation de type coopératif dans la mesure où une forme d'interdépendance est effectivement instaurée afin d'assurer une gestion « commune » et partagée des ressources, ainsi que la convergence des intérêts de chacune des parties⁴¹⁶. Aussi l'externalisation appelle-t-elle de la part de chacune d'elles une attitude active dans cette gestion. S'il est vrai que le partenaire apporte les ressources et leur direction, l'entreprise externalisatrice en garde le pilotage et le contrôle indirect. Fondée sur le partage des risques entre les partenaires, une telle idée n'apparaît effectivement pas dans le cadre des outils traditionnels de gestion des ressources des entreprises. Elle trouve cependant une justification avec l'externalisation envisagée comme un mode inédit de leur gestion stratégique dans la mesure où le fort degré de spécificité des actifs dont il est question et leur importance pour la bonne réalisation du « cœur de métier » impliquent que l'entreprise externalisatrice ne renonce pas y veiller. Aussi s'impose-t-elle alors comme une « *forme organisationnelle nouvelle, consistant à gérer des ressources en externes* », à « *gérer des ressources situées en dehors de l'entreprise mais nécessaires à son fonctionnement et parfois peu éloignées de son cœur de métier* » »⁴¹⁷.

Présentée comme un instrument mis à la disposition de l'entreprise afin de lui permettre de « *gérer son périmètre d'activité et (de) choisir les axes de son développement* », l'externalisation est en effet un outil stratégique inédit de gestion des ressources dont la finalité réside dans la recherche de « *la meilleure des configurations de ces actifs pour assurer le développement de l'entreprise* »⁴¹⁸, et d'envisager l'hypothèse d'une configuration

⁴¹⁴ Éric Brousseau indiquait d'ailleurs à propos de l'externalisation que « *les entreprises ont entrepris un vaste mouvement de recentrage sur leur « métier ». Il s'agit de simplifier la gestion des entreprises en diminuant la taille et en limitant la diversité de leurs activités tout en bénéficiant d'une division accrue du travail qui, selon les principes de l'analyse économique, permet d'augmenter la productivité* » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n° 147, p. 22.

⁴¹⁵ Relation d'autorité fondée « *sur deux caractères : la subordination juridique (inscrite dans le contrat) mais également la dépendance économique* » également retranscrite dans le contrat : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 28.

⁴¹⁶ « *Les relations sont beaucoup plus complexes à gérer car elles nécessitent souvent la mise en place de relations de collaboration étroite liant les entreprises externalisatrices avec leurs prestataires* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 5.

⁴¹⁷ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 84 et 5.

⁴¹⁸ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n° 143, p. 13 et 14.

en partie extérieure à l'entreprise. Ce faisant, au-delà de l'économie et de l'amointrissement de la prise de risque, elle favorise davantage la valorisation du « cœur de métier » par un recentrement des moyens de l'entreprise⁴¹⁹. La prise en compte des théories économiques et de gestion permet par conséquent de préciser les contours de l'existence stratégique de l'externalisation appréhendée comme un mode de gestion des ressources de l'entreprise fondé sur une logique coopérative. L'externalisation ne peut effectivement être résumée à un moyen de réduire les coûts de l'entreprise dans un contexte économiquement contraint, elle exprime à part entière « *une nouvelle façon de gérer des ressources vitales* »⁴²⁰. C'est d'ailleurs en cela qu'elle « *acquiert une véritable dimension stratégique* »⁴²¹ pour l'entreprise. Reste néanmoins à vérifier si la littérature managériale a finalement admis ce fondement théorique, et comment il s'est finalement matérialisé.

B. Consécration d'un outil de gestion des ressources de l'entreprise

25. L'identification d'un outil de gestion stratégique à part entière. L'incapacité précédemment soulignée de la littérature managériale à fournir un « *véritable cadre unificateur* »⁴²² à l'externalisation se manifestait également lorsqu'il s'agissait d'en donner une définition univoque et précise dans le cadre de la stratégie d'entreprise. À la différence de la sous-traitance⁴²³, de laquelle elle doit être distinguée⁴²⁴, l'externalisation ne faisait l'objet d'aucune définition susceptible de déterminer avec exactitude et pérennité la réalité recouverte par ce concept. C'est d'ailleurs par une confrontation avec la sous-traitance que

⁴¹⁹ Il est en effet admis que « *ce recentrage a pour conséquence de focaliser les ressources sur ses compétences spécifiques, au travers d'opérations d'externalisation* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 14, et donc que le recours à l'externalisation permet ainsi aux entreprises de « *diminuer leurs coûts et augmenter leur compétence et leur flexibilité en adoptant une stratégie de recentrage sur leurs compétences clés et d'externalisation pour les activités périphériques* » : DUMOULIN R. et MARTIN A., « L'externalisation de la R&D : une approche exploratoire », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 55.

⁴²⁰ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 17.

⁴²¹ QUÉLIN B., *Ibid.*

⁴²² BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 83.

⁴²³ La sous-traitance bénéficie d'une définition reconnue officiellement par le Conseil Économique et Social depuis 1973 : « *la sous-traitance est l'opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production ou de services dont elle conservera la responsabilité économique finale* » : Journal Officiel, 26 avril 1973, cité par : BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 12.

⁴²⁴ Dès le début des années 1990, François Bruté de Rémur consacrait une étude à la notion de facilities management, désignant de l'époque du phénomène d'externalisation en matière informatique. Il considérait alors que « *les acteurs n'en cernent pas toujours toutes les facettes juridiques et parlent souvent à tort de sous-traitance* » : BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992, p. 14.

Jérôme Barthélemy parvint finalement à en préciser les contours, ainsi que les critères propres à son identification. Si, d'un côté, l'externalisation et la sous-traitance se rejoignent dans leur propension à se présenter comme désignant « *le fait de confier une activité et son management à un fournisseur ou à un prestataire extérieur plutôt que de la réaliser en interne* »⁴²⁵ ; de l'autre, les fondements théoriques spécifiques de l'externalisation les éloignent nécessairement en tant qu'outil de gestion des ressources de l'entreprise.

Considérée en effet comme le résultat d'une remise en cause d'une décision d'intégration verticale, l'externalisation implique non seulement une internalisation préalable de l'activité concernée, mais également « *un transfert d'actif vers le prestataire* »⁴²⁶. En conséquence, c'est parce qu'un actif suffisamment spécifique est exclu du périmètre de l'entreprise que se justifie l'instauration d'une relation de coopération et non pas seulement une simple relation d'échange avec le marché. L'externalisation stratégique se positionne donc ainsi là où « *le prestataire est chargé de se substituer aux services internes dans le cadre d'une relation de moyen ou de long terme, différente d'une relation de sous-traitance* »⁴²⁷. Ainsi ressort-il de cette comparaison avec la sous-traitance que l'externalisation se distingue des modes traditionnels de gestion de leurs ressources mis à la disposition des dirigeants d'entreprises et des managers notamment par la logique relationnelle sur laquelle ils reposent réciproquement. De ce point de vue, l'externalisation stratégique ne doit effectivement être assimilée, ni à une simple logique d'acquisition d'un bien ou d'un service par le recours au marché, ni à une logique du recours à la firme pour l'organisation d'un travail subordonné. Résumant les deux cas de figure, il n'est donc plus question de raisonner en terme de logique patrimoniale⁴²⁸. Il est en l'occurrence admis que « *la décision d'externalisation peut être conçue comme le passage d'une structure de gouvernance d'intégration verticale à une structure de gouvernance plus relationnelle* » manifesté par sa forme hybride⁴²⁹. Théorisée en partie par

⁴²⁵ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 11.

⁴²⁶ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 22. Dans la mesure où, précédemment réaliser en interne, les actifs mobilisés pour la réalisation de cette activité présentent dès lors un surcoût inutile.

⁴²⁷ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 23.

⁴²⁸ Cette rupture avec la logique patrimoniale se retrouve dans de nombreux travaux, plus particulièrement ceux menés par les tenants de la nouvelle théorie des droits de propriété. Selon ces derniers la propriété aurait progressivement fait preuve de son insuffisance à assurer efficacement la gestion des entreprises, et notamment l'allocation des ressources. Pour plus de précisions sur cette rupture cf. : SAUTEL O., « L'évolution de la théorie des contrats incomplets face à la dé-intégration verticale », *Revue d'économie industrielle*, vol. 1, n° 117, 2007, p. 93 et s.

⁴²⁹ Bertrand Quélin précisait effectivement que ce passage permettait « *d'affirmer que l'externalisation est une forme de gouvernance hybride* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 19.

référence à l'émergence des modes hybrides de gouvernance et par la prise en compte de l'approche gestionnaire par les ressources et les compétences, l'externalisation s'impose comme un mode de gouvernance stratégique constituant à part entière un outil de gestion des ressources pour l'entreprise. Il repose effectivement sur une rupture avec la logique patrimoniale permettant de le singulariser des autres modes de gestion plus traditionnels. Une juste appréhension de l'existence stratégique de l'externalisation en tant qu'outil de gestion implique donc la mise en évidence de la logique relationnelle nouvelle qui la sous-tend (1), puis de son analyse par le prisme de la coopération (2).

1. Un outil fondé sur une logique nouvelle de gestion

26. Une rupture avec la logique patrimoniale classique. Il est vrai que, au-delà du changement de mode de gouvernance, la désintégration verticale traduit également une mutation profonde de logique relationnelle dans la gestion des ressources de l'entreprise. Il n'est en effet plus question de raisonner alors en terme d'échange ou de subordination ; c'est-à-dire en terme d'acquisition, sur le marché, d'un bien ou d'un service nécessaire au fonctionnement de l'entreprise, ou d'acquisition de la structure de production nécessaire à sa production en interne. L'intégration théorique de l'externalisation au sein des formes hybrides de gouvernance fournit d'ailleurs un argument supplémentaire au soutien de cette hypothèse d'une rupture marquée avec la logique patrimoniale. Elle s'impose effectivement en tant que telle comme un mode de gestion de ressources extérieures à l'entreprise ; en d'autres termes, comme un mode de gestion de ressources exclues de son patrimoine. Et si, selon le renouvellement de « *la théorie des coûts de transaction, l'outsourcing implique le passage d'une structure de gouvernance hiérarchique à une structure de gouvernance hybride* »⁴³⁰, elle traduit également une forme d'innovation organisationnelle dans la mesure où elle implique des changements profonds dans l'appréhension de leurs ressources par les managers. Alors que la stratégie conduit les managers à déterminer le périmètre de leur « cœur de métier » et l'accumulation des compétences nécessaires à sa réalisation, elle les conduit inmanquablement à estimer dans le même temps la configuration optimale de leurs ressources. L'externalisation participe en conséquence expressément à la valorisation de ce

⁴³⁰ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 163.

« cœur de métier » en permettant l'allocation prioritaire des ressources propres à son bénéfice⁴³¹.

Bertrand Quélin rappelait en outre sur ce point que l'essor contemporain de l'externalisation s'expliquait en particulier par l'émergence d'un contexte stratégique « *de réduction des coûts et de rationalisation des entreprises (...), de l'évolutivité des activités intégrées par les entreprises (qui) remettent en question la logique de portefeuille (ou patrimoniale) longtemps dominante* »⁴³². Il apparaît donc bien que l'évolution de la pratique de l'externalisation par les dirigeants d'entreprises traduit une profonde remise en question de dogmes économiques et managériaux pourtant jusque-là profondément ancrés, en particulier s'agissant de la logique patrimoniale. Si « *on a longtemps considéré que le succès d'une entreprise pouvait être évalué à l'aune de sa taille* »⁴³³, de nombreux exemples ont pu démontrer par la suite que l'étendue du périmètre d'une entreprise n'était en rien un gage de son succès, entraînant parfois même son échec⁴³⁴. Alors que traditionnellement la stratégie d'entreprise a pu conduire les dirigeants à acquérir les ressources ou les fonctions de production nécessaires afin de renforcer durablement leur avantage concurrentiel, l'externalisation symbolise cette rupture radicale avec la logique patrimoniale. Il est également possible de percevoir, au-delà de cela, la remise en cause de la pertinence du modèle développé par Michael Porter en matière de stratégie concurrentielle. Fondé sur une logique d'affrontement sur le marché des concurrents, ce modèle paraît opposé à la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation reposant quant à elle sur l'instauration d'une relation étroite entre eux et non d'une relation d'échange ponctuel ou de subordination hiérarchique permanente. Davantage proche de la logique de la division du travail pensée à partir du modèle industriel et des travaux d'Adam Smith⁴³⁵, l'externalisation emprunterait une logique profitant du fait que « *les entreprises*

⁴³¹ Aussi Bertrand Quélin affirmait-il que « *externaliser et investir sur son cœur de métier sont donc les deux facettes d'une même activité de l'entreprise : gérer son périmètre d'activité et choisir les axes de son développement (...), les dirigeants de l'entreprise sont amenés à questionner le périmètre de leur métier, à analyser les actifs dont ils ont besoin, et à examiner la meilleure des configurations de ces actifs pour assurer le développement de l'entreprise* » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 13 et 14.

⁴³² QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 15.

⁴³³ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 30, évoquant notamment sur ce point les travaux de Sarah Freeman et Kim Cameron : CAMERON K. et FREEMAN S., « Organizational downsizing : a convergence and reorientation framework », *Organization Science*, 4, 1, 1993, p. 10 à 29.

⁴³⁴ « *Alors que de nombreuses entreprises semblent donc se rendre compte qu'elles ont dépassé la taille optimale en intégrant des activités trop éloignées de leur « cœur de métier », l'outsourcing apparaît comme un moyen de remédier à cette erreur* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 3.

⁴³⁵ Adam Smith démontrait en effet que, « *dans chaque art, la division du travail, aussi loin qu'elle peut y être portée, amène un accroissement proportionnel dans la puissance productive de travail. C'est cet avantage qui*

spécialisées disposent (sur leur activité de prédilection) de coûts inférieurs à ceux des entreprises travaillant sur toute la chaîne de valeur »⁴³⁶. Il ne s'agit dès lors plus d'acheter un bien ou un service sur un marché, ni de le faire soi-même, mais plutôt de la faire faire.

27. Le dépassement de l'alternative classique du « make or buy ». Détachée de la logique patrimoniale traditionnelle dans le cadre de la gestion des ressources de l'entreprise, l'externalisation stratégique conduit finalement les managers à dépasser l'alternative classique du « *make or buy* »⁴³⁷ en matière d'allocation des ressources et d'organisation des fonctions de production. Ainsi se singularise-t-elle clairement en tant qu'outil de gestion des ressources par une logique relationnelle propre sur laquelle elle repose. Elle présente en l'occurrence une possibilité nouvelle permettant non plus d'acquérir dans une logique patrimoniale mais plutôt d'accéder aux ressources et aux unités de production. Aussi ne peut-elle être traitée de la même façon que d'autres outils stratégiques dont la logique est fondamentalement différente, si ce n'est même opposée. Par le recours à l'externalisation, l'entreprise monopolise donc des ressources qu'elle ne possède pas⁴³⁸ et en bénéficie alors à un moindre coût⁴³⁹ et à un moindre risque⁴⁴⁰. Ce faisant, au-delà de l'économie et de l'amointrissement de sa prise de risque, l'externalisation favorise davantage la valorisation du « cœur de métier » par un recentrement de ses moyens⁴⁴¹. En contrepartie de l'instauration d'une relation partenariale et non plus patrimoniale, elle présente également une caractéristique particulière : la nécessité pour

paraît avoir donné naissance à la séparation des divers emplois et métiers » : SMITH A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Ink Book édition, Paris, 2012, p. 47.

⁴³⁶ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 221.

⁴³⁷ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 18.

⁴³⁸ « *Les entreprises ont de plus en plus recours à l'externalisation pour palier un savoir-faire indisponible en interne ou difficile à préserver* » : DUMOULIN R. et MARTIN A., « L'externalisation de la R&D : une approche exploratoire », *Revue française de gestion*, 2003/2, n° 143, p. 55.

⁴³⁹ Au-delà d'une diminution des coûts de gestion, l'externalisation permet également de modifier la nature budgétaire de ces dépenses. Effectivement, alors que les dépenses entraînées par la gestion patrimoniale des ressources de l'entreprise correspondent à des dépenses fixes ; c'est-à-dire dont l'existence et le montant sont irréductibles tant que l'actif est conservé, celles qu'une gestion externalisée induit s'apparentent davantage à des dépenses variables ; en d'autres termes des dépenses que l'entreprise peut moduler en fonction de ses besoins. En cela l'externalisation apporte une certaine flexibilité budgétaire dans le cadre de la gestion des ressources de l'entreprise.

⁴⁴⁰ Elle n'a en effet pas à investir des moyens pour la réalisation d'activités qu'elle ne juge pas essentielles à la pérennisation de son avantage concurrentiel

⁴⁴¹ « *Ce recentrage a pour conséquence de focaliser les ressources sur ses compétences spécifiques, au travers d'opérations d'externalisation* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 14. Le recours à l'externalisation permet ainsi aux entreprises de « *diminuer leurs coûts et augmenter leur compétence et leur flexibilité en adoptant une stratégie de recentrage sur leurs compétences clés et d'externalisation pour les activités plus périphériques* » : DUMOULIN R. et MARTIN A., *op. cit.*, p. 55.

l'entreprise « *de définir, de piloter et de contrôler la stratégie* »⁴⁴² et ce, même lorsque qu'une activité est externalisée.

L'externalisation ne se résume donc pas à un moyen de réduire les coûts de l'entreprise dans un contexte économiquement contraint, elle constitue également « *une nouvelle façon de gérer des ressources vitales* »⁴⁴³. Elle se présente en effet comme « *un phénomène dynamique, un passage d'un mode de gestion interne à un mode de gestion externe des ressources* »⁴⁴⁴. La rupture ainsi consommée avec la logique patrimoniale implique donc un renouvellement relationnel de la gouvernance des ressources de l'entreprise éclairé utilement par la théorie des coûts de transaction. Le fort degré de spécificité des actifs, dont la gestion est effectivement confiée dans cette situation à un partenaire extérieur, impose à l'entreprise externalisatrice de ne pas renoncer à tout contrôle. La relation n'est dès lors plus irriguée par l'échange ou la subordination, mais simplement par la coopération dans la gestion de ressources extérieures nécessaires au fonctionnement normal du « cœur de métier » de l'entreprise. Dès lors qu'il n'est plus question d'acquérir systématiquement les ressources dont les entreprises peuvent avoir besoin, l'externalisation sort du sillon patrimonial pour emprunter celui de l'accession⁴⁴⁵. Dépassant l'alternative du « *make or buy* », l'externalisation se positionne par conséquent bien entre le marché et la firme comme un mode hybride de gouvernance rompant avec la logique patrimoniale. Ainsi s'impose-t-elle comme une modalité organisationnelle à part entière fondée sur une logique nouvelle caractéristique des formes intermédiaires de gouvernance, et qui manifeste un renouvellement des relations entretenues par l'entreprise dans le cadre de la gestion des ressources : la coopération.

⁴⁴² BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992, p. 15. Et de compléter qu'il « *lui appartient aussi de définir les objectifs par elle recherchés, l'architecture du système d'information qu'elle entend mettre en place pour que l'informatique améliore sa productivité et sa compétitivité* ».

⁴⁴³ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴⁴ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴⁵ « *En résumé, l'outsourcing permet d'accéder à des ressources qui ont été transférées à un prestataire et qui sont maintenant sa propriété* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 235 et 236.

2. Un outil inspiré d'une logique de gestion coopérative

28. L'émergence d'un mode de gestion coopératif des ressources. L'éclairage apporté en matière de stratégie d'entreprise par les théories économiques conduit finalement à envisager l'externalisation comme une « *structure de gouvernance hybride novatrice* »⁴⁴⁶. Mais au-delà, l'enrichissement par les théories gestionnaires informe sur le fait que l'alternative stratégique imposée aux managers les conduit désormais à « *se poser sans cesse les questions de « faire, acheter ou s'allier »* »⁴⁴⁷. Posant ainsi la problématique du choix qui se pose à tout dirigeant d'entreprise lorsqu'il envisage le périmètre de son « cœur de métier », Bertrand Quélin exposait par delà les trois modes de gouvernance dont il dispose afin de procéder à l'allocation de ses ressources la logique qui les sous-tend. En effet, soit le manager décide d'« *acheter* » sur le marché une prestation qui ne relève pas de ses compétences stratégiques, soit il décide de la « *faire* » en interne, s'il estime qu'elle pourrait la rendre plus compétitive, soit il envisage de « *s'allier* » avec un prestataire présent sur le marché et disposé à interagir avec lui dans une logique partenariale. Aussi cette dernière option révèle-t-elle la nature profondément coopérative de la relation instaurée par le recours à l'externalisation en tant que mode de gouvernance hybride. Cette dernière consiste donc, par l'instauration d'une relation de coopération, à permettre à une entreprise de se concentrer sur la réalisation de son « cœur de métier » en accédant à des ressources extérieures pour la mise en œuvre d'activités accessoires. Se retrouvent alors explicitement ici les conséquences du basculement d'une logique patrimoniale, basée sur l'acquisition des ressources, vers une logique relationnelle reposant sur une gestion coopérative de ces mêmes ressources.

Dès lors qu'il est aujourd'hui de plus en plus fréquent qu'une « *entreprise ne possède pas nécessairement toutes les ressources et les compétences dont elle a besoin pour assurer sa pérennité* »⁴⁴⁸, l'externalisation suggère une solution nouvelle par le recours à la logique coopérative dans la mesure où la gestion des ressources passe alors par « *le développement de relations partenariales qui cherche à réduire les risques, à améliorer la flexibilité et à permettre à l'entreprise d'accéder à des compétences stratégiques* »⁴⁴⁹ sans avoir à les acquérir. Alors que dans le cadre de l'alternative précédente du « *make or buy* » une telle

⁴⁴⁶ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 121.

⁴⁴⁷ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 14.

⁴⁴⁸ BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n° 177, p. 102.

⁴⁴⁹ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 14.

répartition des risques n'existe pas entre les agents économiques, celle-ci est consubstantielle à toute forme hybride de gouvernance et tout particulièrement à l'externalisation stratégique. Cette dernière se manifeste par conséquent dans le cadre de la stratégie d'entreprise par la mise en place de relations d'étroites collaborations entre les entreprises, de coopération inter-entreprises⁴⁵⁰. Bien plus qu'un simple « *mode de gestion des ressources situé entre la firme et le marché* »⁴⁵¹, l'externalisation se présente en fin de compte comme une forme hybride de gouvernance particulière par laquelle il devient possible, pour une entreprise, de gérer de manière coopérative des ressources dont elle a besoin mais dont elle n'est plus propriétaire, lui permettant ainsi de ne pas avoir à investir des moyens pour la réalisation d'activités qu'elle ne juge pas essentielles à la pérennisation de son avantage concurrentiel.

29. L'identification de l'existence coopérative de l'externalisation. Les développements précédents permettent donc d'affirmer que l'externalisation manifeste une existence concrète à part entière en tant qu'outil stratégique de gestion des ressources qui influence les frontières de l'entreprise, et donc sa substance, ainsi que ses relations⁴⁵², en substituant une relation coopérative avec le marché à un mécanisme hiérarchique et interne, ainsi qu'à une simple relation d'achat d'une prestation sur le marché. Alors que traditionnellement la frontière de la firme se dessine lorsqu'une entreprise renonce à poursuivre une activité ou refuse de la prendre en charge, l'externalisation propose une troisième voie qui pourrait les rendre poreuses. Il ne s'agit plus en effet pour l'entreprise de renoncer intégralement à exercer une activité, mais plutôt d'écarter l'hypothèse d'une gestion directe. Si son périmètre semblerait donc devoir se réduire dans la mesure où l'activité est transférée à un partenaire, l'entreprise demeure néanmoins concernée par la gestion dès lors qu'elle y collabore. De ce fait, loin d'annoncer la fin de l'entreprise comme entité de production et de création de valeur⁴⁵³, l'externalisation stratégique représente une façon renouvelée de concevoir leur gouvernance.

⁴⁵⁰ Au point d'ailleurs qu'il soit parfois identifiée une tendance « à évoluer, dans certains cas, vers une relation de partenariat et de codéveloppement » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵¹ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 114.

⁴⁵² Évoquant certaines conséquences de l'externalisation, Jérôme Barthélemy et Carole Donada considéraient qu'il « en résulte alors une redéfinition des frontières entre les entreprises ainsi que de nouvelles exigences en termes de gestion des relations entre les partenaires » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n° 177, p. 101.

⁴⁵³ Certains auteurs soulignent d'ailleurs à ce sujet l'existence d'un risque particulier : celui de voir émerger une forme d'entreprise virtuelle dans le cas « où la totalité des fonctions est confiée à des partenaires » et où « la réalité physique et globale de l'entreprise disparaît au profit de coopérations entre personnes pour réaliser un produit, ou proposer un service, sur la base d'objectifs communs » : MEISSONIER R., *L'entreprise virtuelle : un concept ou une réalité managériale*, IAE d'Aix-en-Provence, Programme doctoral, 1998, p. 5 et 6.

En tant que telle, l'externalisation induit une relation coopérative durable à travers laquelle elle peut donc clairement être identifiée dans la pratique des managers en référence à un socle théorique solide et des critères propres tel que celui tenant à l'existence d'une logique coopérative animant la relation entretenue entre les opérateurs économiques.

Ainsi est-il possible, en partant d'une définition pratique de l'externalisation stratégique, de dresser un « portrait robot » de ses manifestations⁴⁵⁴. À l'instar de sa définition, ces manifestations s'identifient plus aisément par leur confrontation avec celles d'autres outils stratégiques similaires ne reposant pas, quant à eux, sur une telle logique. Ainsi ce critère particulier suffirait-il à la distinguer de la sous-traitance dès lors que celle-ci se rapproche sensiblement d'une utilisation ponctuelle du marché, et donc d'une logique d'acquisition, et non d'une logique coopérative. Il est d'ailleurs possible d'évoquer à titre d'illustration le cas de l'externalisation de la fonction recherche et développement par les entreprises. Longtemps restée dans le giron du « cœur de métier »⁴⁵⁵, cette fonction fait aujourd'hui l'objet d'une externalisation croissante⁴⁵⁶ caractérisée essentiellement par le maintien d'un contrôle exercé par l'entreprise externalisatrice sur l'activité en question. Il apparaît effectivement difficilement concevable qu'une telle fonction puisse être intégralement laissée à l'initiative de partenaires extérieurs. Se retrouve alors ici l'une des caractéristiques de ce mode de gestion de ressources qu'est l'externalisation : la nécessité pour l'entreprise « *de définir, de piloter et de contrôler la stratégie* »⁴⁵⁷ dans un esprit de coopération. En conséquence « *transaction, délégation et surveillance sont au cœur du dispositif d'externalisation* »⁴⁵⁸ entendu comme un mode de gestion coopératif et stratégique.

Au-delà de cette caractéristique particulière inhérente à la logique qui l'anime, il convient cependant de se rendre compte qu'aucun de ces outils n'échappe néanmoins à la nécessité du recours au contrat afin d'assurer leur mise en œuvre concrète. François Bruté de Rémur

⁴⁵⁴ En d'autres termes une cartographie de l'externalisation stratégique.

⁴⁵⁵ Dans la mesure notamment où il était reconnu que, « *par sa recherche et développement (R&D), l'entreprise tente de solutionner rapidement les problèmes rencontrés, de développer et d'améliorer ses produits pour conserver ou acquérir une proposition concurrentielle importante (...) (elle) permet à l'entreprise de préparer son avenir* » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « L'externalisation de la R&D : une approche exploratoire », *Revue française de gestion*, 2003/2, n° 143, p. 55.

⁴⁵⁶ « *La raison principalement évoquée quant au choix de confier des activités de R&D à l'extérieur est la recherche de compétences spécifiques non disponibles en interne* » : DUMOULIN R. et MARTIN A., *op. cit.*, p. 61.

⁴⁵⁷ BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992, p. 15.

⁴⁵⁸ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 16.

soulignait d'ailleurs qu'après avoir été considérée « *comme un mal nécessaire (on délègue quand on ne pouvait faire autrement), le recours aux services extérieurs devient aujourd'hui un élément structurant de la stratégie des entreprises, un outil de gestion comme le leasing, la maintenance tierce partie ou le travail temporaire* »⁴⁵⁹. Or chacun de ces outils de gestion, et ce quelque soit la logique qui le sous-tend, trouvent dans le contrat l'opportunité de sa réalisation⁴⁶⁰. Il aurait d'ailleurs été surprenant qu'il en aille différemment pour la mise en œuvre de l'externalisation. Toutefois, fondée sur une logique relationnelle de coopération, l'externalisation semble devoir emprunter une voie contractuelle singulière par rapport aux autres outils dont la finalité se borne à un simple échange ou à l'instauration d'une subordination juridique au sein de la firme.

§2 : *Un outil juridique résumé à sa dimension contractuelle*

30. Une traduction juridique essentiellement contractuelle. Reposant sur l'instauration d'une logique relationnelle de coopération entre l'entreprise et son partenaire, « *transaction, délégation et surveillance sont au cœur du dispositif d'externalisation* »⁴⁶¹ entendu comme un outil de gestion particulier mis à la disposition des entreprises. Ces éléments composent donc le cadre indispensable à l'instauration d'une telle relation de coopération laquelle, en conséquence, « *requiert un cadre contractuel* »⁴⁶². Rien de surprenant dès lors que l'un des fondements essentiels de l'externalisation se trouve dans une lecture renouvelée de la théorie des coûts de transaction. Non seulement cette théorie présentait déjà, *ab initio*, un lien ténu avec le contrat ; mais, de plus, son renversement suggéré par Jérôme Barthélemy accentue encore davantage l'attelage composé de l'externalisation et du contrat. Initialement Ronald Coase considérait en effet, à travers la délimitation des frontières de la firme par la prise en compte des coûts de transaction⁴⁶³, qu'il pouvait arriver que l'organisation de la production et l'allocation des ressources par le seul fait du marché présentent des coûts du fait de la succession de contrats d'échanges nécessaires pour assurer une telle coordination de

⁴⁵⁹ BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶⁰ Qu'il s'agisse du contrat de crédit-bail concernant le leasing, du contrat de louage d'ouvrage concernant la maintenance, ou encore du contrat de louage de service concernant le travail temporaire.

⁴⁶¹ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 16.

⁴⁶² QUÉLIN B., *Ibid.*

⁴⁶³ Selon Ronald Coase, « *la principale raison qui rend avantageuse la création d'une entreprise paraît être qu'il existe un coût à l'utilisation du mécanisme des prix* », c'est-à-dire à la coordination naturelle de l'économie par le recours au marché à l'aide de simples contrats d'échanges : COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 139.

l'économie. Il affirmait alors que la firme, en tant que mode alternatif de gouvernance de l'économique, trouvait sa justification dans le fait qu'elle permettait « *la suppression du système des prix* »⁴⁶⁴ dans la mesure où ce qui la caractérise c'est l'absence d'un tel système « *remplacé par un mécanisme interne de coordination* »⁴⁶⁵ fondé sur la subordination hiérarchique⁴⁶⁶ au sein de la firme.

Néanmoins, dans les deux hypothèses coasiennes, la théorie des coûts de transaction conduisait à reconnaître au contrat une place centrale dans l'organisation économique. Même dans l'hypothèse d'une coordination interne des ressources, Ronald Coase identifiait effectivement toujours une relation contractuelle⁴⁶⁷. Si le marché constituait bien le lieu par excellence des transactions contractuelles d'échanges entre les entreprises⁴⁶⁸, il n'en demeurait pas moins que l'intégration verticale reposait également sur une relation contractuelle fixant le cadre de la subordination hiérarchique⁴⁶⁹. Certes, le mécanisme de coordination du système économique n'était plus fondé, comme le pensaient les néo-classiques, sur les prix du marché mais sur celui de l'autorité⁴⁷⁰. Mais c'était toujours par

⁴⁶⁴ COASE R. H., *op. cit.*, p. 137. L'auteur précisait en effet que, n'ayant pas « *besoin de passer une série de contrats avec les facteurs qui coopèrent au sein de l'entreprise, comme il serait nécessaire, bien sûr, si cette coopération était le résultat direct du fonctionnement du système des prix* », un tel mode de gouvernance permettait de réduire les coûts de transaction inhérents à la succession d'échanges sur le marché : COASE R. H., *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶⁵ GHERTMAN M. « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction », *Revue française de gestion*, 2003/1, n°142, p. 44.

⁴⁶⁶ Il évoque le mécanisme de la firme comme reposant sur « *une autorité (un entrepreneur)* » dont l'objectif serait d'assurer la répartition des ressources (COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 141). C'est pour cette raison que le terme de firme est parfois remplacé par celui de hiérarchie dans les travaux d'Oliver Williamson, lequel reconnaît, à l'instar de Ronald Coase, que le marché est « *un système de prix dans lequel la firme est une fonction de production* » ainsi qu'un mode d'organisation dans lequel c'est « *l'acte d'autorité ou ordre qui tient lieu de mécanisme interne de coordination* » : GHERTMAN M., « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction », *Revue française de gestion*, 2003/1, n°142, p. 49.

⁴⁶⁷ Les économistes contemporains soulignent d'ailleurs que « *le remarquable article de Coase sur la nature de la firme est instructif car il analyse directement la firme et le marché et fait ressortir les coûts de transaction et les relations contractuelles comme des éléments décisifs à étudier* » : WILLIAMSON O. E., *Market and hierarchies : analysis and anti-trust implications*, FreePress ; New-York, Macmillan, London, p. 6.

⁴⁶⁸ « (...) , les marchés apparaissent comme des institutions destinées à faciliter l'échange (...) » : COASE R. H., *La firme, le marché et le Droit*, Diderot Multimédia, 1997, p. 14.

⁴⁶⁹ Au sein de la firme, c'est effectivement « *par le contrat (que) le facteur accepte d'obéir « dans certaines limites », ceci en échange d'une certaine rémunération* » : COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 140.

⁴⁷⁰ Effectivement, « *la marque distinctive de la firme est la suppression du système des prix* » : COASE R. H., *op. cit.*, p. 137, et plus précisément encore, la substitution du mécanisme de l'autorité à celui des prix dans la mesure où « *à l'intérieur de la firme les négociations individuelles entre les différents centres qui coopèrent à la production sont éliminés, une décision administrative se substituant à une transaction de marché* » : COASE R. H., « Le problème du coût social », *Revue française d'économie*, vol. 7, n°4, 1992, p. 169.

l'intermédiaire du contrat que la « *main visible* »⁴⁷¹ des managers organisait la stratégie de leur entreprise. Il sera toutefois reproché par la suite à Ronald Coase de ne pas avoir suffisamment approfondi son édifice théorique⁴⁷², oubliant notamment d'évoquer l'existence d'un mode intermédiaire de gouvernance de l'économie dont relève l'externalisation⁴⁷³; laissant alors planer un doute sur la nature contractuelle de cette dernière. Éric Brousseau rappelait cependant que, à l'instar de toute forme hybride de gouvernance, l'externalisation impose d'assurer « *la prise de conscience par chaque partie des intérêts de l'autre* » afin de garantir la poursuite sereine d'une relation de coopération⁴⁷⁴. Il est donc légitime d'affirmer qu'elle se traduise juridiquement elle aussi sous la forme d'un contrat « *nécessaire pour gérer les ressources externalisées et se protéger de l'opportunisme éventuel du prestataire* »⁴⁷⁵.

Organisée notamment autour de la question du partage inédit des risques relatifs à l'organisation de la gestion, et notamment de l'allocation des ressources, l'externalisation repose sur la mise en œuvre d'une relation de coopération instaurée entre une firme et le marché. En tant que telle, elle induit nécessairement une relation coopérative durable⁴⁷⁶. Présente au cœur des modes de gouvernance intermédiaires, le logique coopérative traduit finalement l'articulation d'une part d'échange, dans la mesure où il est fait appel aux mécanismes d'incitation du marché, ainsi qu'à une part de subordination hiérarchique, dès lors que le partenaire demeure étroitement lié à l'entreprise externalisatrice. L'externalisation manifeste donc une forme d'innovation organisationnelle ayant des répercussions juridiques, et ce notamment en ce qui concerne l'organisation externe de l'entreprise. Le recours à l'externalisation implique en effet une évolution des relations entretenues avec les partenaires extérieurs, et donc du vecteur juridique utilisé. Or, si le contrat reste l'instrument privilégié des relations nouées entre les opérateurs économiques, son contenu peu bien évidemment

⁴⁷¹ Cette substitution se retrouve également au cœur de l'ouvrage d'Alfred Chandler : CHANDLER A. D., *The visible hand: the managerial revolution in american business*, Belknap Press of Harvard University Press, 1978 : trad., *La main visible des managers*, Economica, 1989. L'auteur y démontre notamment pourquoi l'entreprise permettrait une meilleure coordination de l'économie que la coordination par le marché. Il en conclut finalement que le pouvoir résiderait aujourd'hui davantage entre les mains des managers que du marché.

⁴⁷² Ainsi par exemple Roger Clarke considère-t-il que « *la critique fondamentale de la discussion par Coase de la nature de la firme est qu'elle était essentiellement descriptive et qu'elle manquait de contenu opérationnel, faute de fournir des hypothèses vérifiables empiriquement* » : CLARKE R., *Industrial economics*, Blackwell, Oxford, 1985, p. 177.

⁴⁷³ Il est progressivement apparu que « *les notions de marché et de hiérarchies sont largement insuffisantes pour décrire les nouvelles modalités d'organisation de la production ou les alliances entre les firmes* » : ABECASSIS C., « Les coûts de transaction : état de la théorie », *Réseaux*, 1997, vol. 15, n°84, p. 17.

⁴⁷⁴ BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 36.

⁴⁷⁵ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷⁶ Effectivement, une « *externalisation bien menée est indissociable d'une réflexion stratégique sur le moyen terme* », si ce n'est le long terme : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 14.

évoluer en fonction de la relation qu'il instaure. Effectivement, dès lors que la volonté d'une coopération entre les acteurs économiques conduit toujours à « *instaurer un dispositif interindividuel de pilotage et de contrôle de l'exécution de l'accord* »⁴⁷⁷ dans la mesure où il ne peut exister de coopération « naturelle »⁴⁷⁸, il semble que « *le contrat passé entre les deux partenaires apparaît comme un moyen d'asseoir cette confiance* »⁴⁷⁹ et dont le rôle est de fixer le cadre d'une telle relation lui apposant des caractéristiques propres⁴⁸⁰. En tant qu'outil stratégique conceptualisé à partir de la théorie coasienne des coûts de transaction, l'externalisation semble par conséquent devoir être étroitement associée au contrat. Cependant, étant donné les lacunes qui lui ont été reprochées, il paraît indispensable d'approfondir l'analyse de la théorie des coûts de transaction afin de confirmer que l'externalisation stratégique appelle une prise en compte contractuelle (A), dont l'instrument présente un fort degré de spécificité économique (B).

A. Une prise en compte contractuelle de la stratégie d'externalisation

31. Une forme hybride intégrée à un modèle contractuel commun. Symptomatique des modes hybrides de gouvernance, la logique coopérative irrigant l'externalisation ne devait donc pas remettre en cause l'importance du contrat, dégagée principalement par les travaux menés par Oliver Williamson dans le cadre de la théorie des coûts de transaction. Alors que ce dernier reconnaissait finalement l'importance à accorder aux formes de gouvernance intermédiaires empruntant les avantages réciproques du marché et de la firme pour optimiser les coûts de transaction et la performance de l'entreprise, il ne négligeait pas non plus les incidences de cette évolution des modes de gouvernance en termes contractuels. Dès lors qu'il ne s'agissait plus de coordonner l'action des acteurs économiques par des incitations ou par la subordination, il convenait de déterminer la forme juridique que devraient adopter ces relations nouvelles fondées sur une logique de coopération. Justifiée par une finalité différente, l'externalisation présente cependant les caractéristiques propres adaptées à la gestion par un prestataire extérieur d'actifs spécifiques nécessaires à la bonne réalisation du

⁴⁷⁷ BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 27, s'interposant ainsi entre, d'un côté, les contrats complets et de faibles durées laissant une forte indépendance au prestataire typique et de l'autre, les contrats de subordination par lesquels une partie se place totalement sous l'autorité d'une autre, propres à la hiérarchie.

⁴⁷⁸ « *En effet, les entreprises sont d'abord et avant tout animées par la recherche de leur propre intérêt et il est peu de raisons qui pourraient justifier qu'il est raisonnable de penser qu'elles sont « naturellement » coopératrices* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 36.

⁴⁷⁹ BROUSSEAU É., *Ibid.*

⁴⁸⁰ Éric Brousseau affirmait d'ailleurs que « *le contrat reste le garant en dernier ressort de la pérennité de ce processus de coopération et d'ajustement mutuel* » : BROUSSEAU É., *Ibid.*

« cœur de métier » d'une entreprise dans la mesure où elle reste fondamentalement animée par cette même logique coopérative. L'analyse contractuelle de l'externalisation appelle donc dans un premier temps à s'intéresser à celle des modes de gouvernance intermédiaires initiée dès 1991 par Oliver Williamson⁴⁸¹.

Corroborée par les théories économiques autant que par les théories gestionnaires, l'intégration de l'externalisation aux formes hybrides de gouvernance s'étend par conséquent irrémédiablement sur le terrain contractuel. Qui plus est, elle ne découle pas simplement de l'évidence des réflexions menées par la doctrine mais aussi d'une simple observation de la pratique des managers. Aussi l'assimilation sur le plan contractuel de l'externalisation à un mode de gouvernance intermédiaire puise-t-elle sa confirmation autant dans les travaux menés par Oliver Williamson, Ian Macneil ou encore Paul Joskow, que dans ceux des gestionnaires et stratèges, affirmant pour leur part qu'elle se positionne ainsi dans la mesure où « *le prestataire est chargé de se substituer aux services internes dans le cadre d'une relation de moyen ou de long terme, différente d'une relation de sous-traitance* »⁴⁸² typique du marché, mais semblable à la mise en œuvre d'une gouvernance hybride. Elle trouve même une résonance particulière auprès des juristes, essentiellement civilistes, invités à s'y intéresser par l'importance grandissante de ce phénomène. Alors qu'Éric Brousseau précisait que ce modèle contractuel, commun aux formes hybrides et à l'externalisation stratégique, offrait la possibilité « *d'expliquer ce qu'est (...) tout contrat « entre le marché et la hiérarchie »* »⁴⁸³, il engageait ainsi la réflexion sur le « *contrat « vecteur de l'externalisation »* »⁴⁸⁴ et son éventuelle traduction sous les traits d'une formule particulière : le contrat-cadre⁴⁸⁵, contrat de long-terme considéré parfois comme un contrat à exécutions successives. Incontestablement rattachée aux modes de gouvernance intermédiaires empruntant à la fois aux mécanismes du marché et de la firme, l'externalisation ne peut en l'occurrence échapper à une analyse économique à travers le prisme du contrat. Bien que

⁴⁸¹ WILLIAMSON O. E., « Comparative economic organization : the analysis of discrete structural alternatives », *Administrative Science Quarterly*, 36, 1991, p. 269 à 296, spéc. p. 271 et s. à propos de la question contractuelle : « (...), i advance the hypothesis that each generic form of governance – market, hybrid, and hierarchy – needs to be supported by a different form of contract law ».

⁴⁸² BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 23.

⁴⁸³ BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 125.

⁴⁸⁴ DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 9.

⁴⁸⁵ « Il appartient donc aux parties de choisir le ou les contrats d'externalisation appropriés : essayons de les éclairer, de leur donner quelques repères, en rendant compte des contrats qui instituent l'externalisation et de ceux qui concourent à sa réalisation » : DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 10.

déformante du point de vue du droit, cette analyse enrichit la connaissance de son existence économique. Ainsi est-il utile de préciser sa détermination contractuelle en tant que forme hybride de gouvernance (1) avant de confirmer son assimilation contractuelle correspondante (2).

1. La détermination contractuelle d'une forme hybride de gouvernance

32. L'influence d'une évolution vers l'entreprise transactionnelle. Alors qu'il présentait les enjeux du recours à l'externalisation par les entreprises dans un environnement économique globalisé, Christian Marmuse rappelait qu'il répondait en partie à la problématique de leur « *efficacité opérationnelle* »⁴⁸⁶ sur les marchés. Actant le passage d'une logique patrimoniale à une logique coopérative, d'une volonté d'organiser une production de masse permettant des économies d'échelle et des effets de synergie à une volonté de recentrement sur le « cœur de métier » afin de favoriser une allocation optimale des ressources, il rappelait que « *la taille est de plus en plus souvent vécue comme un handicap* » par les entreprises⁴⁸⁷. Il revenait également sur l'évolution qu'avait pu connaître la théorie des coûts de transaction afin de réaffirmer avec force la démarcation entre l'externalisation et le recours au marché⁴⁸⁸. Les mutations de la stratégie d'entreprise conduisaient cependant à une réorganisation des relations économiques entretenues entre les opérateurs économiques, et donc de leurs relations juridiques et contractuelles. Dépassant la simple question de la maîtrise opérationnelle des coûts, l'externalisation s'impose en effet comme un outil stratégique de gestion des ressources de l'entreprise motivée également par la recherche d'une performance organisationnelle⁴⁸⁹. Aussi, détachés d'une logique traditionnelle d'acquisition verticale de l'intégralité d'une chaîne de production, les managers préfèrent-ils désormais opter pour une

⁴⁸⁶ « Cette question de l'externalisation (...) s'intéresse à l'équilibre des coûts entre les deux parties de l'alternative « faire ou faire faire ». Il s'agit alors de parler des enjeux de l'externalisation en termes d'efficacité opérationnelle des entreprises » : MARMUSE Ch., « Les enjeux de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 4.

⁴⁸⁷ Il précisait en effet que « cet effet de taille se double de l'apparition de déséconomies liées à des coûts de coordination de grandes unités (...). Le choix de l'externalisation se comprend donc par rapport à un arbitrage entre économies et déséconomies d'échelle. Les pratiques de downsizing nous montrent cependant que la taille est de plus en plus souvent vécue comme un handicap » : MARMUSE Ch., *op. cit.*, p. 5.

⁴⁸⁸ Il affirmait effectivement que le recours à l'externalisation ne venait en rien « remettre en cause le référentiel des coûts de transaction, des économies d'échelle et de l'intégration, comme si les dirigeants de ces entreprises négligeaient les coûts de recours au marché en privilégiant d'autres valeurs qu'il conviendra de mettre en lumière » : MARMUSE Ch., *Ibid.*

⁴⁸⁹ Michael Porter démontrait d'ailleurs que l'on « imite facilement les techniques de gestion de la concurrence, ses nouvelles technologies, l'amélioration des facteurs de production ; et la compétition sur l'efficacité opérationnelle finit par entraîner un nombre croissant d'entreprises dans le tourbillon d'une compétition mutuellement destructrice » : PORTER M. E., « What is Strategy ? », *Harvard Business Review*, Novembre-Décembre 1996, p. 62.

« spécialisation sur leur cœur de métier par rapport à une dispersion des ressources sur l'ensemble d'une chaîne de valeur »⁴⁹⁰ focalisant alors leurs moyens sur des activités à fort potentiel concurrentiel.

Loin de ce que représentaient auparavant les grandes entreprises industrielles⁴⁹¹, l'entreprise s'affiche désormais davantage comme « un chef d'orchestre (qui) s'applique à gérer efficacement un Mécano parfois gigantesque rassemblant de multiples intervenants, indépendants mais pourtant associés dans une convergence d'intérêts »⁴⁹² symptomatique de l'adoption d'une logique marquée par le souci de la coopération. Parlant alors d'entreprise transactionnelle, Christian Marmuse en développait les principales caractéristiques parmi lesquelles l'externalisation d'activités accessoires au « cœur de métier » par le biais de relations contractuelles instaurant un cadre de souplesse et de contrôle envisagé alors comme « la clef de voûte d'une efficience à long terme »⁴⁹³. Économiquement fondée sur l'idée d'une coordination par le contrat des relations entre les agents, l'organisation de l'entreprise repose essentiellement sur cet instrument, et ce également en ce qui concerne l'allocation des ressources⁴⁹⁴, au point d'être parfois désignée comme un « nœud de contrats »⁴⁹⁵. En tant que mode de gouvernance hybride, l'externalisation ne devrait donc pas y faire exception. Distincte de l'alliance inter-firmes ainsi que de la *joint venture*, l'externalisation n'en demeure pas moins une forme d'organisation fondée sur une logique coopérative typique de la gouvernance intermédiaire et instaurée par le biais d'une catégorie de contrats similaires. Dès lors qu'il apparaît finalement que « le contrat joue un rôle central dans l'externalisation, car il définit et codifie les obligations du prestataire et de l'entreprise cliente »⁴⁹⁶, il convient

⁴⁹⁰ MARMUSE Ch., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹¹ « (...) nées de la nécessité de concentrer la main-d'œuvre dans des lieux uniques, dès lors que la production nécessitait l'usage d'équipements coûteux » : MARMUSE Ch., *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹² MARMUSE Ch., *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹³ MARMUSE Ch., *Ibid.*

⁴⁹⁴ « La théorie économique du choix de gouvernance est fondée sur l'idée que la coordination entre agents économiques repose sur des accords volontaires et bilatéraux entre eux. Les agents économiques disposent de ressources productives dont ils échangent le produit ou qu'ils mettent conjointement en œuvre (...). Telles sont les raisons pour lesquelles des « contrats » sont signés. Il s'agit d'engagements par lesquels les agents définissent bilatéralement des obligations réciproques en vue de la réalisation d'une transaction » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 22 et 23.

⁴⁹⁵ Prenant pour point de départ l'analyse économique de la firme proposée par Ronald Coase, une partie de la doctrine s'accorde en effet aujourd'hui pour admettre que, « dans cette perspective, la firme s'analyse comme un système particulier de relations contractuelles, elle est un nœud de contrats, entre individus » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., « Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences » », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 2010, p. 59.

⁴⁹⁶ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 21.

de déterminer les contours de cette traduction contractuelle envisagée du point de vue de l'économie. Il s'agit néanmoins dans un premier temps de s'assurer de la pertinence d'une telle traduction, ainsi que du genre contractuel auquel appartiendrait cette espèce singulière de forme hybride de gouvernance.

33. Une traduction contractuelle évidente pour les formes hybrides. À l'origine d'un renouvellement en profondeur de l'appréhension de l'organisation de l'économie, la théorie des coûts de transaction aboutit en fin de compte à une vision contractuelle de la firme, laquelle devait également conduire à la généralisation du contrat comme instrument principal de la coordination des agents économiques et des facteurs de production. Approfondissant la théorie de la firme dont les bases furent posées par Ronald Coase, Oliver Williamson mit en effet plus précisément l'accent sur l'importance du contrat dans le cadre de la théorie des coûts de transaction. Conscient que cette dernière devait permettre aux managers d'améliorer l'allocation des ressources⁴⁹⁷, il se focalisa sur l'amélioration de l'opérationnalité de cette théorie. Partant du postulat que « *les transactions entre agents économiques peuvent utiliser comme support institutionnel des modes de gouvernance différents* »⁴⁹⁸ en fonction des coûts qu'ils induisent, il compléta la distinction binaire opposant le marché et la firme⁴⁹⁹ par l'introduction d'un troisième mode de gouvernance : les formes hybrides. Admettant que le fonctionnement interne de la firme présente lui-aussi des coûts⁵⁰⁰, il constatait qu'il existe en

⁴⁹⁷ Selon lui, la théorie des coûts de transaction devait notamment permettre de prescrire aux managers que « *le choix de la meilleure structure de gouvernance et son bon fonctionnement doivent être au cœur des préoccupations des entreprises* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 168.

⁴⁹⁸ GHERTMAN M., « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction », *Revue française de gestion*, 2003/1, n°142, p. 45.

⁴⁹⁹ En effet, Ronald Coase ne concevait pas l'hypothèse d'une voie intermédiaire entre le marché et la firme. Or, si une telle conception de l'organisation des facteurs de production peut sembler théoriquement séduisante, certains auteurs ne manqueront pas, par la suite, de souligner que « *si, pour les théoriciens, l'opposition entre marché et firme est fertile, elle devient inadéquate dès que l'on essaie de rendre compte des situations de gestion pratiques* » : ABECASSIS C., « Les coûts de transaction : état de la théorie », *Réseaux*, 1997, vol. 15, n°84, p. 17. Nombre d'auteurs dénonceront par la suite cette tendance à demeurer trop enserré dans l'élaboration théorique d'un modèle explicatif « utile » du fonctionnement de l'économie. Ceci explique d'ailleurs en grande partie pourquoi il regrettera plus tard « *que son texte de 1937 a été beaucoup cité et peu utilisé* » : COASE R. H., « Industrial organisation : a proposal for research », in *Policy issues an research opportunities in Industrial Organisation*, V. R. Fuchs éd., National Bureau of economic research, New York, 1972, p. 6.

⁵⁰⁰ Qu'il désigne alors sous le terme de coûts bureaucratiques afin de les distinguer des coûts de transaction externes liés à la succession de contrats d'échange ; on trouve ici une référence possible aux travaux menés en dehors du cadre économique, par exemple : CROZIER M., *Le phénomène bureaucratique*, Éditions du Seuil, Paris, 1964, apportant une forte nuance aux travaux de Max Weber, lequel plaidait en faveur de la promotion du modèle bureaucratique d'organisation, Michel Crozier souligne notamment l'existence de nombreux dysfonctionnements du modèle bureaucratique ; spéc., p. 219 et s. : « (...), la rigidité de comportement, les difficultés d'adaptation et les conflits avec le public renforcent le besoin de contrôle et de réglementation, (...) » (p. 220) engendrant des coûts supplémentaires.

réalité deux types deux défaillances en matière de coordination de l'économie : d'un côté la défaillance du marché et de l'autre la défaillance de la firme conduisant quant à elle à une désintégration verticale⁵⁰¹ ; c'est-à-dire, soit à un retour au marché, soit au recours à une forme intermédiaire de gouvernance. Quoi qu'il en soit, la doctrine économique considérait déjà que « *l'étude de la relation bilatérale reste cependant un maillon élémentaire et indispensable à la compréhension des modes de régulation d'un système économique* »⁵⁰².

Chacun de ces trois modes de gouvernance de l'économie reposait donc nécessairement sur l'instrument contractuel. Tout comme l'envisageait Ronald Coase⁵⁰³ avant lui, Oliver Williamson prenait d'ailleurs appui sur les travaux de Chester Barnard⁵⁰⁴ pour démontrer que la hiérarchie au sein de l'entreprise reposait sur le contrat de travail⁵⁰⁵. Ce faisant il fondait « *son analyse de la firme sur l'opposition entre contrat de travail et contrat d'achat-vente* »⁵⁰⁶. Dès lors, l'internalisation d'une transaction consiste à substituer au mécanisme des prix, imposant une succession de contrats d'échange, le mécanisme de la hiérarchie, reposant sur un contrat de travail⁵⁰⁷ unique et de long terme⁵⁰⁸. Et, dès lors que le marché et la firme se révèlent concomitamment défaillants, les formes hybrides prennent le relais emportant logiquement avec elles une nouvelle forme contractuelle. Procédant à une analyse approfondie de ces formes intermédiaires de gouvernance, Oliver Williamson complétait alors

⁵⁰¹ Dysfonctionnement lié à un dérapage des coûts bureaucratiques dont Jérôme Barthélemy justifie l'existence par une perte d'efficacité du fonctionnement interne de la firme, estimant que « *les coûts bureaucratiques sont en partie la fruit de l'inefficacité de la firme* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p.165.

⁵⁰² BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 15. L'auteur poursuivait d'ailleurs en précisant que « *la relation bilatérale est considérée comme fondatrice de l'organisation économique* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 16.

⁵⁰³ « *Le concept juridique d'« employeur et d'employé » et le concept économique de firme ne sont pas identiques car la firme peut impliquer un contrôle sur la propriété d'une autre personne comme sur sa force de travail. Néanmoins les concepts sont suffisamment proches pour qu'une analyse du concept juridique soit intéressante pour la compréhension du concept économique* » : COASE R. H., « *La nature de la firme* », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 156.

⁵⁰⁴ Selon lequel l'autorité se définit comme « *le caractère d'une communication (ou ordre) acceptée par un contributeur ou un membre de l'organisation comme gouvernant son action* » : BARNARD C. I., *The functions of the executive*, Cambridge, MA : Harvard University Press, 1938, p. 163.

⁵⁰⁵ « *Ce contrat est caractérisé par le fait que l'allocation du travail au sein de la firme est fonction des ordres données par l'employeur, en opposition avec le contrat d'achat-vente, gouverné par le mécanisme des prix (Coase, 1937 ; Simon, 1951 ; Arrow, 1974)* » : BAUDRY B. et DUBRION B., « *L'influence des travaux de Chester I. Barnard sur la théorie contractualiste de la firme : une appréciation critique* », *Association Internationale de Management Stratégique*, 2009, p. 8.

⁵⁰⁶ BAUDRY B. et DUBRION B., *op. cit.*, p. 9.

⁵⁰⁷ Aussi désigné sous le terme de contrat-subordination.

⁵⁰⁸ « *L'essence de la coordination par la firme se situe dans l'exercice du pouvoir d'autorité* » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le livre de poche, coll. « Références », Paris, 1995, p. 50.

d'un point de vue contractuel la distinction déjà suggérée entre le contrat d'échange, du marché, et le contrat de travail, de la firme. Pour ce faire il utilisait les notions de contrat « néo-classique » et de contrat « relationnel », empruntées aux travaux de Ian Macneil⁵⁰⁹, qu'il associait à ces structures nouvellement identifiées. Contractuellement la structure intermédiaire de gouvernance devait donc reposer donc sur des contrats de long terme⁵¹⁰ par lesquels se noue une étroite relation de coopération⁵¹¹ entre l'entreprise et son prestataire. Au-delà du seul aspect contractuel, il est important de rappeler que celui-ci est inspiré par la logique des mécanismes d'incitation et de contrôle. Selon Oliver Williamson les formes hybrides de gouvernance bénéficieraient ainsi de l'incitation caractéristique du marché associée à un important degré de contrôle, typique de la firme. Ainsi ce genre contractuel doit-il retranscrire l'association d'incitation et de contrôle et se présenter, en conséquence, comme un mécanisme de coordination de l'économie aux côtés de la firme et du marché. Ainsi fixerait-il le cadre permettant l'expression de la gouvernance hybride⁵¹².

2. L'assimilation contractuelle de l'externalisation au genre hybride

34. Précision contractuelle sur le genre hybride de gouvernance. Conscient de l'importance du rôle du contrat dans la théorie des coûts de transaction, Oliver Williamson s'intéressa plus précisément encore à l'analyse des attributs juridiques des modes de gouvernance, et donc à l'examen de leurs spécificités contractuelles⁵¹³. S'inspirant des recherches menées par Ian Macneil, il admettait notamment qu'un genre particulier de contrats pouvait être associé aux formes hybrides de gouvernance à l'instar du marché, avec le contrat-échange, et la firme, avec le contrat-subordination. Il s'arrêtait cependant au constat qu'il devait s'agir de contrats de long terme caractérisés par un fort degré d'adaptabilité associé à un contenu lacunaire et

⁵⁰⁹ MACNEIL I., « Contracts : adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law », *Northwestern University Law Review*, 72, 6, 1978, p. 854 à 905 et MACNEIL I., « The many futures of contracts », *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 691 à 816.

⁵¹⁰ Dans les deux cas les contrats dits « néo-classiques » ou les contrats dits « relationnels » présentent des caractéristiques communes : il s'agit de contrats de long terme fixant une relation de dépendance réciproque entre les parties qui coopèrent. Ils se caractérisent notamment par leur contenu lacunaire sur certains points, associé à la présence de clauses particulières de flexibilité facilitant l'adaptation du contrat au cours de son exécution.

⁵¹¹ Il s'agit alors de tâcher de parvenir à coordonner les intérêts, à l'origine divergents, de l'entreprise et de son prestataire. La structure de gouvernance hybride ne relève ni de la confrontation d'intérêts divergents, ni de la poursuite d'un seul un intérêt commun.

⁵¹² Laquelle représente le plus souvent, en matière de management stratégique, « une véritable alternative au marché et à la firme » : QUÉLIN B., *Les frontières de la firme*, Economica, coll. Gestion, 2002, p. 51.

⁵¹³ « La théorie de Williamson (...) approfondie l'analyse des coûts de transaction, et des formes contractuelles » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., « Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences » », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 2010, p. 60.

complexe, sans entrer dans le détail de son contenu⁵¹⁴. L'apport des réflexions d'Oliver Williamson ne doit néanmoins pas être négligé dans la mesure où il participe alors de la mise en évidence du lien entre l'économie du contrat et son contenu juridique et suggère en conséquence une approche juridique alternative de l'étude des contrats en prenant pour point de départ leur analyse économique⁵¹⁵. Il précisait également que la coordination nécessaire pour assurer le bon déroulement d'une relation de coopération devrait impliquer une structure complexe et hétérogène⁵¹⁶.

Le modèle contractuel correspondant au mode hybride de gouvernance est par conséquent marqué par une double finalité économique : d'une part, l'instauration d'une relation de coopération de long terme et, d'autre part, la limitation des risques inhérents à cette fonction économique particulière. En tant que « *garant en dernier ressort de la pérennité de ce processus de coopération* »⁵¹⁷, le genre contractuel corrélatif présente donc nécessairement un contenu juridique propre à garantir la bonne marche de cette fonction économique. Ainsi comporte-t-il des clauses particulières dont l'objectif d'établissement d'une relation de coopération s'exprime à deux niveaux. Appréhendés invariablement comme recouvrant un ensemble de contrats de long terme, ce genre comporte donc tout d'abord des clauses relatives à leur durée ainsi qu'à leur flexibilité. Sur ce point, alors que les modèles contractuels du marché et de la firme se présentent sous la forme de contrats dits « complets », celui-ci se caractérise par une incomplétude recherchée source d'une adaptabilité⁵¹⁸ utile durant sa durée

⁵¹⁴ « (...) si Williamson explicite bien les dimensions économiques des contrats, il ne rentre pas dans le détail des clauses contractuelles » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., *op. cit.*, p. 61.

⁵¹⁵ « *Industrial organization examines contract in terms of the purposes served. What are the parties trying to accomplish ? Here as elsewhere in industrial organization, monopoly and efficiency purposes are usefully distinguished* » et que « *the preceding chapters focused on alternative economic approaches to the study of contract. Alternative legal approaches to the study of contract also warrant review, and they are subject of the present chapter* » : WILLIAMSON O. E., *The Economic Institution of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985, p. 23 et 68. Cf. infra Partie 1 Titre 2 Chapitre 1 pour une application par la doctrine civiliste. Notons que Paul Joskow proposait d'ailleurs dès 1985 une analyse du lien entre l'opération économique d'intégration verticale et les contrats de long terme dans le cas particulier des relations entre les exploitants de mines de charbon et les producteurs d'électricité : JOSKOW P., « Vertical Integration and Long-Term Contracts : The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants », *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 1, n° 1, 1985, p. 76 et s, ou encore : JOSKOW P., « Price adjustment in long-term contracts : the case of coal », *Journal of Law, Economics & Organization*, n° 31, 1988, p. 47 et s.

⁵¹⁶ Éric Brousseau confirmait d'ailleurs cette intuition en précisant que seule cette « *conception modulaire des contrats* » semblait à même de « *décrire tout type de contrat, et notamment ceux qui sont situés entre le « marché » et la « hiérarchie* » » : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 19.

⁵¹⁷ BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 36.

⁵¹⁸ Il est en effet admis en la matière qu'il est « *inutile, voire nuisible, de vouloir les encadrer par des contrats précis et complets (...) bien au contraire, l'incomplétude est source d'efficacité* » : BROUSSEAU É., *Ibid.*

d'exécution afin de « réagir aux changements qui se produisent dans l'environnement »⁵¹⁹. Il est également constitué de clauses de répartition des risques, de garanties et de contrôle révélant le second niveau d'instauration d'une telle relation. Ces clauses permettent effectivement de confiner les risques liés aux effets d'opportunisme entraînés par l'incitation propre au marché.

Éric Brousseau suggérait même, dans cette perspective, la formation d'une « *grammaire pour décrire les contrats* »⁵²⁰ hybrides articulée autour de cinq catégories de clauses : les clauses de coordination, les clauses de garanties, les clauses de contrôle, les clauses de répartition des risques et les clauses de durée. Il précisait alors qui s'agissait là d'un modèle générique ; c'est-à-dire que « *chaque clause ne répond pas à elle seule de manière ciblée à un seul des problèmes posés par la coopération (...) c'est leur combinaison qui répond à ces problèmes* »⁵²¹. Alors que les clauses de coordination et de durée permettent l'instauration d'une relation de coopération, les clauses de garanties et de contrôle assurent son maintien en la préservant des risques qui pourraient altérer son bon déroulement. Ainsi retranscrit et juridiquement ordonné le genre contractuel hybride répond-il aux exigences structurelles dégagées par Oliver Williamson du fait du lien insurmontable entre l'opération économique envisagée par les parties et le contrat permettant sa réalisation. Ayant pour objet de coordonner l'action des agents économiques dans une logique coopérative, ces contrats s'inspirent, entre autre, de l'approche relationnelle prônée tout particulièrement par Ian Macneil pour « *mettre au point une structure suffisamment flexible pour augmenter la rente issue de la collaboration tout en décourageant l'opportunisme, source de disparition de la rente* »⁵²². En cela, il s'impose concrètement comme un genre hybride dans la mesure où il emprunte au marché et à la firme certaines des caractéristiques de leurs modèles contractuels respectifs. Certaines clauses garantissent effectivement la mise en œuvre d'effets d'incitation propres au marché, alors que d'autres instaurent explicitement un contrôle typique de la coordination par la hiérarchie⁵²³.

⁵¹⁹ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 127.

⁵²⁰ BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 114.

⁵²¹ BROUSSEAU É., *Ibid.*

⁵²² QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 22.

⁵²³ « (...), le contrat relationnel est un moyen d'exercer le même contrôle que celui que permet la hiérarchie dans les cas de forte incertitude et de forte spécificité des actifs » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 22 et 23.

35. Assimilation contractuelle au genre hybride de gouvernance. Malgré l'importance indéniable des travaux menés par Oliver Williamson, c'est à Jérôme Barthélemy que l'on doit l'enrichissement de la catégorie des formes hybrides de gouvernance par l'intégration de l'externalisation. Convaincu que celle-ci ne pouvait-être assimilée à l'acquisition de simples prestations de services sur un marché, pas plus qu'à un mode de réalisation interne par ses propres ressources, ce dernier démontrait que l'externalisation devait être définie « *comme une structure de gouvernance hybride, comprise entre la firme et le marché* »⁵²⁴. Dès lors que, au-delà du changement de mode de gouvernance, l'externalisation traduit également un changement de logique relationnelle⁵²⁵, il n'est par conséquent plus question de raisonner en terme d'échange ou de subordination, mais plutôt en terme de coopération⁵²⁶. Or, la forme hybride de gouvernance exprime parfaitement la mise en œuvre d'une telle logique⁵²⁷. Il est en effet possible d'y retrouver à la fois une part d'échange, dans la mesure où il est fait appel aux mécanismes d'incitation du marché, ainsi qu'une part d'autorité, dès lors que le partenaire est étroitement lié à l'entreprise externalisatrice. En tant que forme hybride de gouvernance, l'externalisation stratégique s'exprime en fin de compte nécessairement à travers son genre contractuel. Plus particulièrement, elle emprunte logiquement la forme juridique du contrat de long terme. Effectivement, alors que le recours au marché se manifeste par l'utilisation du contrat échange, et le recours à la firme par celle du contrat subordination, l'externalisation doit être entendue en conséquence « *comme une forme de contrat de moyen ou de long terme, nécessaire pour gérer les ressources externalisées et se protéger de l'opportunisme éventuel du prestataire* »⁵²⁸.

Traduisant ainsi une innovation organisationnelle rompant avec la logique patrimoniale, elle emprunte nécessairement une autre voie relationnelle : la logique coopérative, laquelle se

⁵²⁴ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 121.

⁵²⁵ « *En somme, la décision d'externalisation peut être conçue comme le passage d'une structure de gouvernance d'intégration verticale à une autre structure de gouvernance plus relationnelle* » et, en cela, « *il est possible d'affirmer que l'externalisation est une forme de gouvernance hybride* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 19.

⁵²⁶ « *La mise en œuvre de telles relations coopératives s'avère être un bon moyen de gérer efficacement l'externalisation* » : BROUSSEAU É., « *Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation* », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 35.

⁵²⁷ D'ailleurs, « *un pan important de la littérature économique récente consacrée aux relations « hybrides » entre entreprise – concrètement aux alliances, à la sous-traitance, à la franchise, etc... - insiste sur la nécessaire confiance qui doit s'instaurer entre partenaires pour les gérer (...) sans quoi (...) la coopération échouerait* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 34.

⁵²⁸ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 137.

manifeste à travers les modes hybrides de gouvernance par un genre contractuel singulier. De ce fait, si l'externalisation s'inscrit ainsi dans le moule du modèle commun des contrats hybrides, elle en présente inmanquablement les caractéristiques générales. Ces éléments composent en effet le cadre indispensable à l'instauration d'une relation de coopération de long terme retranscrite principalement à travers des clauses relatives au prix⁵²⁹ ou à son adaptabilité⁵³⁰. Ainsi ce genre contractuel singulier s'apparente-t-il à un contrat incomplet moins coûteux à rédiger et suffisamment flexible pour l'épanouissement d'une telle relation, un contrat hybride empruntant également certaines clauses typiques des autres modèles contractuels.

B. Une formule contractuelle économiquement spécifique

36. Les causes de la spécificité de son anatomie économique. Le recours à l'externalisation implique une évolution des relations avec les partenaires extérieurs. Cela se traduit alors par un changement du vecteur juridique utilisé ; c'est-à-dire une altération du contrat employé. Par conséquent, en tant que forme hybride de gouvernance, l'externalisation stratégique « *est une forme particulière de contrat de moyen ou de long terme* »⁵³¹. Si elle partage bien évidemment en tant que telle les caractères généraux de ces contrats hybrides, elle présente également un certain nombre de spécificités se traduisant par une « *originalité des contrats d'outsourcing par rapport aux autres contrats de moyen ou de long terme* »⁵³². Il convient donc, une fois admise la signification particulière attachée à l'externalisation dans le cadre de la stratégie d'entreprise, de proposer une « anatomie » économique du contrat hybride d'externalisation prenant en compte les éléments caractéristiques des contrats de long terme, ainsi que ceux plus spécifiques au contrat traduisant sa réalisation. Une telle démarche impose par conséquent une analyse et une utilisation des critères économiques de l'externalisation, ainsi que du contrat qui la supporte. Mais cette traduction contractuelle ne saurait se satisfaire, même du point de vue économique, d'une existence identique trait pour trait à celle d'autres

⁵²⁹ « En effet, sur des périodes aussi longues, les contractants ne peuvent pas fixer ex ante un prix qui restera pertinent pendant toute la durée de vie du contrat » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 131. De plus, il convient également de préciser que la modulation du prix participe de la création d'effets d'incitation propres à une relation de marché.

⁵³⁰ « D'où la nécessité de rédiger un contrat prenant en compte l'évolution de l'environnement » à venir : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 132. Effectivement, dans la mesure où « tout contrat de long terme reste incomplet » il est inconcevable de l'envisager de façon figée : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 133.

⁵³¹ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 125.

⁵³² BARTHÉLEMY J., *Ibid.*

formes hybrides de gouvernance. Elle demeure néanmoins une espèce de ce genre hybride dans la mesure où elle entraîne un partage des risques et organise une relation de coopération fondée sur le recours à un partenaire extérieur placé sous le contrôle de l'entreprise externalisatrice.

Mais, dans la mesure où « *il existe plusieurs manières d'organiser la coopération et de partager ses fruits* » selon les caractères d'une opération économique⁵³³, les spécificités inhérentes à l'externalisation en elle-même induisent assurément une adaptation de leur traduction contractuelle. Outre son appartenance au genre hybride du contrat de long terme, la spécificité du contrat lié à l'externalisation s'impose dans la mesure où il a pu être démontré qu'elle ne constitue pas seulement un mode de gouvernance intermédiaire mais également un outil stratégique de gestion des ressources externes de l'entreprise. Concernant le plus souvent des actifs spécifiques indispensables au bon fonctionnement d'un « cœur de métier », le contrat occupe alors une fonction essentielle dans la répartition des risques inhérents à la distribution de ces actifs⁵³⁴, ainsi qu'une fonction de contrôle primordiale pour l'entreprise externalisatrice. En conséquence, le contrat d'externalisation constitue bel et bien, au sein du genre hybride, une espèce particulière. Empruntant à la théorie de l'agence⁵³⁵, Jérôme Barthélemy parvenait d'ailleurs à préciser davantage cette spécificité. Caractérisée à la lumière de cette dernière par une divergence d'intérêt des partenaires, une incertitude, un comportement inobservable et l'existence de coûts d'établissement et d'exécution du contrat, l'externalisation implique en l'occurrence la prise en compte du comportement des acteurs au cours de sa réalisation. Dès lors, la « *grammaire pour décrire les contrats* » proposée par Éric Brousseau ne constitue qu'une boîte à outil dans laquelle les agents économiques tirent les éléments dont ils ont besoin pour parvenir à élaborer le cadre contractuel le mieux à même d'assurer une gestion coopérative des ressources externes de l'entreprise⁵³⁶. Élément clef de la

⁵³³ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 125. L'auteur précisait d'ailleurs que la littérature sur les contrats de long terme « *s'attache à décrire finement les liens entre les attributs des transactions et les clauses contractuelles* ».

⁵³⁴ Éric Brousseau indiquait sur ce point que « *la conception d'un contrat est fonction de deux éléments. Premièrement, la distribution des actifs détermine la fonction objectif. Deuxièmement, l'efficacité relative des différentes solutions contractuelles est jugée en fonction de critères d'efficience et de coûts qui correspondent aux ressources dépensées ou économisées en fonction des caractéristiques de la transaction* » : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 169.

⁵³⁵ « *L'outsourcing peut donc être entendue comme une relation d'agence, à la fois durable, étroite et construite par l'entreprise externalisatrice et ses prestataires* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 175.

⁵³⁶ À partir des cinq catégories de clauses identifiées qu'il identifie, Éric Brousseau précise que « *les agents procèdent en sélectionnant la combinaison la plus efficace de solutions à chacune des dimensions du contrat* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 104. Qu'il doit nécessairement en aller de même pour la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en tant qu'elle constitue une forme hybride de gouvernance.

« coopération productive »⁵³⁷, le contrat se pose également en manifestation de « l'aversion au risque »⁵³⁸ dont font preuve les agents économiques dès lors qu'une dose de marché est « réinjectée » dans la relation. C'est finalement par la combinaison particulière de différents mécanismes contractuels standards que « les agents économiques essayent à la fois de mutualiser les conséquences de l'incertitude, de la minimiser et d'adopter des comportements « efficaces » »⁵³⁹ par le choix d'une gestion externalisée des ressources. En cela, l'externalisation existe donc juridiquement sous les traits d'une formule contractuelle hybride économiquement marquée (1) dont l'espèce présente une double spécificité au sein du genre hybride (2).

1. Une formule contractuelle hybride économiquement marquée

37. Une formule contractuelle dédiée à une opération économique particulière. Du fait de l'importance du contrat dans la réalisation des opérations économiques, Oliver Williamson suggérera une approche juridique alternative du contrat en prenant pour point de départ leur analyse économique, laissant ainsi entrevoir la possibilité de « décomposer le contrat en différentes clauses correspondant à ces différents mécanismes »⁵⁴⁰ de coordination économique destinés à assurer la bonne marche d'une relation économique. S'agissant plus spécialement des relations coopératives, Oliver Williamson devait en outre conclure que si la forme hybride « semble presque correspondre à la réalité du monde du contrat »⁵⁴¹, le modèle contractuel qui lui est associé est assurément complexe à étudier⁵⁴². Complément indispensable de la théorie des coûts de transaction, la littérature économique consacrée à l'étude des contrats de long terme « s'attache à décrire finement les liens entre les attributs des transactions et les clauses contractuelles »⁵⁴³ ; elle permet alors de préciser les

⁵³⁷ BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 109.

⁵³⁸ BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 108.

⁵³⁹ BROUSSEAU É., *Ibid.*

⁵⁴⁰ BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 19. Il poursuit en indiquant que « le contrat apparaît, non plus comme un système de coordination uni-dimensionnel à finalité unique, mais comme l'articulation de plusieurs mécanismes essentiels, destinés à organiser la coordination technique, garantir la réalisation des promesses, partager le risque ou inciter à l'effort ».

⁵⁴¹ WILLIAMSON O. E., *Les institutions de l'économie*, InterÉditions, 1994, p. 111.

⁵⁴² Les formes hybrides « sont plus complexes à étudier et nombreuses : contrat de fourniture ou de vente à court terme, contrat récurrent à plus long terme, accord de licence de fabrication de sous-traitance de franchise ou de marque » : GHERTMAN M., « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction », *Revue française de gestion*, 2003/1, n° 142, p. 50.

⁵⁴³ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 125.

mécanismes contractuels par lesquels se réalise la mise en œuvre des formes hybrides de gouvernance⁵⁴⁴. Mais, dans la mesure où cette relation de coopération de long terme comporte un transfert de ressources nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, elle entraîne certains risques au premier rang desquels figure celui d'une forte dépendance de l'entreprise envers son partenaire. L'étude de la relation contractuelle qu'elle implique s'enrichit alors utilement des apports de la théorie de l'agence selon laquelle la coordination économique reposerait aussi sur des « *relations entre des individus ayant des intérêts différents* »⁵⁴⁵ appelant une fonction supplémentaire du contrat afin de garantir leur convergence et de limiter les effets de l'opportunisme⁵⁴⁶ de chacun.

Si le modèle standard des contrats servant de support aux formes de gouvernance intermédiaires constitue un genre contractuel hybride à part entière en tant que « *garant en dernier ressort de la pérennité de ce processus de coopération* »⁵⁴⁷, l'espèce particulière du contrat concourant à la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation ajoute un second niveau de spécificités destinées à assurer son adaptation à la réalisation d'une opération économique hybride atypique. À la différence d'autres formes hybrides, l'externalisation traduit, en plus du changement de mode de gouvernance, une évolution de l'organisation de la gestion des ressources d'un mode interne à un mode externe⁵⁴⁸. Dès lors, s'abouche à la relation de coopération une opération économique ayant pour fonction d'assurer le transfert de la ressource en question de l'entreprise vers le prestataire. Outre l'existence de cette deuxième fonction économique que doit porter le contrat, un tel transfert d'actifs dont l'entreprise continue de dépendre induit également l'exigence liée à la surveillance du comportement du prestataire à qui la gestion d'une ressource utile « au cœur de métier » a pu

⁵⁴⁴ À ce titre, c'est à Paul Joskow que l'on doit d'avoir fourni les premières applications de la théorie des coûts de transaction à l'étude des contrats de long terme. Précisons toutefois que l'analyse des contrats en tant que « *mécanismes utilisés par les agents économiques pour associer leurs efforts et coordonner leur activité est née avec Coase en 1937 et était alors clairement centrée sur une analyse des relations entre deux agents* » : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 99.

⁵⁴⁵ CORIAT B. et WEINSTEIN O., « Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences » », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 2010, p. 63.

⁵⁴⁶ Les théoriciens de l'agence démontrent en effet que « *le problème est alors de prendre en considération l'ensemble des dispositifs d'incitation et de contrôle qui seront nécessaires pour (...) « aligner » les intérêts des deux parties* » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., *op. cit.*, p. 66.

⁵⁴⁷ BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 26.

⁵⁴⁸ « *Elle induit aussi une idée de mouvement. C'est un phénomène dynamique, un passage d'un mode de gestion interne à un mode de gestion externe des ressources* » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 16.

ainsi être confiée⁵⁴⁹. Aussi l'externalisation manifeste-t-elle l'apparition d'une certaine dépendance entre les opérateurs économiques que le contrat aura pour tâche de gérer par des clauses particulières. Dès lors « *le traitement de l'externalisation comme forme organisationnelle exige une compréhension fine des mécanismes de contractualisation, mariant à la fois les coûts de transaction, les problèmes de délégation et de surveillance, et l'investissement dans des actifs spécifiques* »⁵⁵⁰. Le fait que la stratégie d'externalisation repose également sur un transfert d'actifs spécifiques suppose donc, sans aucun doute, l'existence d'une espèce contractuelle propre au sein du genre hybride permettant aux managers de veiller au bon déroulement de la coopération, et de protéger l'entreprise externalisatrice de comportements opportunistes de la part d'un partenaire à l'égard duquel elle se trouve finalement dans une forme de dépendance.

38. L'existence d'un *Janus* contractuel : l'espèce du contrat d'externalisation. Si dans sa dimension coopérative l'externalisation emprunte le genre contractuel hybride pour se concrétiser, sa dimension d'outil stratégique de gestion de ressources externes à l'entreprise impose certaines adaptations rendues indispensables au bon fonctionnement de la relation de coopération. Les développements précédents ont effectivement permis de démontrer que l'externalisation ne constituait pas simplement une forme hybride de gouvernance, mais également un outil de gestion stratégique des ressources reposant sur l'adoption d'une forme organisationnelle nouvelle fondée sur une rupture profonde avec la logique patrimoniale. Abandonnant le recours au marché pour la fourniture de produits ou de services, ainsi que leur production en interne par l'intégration des facteurs nécessaires, l'externalisation favorise un accès à ces ressources par le recours à une relation coopérative dont le contrat fixe le cadre et par laquelle elle monopolise des moyens extérieurs afin de valoriser son « cœur de métier ». le contrat d'externalisation ne peut donc pas présenter une structure identique à celui emprunté par des formes hybrides telles que l'alliance inter-firmes ou la *joint venture*⁵⁵¹. S'agissant de la seconde, si la coopération est bien présente, elle repose sur la mise en

⁵⁴⁹ L'observation de la pratique des managers confirme par ailleurs cette spécificité de la stratégie d'externalisation. Elle aboutit effectivement au constat de « *la multiplication des contrats d'externalisation portant sur des fonctions critiques pour les entreprises et proches du cœur de leur activité. D'un simple moyen de réduire les coûts, l'externalisation devient alors une nouvelle façon de gérer des ressources vitales* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵⁰ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵¹ « *Certains prédisent, et les faits tendent à le prouver, que la fin du XXe siècle sera stigmatisée par un nouveau mode de développement fondé autour des alliances stratégiques et des « joint-ventures ».* Entre l'alternative « faire » et « faire-faire », on retrouve maintenant le « faire-avec » » : ROBLEDO Ch., « Contrôle et performance des co-entreprises à l'étranger : analyse de trente-cinq « joint-ventures » ayant un parent français », *Association francophone de comptabilité*, 1998/4, tome 1, p. 84.

commun par des entreprises de ressources au sein d'une tierce organisation indépendante dont elles partageront les profits en juste proportion de leurs participations réciproques⁵⁵². De fait si « les « joint-ventures » peuvent entraîner la mise en commun de ressources stratégiques pour chaque partenaire »⁵⁵³, elles ne semblent avoir en commun avec l'externalisation que la logique coopérative ainsi que l'objet de cette coopération : une ressource stratégique.

Dès lors qu'elle repose également sur un transfert d'actifs spécifiques préalablement détenus et gérés en interne, l'externalisation se distingue effectivement d'autres formes intermédiaires exclusivement fondées sur une relation simple de coopération. De plus, dans la mesure où il n'est pas question d'une cession mais davantage d'une délégation de la gestion d'une ressource en direction d'un prestataire, l'entreprise externalisatrice demeure intéressée par le bon accomplissement de l'activité ainsi confiée⁵⁵⁴ dont dépend d'ailleurs le développement de son « cœur de métier ». Le contrat d'externalisation présente par conséquent ce double visage ménageant d'une part l'instauration d'une relation de coopération typique du genre contractuel hybride et, d'autre part, l'organisation d'un transfert d'actifs et de moyens dont il s'agit de s'assurer de la performance de la gestion⁵⁵⁵. Dès lors que « le transfert d'une ressource vers un prestataire confère un pouvoir à ce dernier, tout en générant une dépendance chez l'entreprise externalisatrice »⁵⁵⁶, l'espèce du contrat d'externalisation présente nécessairement une dimension absente du genre hybride dont la finalité est d'assurer une limitation de la dépendance et des effets d'opportunisme. À la différence des formes de coentreprises, l'externalisation manifeste en effet une forte divergence d'intérêts des partenaires⁵⁵⁷ à laquelle la théorie de l'agence propose de répondre par des mécanismes de contrôle et d'incitation que les clauses du contrat devront nécessairement organiser en plus des clauses nécessaires à l'instauration et au maintien d'une relation coopérative. Alors que l'entreprise monopolise encore des ressources dont elle n'est plus propriétaire, elle devra

⁵⁵² « Les co-entreprises sont constituées pour poursuivre un objectif commun. Les « joint-ventures » symbolisent plutôt un mariage de raison conclu autour d'une communauté d'intérêt. Par exemple, tel partenaire favorise la co-entreprise pour s'implanter sur un marché dont il ne maîtrise pas le réseau de distribution, alors que l'autre trouve dans la structure commun un moyen d'acquérir une technologie » : ROBLEDON Ch., *Ibid.*

⁵⁵³ ROBLEDON Ch., *Ibid.*

⁵⁵⁴ Bertrand Quélin précisait d'ailleurs que « plus l'externalisation est stratégique, plus l'activité sur laquelle elle porte est nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise ; alors qu'en cas de cession, les liens sont définitivement coupés » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵⁵ « (...), le contrat d'externalisation se distingue essentiellement par l'existence de clauses portant sur le transfert du personnel et la cession des actifs, les moyens mis en œuvre, la productivité et la performance » : QUÉLIN B., *Ibid.*

⁵⁵⁶ QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 19.

⁵⁵⁷ « Concrètement, le risque d'opportunisme provient de l'existence d'intérêts divergents entre le prestataire et l'entreprise externalisatrice » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 20.

effectivement s'assurer, par le contrat, d'une certaine protection contre un partenaire dans lequel elle ne peut avoir pleinement confiance *ab initio*. Le rôle du contrat d'externalisation sera donc également de restaurer une confiance que la divergence des intérêts et les risques d'opportunisme tendent à réduire et qui est pourtant essentielle à la coopération dans une relation de long terme⁵⁵⁸.

2. Une double spécificité économique des contrats hybrides d'externalisation

39. Une spécificité liée à l'organisation d'un transfert d'actifs. Procédant d'un choix stratégique fondé sur un changement de structure organisationnelle de l'entreprise, l'externalisation constitue un mode de gestion de ressources externes mais nécessaires à la valorisation de son « cœur de métier ». Tout en permettant de fixer un cadre juridique à l'instauration d'une relation de coopération avec le partenaire retenu, le contrat d'externalisation se distingue en particulier par l'exigence essentielle tenant à l'organisation du transfert des actifs spécifiques dont la gestion sera désormais assurée par ce dernier. La « *grammaire pour décrire les contrats* » élaborée par Éric Brousseau sera donc maniée différemment à la manière d'un « patois local », divergeant sur certains points du langage commun aux modes hybrides de gouvernance. Aussi les clauses de répartition des risques et de coordination expriment-elles cette discordance en aménageant la distribution des actifs entre les partenaires. Le contrat occupe en l'occurrence une fonction essentielle dans la répartition des risques inhérents à la distribution des actifs. Il s'agira par conséquent de fixer en amont de la relation de coopération les conditions d'un juste agencement des ressources afin que le prestataire parvienne à garantir la poursuite de son intérêt, tout en préservant l'entreprise externalisatrice des effets néfastes liés à la perte de facteurs pourtant utiles à la réalisation de son « cœur de métier ». Cette première spécificité liée à l'organisation d'un transfert d'actifs manifeste donc une première fois la volonté, particulièrement affirmée dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation stratégique, de coordonner par le contrat l'action d'agents économiques poursuivant des intérêts divergents.

Alors qu'elle est ainsi appréhendée comme un outil de gestion des ressources externes de l'entreprise, l'un des attributs de l'externalisation stratégique réside finalement dans

⁵⁵⁸ « Les économistes insistent notamment sur la flexibilité que la confiance permet d'introduire dans les relations puisque les parties ne sont plus tenues par des obligations contractuelles strictes mais par un engagement « moral » d'agir dans le sens de l'intérêt commun » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 29.

l'organisation et la gestion particulières des risques sur lesquelles elle repose⁵⁵⁹. Les clauses contractuelles destinées à assurer à la mise en œuvre de ce mode de gestion particulier traduisent par conséquent nécessairement cette administration spécifique du risque, ainsi que la volonté d'assurer le fonctionnement le plus performant possible de l'entreprise. Dépasant ainsi son appartenance à la catégorie économique du contrat de long terme standard, la spécificité du contrat d'externalisation liée à l'organisation d'un transfert d'actifs se retrouve, dans un second lieu, sur le plan de la gestion du risque proprement lié à ce transfert de ressources vers un partenaire extérieur. Le contrat d'externalisation constitue donc bel et bien, au sein de la catégorie des contrats de long terme, une branche particulière⁵⁶⁰ en ce qu'il comporte à la fois un transfert d'actifs et une prestation associée⁵⁶¹. Les effets de la divergence d'intérêts induite par ce transfert se ressentent également, si ce n'est plus fortement encore, au cours de la réalisation de l'opération économique. Maintenu dans une forme de dépendance étroite à l'égard de son partenaire, l'entreprise externalisatrice doit alors pouvoir contrôler ce dernier et lui imposer de poursuivre l'intérêt commun attaché à la relation de coopération. Aussi les clauses de garantie et de contrôle seront-elles conçues au préalable afin de lui permettre de se préserver d'un éventuel comportement opportuniste du prestataire⁵⁶². En lien avec ces comportements typiques du marché, l'espèce contractuelle de l'externalisation présente par conséquent une autre spécificité inhérente à l'instauration d'une relation de confiance.

40. Une spécificité liée à la nécessité d'instaurer une relation de confiance. Tout d'abord, ces contrats de long terme comportent des clauses relatives à leur durée ainsi qu'à leur prix, à

⁵⁵⁹ « Pour la théorie des coûts de transaction en revanche, la question des risques induits par le recours à un prestataire extérieur tient une place centrale. Elle génère les coûts de transaction qui vont (en partie) décider du choix de la structure de gouvernance » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 240, citant : MADHOK A., « The organization of economic activity : transaction costs, firm and capabilities and the nature of governance », *Organization Science*, 1996, 7, 5, p. 584 : « From the transaction cost theory's point of view, ... the decision regarding the nature of governance is dominated by the difficulties in specification and measurement of performance... On the other hand, apprehensions about inadequate performance from the organizational capability point of view are the direct result of intrinsic differences in the capabilities of firms ».

⁵⁶⁰ « (...), nous ferons appel à la littérature juridique spécialisée dans l'outsourcing pour montrer que l'outsourcing repose sur des contrats bien spécifiques » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 174.

⁵⁶¹ « Les contrats d'outsourcing sont des contrats « en deux temps » car ils portent à la fois sur un transfert d'équipements et de personnel (qui ont lieu à un instant t) et sur la réalisation d'une prestation (qui a lieu en $t+1$) » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Études Commerciales, 2000, p. 186.

⁵⁶² Alors que les premières « permettent de dissuader les différentes parties d'adopter un comportement opportuniste », les secondes « permettent de vérifier que les deux parties se conforment bien au contrat » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 21 et 22.

l'instar de tout contrat hybride. La mise en œuvre d'une relation de coopération est en effet le préalable indispensable à toute forme d'externalisation. Si cela est donc bien nécessaire, ce n'est toutefois pas suffisant. Alors que la poursuite d'une telle relation implique en effet de prendre en compte, pour chacune des parties, l'intérêt commun sur lequel se fonde la coopération recherchée, les particularités de cette opération économique impriment au contrat une exigence singulière destinée à assurer la convergence des intérêts respectifs des agents économiques. Au-delà de l'organisation du transfert d'actifs, le contrat d'externalisation doit donc également garantir que chaque partie prenne en compte dans son comportement l'intérêt de son partenaire, et l'intérêt commun de la relation⁵⁶³ dans la mesure où la « *prise de conscience par chaque partie des intérêts de l'autre renforce donc la crédibilité de l'engagement de long terme* »⁵⁶⁴ et participe de l'efficacité de la coopération au même titre que son adaptabilité. La théorie de l'agence est d'ailleurs d'un grand secours sur cette question, dès lors notamment qu'elle offre des solutions à la problématique soulevée par la persistance des comportements opportunistes. Le contrat constituerait alors, selon une partie de la littérature contemporaine⁵⁶⁵, un support essentiel de l'instauration de la confiance dans les relations économiques. Il permettrait en particulier à chaque partie de « *considérer qu'on est prêt à tenir compte de ses propres intérêts et de l'intérêt de la paire à long terme* »⁵⁶⁶.

Outre l'instauration à cette fin d'éléments contractuels dissuasifs destinés à réduire les comportements opportunistes, la flexibilité du contrat est également un élément essentiel dans l'instauration d'un climat de confiance. Bien plus qu'une exigence d'efficacité qu'il est possible de retrouver dans le genre hybride, elle donne lieu également à un mécanisme d'ajustement réciproque des parties au cours de l'exécution du contrat en fonction de leurs intérêts propres et de l'intérêt commun⁵⁶⁷. Camille Chaserant précisait d'ailleurs que « *de nombreuses observations empiriques montrent que le respect de normes de coopération n'est*

⁵⁶³ Éric Brousseau précisait effectivement qu'il importe, par le contrat, « *pour chaque partie de s'assurer que l'autre continue d'être incité à pérenniser la relation et, donc, de tenir compte de ses intérêts* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 29.

⁵⁶⁴ BROUSSEAU É., *Ibid.*

⁵⁶⁵ Pour exemple, Camille Chaserant affirmait en 2002 que « *l'approche contractuelle en économie conçoit le contrat comme un mécanisme incitatif permettant de lutter contre l'opportunisme des parties* » : CHASERANT C., « *La coopération se réduit-elle à un contrat ? Une approche procédurale des relations contractuelles* », *Recherches économiques de Louvain*, 2002/4, vol. 68, p. 481.

⁵⁶⁶ BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶⁷ « *Pour cette raison, c'est l'évolutivité du contrat qui va importer. Le contrat doit être progressivement affiné en fonction des apprentissages réalisés afin d'y spécifier des obligations de plus en plus précises qui correspondent en réalité au fait que chacun des partenaires accepte de se lier de plus en plus étroitement les mains vis-à-vis de l'autre* » : BROUSSEAU É., *Ibid.*

pas absent des relations contractuelles »⁵⁶⁸. Aussi sera-t-il possible de pérenniser le cadre de la coopération de diverses façons par l'agencement de clauses et d'obligations ne se résumant pas exclusivement à des mécanismes de rétorsion. Dans cette hypothèse, l'ajustement réciproque et progressif des comportements de chacun constitue en effet autant de signaux relationnels positifs envoyés au partenaire l'incitant par un effet d'imitation à faire de même⁵⁶⁹. Dès lors, le contrat s'impose dans la littérature économique comme « *un moyen formel de coordination venant soutenir la confiance* »⁵⁷⁰, et ce, d'autant plus, lorsque le degré de dépendance d'une des parties devient trop important, facilitant l'expression de comportements opportunistes de la part de son cocontractant. Le contrat vient alors, par diverses façons, fournir un cadre de confiance pour le maintien de la coopération⁵⁷¹.

Conclusion de section. Présentée par la littérature managériale comme un outil stratégique de gestion des ressources externes de l'entreprise fondé sur un mode de gouvernance hybride, l'externalisation existe donc bien dans la sphère économique. Envisagée comme une espèce singulière au sein du genre du contrat hybride, elle se manifeste sous les traits d'un contrat instaurant une relation de coopération particulière par laquelle est assuré un transfert d'actifs et l'organisation d'une relation de confiance garantie en partie contre les risques engendrés par les comportements opportunistes des agents économiques. Ainsi paraît-il logique de chercher à transposer en droit cette existence économique par l'intermédiaire d'une espèce particulière du modèle du contrat-échange présentant cette dualité d'une prestation et d'un transfert de propriété. Cependant la doctrine civiliste pourrait s'être fourvoyée lorsque, suivant un certain courant qui y invitait⁵⁷², elle procéda à l'identification spéculative de l'externalisation contractuelle au contrat d'entreprise.

⁵⁶⁸ CHASERANT C., *op. cit.*, p. 487. Et de préciser que le contrat « *se situe alors en arrière-plan et mitige la poursuite effrénée de l'intérêt individuel* ».

⁵⁶⁹ Ainsi en sera-t-il lorsque l'un des partenaires, « *en se détournant d'une opportunité évidente ou même en acceptant de contribuer plus que prévu à l'objectif commun, informe l'autre partie de son désir de coopérer* » : CHASERANT C., *op. cit.*, p. 493 et 494.

⁵⁷⁰ CHASERANT C., *op. cit.*, p. 496. Et de préciser encore que dans certaines situations de coopération « *un contrat est nécessaire afin de délimiter les bornes de la confiance, en régulant les opportunités de défection les plus importantes* ».

⁵⁷¹ Il s'impose en effet comme « *un moyen formel de lutte contre l'opportunisme, qui insère la relation dans un système de règles juridiques et définit des règles de coopération, de contrôle et de sanction. Son objectif est de réduire les gains réels de l'opportunisme* » : CHASERANT C., *op. cit.*, p. 497. Il est par ailleurs affirmé par la théorie normative des contrats que « *des dispositifs incitatifs ou des mécanismes de supervision parfaits sont une condition suffisante à la coopération, définie ici comme la renonciation à des comportements opportunistes* » : BROUSSEAU É., « *Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises* », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Éditions du CNRS, 1996, p. 23.

⁵⁷² Voir sur ce point : BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Allain Bensoussan, 1992, p. 23 et s.

Section 2 : L'identification spéculative de l'externalisation au contrat d'entreprise

41. Une traduction civiliste nécessairement contractuelle de l'externalisation. Ayant très tôt admis l'importance du contrat dans la réalisation des stratégies d'externalisation, et plus généralement dans la coordination des agents économiques, les économistes ont invité la littérature juridique à se saisir de l'opportunité d'examiner cet objet qu'elle tendait à négliger⁵⁷³. La conceptualisation par la littérature managériale du phénomène d'externalisation commande en effet de l'appréhender en tant qu'outil de gestion novateur des ressources de l'entreprise. Alors que, traditionnellement, celle-ci se procurait les éléments nécessaires à son fonctionnement par le recours à des procédés d'acquisition, son émergence traduit une rupture de logique dans l'allocation des ressources. Se substitue effectivement à la logique patrimoniale une logique nouvelle fondée sur la volonté de parvenir à une gestion coopérative des moyens nécessaires au fonctionnement de l'entreprise, et notamment de son « cœur de métier ». Son utilisation offre dès lors la possibilité d'accéder simplement aux ressources par l'intermédiaire du contrat. C'est donc par l'instauration d'une relation contractuelle de coopération que les entreprises disposent désormais, à travers la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation, de capacités dont elles ne sont pas propriétaires⁵⁷⁴. Située à mi-chemin entre le marché, mode d'acquisition externe, et la production au sein de la firme, mode d'acquisition interne, l'externalisation s'impose ainsi comme un mode hybride de gouvernance reposant sur le recours à un contrat hybride singulier. Il est d'ailleurs admis par la doctrine économiste que la réalisation des formes intermédiaires de gouvernance se traduit essentiellement, si ce n'est exclusivement, par la voie contractuelle ; et plus précisément encore sous la forme du contrat de long terme.

Dans une même logique d'évolution de la finalité économique des contrats, de l'acquisition à la coopération⁵⁷⁵, Ian Macneil proposait en l'occurrence un remaniement de la théorie

⁵⁷³ Preuve en est le décalage précédemment évoqué et longtemps maintenu entre la lettre du Code civil et les pratiques contractuelles du monde des affaires. Yvette Merchiers affirmait en effet que « *parmi les textes du Code civil de 1804, ceux concernant les obligations en général et les contrats spéciaux en particulier sont ceux qui, en deux cents ans, ont subi le moins de modifications* » : MERCHIER Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431.

⁵⁷⁴ L'externalisation consiste de manière simplifiée à confier à un tiers situé sur le marché la production d'une ressource nécessaire à l'entreprise afin que cette dernière puisse finalement en faire usage sans avoir nécessairement à engager des moyens importants afin de l'acquérir par elle-même. Ce faisant, elle fait l'économie de moyens financiers, humains et techniques lui permettant de les concentrer essentiellement sur les activités « au cœur » de son métier.

⁵⁷⁵ Cela se traduit concrètement sous plusieurs formes en droit positif ; notamment sous la forme de la prégnance de plus en plus forte de l'obligation de coopération dans les relations contractuelles reposant sur l'existence d'un

classique du contrat⁵⁷⁶ en réaction à la crise rencontrée par celle-ci. Ce faisant, s'il ne remettait pas en cause l'existence des contrats qui en sont issus⁵⁷⁷, il invitait néanmoins à prendre en compte un modèle nouveau : le contrat relationnel⁵⁷⁸. Lié à l'instauration d'une relation d'échange entendue de manière globale⁵⁷⁹, il serait la traduction juridique de toute opération économique⁵⁸⁰. La diversité contractuelle s'expliquerait alors par l'importante variété des opérations mises en œuvre par les agents économiques dans la mesure où l'opération économique envisagée influence nécessairement son contenu. Elle résiderait alors essentiellement dans la structure du contrat, dans ses clauses et leur agencement. De la sorte, en tant qu'opération économique stratégique procédant à une allocation coopérative des ressources, l'externalisation se traduit en fin de compte juridiquement sous la forme d'un contrat particulier dont la structure répond à cette fonction économique.

42. Une qualification juridique erronée parmi les contrats spéciaux. Traduite juridiquement sous la forme contractuelle, l'externalisation n'en demeure pas moins avant tout une opération économique ; c'est-à-dire un fait⁵⁸¹. Cependant, ce n'est que par l'intermédiaire du lien consubstantiel existant entre le contrat et la stratégie d'externalisation que cette dernière pourrait pénétrer dans la sphère juridique et acquérir une existence à part entière⁵⁸². Il est

affectio contractus ; cf. : PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1998, I, 3318.

⁵⁷⁶ Théorie selon laquelle la définition du contrat peut être résumé par ces propos de Muriel Fabre-Magnan précisant que « *les contrats est (...) traditionnellement défini comme un accord de volontés destiné à créer des obligations. Il est analysé comme le lieu d'un échange instantané, échange de prestations ou échange de valeurs. Il est alors l'instrument de réalisation instantanée de cet échange* » : FABRE-MAGNAN M., « Introduction », in *Travaux de l'association Henri Capitant. La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 8.

⁵⁷⁷ D'un côté le contrat de la théorie classique en tant que mode de réalisation contractuelle du mode de gouvernance qu'est le marché : le contrat-échange (la vente). De l'autre le contrat de la théorie néoclassique en tant que mode de réalisation contractuelle du mode de gouvernance que constitue la firme : le contrat-subordination (le contrat de travail) ; voir notamment : BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, p. 133 et s.

⁵⁷⁸ L'apparition d'une conception du contrat reposant sur l'idée de collaboration à côté de celle traditionnelle l'envisageant sous un angle individualiste conduit la doctrine à affirmer qu'« *un nouveau type de contrats est apparu, qui coexiste avec l'ancienne notion de contrat* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 17.

⁵⁷⁹ « *L'échange, en général, et le contrat en particulier, est le résultat de la division du travail. Suite à cette division, chaque personne est spécialisée dans un domaine. Elle doit échanger avec les autres pour survivre, pour obtenir le minimum vital dont elle a besoin. Cette spécialisation l'empêche d'être autonome, d'être autosuffisante* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 97.

⁵⁸⁰ BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 98 et s.

⁵⁸¹ « *Réalités économiques majeures participant de l'évolution des grandes entreprises, nationales comme multinationales, les opérations d'externalisation sont devenues un fait commun pour les managers aux yeux desquels ce procédé apparaît comme un facteur important de rationalisation des coûts, de meilleure compétitivité et flexibilité pour l'entreprise* » : RAYNARD J., « Approche juridique de l'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n° 3, p. 19.

⁵⁸² Charles Vautrot-Schwarz démontrait en effet que la qualification juridique doit être considérée, au moins pour une partie, comme « *un instrument de pénétration du fait dans le phénomène* » : VAUTROT-SCHWARZ Ch., *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 263, 2009, p. 106. Il précisait alors que la qualification juridique est une opération fondamentale du raisonnement juridique qui

toutefois nécessaire de l'identifier précisément afin de concrétiser le second temps de la qualification juridique⁵⁸³, celui de la classification de l'externalisation contractuelle au sein des catégories existantes. Il convient par conséquent de trouver celle qui serait la plus apte à recevoir l'opération économique que constitue l'externalisation et à concrétiser son existence. Une fois admis que sa traduction juridique devrait se manifester nécessairement sous la forme d'un contrat, il s'agit de déterminer lequel. Reste donc à identifier cette figure contractuelle à travers laquelle l'externalisation trouverait une existence juridique.

Croyant identifier cette fonction économique à travers la figure renouvelée du contrat de louage, la doctrine civiliste emprunta relativement tôt la voie de l'identification du contrat d'externalisation au contrat d'entreprise. S'interrogeant sur la nature juridique du contrat de facilities management, El-Mokhtar Bey en arrivait en effet à une telle conclusion par l'observation de la jurisprudence⁵⁸⁴. De même, François Bruté de Rémur affirmait que l'existence du contrat d'externalisation dans la pratique des affaires devait être identifiée à travers l'espèce du contrat d'entreprise⁵⁸⁵. Il convient toutefois ici de tâcher de remettre en cause cette apparente évidence et de parvenir à démontrer l'erreur qui en résulte. La doctrine civiliste n'a d'ailleurs pour sa part jamais été unanime dans la reconnaissance d'une telle existence sous les traits du contrat d'entreprise. Alors que Philippe Delebecque lui préférait le modèle du contrat-cadre pour rendre compte de la spécificité de cette opération économique⁵⁸⁶, Juliette Sénéchal soulignait quant à elle les vicissitudes de la place accordée

consiste notamment en un « *acte de traduction* » dans une langue du droit d'un élément qui lui est initialement étranger : VAUTROT-SHWARZ Ch., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸³ Charles Vautrot-Shwarz démontrait également l'existence d'une seconde facette de l'opération de qualification juridique. Il affirmait que par cette opération le juriste parvient à l'identification du fait en droit prenant la forme d'un « *acte de dénomination* » ; c'est-à-dire de la détermination d'une « *catégorie juridique idoine pour désigner l'objet auquel il est confronté* » : VAUTROT-SHWARZ Ch., *op. cit.*, p. 26 et 27.

⁵⁸⁴ « De ce fait, la qualification qui peut lui être donnée est assurément celle de contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage défini par l'art. 1710 » : BEY E.-M., « Du contrat de « Facilities Management » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 20. Il se référait notamment à la jurisprudence : CA Paris, 28 février 1989, Sté SCOD c. Sté Gamme, n° 20404 : « qu'un contrat passé entre les parties portant sur la fourniture et la mise en place de programme de gestion (...) doit être qualifié de contrat d'entreprise ».

⁵⁸⁵ Il affirmait effectivement que l'externalisation se matérialisait sous les traits du contrat d'entreprise, « ou plus exactement du louage d'ouvrage défini par le Code civil comme étant une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur de faire un ouvrage » : BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, Éditions Hermès, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992, p. 22.

⁵⁸⁶ Il faisait effectivement référence pour en rendre compte aux « *contrats qui instituent l'externalisation et de ceux qui concourent à sa réalisation* », rappelant ainsi la complexité du contrat-cadre composé d'un contrat-cadre proprement dit et de contrats d'application : DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 10. Notons qu'il trouvait d'ailleurs certains relais dans la doctrine. Ainsi Guillaume Flambard avait également l'occasion de démontrer la pertinence de la qualification de contrat-cadre : « *équilibre économique et juridique forment donc bien et plus encore un tout unique et indissociable pour les opérations d'externalisation des systèmes d'information, d'où il convient de distinguer plusieurs éléments*

par la doctrine au contrat d'entreprise au sein des classifications traditionnelles⁵⁸⁷. Fondamentalement animée d'une logique d'échange, cette formule contractuelle serait par nature impropre à rendre compte de l'opération économique que constitue l'externalisation et qui poursuit essentiellement l'instauration d'une relation de coopération.

Annonce de plan. Remémorant à son auditoire les difficultés des versions latines, Philippe Delebecque se demandait de nouveau si César faisait le pont ou le faisait faire⁵⁸⁸. Au-delà de suggérer l'existence de la problématique de l'externalisation à l'époque de la construction de la *Via Domitia* ou du Pont du Gard, il soulignait ainsi l'embarras provoqué par son identification en droit. Contrat d'entreprise, contrat-cadre, contrat de mandat, contrat de commissionnement, contrat de sous-traitance, etc..., les possibilités semblaient « légion ». Il est cependant un constat qui paraît devoir désormais emporter l'adhésion de la doctrine : celui de l'inadéquation de son rattachement initial au contrat d'entreprise. Il convient donc de démontrer de nouveau que celui-ci résulte d'une assimilation forcée au sein des catégories traditionnelles (§1) ayant conduit à une assimilation déformée au contrat d'entreprise (§2).

§1 : Une assimilation forcée au sein des catégories traditionnelles

43. Une classification en fonction de l'objet économique de l'externalisation. Préalablement à la détermination de la place de la figure contractuelle de l'externalisation au sein des catégories de contrats spéciaux, il convient d'indiquer le critère principal qui permettra de la distinguer⁵⁸⁹. Or, dans la mesure où l'externalisation se singularise en tant qu'outil de gestion stratégique marqué essentiellement par une substitution de la logique coopérative à la logique patrimoniale, son identification contractuelle appelle à titre principal une prise en compte de cette spécificité économique. Cependant, compte-tenu de la pléiade de contrats nommés ou innommés que connaît le droit français, la doctrine civiliste semble avoir dans un premier temps voulu circonscrire son champ d'investigation aux catégories générales des contrats

déterminants ainsi que des clauses communes essentielles pour la formation du contrat-cadre d'infogérance » : FLAMBARD G., « L'externalisation, technique contractuelle pour les contrats-cadre et pour les contrats d'application d'infogérance de systèmes d'information », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n° 3, p. 54.

⁵⁸⁷ « *Le contrat d'entreprise tel que nous le proposons a un domaine plus restreint et une nature plus homogène que la figure du droit positif* » : SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 646.

⁵⁸⁸ « *Caesar pontem fecit. Chacun se souvient de ses versions latines et des difficultés qu'il avait à faire le pont ou à le faire faire* » : DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸⁹ Il est admis que « *pour qualifier il faut savoir différencier* » : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 15.

spéciaux prévus par le Code civil. Aux contrats spéciaux tout d'abord, dans la mesure où ils sont considérés de longue date comme étant « à la base de l'activité humaine et principalement de l'activité économique »⁵⁹⁰ ; prévus par le Code civil ensuite, car il est également admis que ce dernier « doit demeurer le siège de la matière lorsqu'il s'agit de contrats spéciaux »⁵⁹¹. Il apparaissait donc évident que l'externalisation devait en premier lieu trouver sa place au sein de ces contrats essentiels à la réalisation des opérations économiques. C'était toutefois oublier qu'ils sont à titre principal « les instruments essentiels de l'échange volontaire des richesses et des services »⁵⁹² alors que l'externalisation repose sur une logique coopérative.

En toute cohérence avec la théorie générale du contrat et des contrats spéciaux, la qualification de l'externalisation devait alors suivre une méthode articulée autour de l'objet économique du contrat. Née du constat de l'insuffisance des classifications traditionnelles des contrats spéciaux⁵⁹³, c'est à Jean-Francis Overstake que la doctrine dominante empruntait la méthode la mieux à même de parvenir à une juste détermination de sa figure contractuelle. Il développait en effet une méthode de classification des contrats spéciaux d'après leur objet. Mais, alors que Marcel Planiol envisageait davantage l'objet de la prestation⁵⁹⁴, Jean-Francis Overstake considérait quant à lui que c'est l'opération économique recherchée par les parties qui devait la guider ; ce qu'il désignait alors comme relevant de l'objet du contrat⁵⁹⁵. Aussi la doctrine civiliste y trouvait-elle en fin de compte un moyen pertinent de refléter l'opération économique projetée par les contractants⁵⁹⁶. La méthode qu'il proposait devait par conséquent conduire à distinguer les contrats spéciaux selon qu'ils portaient à titre principal : soit sur une obligation de donner, soit sur une obligation de faire ou de ne pas faire⁵⁹⁷. Elle aboutissait alors à la *summa divisio* traditionnelle selon laquelle les contrats spéciaux se partagent

⁵⁹⁰ OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 16.

⁵⁹¹ OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 10.

⁵⁹² PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1952, n° 13, p. 18.

⁵⁹³ Cette critique était d'ailleurs reprise et enrichie par Pascal Puig. Il précisait que la classification reposant sur une distinction des contrats spéciaux en fonction de l'objet de la prestation (entre la chose et le service) était insuffisante dans la mesure où « elle n'explicite pas le rôle de la chose et du service dans la structure du contrat » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 31.

⁵⁹⁴ C'est-à-dire selon que le contrat porte sur une chose, un droit ou un travail : PLANIOL M., « Classification synthétique des contrats », *Revue critique*, 1904, p. 470 et s.

⁵⁹⁵ « La notion d'objet devient essentielle car elle reflète le contenu du contrat, or le contenu d'un contrat est directement tributaire de la fonction économique qu'il remplit » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 20.

⁵⁹⁶ Ayant écarté l'objet de la prestation, Jean-Francis Overstake retenait en effet au titre de l'objet du contrat en tant que critère de classification l'objet de l'obligation principale du contrat en affirmant que « l'objet de l'obligation principale apparaît comme l'objet du contrat » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹⁷ C'est-à-dire sur l'une des trois obligations prévues par le Code civil à son article 1101 selon lequel « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose ».

nécessairement entre les contrats portant sur le transfert d'une chose, et les contrats portant sur un service⁵⁹⁸. Appliquée plus spécifiquement à l'opération d'externalisation, elle conduirait par conséquent à exclure à priori la première catégorie. Si la spécificité économique de l'externalisation se situe en effet dans une rupture avec la logique patrimoniale, il était donc cohérent de rechercher sa figure juridique sous les traits d'un contrat portant sur un service, et non ceux d'un contrat portant sur le transfert d'une chose. Ainsi pouvait-elle logiquement être assimilée au contrat d'entreprise dans la mesure où il était également admis par la doctrine que ce dernier « *peut engendrer une prestation relative à une chose ou une prestation sans lien direct avec une chose* »⁵⁹⁹. Mais elle restait toutefois circonscrite à la prise en compte d'une relation d'échange. L'emprunt à Jean-Francis Overstake de sa méthode de classification des contrats spéciaux fondée sur l'objet économique de la prestation conduisit la doctrine à envisager de prime abord l'existence contractuelle de l'externalisation à travers le genre des contrats portant sur les services. Il était effectivement acquis que la caractéristique de l'externalisation résidait notamment dans l'abandon de la traditionnelle logique patrimoniale impliquant nécessairement l'exclusion du contrat-organisation, et au sein du contrat-échange celle des contrats portant sur le transfert d'une chose. L'externalisation devait par conséquent être ainsi intégrée de force à une logique d'échange (A) conduisant tout naturellement à la figure générale du contrat sur les services (B), imposée dans la mesure où la doctrine majoritaire n'y connaissait pas d'alternative.

A. La traduction forcée de l'externalisation par une logique d'échange

44. *Caesar pontem fecit*, l'influence persistante de la civilisation romaine. Doublement marquée par l'influence romaine, la doctrine civiliste s'engagea dans un premier temps sur une voie finalement sans issue pour parvenir à l'identification de l'existence de l'externalisation en droit positif. D'ordre tout d'abord linguistique, l'inspiration tirée de la

⁵⁹⁸ *Summa divisio* que l'on retrouve de manière générale dans la plupart des ouvrages consacrés à la présentation des contrats spéciaux : par exemple : HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2^e éd., 2001 : l'auteur propose alors de distinguer entre les contrats ayant pour objet de transférer la propriété d'une chose, ceux emportant le transfert de la jouissance d'une chose et ceux portant sur un ouvrage ou un service. Ou encore : AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *Les contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Droit Civil, 7^e éd., 2014 : la distinction est ici évidente entre les contrats portant sur le transfert d'une chose et les contrats portant sur un service, bien que n'apparaissant pas explicitement. À l'inverse, la classification des contrats spéciaux en fonction de l'objet de la prestation aboutit à une *summa divisio* sensiblement différente opposant les contrats sur les choses et les contrats sur les services (la différence essentielle se situant au niveau de la place des contrats de mise à disposition de choses), voir sur ce point : ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2013.

⁵⁹⁹ LABARTHE Fr. et NOBLOT C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2008, p. 32.

civilisation romaine devait effectivement nuire à la prise en compte de l'externalisation en droit français dans la mesure où, si « *Caesar pontem fecit* » fut si longtemps traduit par « César fit un pont » alors même qu'il paraissait délicat qu'il y parvienne seul, ce fut principalement parce que le latin ne parvenait pas à rendre compte de la notion de « faire faire »⁶⁰⁰. S'il est admis qu'il faut lui rendre ce qui lui appartient, il convient toutefois de reconnaître qu'il s'agissait là d'une approche déformée du génie civil méconnaissant une opération de travaux publics pourtant vieille comme le monde. Un tel obstacle anecdotique ne devait cependant pas décourager autant le juriste⁶⁰¹ que l'immobilisme d'un Code resté marqué par le droit romain.

Rappelant, dans son discours préliminaire du projet de Code civil, que « *les lois des douze Tables sont sans cesse proposées pour modèle* », Jean-Étienne-Marie Portalis ne reniait d'ailleurs pas cette influence de la civilisation romaine sur la codification opérée en 1804. René Savatier soulignait cependant que « *de l'économie antique à celle des codes napoléoniens, et de l'économie des codes napoléoniens à l'économie dirigée d'aujourd'hui, il est inévitable que ces biens, changeant d'utilisation économique, aient aussi changé de figure juridique* »⁶⁰². Sans remettre en cause des institutions de type échangiste éprouvées par l'épreuve du temps⁶⁰³, il convenait toutefois de prendre en compte les mutations des opérations économiques ayant abouti à l'émergence d'une économie fondée non plus principalement sur les biens, mais surtout aujourd'hui sur les services⁶⁰⁴. La doctrine ne devait finalement suivre que partiellement cette invitation en substituant simplement au contrat de vente la formule, délaissée jusque-là, du louage. Pourtant issu des « *classification défectueuses du droit romain* »⁶⁰⁵, ce contrat devait donc être emprunté dans un premier temps par la doctrine civiliste afin de rendre compte de l'existence de l'externalisation. Le

⁶⁰⁰ Il fallut en effet attendre les premières grammaires latines pour admettre que « *le parfait du verbe a valeur factitive* » : SABLAYROLLES R., « *Caesar pontem fecit ... Voyageurs du bout du monde et conquérants de l'inutile* », in *Le monde et les mots. Mélanges Germaine Aujac*, Presses Universitaires Mirail-Toulouse, 2007, p. 339.

⁶⁰¹ Qui ne devait pas, à la différence des germains devant César qui « *en voyant ce pont qui semblait un joug imposé à leur fleuve prisonnier, s'enfuirent de nouveau dans les forêts et les marécages, et le plus grand ennui de César fut de ne trouver personne à vaincre* » : CÉSAR J., *Guerre des Gaules*, Gallimard, coll. Folio Classique, 1981, p. 45.

⁶⁰² SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, chron. XXII, 1961, p. 117.

⁶⁰³ René Savatier rappelait d'ailleurs sur ce point que « *les prudentes, dont le Digeste a recueilli l'enseignement juridique, avaient classé en catégories les contrats patrimoniaux pratiqués par les Romains. Cette nomenclature a été fidèlement reproduite en 1804 par le Code civil. Elle y reste inchangée en 1971* » : SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 228.

⁶⁰⁴ Alain Bénabent affirmait en effet que « *la prestation de service est devenue, dans l'économie actuelle, aussi importante que la vente de biens* » : BÉNABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2001, p. 306.

⁶⁰⁵ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, Pichon, 1900, n°1948.

passage d'une formule contractuelle « *par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* »⁶⁰⁶, à celle par laquelle « *l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »⁶⁰⁷ n'exprimait en fin de compte qu'une évolution de l'objet du contrat et non foncièrement de l'opération économique envisagée par les parties. Il était en effet toujours question de la mise en œuvre juridique d'une logique d'échange ne visant plus des biens mais des services. L'influence de la civilisation romaine sur l'élaboration et l'évolution du droit civil conduisit donc la doctrine à envisager l'existence contractuelle de l'externalisation à travers la prise en compte d'une logique échangiste (2) dès lors que la logique d'organisation était exclue d'office (1). Une logique échangiste qui devait alors permettre au juriste, après le linguiste, d'accepter que César ait pu faire faire le pont à défaut d'avoir pu le faire lui-même.

1. L'exclusion d'office de la logique d'organisation

45. Une exclusion justifiée par l'analyse du contrat-organisation. Les développements précédents ont permis de démontrer que la littérature managériale appréhende l'externalisation « *comme une structure de gouvernance hybride, comprise entre la firme et le marché* »⁶⁰⁸. Ainsi éclairée sur cet outil stratégique de gestion des ressources externes de l'entreprise, la doctrine civiliste pouvait alors légitimement écarter l'hypothèse de son identification à travers le contrat de société ; c'est-à-dire à travers un contrat typique du recours à la firme et de la logique d'organisation par la subordination hiérarchique. À la dichotomie entre le marché et la firme renforcée en matière économique, le juriste a en effet longtemps répondu, depuis les travaux de Paul Didier, par la seule distinction entre le contrat-échange et le contrat-organisation. Fondé sur le constat d'une disparition de la logique d'échange dans le cadre du contrat de société⁶⁰⁹ gouverné par la notion d'*affectio societatis*, et donc différent « *du contrat marchand classique* »⁶¹⁰, et conçu en opposition par rapport au

⁶⁰⁶ Ancien article 1582 du Code civil.

⁶⁰⁷ Ancien article 1710 du Code civil.

⁶⁰⁸ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 121.

⁶⁰⁹ Alors même que la doctrine a parfois tenter de le raccrocher à cette logique échangiste, par exemple « *en présentant l'apport en société comme un échange entre la société et ses associés* » alors même que cela n'est pas concevable dès lors qu'il est admis que « *la société n'existe qu'une fois les titres souscrits et les apports réunis* » : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à François Terré*, PUF, 1999, p. 636.

⁶¹⁰ BOLTANSKI L. et CHIAPPELLO È., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999, p. 130.

modèle traditionnel du contrat-échange, le contrat-organisation manifestait la volonté de traduire juridiquement l'esprit d'une intervention collective⁶¹¹ par l'intermédiaire d'une structure contractuelle codifiée à l'article 1844 du Code civil⁶¹². Ainsi la doctrine avait-elle admis au sein de la théorie générale du contrat un nouveau modèle esquissé « *en contraste avec (celui) du contrat-échange, que le prestige et l'ancienneté de la vente nous ont rendu plus familier* »⁶¹³, et qui permettait de rendre compte juridiquement d'une opération économique singulière : l'instauration d'une « organisation »⁶¹⁴ en vue de la réalisation d'un intérêt commun. Mais ce modèle demeurerait toutefois consubstantiel à la gouvernance par la firme.

À la différence du contrat-échange dans lequel « *l'un perd ce que l'autre gagne* »⁶¹⁵, le contrat-organisation fut en l'occurrence conçu en méconnaissance de cette règle de Lavoisier dès lors que « *tous les joueurs gagnent ou perdent en même temps* »⁶¹⁶. Aussi ce modèle contractuel repose-t-il invariablement sur le principe de la subordination par le contrat d'un ensemble institué à un pouvoir de direction et de décision indépendant de la volonté des parties. Il présente par conséquent une caractéristique majeure le distinguant du contrat-échange : la création d'une institution dotée généralement de la personnalité juridique⁶¹⁷. Il demeure cependant un contrat produisant en tant que tel des normes juridiques individuelles. En cela il se distingue également du contrat-échange en ce que les normes produites ne nécessitent pas toujours un échange de consentement de la part des parties. L'accord de volontés à l'origine de la conclusion du contrat de société suffit ainsi à présumer les suivants

⁶¹¹ « (...), le contrat de société a à voir avec toutes les situations où les parties mettent quelque chose en commun et s'en partagent les produits. Et ainsi s'affermir peu à peu une frontière entre deux types de contrats que nous avons proposé d'appeler les uns, contrats-échange, et les autres, contrats-organisation » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 636.

⁶¹² « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ».

⁶¹³ DIDIER P., *op. cit.*, p. 637

⁶¹⁴ Nous rappellerons ici la définition ISO 9000 donnée au terme d'organisation en matière de management. Elle correspond alors à « un ensemble de responsabilités, pouvoirs et relations entre les personnes » afin « d'établir une politique et des objectifs et d'atteindre ces objectifs ».

⁶¹⁵ DIDIER P., *op. cit.*, p. 638.

⁶¹⁶ DIDIER P., *op. cit.*, p. 639. L'article 1832 du Code civil dispose effectivement que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes » alors même que les parties s'engagent « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Détaché de la finalité simplement échangiste, il envisage deux objectifs par lesquels « d'une part, il définit l'activité qui est son objet et d'autre part il institue des organes (...) chargés d'assurer et de garantir la réalisation de cette activité selon des modes de répartition des missions et des pouvoirs qui varient selon le type d'organisation » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 638.

⁶¹⁷ Car « tout contrat-organisation implique plus ou moins la mise en commun de quelque chose et toute mise en commun appelle nécessairement une séparation entre ce qui est commun à tous et ce qui est propre à chacun (...) ce que l'on entend quand on dit que le patrimoine commun est personnifié (...). Et dès lors qu'il y a mise en commun licite, il y a, au moins virtuellement, personne morale » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 640.

du fait du « *concours des consentements* »⁶¹⁸ auquel il opère, présentant alors une forme de parenté avec le contrat-cadre⁶¹⁹ qui devait constituer pour certains la traduction juridique réelle de la coopération⁶²⁰.

Peu importe en effet l'organisation que l'on analyse, la substitution partielle de la firme au marché se traduit finalement par une hiérarchisation des fonctions subordonnées à un pouvoir de décision⁶²¹ dont la finalité est de coordonner en son sein la bonne marche des facteurs de production. D'un point de vue juridique, l'élément déterminant réside donc dans cette subordination instaurée dans le cadre du contrat-organisation⁶²² ; et c'est autour de ce caractère emprunté au modèle fordien qu'a pu généralement être forgée la représentation juridique classique de l'entreprise et de son fonctionnement, et qui en fait le « *le lieu d'exercice d'un pouvoir privé* »⁶²³ encadré par le droit⁶²⁴. C'est d'ailleurs à cet encadrement juridique du fonctionnement interne des entreprises⁶²⁵ que Nicolas Ferrier consacrait son travail de thèse afin d'y intégrer la délégation de pouvoir en tant qu'elle participe de « *l'organisation de l'entreprise et, plus particulièrement, à l'organisation du pouvoir de direction (...) au nom et pour le compte du groupement* »⁶²⁶. Confirmant la concentration du pouvoir caractéristique de l'organisation interne classique des entreprises⁶²⁷, Nicolas Ferrier démontrait alors l'existence d'une forme de déconcentration par l'intermédiaire de la

⁶¹⁸ DIDIER P., *op. cit.*, p. 641.

⁶¹⁹ Paul Didier semblait déjà suggérer une telle parenté lorsqu'il indiquait, au détour d'une démonstration portant sur l'inadaptation de la nullité pour sanctionner leur irrégularité, que les contrats-organisation « *servent de fondement et de cadre à une multitude d'autres actes, décisions, délibérations et contrats* » : DIDIER P., *Ibid.*

⁶²⁰ Cf. *infra*.

⁶²¹ Ainsi est-il possible de noter que « *l'organisation économique de la firme a longtemps relevé du seul pouvoir de l'employeur* » et est donc « *caractérisée par une direction économique unique qui ordonne en même temps son organisation sociale* » révélant alors un lien étroit entre le contrat-organisation et le contrat de travail : MORIN M.-L., « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, 2005, volume 144/n°1, p. 8.

⁶²² « *Le principe organisateur de la firme n'est plus la production, mais le pouvoir de décision économique par rapport au marché. L'entreprise apparaît alors comme une organisation à la fois économique et sociale sous une direction unique* » : MORIN M.-L., *Ibid.*

⁶²³ MORIN M.-L., *op. cit.*, p. 9.

⁶²⁴ Un droit dont l'objectif réside notamment dans la définition des « *conditions d'exercice du pouvoir dans l'entreprise* » : MORIN M.-L., *Ibid.*

⁶²⁵ « (...) *l'organisation de l'entreprise semble reposer essentiellement sur deux techniques traditionnelles que sont le contrat de travail (...), et la structure juridique du groupement* » : FERRIER N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 68, 2005, p. 4.

⁶²⁶ FERRIER N., *op. cit.*, p. 21.

⁶²⁷ « (...) *l'organisation de l'entreprise se caractérise par un exercice concentré des prérogatives de direction dans les mains de l'entrepreneur ou de l'organe de direction doté de la qualité de chef d'entreprise* » par le contrat-organisation : FERRIER N., *op. cit.*, p. 24.

délégation entendue comme un mandat⁶²⁸ conclu au nom du dirigeant et non des parties initiales au contrat. Il renforçait par conséquent la fonction de clef de voute de la logique d'organisation qu'occupait la notion de subordination hiérarchique⁶²⁹ rendant ainsi ce modèle inopérant pour la prise en compte de l'externalisation en tant qu'elle constitue une forme hybride de gouvernance fondée sur une logique coopérative excluant toute idée de subordination.

46. Une exclusion d'office contestable eu égard à la pratique des affaires. Il convient néanmoins de souligner que l'étude menée par Nicolas Ferrier ne prenait explicitement pas en compte un mode d'organisation particulier de l'entreprise fondé sur la coopération, préférant retenir exclusivement la subordination ou la représentation. Ainsi procédait-il à l'exclusion de l'externalisation de son champ d'étude alors même que Marie-Laure Morin l'évoquait, quant à elle, au rang des nouvelles formes d'organisation venant bouleverser leur cadre juridique⁶³⁰. Il est alors permis de penser que Nicolas Ferrier en arrivait à cette conclusion du fait de la prise en compte du seul modèle de l'entreprise intégrée, laissant de côté ces « *phénomènes de décentralisation productive* »⁶³¹ dont la réalité économique révélait cependant l'importance. L'unité du pouvoir au sein de la firme, dont le modèle fordien avait pu faire son fer de lance, n'est en effet plus aussi évidente qu'auparavant. Outre la multiplication des alliances inter-firmes, l'externalisation apparaît comme une manifestation de ce double mouvement annoncé par Alain Supiot de « *l'autonomie dans la subordination des salariés* » d'un côté, et de « *l'allégeance dans l'indépendance* » de l'autre qui « *prennent à revers les constructions (...) fondées sur la subordination et l'organisation hiérarchisée* »⁶³². Incontestablement motivée pour une volonté de réduction des risques économiques inhérents à l'organisation intégrée de l'entreprise, l'externalisation s'impose de plus en plus comme une forme nouvelle d'organisation de l'entreprise fondée sur une logique de coopération que le droit ne peut plus

⁶²⁸ Admettant alors que « *le recours à un mécanisme permettant aux dirigeants de confier à des tiers, sous leur autorité, l'exercice des pouvoirs de direction apparaît comme un complément ou une alternative utile, voire nécessaire, à l'organisation de l'entreprise fondée exclusivement sur le contrat de travail et, éventuellement, la structure juridique du groupement imposée par la loi ou résultant des statuts* » : FERRIER N., *op. cit.*, p. 25.

⁶²⁹ Et qui se retrouve d'ailleurs dans l'exercice de la fonction de direction, qu'elle soit statutaire ou déléguée, laquelle « *est donc essentiellement une fonction d'organisation de l'activité qui consiste moins à « faire » qu'à « faire faire* », sans pour autant « *laisser faire* » » : FERRIER N., *op. cit.*, p. 136.

⁶³⁰ « *Les phénomènes d'externalisation (...) ont des conséquences multiples sur les relations de travail et les conditions d'application du droit du travail* » : MORIN M.-L., *op. cit.*, p. 5.

⁶³¹ MORIN M.-L., *Ibid.*

⁶³² MORIN M.-L., *op. cit.*, p. 13.

ignorer⁶³³. Hervé Le Nabasque soulignait d'ailleurs que la décentralisation du fonctionnement de l'entreprise conduisait à l'apparition d'une « *notion nouvelle de la « direction en soi » : tâche qui consiste « à diriger l'activité plutôt qu'à l'effectuer soi-même »* »⁶³⁴; de là à y déceler les prémices de l'externalisation il n'y a qu'un pas qui ne semble pas difficile à franchir à condition d'éclairer le sens de la coopération en dehors du cadre du contrat-organisation.

L'observation de la pratique des affaires conduit d'ailleurs à relever ici et là des formules parfois apparentées à l'externalisation et se traduisant par l'emprunt d'un tel modèle contractuel. Aussi Pierre Mousseron évoquait-il à ce titre le cas particuliers du recours à la filiale pour la réalisation d'une telle opération. Envisagée comme « *un instrument de départ, de parcours et de sortie de l'externalisation* »⁶³⁵, la forme sociétaire devait ainsi faciliter et approfondir la relation coopérative entretenue par les parties. Elle constituait toutefois une entrave à la bonne mise en œuvre de cette stratégie dans la mesure où elle ajoutait de la complexité à une relation contractuelle déjà difficile à appréhender pour chacune de parties⁶³⁶. De la même façon, le contrat de *joint-venture* peut parfois être confondu avec une forme d'externalisation alors même qu'il repose principalement sur la constitution d'une organisation⁶³⁷. La grande diversité des instruments juridiques du recours par les managers à une stratégie d'externalisation n'aide donc pas à confirmer à priori la pertinence d'une exclusion sans appel des formules contractuelles relevant du genre de l'organisation. Elle entretient même la perplexité du juriste dans la mesure où elle appelle de sa part « *une fonction d'ingénierie juridique (...) par le choix des instruments juridiques idoines* »⁶³⁸ davantage qu'une réflexion sur l'éventualité d'une détermination d'éléments communs qui faciliteraient son identification plus précise au sein de la boîte à outil dont il dispose. Surtout, l'absence de prise en compte d'une alternative contractuelle à la dichotomie traditionnelle échange/organisation embrassant en théorie l'ensemble des pratiques du monde des affaires a

⁶³³ Une majeure partie de la doctrine appelle d'ailleurs aujourd'hui à s'intéresser à « *ce qui s'esquisse en droit positif pour mieux prendre en compte les nouvelles formes d'organisation des entreprises et les modalités de partage des risques qu'elles instaurent* » fondées sur une logique coopératif : MORIN M.-L., *op. cit.*, p. 26.

⁶³⁴ Cité par : FERRIER N., *op. cit.*, p. 135.

⁶³⁵ MOUSSERON P., « Les filiales d'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 40.

⁶³⁶ « *Le recours à une filiale d'externalisation est à priori une lourdeur excessive* » et « *semble davantage de nature à satisfaire les juristes que leurs clients* » : MOUSSERON P., *Ibid.*

⁶³⁷ Qu'il s'agisse d'une forme sociétaire ou plus globalement associative, la joint venture se définit toujours à partir d'un objectif plus ou moins large assigné au groupement auquel les sociétés partenaires contribuent.

⁶³⁸ RAYNARD J., « Approche juridique de l'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2006, p. 20.

pu conduire, au-delà de l'exclusion de la seconde, à l'assimilation de l'externalisation à la première, du moins à une espèce ce réclamant du modèle du contrat-échange : le contrat d'entreprise. Or, il aurait pu tout autant en aller de même pour l'organisation que pour l'échange dès lors que chacune d'elle manifeste en droit l'une des deux formes de gouvernance que sont la firme et le marché. Instrument idéal de la mise en œuvre d'une gouvernance par le marché, le contrat-échange aurait dû en effet, au même titre que le contrat-organisation, être exclu d'office des possibilités d'identification de l'existence de l'externalisation en droit positif en raison de son lien consubstantiel avec cette forme de gouvernance. Les économistes affirment d'ailleurs qu'elle repose « *sur la signature de contrats « complets » et fugitifs* »⁶³⁹ alors que les développements précédents ont démontré que la traduction contractuelle de l'externalisation appelait nécessairement l'émergence d'un genre contractuel nouveau, hybride, caractérisé par sa durée et son incomplétude. L'influence encore flagrante des classifications traditionnelles civilistes devait toutefois conduire la doctrine vers l'inclusion de l'externalisation à la logique d'échange du fait de l'absence d'une alternative consacrée à la traduction contractuelle des formes de gouvernance hybrides.

2. L'inclusion conséquente dans la logique d'échange

47. Une assimilation par défaut à la logique d'échange. Lorsqu'elle admettait sans ambages que l'externalisation consiste toujours à « *transférer un poste ou un service à un partenaire indépendant, et ce, par le truchement d'un contrat* »⁶⁴⁰, la doctrine civiliste demeurait partagée sur les suites contractuelles à en donner. L'exclusion d'office du contrat-organisation lui simplifiait cependant à priori la tâche dans la mesure où elle ne lui laissait plus le choix et l'engageait par conséquent à emprunter la voie de la logique d'échange alors même qu'elle aurait pu croire bon de l'écarter elle-aussi. Mais l'influence persistante de la civilisation romaine, couplée à l'émergence affichée d'une conception néo-libérale du droit en vertu de laquelle « *l'une des raisons du droit est de faire progresser les échanges* »⁶⁴¹, devaient finalement convaincre dans un premier temps la doctrine du bien-fondé d'une assimilation de l'externalisation à la mise en œuvre par le contrat d'une logique de type échangiste⁶⁴². Ainsi l'évolution de l'économie servait-elle finalement le renouvellement des formes contractuelles

⁶³⁹ BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, 1998, n°147, p. 23.

⁶⁴⁰ DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 9.

⁶⁴¹ VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p. 26.

⁶⁴² Vincent Valentin confirmait d'ailleurs que « *si le droit a pour fonction de faciliter l'échange, le contrat, qui le rend effectif, en est la forme idéalisée* » : VALENTIN V., *op. cit.*, p. 29.

usitées dans les relations d'affaires à partir du modèle de l'échange et de l'organisation sans susciter de la part de la doctrine civiliste une volonté de s'émanciper de ce carcan circonscrit finalement à deux formes de gouvernance et mis « *au service du développement de l'économie industrielle* »⁶⁴³. Une telle évolution pouvait néanmoins sembler cohérente dans la mesure où le service remplaçait l'immeuble bien comme objet de l'échange. Abandonnant par ailleurs l'archétype du contrat de vente, le juriste pouvait se sentir d'autant plus libéré du marché traditionnel par lequel les entreprises pouvaient acquérir les ressources matérielles utiles à leur bon fonctionnement⁶⁴⁴. Cette substitution d'objet aurait pu effectivement passer pour une prise en compte de la rupture avec la logique patrimoniale sur laquelle repose l'externalisation en tant qu'outil stratégique de gestion des ressources de l'entreprise. Celle-ci décidant de ne plus acquérir physiquement une ressource intégrée à son patrimoine, mais plutôt d'y accéder par le bénéfice d'une prestation de service insusceptible d'appropriation⁶⁴⁵. Pascal Puig soulignait d'ailleurs que l'évolution de l'objet de l'échange induisait en réaction une absorption par « *une obligation de faire (facere) que commande la finalité du contrat* »⁶⁴⁶.

Les précisions successivement apportées au genre du contrat-échange permirent en effet à la doctrine d'enrichir celui-ci d'une espèce nouvelle apparemment en phase avec les transformations économiques : le contrat de louage portant sur un objet particulier : la prestation de service. Détrônant l'antique obligation de donner, l'obligation de faire donnait désormais le ton à un nombre croissant de relations contractuelles. Mais alors que la doctrine y voyait une évolution de l'instrument contractuel, il s'agissait tout simplement d'une évolution des échanges économiques eux-mêmes, désormais monopolisés par les services et non plus par les biens. L'intégration de l'externalisation à la logique échangiste par la voie du contrat de louage participait donc principalement, dans une certaine mesure, au comblement

⁶⁴³ CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 217.

⁶⁴⁴ De manière générale la doctrine reconnaissait effectivement que l'instrument contractuel échangiste se partageait désormais en deux branches distinctes faisant correspondre « *à la vente la circulation des richesses, à l'entreprise la création de richesses nouvelles* » : ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2013, p. 349.

⁶⁴⁵ Pascal Puig parvenait d'ailleurs à démontrer qu'en « *limitant les droits d'usage et de jouissance du créancier à la satisfaction de ce besoin, la mise à disposition devient le moyen d'y parvenir. Elle est alors finalisée et cesse d'être une fin pour céder sa place au service dont elle est source* », illustrant ainsi l'évolution de la finalité du modèle échangiste de l'acquisition d'un bien à la mise en disposition d'un service : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 108. Il précisait également que « *fournir les moyens d'un service est déjà rendre un service* » dans la mesure où « *le contrat ne porte plus seulement sur la remise d'une chose mais sur la fourniture d'un potentiel, d'un ensemble caractérisé par son aptitude à satisfaire les besoins exprimés par le créancier-utilisateur ; autrement dit sur les moyens d'un service final situé hors contrat. Le contrat a donc pour finalité un service dont la particularité est d'être le moyen d'un avantage ultérieur, lequel ne sera effectivement obtenu qu'au prix d'une intervention active du créancier* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 110 et 111.

⁶⁴⁶ PUIG P., *op. cit.*, p. 111.

de « *la carence des textes du Code civil en matière de contrats de services* »⁶⁴⁷. De plus le contrat de louage offrait également à la doctrine civiliste l'opportunité de rendre compte de prestations de longue durée, et non plus exclusivement fugitives à la différence de ce qui caractérisait jusqu'alors le recours au marché sous la forme d'un échange de biens. François Bruté de Rémur justifiait d'ailleurs en partie son choix du contrat d'entreprise par le fait qu'il recouvrait notamment la réalisation d'une prestation échelonnée dans le temps⁶⁴⁸ se distinguant nettement de la forme classique de l'échange : la vente. Il permettait également d'assurer en droit positif l'exclusion de la logique d'organisation dans la mesure où il s'imposait parfois dans « *des situations où le choix du contrat d'entreprise procède de l'éviction d'une autre qualification aux conséquences moins avantageuses* » parmi lesquelles celle du contrat de travail fondé sur une logique de subordination hiérarchique propre à l'organisation⁶⁴⁹. Pascal Puig parvenait en outre à une conclusion similaire au terme de son étude. Il affirmait alors que, à la différence du contrat de vente, « *le temps pénètre la structure même du contrat d'entreprise en tissant la toile des obligations qui progressivement s'agenceront les unes par rapport aux autres, certaines spontanément, d'autres par l'intermédiaire de nouvelles manifestations de volontés, mais toujours en contemplation d'une finalité à atteindre et d'un équilibre à réaliser* »⁶⁵⁰. Une finalité à priori compatible avec la fonction économique de l'externalisation mais qui devait ignorer sa dimension stratégique et son essence coopérative.

48. Une assimilation ignorant la dimension stratégique de l'externalisation. Un tel choix par défaut conduisait en effet la doctrine civiliste à se détourner d'une des problématiques majeures soulevées par la traduction juridique de l'externalisation : la réponse à donner à « *la dialectique liberté contractuelle – essence des institutions* »⁶⁵¹ ; en d'autres termes, à son caractère intermédiaire et sa logique coopérative empruntant à la fois au marché et à la firme. Le recours au modèle échangiste par l'intermédiaire du contrat d'entreprise, avatar modernisé

⁶⁴⁷ MERCHERS Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 443.

⁶⁴⁸ Il précisait effectivement que le contrat d'entreprise est « *un contrat à exécution successive, c'est-à-dire qu'il s'exécute par des prestations échelonnées dans le temps* », confirmant ainsi que « *ce type de contrat se différencie fondamentalement des contrats à exécution instantanée, comme le contrat de vente* » : BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992, p. 24.

⁶⁴⁹ ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, p. 355. Les auteurs précisait alors que l'on « *sait bien que, pour des raisons ne serait-ce que financières, le contrat d'entreprise est plus attirant que le contrat de travail* ».

⁶⁵⁰ PUIG P., *op. cit.*, p. 724.

⁶⁵¹ DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 10.

du contrat de louage, contournait cependant la question en puisant dans le genre du contrat utilisé pour retranscrire en droit les relations de marché. Ainsi la doctrine délaissait-elle la voie ouverte par les économistes au genre contractuel hybride caractérisé notamment par sa durée et son caractère incomplet. Adoptant une approche globalisante de l'échange comme avait pu y inviter Ian Macneil, Pascal Puig démontrait néanmoins progressivement que « *la catégorie générique du contrat d'entreprise a vocation à accueillir tous les contrats qui engendrent une obligation de faire tendant à la prestation d'un service* »⁶⁵². Tout en dénonçant l'appellation de contrat « fourre-tout » largement employée par la doctrine à son propos, il précisait également que peu importe le moyen que le contrat d'entreprise adopte pour sa réalisation, la prestation d'un service demeurait sa finalité et suffisait à exprimer une rupture avec la logique patrimoniale⁶⁵³ symptomatique du recours à l'externalisation. Irrigué par de nombreuses catégories contractuelles nommées, ce contrat singulier pouvait par conséquent être envisagé selon lui comme relevant du genre hybride dès lors qu'une telle finalité animait son élaboration et son exécution⁶⁵⁴. Mais au-delà de la critique tenant à l'absence de prise en compte du caractère hybride de l'externalisation à laquelle le contrat d'entreprise semblait pouvoir riposter, celle liée à la méconnaissance de sa dimension stratégique et de sa logique coopérative aurait pu conduire à renoncer à une telle intégration au genre de l'échange.

Outre l'abandon apparent de l'hypothèse d'une identification d'un genre contractuel hybride au profit d'une espèce du contrat-échange, la démonstration de l'existence de l'externalisation sous les traits du contrat d'entreprise manifestait fondamentalement une apostasie de la doctrine civiliste à l'encontre de la logique coopérative pourtant déjà promue à grands renforts de démonstration par la littérature économique et managériale. Alors que celle-ci affichait de plus en plus une préférence pour le contrat en matière de coopération interentreprises⁶⁵⁵, les juristes semblaient rester convaincus par la suprématie de l'échange

⁶⁵² PUIG P., *op. cit.*, p. 191.

⁶⁵³ Il affirmait en effet que « *le service est le résultat non appropriable d'une activité développée par un prestataire au profit d'un bénéficiaire* » : PUIG P., *Ibid.*

⁶⁵⁴ « *Le contrat d'entreprise a ainsi vocation à mettre en œuvre des mécanismes qui relèvent ordinairement d'autres catégories contractuelles nommées dès l'instant que les effets qu'ils produisent individuellement n'apparaissent pas comme le but recherché par les parties mais seulement comme l'un des moyens de l'atteindre. La finalité du contrat d'entreprise commande l'absorption des techniques primaires destinées à en permettre la réalisation* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 192.

⁶⁵⁵ Aussi Éric Brousseau rappelait-il le « *rôle joué par les contrats dans l'émergence de la coopération* » : BROUSSEAU É., « *Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises* », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Éditions du CNRS, 1996, p. 23. Il démontrait que « *la schématisation inspirée de la théorie des jeux permet, en effet, de souligner de manière particulièrement*

aussi bien dans les relations économiques que contractuelles. De plus, bien que les économistes aient pu parvenir à mettre en évidence que, dans la plupart des cas, l'échange se révèle insuffisant pour assurer une gestion performante des ressources de l'entreprise⁶⁵⁶, les civilistes conservaient une approche centrée sur ce dernier délaissant malheureusement l'hypothèse du contrat-cadre qui aurait pu pourtant convenir davantage à la transposition de la coopération économique⁶⁵⁷. Alors qu'elle effleurait pourtant cette notion au début des années 1970 dans le cadre des relations de distribution⁶⁵⁸, la doctrine s'en éloignait dans un premier temps en montrant sa préférence pour le contrat portant sur les services, et plus précisément le contrat d'entreprise, afin de rendre compte de l'évolution des activités économiques. Ainsi limitait-elle l'attrait du contrat-cadre aux situations dans lesquelles il n'est fait référence à aucun mécanisme prédéterminé de fixation du prix. Elle aurait pu toutefois les rapprocher, dans la mesure où le contrat-cadre permet également d'établir dans le temps une relation de prestation de service reposant sur un « *compromis entre la continuité trop rigide d'un seul contrat et la discontinuité d'une suite d'accords indépendants* »⁶⁵⁹. Mais, intégré aux groupes de contrats, le contrat-cadre ne pouvait être envisagé comme un contrat unique à la différence du contrat sur les services⁶⁶⁰. Aussi la doctrine civiliste devait-elle, temporairement du moins, perdre de vue la prise en compte de la logique de coopération au profit de l'échange, et donc négliger à la fois les formes hybrides de gouvernance et cet outil stratégique de gestion qu'est l'externalisation.

didactique que les contrats sont perçus par la théorie standard comme des instruments permettant, grâce à des transferts, de modifier la rémunération des différentes parties prenantes de manière à faire en sorte que chacun ait individuellement intérêt à adopter un comportement qui corresponde à l'optimum collectif : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 26.

⁶⁵⁶ « *Les agents économiques disposent de ressources qui sont en large partie intransférables. C'est la raison pour laquelle, dans la plupart des cas, leurs relations ne consistent pas à réaliser de simples échanges fugitifs mais à mettre en œuvre des transactions ou des processus de production jointe qui s'inscrivent dans la durée* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 41.

⁶⁵⁷ Du moins eu égard aux théories développées par les économistes selon lesquelles, « *au début du processus de coordination, le contrat correspond surtout à un accord cadre* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵⁸ Évoquant les difficultés inhérentes à l'activité de négoce de détail, Jean-Marc Mousseron et Alain Seube démontrait en effet la tendance de ces commerçants particuliers à se regrouper et à coopérer. Ils précisait alors que, « *ainsi conduits à prévoir leurs relations pour un temps prolongé et, par suite, à envisager un grand nombre de contrats à venir, les partenaires souhaitent, rapidement, les soumettre à un moule unique prédéterminé (...). Alors apparaissent des « contrats-cadre » visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement, dans le futur, « contrats d'application ou d'exécution » auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront leur support* » : MOUSSERON J.-M. et SEUBE A., « À propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.*, 1973, chron. XXVIII, p. 197.

⁶⁵⁹ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.*, 1996, p. 180.

⁶⁶⁰ « *À la différence des contrats-cadre étudiés, le contrat d'entreprise contient dès l'origine d'un engagement ferme, définitif et irrévocable du maître de l'ouvrage l'acquisition de l'ouvrage futur* », en d'autres termes un engagement à l'achat d'une prestation de service quelle qu'elle soit : PUIG P., *op. cit.*, p. 717 et 718.

B. L'utilisation « par défaut » de la figure générale du contrat de service

49. La valorisation progressive de l'échange portant sur les services. Alors qu'il exprimait ouvertement l'appétence des économistes et des gestionnaires pour la notion de « *vente de services* », René Savatier précisait que « *dans le langage de ces disciplines, qui sont, par rapport au droit, complémentaires, le mot « vente » est, en effet, utilisé pour tout échange, fait contre de l'argent, d'un bien économique quelconque, par un échangiste indépendant* »⁶⁶¹. Ainsi participait-il activement de cette tendance doctrinale en faveur de l'émergence de formules contractuelles plus en phase avec les transformations de l'économie⁶⁶², et manifestait de la sorte son attachement à la logique d'échange⁶⁶³. Symptomatique de l'influence grandissante de l'économie sur le droit, le constat ainsi posé de « *la carence des textes du Code civil en matière de contrats de services* »⁶⁶⁴ manifestait semble-t-il un décalage entre la logique juridique échangiste et celle désormais envisagée dans le cadre de la coordination des agents économiques. Un décalage que la doctrine se donna pour mission de combler alors que René Savatier constatait que, « *avec une telle largeur d'acception, ce mot : vente de services, n'est pas encore passé dans la langue usuelle du Droit* »⁶⁶⁵. Loin de se résigner à reconnaître dans ce retard du droit par rapport à la marche de l'économie la physionomie d'un droit en crise, il y voyait plutôt le terreau de son renouvellement⁶⁶⁶ et posait alors les prémisses d'une identification à venir, à travers lui, du déploiement de l'externalisation en tant que mode de gouvernance hybride de l'économie.

⁶⁶¹ SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 223.

⁶⁶² Il se trouvait alors aux côtés d'auteurs motivés par le souci de lier l'étude du droit à celle de l'économie dans le cadre d'une discipline particulière : le droit économique : cf. : SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, chron. XXII, 1961, p. 117 et s. ; SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, p. 132 et s., ou encore : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, chron. XXIV, p. 215 et s.

⁶⁶³ Dans la même veine, Yvette Merchiers préciserait d'ailleurs bien plus tard que, si « *les contrats de services existaient bien à l'époque du Code civil, ils n'étaient cependant, d'un point de vue économique, que très secondaires par rapport aux contrats portant sur les biens* » : MERCHIER Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 434.

⁶⁶⁴ MERCHIER Y., *op. cit.*, p. 443.

⁶⁶⁵ SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 223.

⁶⁶⁶ Il démontrait d'ailleurs, en réponse à Georges Ripert, que ce n'était pas rendre « *justice à cet effort que de parler de déclin du droit alors qu'on assiste seulement à une métamorphose, visant à permettre au droit de remplir, dans une société d'un type nouveau, son rôle régulateur et moral de toujours* » : DAVID R., « Note bibliographique sur *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* », 2^e et 3^e séries, *Revue internationale de droit comparé*, 1959, vol. 11, n° 3, p. 640.

René Savatier précisait même qu'il ne serait pas surprenant que ce mot finisse par entrer sur ces terres métamorphosées⁶⁶⁷, et proposait de l'y aider en favorisant la prise en compte par le droit d'une économie désormais fondée sur les services, et d'une retranscription contractuelle à travers la vente ; c'est-à-dire l'échange⁶⁶⁸, ayant souligné auparavant le caractère « *arbitraire de l'actuelle nomenclature civile et commerciale des contrats, issus des contingences historiques* »⁶⁶⁹. Dotée de la vertu de la simplicité, la généralisation de la vente à l'ensemble des relations de type échangiste quel que soit leur objet situé dans le commerce, les biens ou les services, permettrait selon, René Savatier, d'adapter avantageusement le droit aux évolutions économiques. Traduites juridiquement par l'intermédiaire d'une obligation de faire prévue à l'ancien article 1142 du Code civil, le contrat portant sur les services exprimerait effectivement une relation de type échangiste dont l'objet se serait développé au gré des révolutions économiques passant progressivement d'une domination de la chose, obligation de donner, à une prégnance du service dès lors que « *tout ce qui est dans le commerce peut être vendu* »⁶⁷⁰. Le recours à la notion de « *vente de services* » auquel invitait René Savatier correspondait finalement davantage à la promotion du contrat portant sur les services comme une espèce à part entière du contrat-échange ; c'est-à-dire du genre contractuel ayant pour finalité une pure « *permutation des biens et services* »⁶⁷¹. Portant la marque d'une « *si grande importance, une si large variété, et une telle unité* »⁶⁷² en matière économique, le service ne devait pas tarder en effet à prendre le pas sur les biens en tant qu'objet principal de la logique échangiste. C'est donc tout naturellement que la doctrine civiliste se tourna dans un premier temps vers le contrat portant sur les services afin d'y déceler l'existence juridique de l'externalisation (2), après avoir soigneusement exclu les contrats portant sur le transfert d'une chose (1).

⁶⁶⁷ « *Il est vraisemblable que, comme tant d'autres apports économiques, il en franchira les portes* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 223.

⁶⁶⁸ « (...) *que le mot vente y paraît le plus adapté pour désigner généralement l'échange de ces services contre une certaine somme de monnaie* » : SAVATIER R., *Ibid.*

⁶⁶⁹ SAVATIER R., *Ibid.* Affirmant alors qu'il « *y a place, pensons-nous, dans une nomenclature réformée, pour la vente de services* ».

⁶⁷⁰ Ancien article 1598 du Code civil.

⁶⁷¹ DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements, Revue de Jurisprudences Commerciales*, 1995, p. 75.

⁶⁷² SAVATIER R., *op. cit.*, p. 223.

1. L'exclusion des contrats portant sur le transfert d'une chose

50. Une incompatibilité fondamentale de logique contractuelle. Appréhendée par la littérature managériale comme un mode de gouvernance hybride et un outil stratégique de gestion des ressources externes de l'entreprise, l'externalisation repose fondamentalement sur une rupture avec la logique économique traditionnelle fondée sur la propriété, et retranscrite juridiquement par des procédés d'acquisition. En tant que structure de gouvernance intermédiaire, elle conduit à l'instauration d'une relation coopérative favorisant l'organisation d'une gestion patrimoniale des ressources par le biais de l'accession et non d'un simple échange de biens et de valeurs. La doctrine économique intéressée par la question contractuelle suggérait par conséquent qu'elle soit traduite sous la forme d'un contrat de long terme incomplet distinct du contrat ponctuel classique. La matière juridique semblait cependant moins prompte à conduire de telles réflexions, centrée qu'elle était sur une dichotomie désormais largement admise distinguant simplement le contrat-échange et le contrat-organisation. Qui plus est, la doctrine civiliste française paraissait particulièrement impénétrable sur la question, dans la mesure où l'héritage du droit romain s'avérait encore présent dans la nomenclature contractuelle prévue par le Code civil. Conscient du retard progressivement pris par la lettre du Code, René Savatier accompagné d'autres auteurs engageait d'ailleurs la doctrine à dépasser, « *dans le donné patrimonial moderne, la nomenclature des contrats conçue par le droit romain* »⁶⁷³ afin d'envisager une rénovation de la forme échangiste au moyen d'une émancipation du contrat de louage de l'emprise du contrat de vente, et de l'objet service de la domination de la chose. Ce courant doctrinal dominant restait néanmoins convaincu que les catégories traditionnelles du droit romain seraient suffisantes pour « *encadrer la plupart des contrats nouveaux, spécialisés par leur objet et leur technique* »⁶⁷⁴.

Ce faisant, il était nullement question de remettre en cause la logique échangiste, mais tout simplement d'envisager une transformation de son objet potentiel. Cette transformation du contrat-échange portait toutefois en elle-même un renseignement utile sur l'incapacité de sa dimension traditionnelle à rendre compte d'une opération d'externalisation. Désormais reléguée par l'émergence du service, la chose ne devait pas permettre une telle traduction

⁶⁷³ SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 228.

⁶⁷⁴ SAVATIER R., *Ibid.* Il précisait que de cette manière pouvaient émerger « *les types de sociétés, de mandats, de louage de choses, et, particulièrement, de ventes* ».

juridique. Constitué alors principalement par une obligation de donner, le contrat portant sur le transfert de la chose ne pourrait convenir, en terme de logique, pour recouvrir l'existence de l'externalisation en droit. Les désignant sous le vocable de « *contrats translatifs* », Jean-Francis Overstake affirmait effectivement que les contrats portant sur le transfert d'une chose⁶⁷⁵ se caractérisaient par une obligation principale essentielle : l'obligation de donner⁶⁷⁶. L'opération économique traduite juridiquement par ce type de contrat relèverait donc bien d'une logique patrimoniale. Il ne s'agissait de rien d'autre en effet que de l'acquisition, moyennant le paiement d'un prix, de la propriété d'une chose par l'un des contractants ; étant précisé que la chose objet de la prestation désigne « *tout ce qui est dans le commerce, (...) lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* »⁶⁷⁷. Il existait par conséquent une incompatibilité d'objet entre ces « *contrats translatifs* » et l'opération économique que constitue l'externalisation, à laquelle s'ajoutait également une incompatibilité d'objet de la prestation⁶⁷⁸ et *in fine* une incompatibilité de logique dès lors qu'elle s'apparente clairement à la logique patrimoniale et s'éloigne d'autant de la logique coopérative.

Poursuivant un raisonnement analogue motivé par la prise en compte de l'évolution de la finalité économique des contrats de l'acquisition à la coopération⁶⁷⁹, Ian Macneil suggérait également un remaniement de la théorie classique du contrat, envisagé comme « *l'instrument de réalisation instantanée de cet échange* »⁶⁸⁰, en réaction à la crise qu'elle semblait traverser. S'il ne remettait cependant pas en cause l'existence des contrats qui en sont issus⁶⁸¹, il invitait

⁶⁷⁵ Cette catégorie recouvre notamment au sein du Code civil : la vente (articles 1582 et s.), l'échange (articles 1702 et s.) et la fiducie (articles 2011 et s.).

⁶⁷⁶ Bien qu'elle puisse elle-même se manifester sous diverses formes ainsi que le précise le Code civil aux articles 1136 à 1141. Par exemple, l'article 1136 dispose que « *l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison à peine de dommages et intérêts envers le créancier* ».

⁶⁷⁷ Article 1598 du Code civil. Notons qu'il convient de ne pas confondre la chose au sens juridique du terme, et la chose entendue d'un point de vue économique. En effet, les économistes considèrent, par un abus de langage, qu'un service peut relever de la chose. Or, du point de vue de l'objet de la prestation, la chose est un élément permettant de distinguer les contrats sur les choses des contrats sur les services : cf. ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, p. 356.

⁶⁷⁸ Dans la mesure où les « *contrats translatifs* » portent sur le transfert d'une chose alors que l'externalisation porte sur la réalisation d'une activité au profit d'un tiers.

⁶⁷⁹ Cela se traduisait concrètement sous plusieurs formes en droit positif, et ce notamment par la prégnance de plus en plus forte de l'obligation de coopération dans les relations contractuelles reposant sur l'existence d'un *affectio contractus* : cf. : PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1998, I, 3318.

⁶⁸⁰ Théorie selon laquelle la définition du contrat peut être résumé par ces propos de Muriel Fabre-Magnan précisant que « *le contrat est (...) traditionnellement défini comme un accord de volontés destiné à créer des obligations. Il est analysé comme le lieu d'un échange instantané, échange de prestations ou échange de valeurs* » : FABRE-MAGNAN M., « Introduction », in *Travaux de l'association Henri Capitant. La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 8.

⁶⁸¹ D'un côté le contrat de la théorie classique en tant que mode de réalisation contractuelle du mode de gouvernance par le marché : le contrat-échange. De l'autre le contrat de la théorie néoclassique en tant que mode

néanmoins à la prise en compte d'un modèle alternatif : le contrat relationnel⁶⁸². Il proposait alors de l'appréhender également à partir de la notion d'échange, tout en élaborant une acception bien plus élargie recouvrant en grande partie les opérations économiques⁶⁸³. La logique coopérative intrinsèque à l'externalisation devait cependant conduire à exclure de l'identification de son existence juridique les formules contractuelles ayant pour objet le transfert d'une chose ; en d'autres termes, l'espèce contractuelle prenant pour objet une chose et constituée d'une obligation de donner. C'est effectivement à travers la structure du contrat et l'agencement des obligations que la finalité économique d'un contrat devrait pouvoir être fidèlement retranscrite. Ce serait donc à travers la forme d'un contrat particulier dont la structure répond à la fonction économique de coopération stratégique de la gestion des ressources externes que l'externalisation devrait se manifester en droit ; c'est-à-dire, à travers une forme contractuelle ayant exclu l'espèce échangiste portant sur le transfert d'une chose dont le contrat de vente constitue la figure de proue dans la mesure où il repose tout simplement sur une structure obligationnelle parfaitement symétrique⁶⁸⁴ permettant la permutation d'un bien.

51. L'exclusion logique de la figure du contrat de vente. Considérée comme « *l'ainée* » des contrats translatifs de propriété⁶⁸⁵, la vente ne peut donc pas servir à l'identification juridique de l'externalisation. Une telle exclusion de la vente en tant que figure juridique de l'externalisation trouve d'ailleurs sa justification à la seule lecture de la lettre du Code civil. Définie comme étant la « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* »⁶⁸⁶, il apparaît en effet clairement que, fondée principalement sur l'obligation de donner, la vente traduit juridiquement une opération économique consistant en un transfert de propriété ; c'est-à-dire une action d'acquisition symptomatique d'une logique patrimoniale. Elle ne peut de la sorte être identifiée comme la figure juridique de l'externalisation. Elle est, par ailleurs, celle d'une autre forme de gouvernance : le marché. Favorable à l'extension de la

de réalisation contractuelle du mode de gouvernance que constitue la firme : le contrat-organisation : cf. sur ce point : BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, p. 133.

⁶⁸² L'apparition d'une conception du contrat reposant sur l'idée de coopération à côté de celle traditionnelle l'envisageant sous un angle individualiste le conduisait en effet à affirmer qu'un « *nouveau type de contrats est apparu, qui coexiste avec l'ancienne notion de contrat* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸³ BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 98 et s.

⁶⁸⁴ Une symétrie par ailleurs incontestable par laquelle à une obligation de donner une chose correspond l'obligation de transférer le prix convenu.

⁶⁸⁵ ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, p. 19. Notamment en ce qu'elle représente selon le doyen Jean Carbonnier le « *plus usuel des contrats permettant d'atteindre l'essentiel d'un comportement plusieurs fois millénaire de l'humanité, donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose* » : CARBONNIER J., *Écrits*, PUF, 2010, p. 521.

⁶⁸⁶ Article 1582 du Code civil.

vente au-delà des frontières du transfert d'une chose, René Savatier soulignait implicitement l'incapacité de sa signification usuelle à rendre compte de la transformation même des échanges économiques⁶⁸⁷. Il précisait effectivement que si la vente de services pouvait aisément endosser cette fonction, il ne pourrait en aller de même pour les ventes de choses dites « *capitalisées* » ; c'est-à-dire les ventes de choses faisant « *l'objet d'une propriété durable* »⁶⁸⁸. Ainsi indéniablement attachée à la logique patrimoniale, à l'instar de l'ensemble des contrats portant sur le transfert d'une chose, la vente devait-elle être écartée du champ des traductions juridiques possibles de l'externalisation stratégique.

A contrario, les contrats emportant mise à disposition d'une chose⁶⁸⁹ ne devaient pas en être exclus si facilement, du moins pas par le recours au critère de l'objet du contrat. Un tel maintien mérite, à ce stade du raisonnement, d'être précisé dans la mesure où cette catégorie de contrats présente un paradoxe : si l'objet de la prestation est bien une chose, l'objet du contrat ne réside pas dans une obligation de donner mais bien plutôt dans une obligation de faire. La méthode de classification adoptée devait en l'occurrence conduire à retenir ce contrat dès lors que, ayant écarté les contrats portant sur un transfert de la chose, l'externalisation semble devoir être assimilée à un contrat portant sur les services⁶⁹⁰. Rattachant ces contrats à l'espèce du contrat d'entreprise, Pascal Puig démontrait d'ailleurs que dans cette hypothèse la mise à disposition imposait le dépassement de la seule prise en compte de l'objet de la prestation pour l'envisager à part entière comme un service constituant la finalité économique du contrat ; en d'autres termes, son objet⁶⁹¹. Aussi irréfragable soit-elle, cette exclusion ouvrait cependant la porte à l'identification de l'existence de l'externalisation sous les traits apparents d'une forme rénovée de la vente : le contrat portant

⁶⁸⁷ Il soulignait d'ailleurs expressément le fait que les juristes avaient généralement tendance à ne pas s'intéresser à certains biens résultant nécessairement d'une prestation de service « *tel que le bien-énergie, et le bien-travail* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 225.

⁶⁸⁸ « *Au contraire, les ventes de produits et marchandises, pour employer les expressions du droit économique, ont pour objet des choses que nous qualifierions de « capitalisées ». Nous entendons par là qu'elles font l'objet d'une propriété durable, d'ailleurs corporelle ou incorporelle* » : SAVATIER R., *Ibid.*

⁶⁸⁹ Dont le contrat de louage de chose constitue la figure topique.

⁶⁹⁰ Que ce service soit constitutif d'un travail, c'est-à-dire d'une prestation « *dont l'exécution suppose une intervention active de son débiteur* » laquelle nécessite de la part de ce dernier « *un effort, source de peine* » (OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 87), ou d'un service, c'est-à-dire d'une prestation pouvant être exécutée de manière passive « *sans un effort et une lutte sources de peine et de fatigue* » (OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 96).

⁶⁹¹ Il affirmait alors que « *ce service dépasse en effet très souvent les contours de l'objet pour se loger dans la sphère psychologique des mobiles. Sa prise en compte s'inscrit alors mieux dans la spécification contractuelle de la chose mise à disposition* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 108. Il précisait même que la mise à disposition est, dans ce cas de figure, « *finalisée et cesse d'être une fin pour céder sa place au service dont elle est la source* ».

sur les services, et ce alors même que, paradoxalement, il reposait également sur une logique échangiste dont seul l'objet du contrat semblait avoir été modifié.

2. L'assimilation aux contrats portant sur les services

52. Une logique contractuelle partiellement compatible. Par opposition à la catégorie des « *contrats translatifs* », Jean-Francis Overstake réunissait sous la catégorie des « *contrats non-translatifs* » l'ensemble des contrats ayant pour objet la réalisation d'un travail, d'un service ou d'une abstention. Ainsi partageaient-ils tous la même obligation principale : celle de faire ou ne pas faire quelque chose⁶⁹². Considérant que l'obligation de ne pas faire serait du même type que l'obligation de faire⁶⁹³, il était d'ailleurs possible d'affirmer que les contrats portant sur les services présentaient tous une obligation principale de faire au profit du cocontractant. En cela, la distinction avec l'obligation de donner, issue du droit romain, est évidente. Alors qu'elle impose au débiteur de transférer la propriété d'un bien à son cocontractant, l'obligation de faire lui dicte l'accomplissement d'une prestation ; c'est-à-dire d'un travail ou d'un service. L'obligation de faire instaure de ce fait une relation étroite et personnelle⁶⁹⁴ entre chacun des deux contractants alors que la première repose simplement sur une relation objective, impersonnelle et ponctuelle. Elle pouvait par conséquent servir de support juridique à la mise en œuvre d'une coopération économique⁶⁹⁵. L'assimilation de l'externalisation à la catégorie des contrats sur les services s'imposerait donc en tant que l'objet de ces contrats est à priori parfaitement compatible avec la réalisation juridique de l'externalisation⁶⁹⁶.

⁶⁹² Il considère que ces contrats « *ne peuvent remplir leur fonction économique sans l'exécution d'une prestation essentielle consistant à faire ou à ne pas faire quelque chose* » : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 77. Notons la référence à la section sous laquelle prend place l'article 1142 du Code civil consacrée à « *l'obligation de faire ou de ne pas faire* ».

⁶⁹³ Selon Pothier « *les obligations de faire comprennent aussi celles par lesquelles quelqu'un s'est obligé de ne pas faire quelque chose* » : POTHIER, *Traité des obligations*, Thomine et Fortic, tome I, 1821, n°178.

⁶⁹⁴ Car à la différence de l'obligation de donner portant exclusivement sur le transfert d'un droit réel, l'obligation de faire a pour objet « *l'exécution d'un fait qui requiert une manifestation humaine dans sa réalisation* » (OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 81) dont la réalisation sera plus ou moins incertaine. En cela l'obligation de faire « *met directement en jeu les qualités propres du débiteur, sa personnalité même* » (OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 82) lui imprégnant alors un caractère *intuiti personae*.

⁶⁹⁵ Il est en effet admis qu'une telle obligation de faire « *peut être l'obligation principale d'un contrat spécial permettant la réalisation d'une opération économique déterminée* » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹⁶ Dont la fonction économique consiste pour une entreprise à confier « *à des prestataires extérieurs un service par-ci, une activité par-là, une mission de-ci, un savoir-faire de-là... afin de se recentrer sur son cœur de métier* » : SYLVESTRE C., « *Opération à cœur ouvert* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p.3.

Il convient néanmoins d'apporter d'ores et déjà une nuance à ce choix opéré dans un premier temps par la doctrine dans le cadre de l'identification de l'existence de l'externalisation en droit civil. Si le contrat portant sur les services semble bel et bien constituer la seule alternative logique aux contrats portant sur le transfert d'une chose dans la mesure où le genre de l'organisation est exclu, il n'en demeure pas moins fondamentalement irrigué d'une logique échangiste et donc à priori étranger à la coopération. La proposition avancée par René Savatier contribuait en outre à renforcer cette incompatibilité de logique dans la mesure où il semblait convaincu de la nécessité de s'éloigner du contrat de louage⁶⁹⁷, de chose, de service ou d'ouvrage, pour consacrer une espèce à part entière : le contrat de vente de services⁶⁹⁸. Explicitement apparentée à « *la figure générale de la vente classique* »⁶⁹⁹, ce contrat devait en fin de compte davantage brouiller les frontières au sein du genre du contrat-échange entre l'espèce portant sur le transfert d'une chose et celle portant sur la fourniture d'un service alors même qu'il s'agissait simplement d'une évolution de l'objet du contrat, sans remise en cause de sa logique économique, exprimant une extension du domaine de la vente⁷⁰⁰ et l'admission au sein de sa structure d'une obligation de faire en lieu et place de l'obligation de donner⁷⁰¹. Bien qu'elle ne fut pas prolongée par la suite, cette réflexion engagea néanmoins la doctrine civiliste sur la piste du contrat de louage pour rendre compte de l'assimilation de l'externalisation à la figure du contrat portant sur les services⁷⁰². Or cette voie apparaît également inadaptée dès lors qu'elle s'impose comme une espèce particulière du contrat-échange, et que la logique coopérative s'en détourne et accorde ses faveurs à de formules

⁶⁹⁷ Il affirmait effectivement que « *cette nomenclature juridique confuse et bornée ne peut plus s'expliquer que par une lointaine histoire. Elle ne correspond en rien au donné juridique de notre temps* » : SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 228.

⁶⁹⁸ « *La mieux est donc, pour les civilistes et les commercialistes, de rejoindre, à la fois, économistes et juristes de droit public lorsqu'ils relèvent la noblesse du mot « services » en désignant, par lui, au lieu d'une activité subordonnée, les activités fournies dans une indépendance organisée et d'employer, comme les économistes, l'expression de vente de services, pour désigner les contrats promettant, contre argent, ces sortes d'activités* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 228 et 229.

⁶⁹⁹ « *Il nous reste à montrer que, par cette réforme de vocabulaire, on perfectionnera la figure générale de la vente classique, telle que la connaissent actuellement civilistes et commercialistes* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 229.

⁷⁰⁰ Appelant à envisager le service comme un objet possible du contrat de vente, il affirmait que cela permettrait de « *répondre au vœu de l'article 1598, définissant l'objet de la vente de la manière la plus vaste, tant abstraitement que concrètement, ce qui invite le juriste à explorer attentivement le champ sur lequel la vente s'étend* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 224.

⁷⁰¹ « *La variété de la gamme de « services » offertes à la vente frappe immédiatement par sa richesse. Richesse naturelle, puisque l'objet des obligations de faire ou de ne pas faire, auxquelles correspondent les créances de « services » est infiniment divers, et que, s'ils sont patrimoniaux, tous ces « services » peuvent être achetés ou vendus* » : SAVATIER R., *Ibid.*

⁷⁰² « *De ce fait, la qualification qui peut lui être donnée est assurément celle de contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage défini par l'article 1710 comme celui « par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose par l'autre moyennant un prix convenu par elles »* » : EL-MOKHTAR B., « Du Contrat de « Facilities Management », *Gaz. Pal.*, 1991, p. 20.

contractuelles plus « exotiques », telle que celle du contrat cadre ou des groupes de contrats⁷⁰³.

53. Une assimilation imprécise au contrat de services. Si cette voie « par défaut » fut toutefois retenue dans un premier temps, il convient de préciser immédiatement de quelle figure de l'espèce du contrat portant sur les services l'externalisation devait être rapprochée. Il s'agirait en effet davantage « d'un » des contrats de services tant il s'avère que cette espèce présente un aspect hétérogène⁷⁰⁴. À la différence de la catégorie des contrats portant sur le transfert d'une chose⁷⁰⁵, l'ensemble des contrats portant sur les services n'offre pas la même unité en matière d'objet de la prestation. Si la classification d'après l'objet du contrat est malgré tout retenue, alors cet ensemble recouvre des contrats dont l'objet de la prestation de faire peut porter aussi bien sur une chose que sur un travail ou un service⁷⁰⁶. Unis par leur objet, les contrats portant sur les services doivent par conséquent être distingués en fonction de l'objet de leur prestation. La lettre actuelle du Code civil procède d'ailleurs à une telle subdivision du contrat de louage en deux branches distinctes : louage de chose et louage d'ouvrage⁷⁰⁷. Elle opère également à une seconde ramification au sein du louage d'ouvrage entre : le louage de service, le louage de voiturier et le louage d'ouvrage à proprement parler⁷⁰⁸. C'est alors au sein de ces contrats de louage d'ouvrage que devait pouvoir se nicher, selon la doctrine, la

⁷⁰³ Recherchant la place à accorder aux contrats d'assistance et de fourniture au sein des catégories contractuelles admises par la doctrine, Jean-Marc Mousseron et Alain Seube envisageaient de ranger ces contrats porteurs d'une logique de coopération au-delà de cette nomenclature traditionnelle à travers la notion de contrat cadre ou de groupe de contrats. Si en effet « *une seconde voie consiste à répartir les relations établies entre les partenaires sur plusieurs contrats liés les uns aux autres et constituant ce que certains auteurs appellent, parfois, un « ensemble contractuel » et que nous préférons dénommer un « groupe de contrats »* », ils s'imposaient à leurs yeux comme relevant de la notion de « *contrat-cadre qui « se présente avec toute la perfection technique désirable ... vis-à-vis des ventes ultérieures qu'il détermine »* » : MOUSSERON J.-M. et SEUBE A., « À propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.*, 1973, chron. XXVIII, p. 198 et 199.

⁷⁰⁴ Car si « *les « services » constituent aujourd'hui une part dominante de l'activité économique, le secteur dit tertiaire* », il n'en demeure pas moins que, « *en même temps, cette notion de service ne représente ni un objet contractuel défini ni une catégorie homogène de contrats* » : MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 9^e éd., 2014, p. 487.

⁷⁰⁵ Laquelle présente une unité de l'objet du contrat et de l'objet de la prestation : obligation de donner une chose.

⁷⁰⁶ De fait, « *pour faire apparaître les diverses catégories de contrats non translatifs, il nous faut analyser le contenu possible des obligations de faire et de ne pas faire afin de révéler les diverses significations qu'elles peuvent revêtir* » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 77. Ce sont ces significations de l'obligation de faire qui constituent alors les divers objets de la prestation. En l'occurrence, Jean-François Overstake envisage alors de distinguer au sein des « *contrats non-translatifs* » : « *les contrats spéciaux ayant pour objet l'exécution d'un travail, les contrats spéciaux ayant pour objet l'accomplissement d'un service et les contrats spéciaux ayant pour objet le respect d'une abstention* » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 86.

⁷⁰⁷ « *Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses, et celui d'ouvrage* » : article 1708 du Code civil.

⁷⁰⁸ « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° le louage de service ; 2° Celui des voituriers (...); 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis pu marchés* » : article 1779 du Code civil.

traduction juridique de l'externalisation dès lors qu'il était admis qu'ils étaient compatibles avec sa fonction économique.

Au-delà de la nécessité d'une précision indispensable à l'identification d'une telle existence juridique de l'externalisation sous les traits du contrat d'entreprise, cet amalgame au sein des contrats de service suscite une autre réflexion ayant, par ailleurs, conduit la doctrine et la jurisprudence à élargir presque à l'envi cette espèce au point d'en faire « *la « bonne à tout faire » des contrats spéciaux* »⁷⁰⁹, mais aussi un vecteur d'une certaine unité dans un ensemble marqué par la diversité. Bien que favorable à l'extension de la vente au domaine des services, et non à la consécration d'une catégorie rénovée de louage, René Savatier évoquait déjà le large éventail de services susceptibles de faire l'objet d'une permutation par le biais d'un contrat entre deux agents économiques⁷¹⁰. Il en précisait néanmoins les spécificités liées pour partie à leur dimension apparemment non patrimoniale ; c'est-à-dire justement entendue comme une activité économique et non comme un bien⁷¹¹. Mais cela ne suffisait pas, selon lui, à justifier une exclusion de la vente. De même l'assimilation des services à une activité économique ne faisait finalement que déplacer le problème de la définition du premier à la détermination de la seconde. Or, la définition commercialiste de la notion d'activité économique n'est guère plus propice à apporter un éclairage sur ce dédale de contrats ayant pour objet la prestation d'un service. Entendue comme désignant l'ensemble des « *activités de production, de distribution et de services* »⁷¹², il paraît difficile d'y déceler un enrichissement possible de la notion de service. Toutes deux confrontées aux affres d'une matière soumise aux commandements « *de l'économie et non du droit* »⁷¹³, ces notions se révèlent donc intrinsèquement ambiguës lorsqu'elles font l'objet d'une analyse juridique.

S'agissant plus spécialement du service, le critère du prix paraît également insuffisant à permettre une clarification dans la mesure où il s'applique de manière identique à l'ensemble

⁷⁰⁹ AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *op. cit.*, p. 409. Ils précisait d'ailleurs que « *toute activité ou presque devient entreprise* ».

⁷¹⁰ Aussi affirmait-il par exemple qu'il est possible de « *vendre pareillement des services de commission, de transport, de banque, d'assurance, de comptabilité, d'informatique, d'engineering, de construction, de terrassements...* » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 224.

⁷¹¹ « Il demeure pourtant que les « *ventes de services* » portent sur des « *activités* », et non sur des choses capitalisées » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 225.

⁷¹² Article L. 410-1 du Code de commerce. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne semble d'ailleurs tout autant laconique sur cette question précisant que doit être considérée comme une activité économique toute « *activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* » : CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission (British Telecom)*, aff. 41/83, ou encore plus récemment : CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpAc/ Commission*, aff. C-113/07.

⁷¹³ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *APD*, t. 40, 1996, p. 304.

des contrats concernés, et même au-delà à l'ensemble du genre du contrat-échange⁷¹⁴. La définition proposée par Gérard Cornu de la prestation de services n'y parvient pas non plus lorsqu'elle l'étend, « à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), à tout avantage appréciable en argent en vertu des contrats les plus divers »⁷¹⁵. Elle brouille même encore plus la question de la traduction juridique de l'externalisation précisant de la même manière qu'elle « s'inscrit dans la durée moyennant le truchement des contrats les plus divers »⁷¹⁶. L'un comme l'autre, contrat de service et contrat d'externalisation auraient ainsi été condamnés à ne se voir attribuer aucune formule contractuelle propre et à errer de l'une à l'autre au gré des nécessités de la vie des affaires et des opérations économiques envisagées, rétifs à toute classification pérenne et stable. Pascal Puig parvint cependant à dépasser cette confusion apparente, suggérant alors que le contrat d'entreprise poursuivait en guise de « finalité la fourniture d'un service (qui) peut mettre en œuvre des mécanismes qui, pris isolément, relèvent d'autres contrats tels que la vente ou le louage »⁷¹⁷. Il était donc envisageable de remettre de l'ordre dans le genre du contrat-échange, et par là même d'y ménager une place pour la traduction juridique d'une nouvelle fonction économique du contrat. L'identification de la figure juridique de l'externalisation implique donc d'approfondir cette analyse afin de déterminer précisément ce que serait sa qualification contractuelle si elle devait se situer au sein des contrats portant sur les services. Si, de manière générale, elle présente les traits du contrat portant sur une prestation de services⁷¹⁸, encore faut-il affiner ce trait : est-ce celui du louage de chose, d'ouvrage ou encore du mandat ? Est-ce possible, ce faisant, de confirmer l'hypothèse majoritairement suggérée dans un premier temps par la doctrine en vertu de laquelle l'externalisation existerait juridiquement sous la figure du contrat d'entreprise ?

§2 : Une assimilation déformée au contrat d'entreprise

54. Une existence décelée au sein de l'espèce du contrat d'entreprise. Quand Gérard Cornu soulignait une certaine pérennité du « socle des institutions civiles (qui) est, pour une large

⁷¹⁴ René Savatier soulignait effectivement que « l'identité des règles économiques imposées aux prix de la vente de services et de la vente de produits ou de marchandises paraît complète » : SAVATIER R., *op. cit.*, p. 226.

⁷¹⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 8^e éd., 2007, p. 713.

⁷¹⁶ CORNU G., *op. cit.*, p. 394.

⁷¹⁷ PUIG P., *op. cit.*, p. 42.

⁷¹⁸ « Terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) » ; CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, p. 713.

part, bien en place dans le Code »⁷¹⁹, il rappelait qu’au-delà de ce socle le Code civil s’était « laisser déborder par l’évolution du droit »⁷²⁰, elle-même grandement guidée par l’évolution de la vie des affaires et de la pratique des entreprises. Par conséquent, dans la mesure où la démonstration de l’existence juridique de l’externalisation pouvait conduire dans un premier temps à explorer le champ de cette matière, elle incitait davantage à une analyse de la jurisprudence et de la doctrine que de la lettre du Code. Plus précisément encore, c’est par l’étude approfondie de la catégorie des contrats de services que pouvait apparaître clairement la validité d’une hypothèse selon laquelle l’externalisation existerait en droit civil au sein de l’espèce du contrat d’entreprise. Une telle démarche méthodologique manifestait d’ailleurs la prégnance d’un droit économique, ou droit des affaires, dont « le corps est fait de règles anciennes et de règles nouvelles assemblées à raison de l’objet qu’elles doivent régir », et selon un « esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles » existantes⁷²¹. Considérée comme « la pierre de touche de son esprit et le révélateur de sa substance »⁷²², la notion d’entreprise figurait alors effectivement au cœur du droit économique. Elle devait par conséquent occuper une place de choix en matière contractuelle. Ainsi l’externalisation ne saurait-elle être finalement qu’une forme de contrat d’entreprise dont la doctrine civiliste faisait son sel, dès lors que, à l’instar des « techniques de production et de distribution de masse » au milieu du XXe siècle, « c’est sous l’empire de ce phénomène économique et pour le servir qu’un droit nouveau s’élabore »⁷²³. Philippe Delebecque affirmait d’ailleurs comme une évidence qu’en matière d’externalisation « la technique appropriée est celle du contrat d’entreprise, dont on connaît la souplesse »⁷²⁴.

En tant que branche d’un droit économique en formation constante, le droit civil tend en effet à reprendre des techniques traditionnelles afin de les adapter à l’évolution des pratiques⁷²⁵. L’externalisation s’afficherait donc concrètement en cette matière aux côtés de ces techniques juridiques, nouvelles ou rénovées, « mises au service du développement de l’économie

⁷¹⁹ CORNU G., « La lettre du Code à l’épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 167.

⁷²⁰ CORNU G., *Ibid.*

⁷²¹ Où « seul l’esprit est vraiment nouveau » : CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chron. XXIV, 1967, p. 217.

⁷²² CHAMPAUD Cl., *Ibid.*

⁷²³ CHAMPAUD Cl., *Ibid.*

⁷²⁴ DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l’externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 11.

⁷²⁵ Et s’il « reprend les anciennes techniques, c’est pour les réformer et les combiner dans un effort d’adaptation qui les rend méconnaissables » : CHAMPAUD Cl., *Ibid.*

industrielle »⁷²⁶, et qui « *s'adaptent avec plus ou moins de bonheur à des relations devenues plus importantes dans les sociétés industrielles* »⁷²⁷. Aussi la confirmation de l'existence juridique du concept d'externalisation en droit civil pouvait-elle passer par son intégration à l'espèce du contrat d'entreprise. Il convient en outre de relever à l'appui de cette hypothèse une tendance de la littérature managériale à proposer d'elle-même une telle intégration. Selon une conception néo-libérale du droit en vertu de laquelle l'environnement économique impose nécessairement sa marque à l'ordre juridique chargé de l'encadrer, il serait effectivement « *établi que l'une des raisons du droit est de faire progresser les échanges* »⁷²⁸. Il allait donc de soi que le contrat serve d'instrument à la pratique managériale de l'externalisation dans la mesure où celle-ci veille notamment à assurer la pérennité et l'efficacité de la productivité et des échanges. C'est ainsi que, poursuivant cette volonté de participer à la facilitation des échanges économiques, François Bruté de Rémur proposait la première étude de référence consacrée à une approche juridique et contractuelle de l'externalisation stratégique. Il y affirmait alors que le contrat d'externalisation existe dans la pratique du droit des affaires sous la forme du contrat d'entreprise⁷²⁹. Malgré l'imprécision précédemment soulignée de l'espèce du contrat de services et son incompatibilité apparente en matière de logique économique, la doctrine se résigna finalement à y recourir après avoir renoncé à assimiler l'externalisation à un contrat portant sur le transfert d'une chose. Elle retint pour ce faire une formule pourtant absente de la lettre du Code civil⁷³⁰ mais amplement développée par la doctrine⁷³¹ puis la jurisprudence⁷³² dans la mesure où « *la plupart des prestations de services peuvent se couler*

⁷²⁶ CHAMPAUD Cl., *Ibid.* Illustrant une fois de plus que « *l'esprit du Droit Économique est guidé par l'idée que cette science est la servante de l'économie et non sa maîtresse* » : CHAMPAUD Cl., *op. cit.*, p. 219.

⁷²⁷ SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, p. 132.

⁷²⁸ VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p. 26. Qui plus est, « *si le droit a pour fonction de faciliter l'échange, le contrat, qui le rend effectif, en est la forme idéalisée* » : VALENTIN V., *op. cit.*, p. 29.

⁷²⁹ Plus encore, il précisait que celui-ci s'y présente sous les traits du contrat d'entreprise, « *ou plus exactement du louage d'ouvrage définit par le Code civil comme étant une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur de faire un ouvrage* » : BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Allain Bensoussan, 1992, p. 22.

⁷³⁰ La doctrine concédait sans sourciller que l'espèce du contrat d'entreprise « *n'est pas un terme issu du Code civil qui utilise celui de « louage d'ouvrage et d'industrie* » » : LABARTHE Fr. et NOBLOT C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2008, p. 2.

⁷³¹ Notons que cette dernière semblait d'ailleurs s'y intéresser de longue date. Il est en effet possible de dater la première apparition de ce terme à sa présence dans le traité de Louis Guillouard, accolé à celui de louage d'ouvrage : GUILLOUARD L., *Traité du louage d'ouvrage*, T. 2, Durand et Pédone-Lauriel, 1891, p. 343. Il sera par la suite progressivement généralisé à partir de sa reprise par Marcel Planiol : PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, Pichon, 1900, n°1947, puis viendront Louis Josserand et d'autres encore après lui : JOSSERAND L., *Cours de droit civil français positif*, Sirey, 2^e éd., 1933, p. 675 et s.

⁷³² Il est d'ailleurs flagrant de remarquer qu'en matière de contrats spéciaux « *l'inadéquation et l'indigence des textes du Code civil ont permis mais aussi obligé la jurisprudence à combler la grande lacune de textes* », et ce

dans le moule juridique du contrat d'entreprise »⁷³³, et que le contrat de louage paraissait symptomatique des « *classification défectueuses du droit romain* »⁷³⁴.

À l'instar de l'externalisation, la notion de contrat d'entreprise était de plus « *issue du langage des économistes* »⁷³⁵ dès lors que, fondé sur une obligation de faire contre rémunération, il se rangeait logiquement au sein de l'espèce des contrats de service dont la doctrine civiliste avait pu admettre qu'elle émerge en partie des nécessités inhérentes au monde des affaires. Il présentait néanmoins également un certain nombre de caractéristiques propres qui pouvaient laisser croire dans un premier temps à la pertinence d'une assimilation de l'externalisation à cette espèce nouvelle. Destiné à succéder à la notion de « *vente de services* » proposée par René Savatier⁷³⁶, le contrat d'entreprise rencontra en effet une plus grande audience doctrinale afin de pallier les lacunes manifestes et fâcheuses de l'espèce surannée du contrat de louage. Un tel succès était d'ailleurs dû à ces caractéristiques propres à rendre compte de manière satisfaisante des évolutions économiques. Présentant une structure hybride mêlant le transfert d'une chose et la prestation d'un service, il participait déjà d'une forme de réunion des espèces au sein du genre du contrat-échange. Il portait de plus sur une prestation généralement de longue durée, ou du moins nécessitant une exécution successive laissant croire à son identification à un contrat de longue durée fondé entre autre sur une relation de confiance, indépendante et fortement marquée d'*intuitu personae*. Apparaissant de la sorte comme un contrat hybride et de longue durée, l'espèce du contrat d'entreprise semblait *prima facie*, et à défaut d'une prise en compte essentielle de la logique de coopération, parfaitement adaptée à la réception de l'externalisation. Elle demeurait cependant dominée par une logique échangiste, laquelle ne saurait en aucune façon rendre compte d'une opération économique stratégique fondamentalement animée d'une logique coopérative. Avant de parvenir à remettre justement en cause l'identification de l'externalisation au sein de l'espèce du contrat d'entreprise (B), il convient, dans un premier temps, de reprendre successivement les différentes étapes ayant pu mener la doctrine à faire

tout particulièrement s'agissant des divers contrats de louage : MERCHERS Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 435.

⁷³³ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2007, n°696.

⁷³⁴ PLANIOL M., *op. cit.*, n°1948.

⁷³⁵ LABARTHE Fr. et NOBLOT C., *op. cit.*, p. 4.

⁷³⁶ Il supposait en effet que la notion de « *vente de services* » participait au moins de la modernisation du « *vocabulaire, en y condamnant les mots – déjà désuets, et sans pertinence – de louage de services et de louage d'ouvrage, pour ramener au contrat de vente, ainsi qu'y convie l'art. 1598 c. civ., toute convention échangeant, contre une somme de monnaie, un objet corporel ou incorporel* » : SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 232.

un tel choix (A). Partant de la conceptualisation proposée par les sciences économiques et de gestion, elle devait retenir cette espèce au vu de caractéristiques singulières qui participeraient plus tard de sa remise en cause.

A. Le choix de l'espèce particulière du contrat d'entreprise

55. Une assimilation suggérée au contrat d'entreprise. Les premières études juridiques qui lui ont été consacrées suggèrent en l'occurrence que l'externalisation se concrétiserait à travers la figure du contrat d'entreprise⁷³⁷ ; en d'autres termes, celle d'une espèce rénovée de louage d'ouvrage défini comme le « *contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »⁷³⁸. Reprises plus tard par une grande majorité de la doctrine soucieuse de couler dans cette espèce nouvelle le plus grand nombre d'opérations économiques, les conclusions de ces premières études reposaient sur une analyse de la jurisprudence ainsi que sur les caractéristiques progressivement dévoilées du contrat d'entreprise⁷³⁹. Si une telle hypothèse semble, *prima facie*, parfaitement compatible avec la fonction économique de l'externalisation, encore faut-il le démontrer tant cette définition pourrait désigner l'ensemble des contrats portant sur les services⁷⁴⁰, voire même sous un certain angle des contrats portant sur le transfert d'une chose bien précise résultat d'une activité particulière⁷⁴¹. Cependant, aussi vague soit-elle, cette définition a le mérite de permettre l'exclusion d'autres espèces de louages et de confirmer celle de la vente⁷⁴² dont les

⁷³⁷ BEY E.-M., « Du contrat de « Facilities Management » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 20 ; BRUTÉ DE RÉMUR Fr. (dir.), *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, HERMES, coll. Memento-Guide Alain Bensoussan, 1992, p. 22 et 23 ; DUPUIS-TOUBOL Fr. et VERGNE Fr., « Le contrat de *Facilities Management* », *JCP E*, 1993, n°9-10, p. 111.

⁷³⁸ Article 1710 du Code civil.

⁷³⁹ El-Mokhtar Bey se référerait en effet à un certain nombre de décisions jurisprudentielles afin de déterminer avec plus de précision les contours contractuels de l'externalisation. Le juge affirmait alors que « *la mise en place de programme de gestion commerciale (...) doit être qualifiée de contrat d'entreprise* » : CA Paris, 28 février 1989, *Sté SCOD c. Sté Gamme*, n° 20404, alors que « *l'opération appelée « fourniture de l'énergie informatique » (...) ne relève pas de la catégorie des contrats d'entreprise dès lors que le fournisseur se borne à mettre son infrastructure matérielle à la disposition de son client (...). C'est un contrat de louage de choses* » : CA Paris, 5^e ch., 9 janvier 1979, *Sté Haussmann c. Sté Soussana*.

⁷⁴⁰ Il est d'ailleurs considéré parfois comme « *la « bonne à tout faire » des contrats spéciaux. Ce qu'est aussi le mandat. Toute activité (ou presque) devient entreprise, si elle n'est pas un mandat* » : AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *op. cit.*, p. 409.

⁷⁴¹ Pascal Puig soulignait en effet que désormais « *la chose fait place à la personne dans la réalisation de l'échange, l'uniformité disparaît au profit de l'originalité, la production standardisée se mue en sur mesure* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 12.

⁷⁴² Pascal Puig rappelait d'ailleurs que l'émergence d'une économie désormais fondée sur les services permettait de reconnaître « *sans peine (...) le critère distinctif des contrats de vente et d'entreprise « découvert » par la Cour de cassation... en 1985 (...). Le problème vient de ce que les contrats relatifs au travail humain portent aussi, bien souvent, sur des choses... à faire, à créer. Plus précisément, ils tendent à l'acquisition de ces choses.*

figures contractuelles paraissent irrémédiablement insusceptibles de traduire l'existence juridique de l'externalisation.

Pour autant, une telle détermination de la figure juridique de l'externalisation n'est pas complète, et l'hypothèse avancée demeure non vérifiée⁷⁴³ et, sur certains points essentiels, en contradiction avec sa fonction économique. La référence à l'article 1710 du Code civil est en effet insuffisante à caractériser à elle seule précisément la figure de l'externalisation à travers celle du contrat d'entreprise⁷⁴⁴ ; et ce pour deux raisons. D'une part, cette disposition vise en réalité trois types de louage d'ouvrage énumérés à l'article 1779⁷⁴⁵ et, d'autre part, car la lettre de l'article 1710 présente de nombreuses similitudes avec celle de l'article 1984 définissant le contrat de mandat. Dans les deux cas l'indétermination de la figure contractuelle de l'externalisation au sein cette catégorie découlait d'une similitude de l'objet de la prestation. S'agissant des trois types de contrat de louage, s'il est aisé d'exclure le contrat de transport⁷⁴⁶ par référence à la limitation matérielle de l'objet de la prestation⁷⁴⁷, la confusion apparente du louage de service et du contrat d'entreprise appelle un critère distinctif. Concernant l'identité d'objet entre le mandat et le contrat d'entreprise⁷⁴⁸, elle implique également certains développements afin de préciser l'élément qui les différencie. L'assimilation de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise conduit dans un premier temps à parvenir à la démonstration de l'exclusion des autres formes de contrats de service (1), afin de la confirmer par l'analyse de l'objet du contrat d'entreprise (2).

Leur but est donc identique à celui du contrat de vente ; seuls les moyens mis en œuvre diffèrent » : PUIG P., *op. cit.*, p. 12 et 13.

⁷⁴³ El-Mokhtar Bey reconnaît lui-même qu'une telle identification juridique de l'externalisation « *peut paraître arbitraire, mais cela est dû, d'une part à la relative nouveauté de ce concept, d'autre part à une certaine rigueur que nous nous sommes imposés. En tout cas, elle aura le mérite d'appeler la critique* » : BEY E.-M., *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴⁴ Effectivement, la définition du louage d'ouvrage contenue à l'article 1710 du Code civil « *est généralement critiquée au motif qu'elle serait trop large et n'offrirait pas une précision suffisante pour distinguer le contrat d'entreprise des autres contrats spéciaux* », et ainsi de permettre une telle assimilation de l'externalisation : PUIG P., *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴⁵ Celui-ci dispose en effet qu'il existe « *trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage de service ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés* ».

⁷⁴⁶ Lequel est défini par les articles 1782 et s. du Code civil, lequel renvoie dans son édition Dalloz au contrat de transport.

⁷⁴⁷ La jurisprudence de la Cour de cassation distingue aisément le louage de transport du contrat d'entreprise par référence à la limitation de l'objet de la prestation d'un contrat de transport. Ainsi affirme-t-elle que « *le contrat de déménagement est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement de la marchandise* » : Cass. com., 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n°26, confirmé par Cass. com., 3 avril 2001, Bull. civ. IV, n°70, *JCP G*, 2001. I. 354, n°11 et s., obs. Labarthe.

⁷⁴⁸ Pascal Puig rappelle à ce propos qu'il est « *permis de rattacher l'obligation du mandataire d'exécuter sa mission à celle, plus générale, incombant à tout entrepreneur, d'accomplir le travail demandé* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 200.

1. L'exclusion des autres formes de contrats de services

56. L'exclusion du louage de chose fondé sur une logique de mise à disposition. Avant même de procéder à l'exclusion du contrat de louage de chose, la doctrine civiliste s'enquit de la distinction affirmée avec force par la jurisprudence entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise ; c'est-à-dire entre le contrat portant sur le transfert d'une chose à titre principal et celui pouvant occasionner le transfert d'une chose à titre accessoire, conséquemment à la réalisation d'un travail. La 3^e chambre civile de la Cour de cassation ne manqua d'ailleurs pas de confirmer cette opposition suggérée auparavant par la doctrine, mettant par la même occasion de côté l'hypothèse de la « *vente de services* » promue par René Savatier. Les juges du Quai de l'Horloge proclamèrent en effet que la chose livrée par l'entreprise *Spaba* ne pouvait être considérée comme standardisée⁷⁴⁹, mais résultait nécessairement d'un « *travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent* »⁷⁵⁰. Portant sur la réalisation d'une chose déterminée à l'avance et impliquant un travail spécifique, l'opération économique envisagée par les parties ne saurait être qualifiée, dans ces conditions, de vente mais plutôt de contrat d'entreprise. Constamment confirmée et enrichie par la suite⁷⁵¹, cette solution concrétisait d'une certaine manière les efforts de la doctrine en faveur de la reconnaissance d'une espèce de contrat portant sur les services en phase avec l'acception économiste de ces derniers. Ainsi avantageait-elle la prise en compte de l'observation des faits économiques mettant en évidence que, si « *le producteur vend ce qu'il a produit (...), l'entrepreneur fabrique ce qui lui a été commandé (...). La vente n'opère qu'une transmission ; le contrat d'entreprise crée avant de transmettre* »⁷⁵². Une telle finalité attribuée à l'espèce du contrat d'entreprise

⁷⁴⁹ « (...) les barres métalliques, livrées sous forme d'assemblage de « cages » ont toutes des dimensions spécifiques, tant en ce qui concerne la longueur que le calibre, le pas d'enroulement des spires autour des barres principales, que la multiplicité des dimensions des composants » : Cass. civ. 3^e, 5 février 1985, *Spaba*, Bull. Civ. III, n° 23, p. 16.

⁷⁵⁰ Cass. civ. 3^e, 5 février 1985, *Spaba*, Bull. Civ. III, n° 23, p. 16.

⁷⁵¹ « (...) que le seul fait pour une société de fournir à une autre société, et à sa demande, un travail spécifique conforme aux exigences du marché de travaux conclu par elle, ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrat d'entreprise (...) ; que dès lors, en se fondant sur la seule spécificité du travail fourni par la Société (...) pour dire caractérisée l'existence d'un contrat de sous-traitance entre les parties, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas des documents contractuels que les parties avaient entendu fonder leurs relations sur un contrat de vente, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale » : Cass. civ. 3^e, 18 novembre 2009, Bull. civ. III, n° 252.

⁷⁵² PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 13. Aussi précisait-il également que « la production précède le contrat de vente alors que la fabrication est déclenchée par le contrat d'entreprise. Mieux, l'activité productive est extérieure au premier, organisée par le second ».

renseignait donc également sur l'exclusion d'une forme singulière de louage prévue à l'article 1708 : le louage de chose.

Une lecture *a contrario* de l'hypothèse avancée par la doctrine commande en effet une telle exclusion. Dès lors que l'externalisation relèverait du louage d'ouvrage, et que l'article 1708 précise qu'il n'existe que « *deux sortes de contrats de louage : celui des choses, et celui sur les services* », alors l'exclusion du louage de choses s'impose par la prise en compte de l'objet de la prestation le rapprochant du contrat de vente et de sa finalité n'impliquant aucune fabrication ni transmission⁷⁵³. Elle appelait néanmoins une confirmation par référence à la finalité économique de l'externalisation : l'instauration d'une relation de coopération en matière de gestion des ressources externes de l'entreprise. L'externalisation ne vise pas la mise à disposition d'une chose⁷⁵⁴, mais bien la réalisation d'une activité au profit de l'entreprise⁷⁵⁵. Cette exclusion participe alors dans une certaine mesure, et si le postulat alors retenu par la doctrine civiliste est admis, de l'assimilation de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise. Effectivement, alors que le contrat de bail⁷⁵⁶ porte sur la mise à disposition d'une chose, le contrat d'entreprise porte sur la réalisation d'un travail ; en d'autres termes d'une activité. Certes cette activité peut parfois s'exercer sur une chose, mais celle-ci demeure accessoire par rapport au travail effectué. C'est en effet essentiellement par l'usage du critère issu de la théorie de l'accessoire qu'il est possible de distinguer le contrat d'entreprise, et donc l'externalisation selon l'hypothèse alors élaborée par les civilistes, du

⁷⁵³ « *Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer* » : article 1709 du Code civil.

⁷⁵⁴ Or le contrat de louage de chose est bien défini, par l'article 1709 du Code civil, comme le « *contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que la mise à disposition d'une chose ne résulterait pas d'une obligation de donner mais d'une obligation de praestare au sens où l'entendait le droit romain : PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de praestare », *RTD civ.*, 2001, p. 41 et s. Le projet Catala de réforme du droit des obligations envisageait d'ailleurs de reconnaître l'existence d'une « obligation de donner à usage » (article 1146 nouveau), rapprochant ainsi davantage la mise à disposition d'une obligation de donner.

⁷⁵⁵ Au delà de la distinction opérée par Jean-François Overstake entre le travail et le service, l'exclusion du louage de chose d'après l'objet de la prestation se justifie également par le fait que si celui-ci porte sur une chose existante alors que le contrat sur les services porte plus précisément sur la réalisation d'une prestation par le produit d'une activité humaine. Elle est en cela confirmée par la jurisprudence civile : C. Paris, 5^e Ch., 9 janvier 1979, *Sté Haussmann c. Sté Soussana* : la Cour qualifiant de louage de choses le contrat par lequel le fournisseur se borne à mettre son infrastructure matérielle à la disposition de son client, celui-ci étant « *alors seul responsable du traitement réalisé* », sans aucune intervention du fournisseur. De la même façon Pascal Puig propose de classer les contrats spéciaux en fonction de la distinction fondamentale entre les obligations « *portant sur un bien et celles qui mettent en cause l'activité propre l'individu, expression d'une distinction fondamentale entre les choses et les personnes* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 31.

⁷⁵⁶ Lequel constitue le modèle du louage de chose comme définit à l'article 1709 du Code civil.

louage de choses⁷⁵⁷. Ainsi, par exemple, le contrat d'hôtellerie est-il qualifié de contrat d'entreprise lorsque les services fournis aux clients prédominent sur la seule mise à disposition d'une chambre⁷⁵⁸. De la même manière, l'externalisation s'apparenterait, selon cette lecture de la sa traduction juridique, à la catégorie du contrat d'entreprise dans la mesure où la prestation fournie dépasse la mise à disposition d'une chose, laquelle participe de cette même prestation⁷⁵⁹. Ce débat relatif à la démarcation entre la mise à disposition d'une chose et la fourniture d'un service fut par ailleurs longtemps un élément perturbateur de la doctrine civiliste. Si dans les deux cas il était toujours admis qu'un service était rendu, les moyens mis en œuvre devaient être pris en compte dans la mesure où les conséquences juridiques impliquées étaient par bien des aspects différentes, notamment en terme de responsabilité.

Topique de cette agitation doctrinale et jurisprudentielle, la délicate question de la qualification du contrat de coffre-fort ouvrait d'ailleurs dans une certaine mesure la voie à l'intégration de l'externalisation à l'espèce du contrat d'entreprise, ou du moins participait activement à l'exclusion de celle du louage de chose. Jean Carbonnier critiquait en effet dès 1946 l'assimilation jurisprudentielle de ce contrat particulier au bail soulignant expressément ce qu'elle pouvait avoir « *d'artificiel* »⁷⁶⁰. Il fallu attendre une décision de la chambre commerciale en date du 11 octobre 2005 pour assister définitivement à l'éviction du louage de chose et de la mise à disposition⁷⁶¹, après avoir d'ailleurs été un temps remplacé par le contrat de garde⁷⁶². Il s'agissait là d'une illustration parfaite selon Pascal Puig du « *phénomène récurrent d'hybridation* » des contrats spéciaux mêlant fréquemment la finalité et les effets de

⁷⁵⁷ Voir notamment sur ce point : LABARTHE Fr., « Les confits de qualification (Éléments de réflexion à partir de la distinction entre contrat d'entreprise et d'autres contrats) », in *Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 539.

⁷⁵⁸ Cass. soc., 12 mars 1954, *D.* 1954, p. 311. Cependant il arrive également que la jurisprudence retienne pour ces mêmes contrats la qualification de contrat de bail dès lors que les clients supposés disposent de locaux meublés mais que les services caractéristiques du contrat d'hôtellerie ne sont pas assurées : Cass. civ., 3^e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 161.

⁷⁵⁹ La proposition faite par Pascal Puig d'assimiler le contrat dit de « coffre-fort » au contrat d'entreprise va d'ailleurs dans ce sens. Estimant que l'absence de jouissance privative du coffre exclue la qualification de louage de chose, et que l'absence d'obligation de remise exclue celle de la garde, l'auteur affirme qu'il « *devient cohérent de rattacher le contrat de coffre-fort à la catégorie du contrat d'entreprise* » dans la mesure où il porte à titre principale sur le louage d'un service : PUIG P., « Contrat de coffre-fort : l'énigme continue ! », *RDC*, 2006, p. 423.

⁷⁶⁰ Affirmant qu'une telle assimilation, « *tout en parlant de bail, consacre une solution que le bail l'explique pas* », il démontrait « *ce qu'il y a d'artificiel dans l'assimilation du contrat de coffre-fort à un louage* » : commentaires de Jean Carbonnier sous : Cass., 11 février 1946, *RTD civ.*, 1946, p. 234.

⁷⁶¹ Les juges du Quai de l'Horloge affirmèrent alors que « *l'article 1722 du Code civil n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier* » : Cass. com., 11 octobre 2005, *Crédit Lyonnais c. Mme X.*, *Bull. civ.* IV, n° 206.

⁷⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 197.

la vente et du louage⁷⁶³. Alors que la Cour d'appel de Paris avait pu retenir la qualification de contrat de « *louage de bien meuble régi par les dispositions du chapitre II du titre VIII du Code civil consacré au louage de chose* »⁷⁶⁴, la chambre commerciale s'en éloigna sans pour autant en préciser la véritable nature juridique⁷⁶⁵. La jurisprudence demeurait donc encore floue sur cette question dans la mesure où, si « *le contrat de coffre-fort n'est certes pas un simple louage (...) il organise une prestation de louage* »⁷⁶⁶. Il était néanmoins certain désormais que la seule mise à disposition d'une chose ne pouvait retranscrire fidèlement une opération d'externalisation dès lors qu'elle ne pouvait plus servir pour une telle opération bancaire⁷⁶⁷. Le caractère hybride de l'une comme de l'autre laissait apparaître le besoin de rendre compte d'un point de vue contractuel de la fourniture d'un service global recouvrant de multiples prestations de natures et d'effets différents⁷⁶⁸. Pascal Puig, à l'instar d'une partie de la doctrine d'ailleurs, exprimait alors sa préférence pour la qualification de contrat d'entreprise dans la mesure où « *celle-ci a en effet vocation, par sa dimension générique, à accueillir en son sein tous les contrats de service qu'ils soient nommés ou innommés* »⁷⁶⁹. Encore fallait-il préciser davantage les services susceptibles de constituer l'objet propre du contrat d'entreprise.

57. L'exclusion du louage de services fondé sur la subordination. Présentant le contrat de travail sous l'appellation de louage de services, l'article 1780 du Code civil en expose les éléments constitutifs lorsqu'il le définit comme « *le contrat par lequel une personne physique*

⁷⁶³ « *Antienne des enseignements de droit des contrats spéciaux, elle illustre à merveille, aux côtés des dépôt-vente, location avec chauffeur, vente avec consignation, contrats de stationnement, de déménagement, d'entraînement hippique et autres contrats d'hôtellerie ou de restauration, le phénomène récurrent d'hybridation dont l'étude et les incertitudes fournissent à l'infini l'occasion de s'adonner au « subtil plaisir de la qualification* » » : PUIG P., « *Contrat de coffre-fort : l'énigme continue !* », *RDC*, 2006, n°2, p. 422.

⁷⁶⁴ CA Paris, 31 mars 2000, *D.*, 2001, p. 166.

⁷⁶⁵ Pascal Puig prenait effectivement soin de souligner, dans l'attendu de principe, l'existence d'une double négation « *par abstention, tout d'abord, en ce qu'elle évite soigneusement de qualifier le contrat (...), par éviction, ensuite, puisqu'elle rejette explicitement l'application – fut-elle analogique – d'une disposition relative au contrat de bail* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 423.

⁷⁶⁶ PUIG P., *Ibid.*

⁷⁶⁷ « *Le but de l'opération n'étant manifestement pas d'offrir au client la jouissance paisible de son coffre en lui permettant, par sa maîtrise totale, d'en retirer par lui-même toutes les utilités, la mise à disposition est seulement destinée à procurer certaines utilités lesquelles, combinées à d'autres prestations, participeront à la fourniture d'un service globale. En d'autres termes, le banquier ne s'engage pas à mettre un coffre à la disposition de son client comme le ferait un bailleur parce qu'il s'oblige à lui offrir d'autres services* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 426.

⁷⁶⁸ Aussi Pascal Puig soulignait-il alors pour le contrat de coffre-fort que « *si la conservation des objets placés dans le coffre constitue assurément la finalité de l'opération, ce service ne peut être rendu que grâce à la combinaison des deux prestations de mise à disposition et de garde dont chacune ne paraît pouvoir l'emporter sur l'autre. Chacune d'elle est au service d'une fin qui la dépasse et que seule leur association permet d'atteindre* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 427.

⁷⁶⁹ PUIG P., *op. cit.*, p. 428.

s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale en échange de rémunération »⁷⁷⁰. Ainsi présente-t-il les trois critères ayant permis à la jurisprudence de l'identifier en l'absence de définition légale. La qualification jurisprudentielle de contrat de travail impose en l'occurrence la réunion d'une prestation, d'une rémunération, ainsi que d'une subordination juridique du salarié à son employeur⁷⁷¹. Or si l'objet du contrat et l'objet de la prestation sont compatibles avec la fonction économique de l'externalisation⁷⁷², le critère imposant une telle subordination juridique disqualifie tout naturellement et directement le louage de services en tant que figure contractuelle potentielle de l'externalisation. Dans la mesure où elle repose essentiellement sur l'instauration d'une relation de coopération, sa traduction juridique impose de toute évidence une indépendance du prestataire à l'égard de l'entreprise qui le sollicite ; et exclut du même coup toute forme de lien de préposition ou de subordination hiérarchique. De plus l'externalisation se fonde essentiellement sur une rupture avec le lien hiérarchique caractéristique de la firme appelée désintégration verticale. Ce qui implique en contrepartie d'identifier le louage de services comme une traduction contractuelle du mode de gouvernance par la firme. Il convient d'ailleurs de souligner que, s'intéressant à la véritable nature de la firme, Ronald Coase associait cette forme de louage, le contrat de travail, à la mise en œuvre juridique d'une relation de subordination hiérarchique se substituant à la relation d'échange typique du marché⁷⁷³ : la vente. Bien avant les travaux des économistes contemporains, l'association, par bien des aspects malheureuse, du contrat de travail au louage de services est principalement due à l'influence de la civilisation romaine au moment de la codification napoléonienne. Les jurisconsultes de l'époque envisageaient effectivement la fourniture d'un service comme la location d'une personne qui serait chargée de sa réalisation⁷⁷⁴. Le droit romain connaissait cependant une autre distinction entre la *locatio operarum* et la *locatio operis faciendi* ; c'est-

⁷⁷⁰ AUZÉRO G. et DOCKÈS E., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 29^e éd., 2015, p. 227.

⁷⁷¹ « *L'exercice d'une activité salariée implique le versement d'une rémunération et l'existence d'un lien de subordination entre le travailleur et la personne qui l'emploie* » : Cass. civ., 2^e, 9 octobre 2014, n°13-22.324 P.

⁷⁷² Et similaires à ceux du contrat d'entreprise dans la mesure où ils ont pour finalité la réalisation d'un travail au profit d'une autre personne.

⁷⁷³ Il démontrait en effet que « *dans certains marchés, tel celui des échanges de production, une technique peut être imaginée afin de minimiser les coûts contractuels (...). À la série des contrats s'en substitue un seul. À ce sujet, il est important de noter les caractéristiques du contrat conclu pour l'emploi d'un facteur dans une entreprise. Par le contrat, le facteur accepte d'obéir « dans certaines limites », ceci en échange d'une certaine rémunération* » : COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 140.

⁷⁷⁴ « *Lorsqu'à son tour une personne libre engagera son activité au profit d'autrui, les Romains identifieront le même but (que le recours à un esclave) et, par cette seule considération téléologique, rattacheront l'opération à la catégorie du louage (...). Tandis que l'esclave, mis à la disposition d'autrui par son maître, était l'objet même de l'opération, l'homme libre devient partie au contrat ; pour autant, il ne quitte pas complètement la sphère de l'objet puisqu'il se loue lui-même en louant ses services* » : PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 13 et 14.

à-dire entre le louage de service d'une part, et le louage d'une chose à faire, d'un ouvrage, d'autre part⁷⁷⁵. Il était donc possible d'identifier là le terreau d'une divergence d'objet entre le louage de services et le louage d'ouvrage⁷⁷⁶.

L'exclusion du louage de services trouve en outre une justification supplémentaire dans la théorie des coûts de transaction. Le contrat de travail y est effectivement présenté comme l'archétype de la relation contractuelle traduisant la mise en œuvre de la firme. L'externalisation ne pourrait donc se présenter sous la figure contractuelle du louage de services⁷⁷⁷ mais bien davantage, dans le cadre de cette hypothèse, sous celle du contrat d'entreprise, lequel se caractérise justement par la disparition de lien de préposition entre l'entrepreneur et le donneur d'ordre. Initialement réunis au sein de l'article 1779 du Code civil, le contrat de travail et le contrat d'entreprise sont en effet aujourd'hui nettement distingués⁷⁷⁸. Alors que les juges du Quai de l'Horloge ont pu affirmer très tôt que « *la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* », ils énoncent effectivement que « *le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en tout indépendance, un ouvrage* »⁷⁷⁹. Il serait donc possible sur ce point de joindre à l'exclusion du louage de services un indice en faveur de l'assimilation supposée de l'externalisation au contrat d'entreprise dès lors que, dans les deux cas, la subordination hiérarchique semble proscrite au bénéfice d'une relation autonome. Au-delà même de cette

⁷⁷⁵ « Héritière de la locatio servi, la première organisait le louage par l'ouvrier de son travail au profit de son cocontractant, alors qualifié de conductor, c'est-à-dire de locataire. À l'inverse, l'ouvrier devenait le locataire – donc le conducteur – du projet que son partenaire, alors dénommé locator, le chargeait de réaliser dans la locatio operis faciendi » : PUIG P., op. cit., p. 225 et 226.

⁷⁷⁶ Pascal Puig parvenait d'ailleurs à démontrer que, « puisant indirectement dans les origines romaines, il a été suggéré d'opposer les louages de services et d'ouvrage d'après l'objet respectif des conventions : le travail dans le premier, le résultat du travail dans le second ; autrement dit, une activité dans le louage de services, une œuvre, fruit de cette activité, dans le louage d'ouvrage » : PUIG P., op. cit., p. 229.

⁷⁷⁷ Il convient cependant de préciser que le contrat de travail, et par extension le droit du travail, prend en compte de manière incidente le concept d'externalisation. Nous évoquons plus précisément ici l'hypothèse ayant fait couler aussi bien l'encre des juges du Quai de l'Horloge que celle des universitaires : la question de la reprise des contrats de travail suite à l'externalisation d'une activité : voir pour plus de précisions ; TOUATI J.-J., *L. 1224-1 à la loupe. Restructurations et contrats de travail*, Éditions Liaisons, coll. Liaisons sociales, 2^e éd., 2008 : précisément la section consacrée au « *cas particulier de l'externalisation* » ; p. 80 à 84 ; DARMAISIN St., « L'applicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux opérations d'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 21 et s. En matière jurisprudentielle citons l'affaire Perrier ; C. Nîmes, 1^{ère} Ch., 14 mai 1998, *SA Perrier Vittel France c. CE Perrier*, puis ; Cass. soc., 18 juillet 2000, FS-P+B.

⁷⁷⁸ Guillaume-Henry Camerlynck affirmait d'ailleurs qu'aussi « bien la classification civiliste de ce contrat de travail dans la catégorie traditionnelle du louage tout court apparaît-elle aujourd'hui comme une survivance périmée, étrangère à sa nature, et sans aucun intérêt technique » ; CAMERLYNCK G.-H., *Traité de droit du travail*, Tome 1 : Contrat de travail, Dalloz, 1968, n°26.

⁷⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, D, 1968. 383.

idée de lien de préposition, Pascal Puig suggérait quant à lui de distinguer le contrat de travail et le contrat d'entreprise par référence au risque supporté par l'entrepreneur⁷⁸⁰. Il était alors aisé pour la doctrine de croire pouvoir identifier, par défaut, au cœur du contrat d'entreprise cette logique caractéristique de l'externalisation : la coopération. Cette dernière reposait effectivement elle aussi sur l'idée d'un partage contractuel des risques entre les partenaires et justifiait ainsi l'un des attraits de l'externalisation stratégique du fait de cette appréhension et cette gestion particulières des risques. Il ne s'agissait cependant que d'une similarité apparente. S'il est vrai que le contrat d'entreprise implique une rémunération selon l'ouvrage fourni, et donc présentant un certain aléa alors que le louage de services implique une rémunération standard liée au temps, l'externalisation pousserait encore plus loin la coopération en ne déterminant pas de rémunération en lien avec un prix. La séparation du louage de services et du louage d'ouvrage était néanmoins actée et confirmée par la doctrine. Pascal Puig affirmait d'ailleurs que, « offre un reflet de cette évolution, le changement de terminologie opéré au tournant du siècle dernier, approximativement au même moment entre le louage de services et le contrat de travail et le louage d'ouvrage métamorphosé en contrat d'entreprise »⁷⁸¹.

2. Une assimilation confirmée par l'objet propre au contrat d'entreprise

58. L'exclusion du mandat fondé sur la représentation. C'est sur la base d'un autre critère, néanmoins voisin de la subordination juridique, que le mandat devait également être exclu du champ des espèces contractuelles susceptibles de recevoir l'externalisation. Défini comme le contrat « par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »⁷⁸², le mandat présente lui aussi une similitude d'objets, du contrat et de la prestation, avec le contrat d'entreprise. Il s'en distingue toutefois nettement par deux éléments qui lui sont propres⁷⁸³. Non seulement le mandat porte sur le transfert au mandataire d'une partie du « pouvoir » du mandant ; c'est-à-dire que le mandat charge le mandataire de la réalisation d'actes juridiques, à l'exclusion de tout acte matériel⁷⁸⁴. Mais surtout, agissant «

⁷⁸⁰ Effectivement, selon lui, « la distinction fondamentale n'est-elle pas entre le travail indépendant et le travail subordonné, clivage rudimentaire découlant de la seule observation du contrat de travail et susceptibles d'infinies variations, mais entre l'activité pour son compte et à ses risques, d'une part, et le travail pour le compte et au profit d'autrui, d'autre part » : PUIG P., *op. cit.*, p. 259.

⁷⁸¹ PUIG P., *op. cit.*, p. 233.

⁷⁸² Article 1984 du Code civil.

⁷⁸³ Éléments précisés par la doctrine et par la jurisprudence, spécialement : Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, D, 1968. 383.

⁷⁸⁴ Pour plus de précisions sur l'intérêt de cette distinction cf. *infra*.

pour le mandant et en son nom », le mandataire est le représentant juridique du mandant. Le contrat de mandat repose par conséquent sur une logique sensiblement différente de la coopération : la représentation⁷⁸⁵. À l'instar d'une situation de subordination, le mandant n'est alors pas indépendant du mandataire ; c'est-à-dire qu'« *il y a de ce fait une indépendance dans le contrat d'entreprise qu'il n'y a pas dans le contrat de mandat* »⁷⁸⁶. D'une part, car sa prestation est strictement déterminée dans sa substance par le contenu du contrat⁷⁸⁷ ; d'autre part, car le mandataire n'agit pas dans son intérêt mais toujours dans celui du mandant⁷⁸⁸.

De la même façon qu'elle constitue le critère principal de la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise, la notion de représentation, au cœur du contrat de mandat, est également incompatible avec la logique coopérative inhérente à l'opération d'externalisation⁷⁸⁹. L'exclusion progressive de chacune des catégories de contrats spéciaux devait ainsi conduire donc en toute logique, par une définition négative, à la confirmation de l'hypothèse de l'assimilation de l'externalisation au contrat d'entreprise dans la mesure où aucune alternative n'existait plus parmi la taxinomie traditionnelle des contrats spéciaux nommés. Il ne s'agissait toutefois jusque-là que d'une identification par défaut⁷⁹⁰ de la figure contractuelle de l'externalisation. Il convenait donc de tâcher de la confirmer définitivement par l'analyse de l'objet propre au contrat d'entreprise. Le critère actuellement retenu par la jurisprudence pour le distinguer du contrat de mandat semblait d'ailleurs fournir les moyens d'une telle confirmation. La jurisprudence ajoutait en effet fréquemment au critère de la représentation la

⁷⁸⁵ Définie ainsi par Gérard Cornu comme désignant une « *action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007.

⁷⁸⁶ LABARTHE Fr. et NOBLOT C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2008, p. 109.

⁷⁸⁷ Cet encadrement résulte notamment de l'article 1989, lequel dispose que « *le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat* ». Il se retrouve également à la lecture des obligations du mandant dont celle lui imposant « *d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* » (article 1998 du Code civil).

⁷⁸⁸ Preuve en est que, en matière de responsabilité, le mandant est lié par les actes réalisés en son nom par le mandataire (cf. article 1998 du Code civil). Par le procédé de la représentation c'est toujours le mandant qui est, *in fine*, réputé s'être engagé ; le mandataire s'efface de la relation juridique. À l'inverse l'entrepreneur, dans le cadre du contrat d'entreprise, ne lie pas par ses actes son cocontractant.

⁷⁸⁹ Alors que le mandat permet la poursuite de l'intérêt exclusif du mandant, l'externalisation instaure une relation de coopération en vue de la satisfaction conjointe de l'intérêt de chacun des partenaires. De la même façon, et sans qu'il soit besoin de le préciser davantage, il convient tout naturellement d'exclure le contrat de société (articles 1832 et s. du Code civil) des figures contractuelles possibles de l'externalisation. Ce dernier repose en effet sur la notion d'*affectio societatis*, laquelle n'est que la traduction juridique d'un intérêt commun identique.

⁷⁹⁰ Pascal Puig reconnaît à ce propos que la qualification du contrat d'entreprise « *s'opère souvent par défaut, faisant apparaître cette catégorie comme une structure résiduelle susceptible d'accueillir les opérations exclues des autres cadres nommés. Le contrat d'entreprise est, de ce point de vue, l'ultime rempart contre l'innommé* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 25.

distinction entre acte et fait juridique⁷⁹¹ dans la mesure où il est aujourd'hui admis que « *la notion de représentation ne joue, en effet, que si l'on fait un acte juridique pour le compte d'autrui ; on ne le représente pas si l'on a mission d'accomplir des actes matériels* »⁷⁹². Dès lors le contrat d'entreprise, à la différence du mandat, a pour objet spécifique la réalisation d'actes matériels non essentiels au fonctionnement de l'entreprise en question⁷⁹³, il se présentait d'autant plus comme une terre d'accueil favorable pour l'externalisation des fonctions supports des entreprises⁷⁹⁴, en dehors de toute fonction relevant de leur « cœur de métier ».

59. La figure moderne duale du contrat d'entreprise. Issue d'une présentation doctrinale nouvelle⁷⁹⁵, l'espèce du contrat d'entreprise constitue la version moderne de ce que la lettre du Code civil désignait initialement sous l'appellation d'un louage d'ouvrage⁷⁹⁶ par lequel il est possible de convenir que l'entrepreneur « *fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière* »⁷⁹⁷. Il est en effet apparu très tôt que cette catégorie contractuelle était insuffisante⁷⁹⁸ pour caractériser les contrats issus d'une interprétation combinée des articles 1710, 1779 et 1787 du Code civil⁷⁹⁹. La doctrine a donc progressivement proposé de lui substituer la catégorie du contrat d'entreprise⁸⁰⁰ par la prise en

⁷⁹¹ La jurisprudence *Dame Montigaud* de 1968 apporte pour la première fois cette précision à la distinction du mandat et du contrat d'entreprise fondée principalement sur le critère de la représentation : Cass. civ., 1^{ère}, 19 février 1968, *D.*, 1968, p. 383.

⁷⁹² LEQUETTE Y. et TERRÉ Fr., *GAJC*, t. 2, Dalloz, 11^e éd., 2000, n°260.

⁷⁹³ La jurisprudence de principe en la matière précise d'ailleurs que la réalisation « *des actes matériels, sans pouvoir de représentation (sont) des éléments qui caractérisent le contrat d'entreprise* » : Cass. civ., 1^{ère}, 19 février 1968, *D.*, 1968, p. 383.

⁷⁹⁴ Et non celles relevant de son « cœur de métier », parmi lesquelles figure la réalisation des actes juridiques engageant l'entreprise.

⁷⁹⁵ Inutile en effet « *de rechercher dans le Code civil l'expression contrat d'entreprise* » : ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2013, p. 351. Ce qui en fait une « *contrat quasi-innommé* » : BÉNABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2011, p. 336.

⁷⁹⁶ Tel que défini à l'article 1710 du Code civil. Pour plus de précisions voir : AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *op. cit.*, p. 409 ; HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Traité de Droit Civil, 1996, p. 1115 ; MAINGUY D., *op. cit.*, p. 489.

⁷⁹⁷ Article 1787 du Code civil.

⁷⁹⁸ Trop large et ne prenant pas en compte la distinction avec le louage de service ou le mandat pourtant fondée sur les critères du contrat d'entreprise. Et dans une moindre mesure avec le louage de transport : MAINGUY D., *op. cit.*, p. 489 et 490 ; ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, p. 351 ; BÉNABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8^e éd., 2008, p. 332 et s. Voir pour plus de précisions : LABARTHE Fr., « *Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion* », in *Mélanges Ghestin*, Dalloz, 2001, p. 489 et s. PUIG P., *op. cit.*, p. 45 et s.

⁷⁹⁹ Seule à même d'offrir une définition adéquate du contrat d'entreprise : moins large que la seule définition de l'article 1710. Mais néanmoins plus vaste que la seule lecture de l'article 1787, voire de l'article 1779

⁸⁰⁰ Rappelant les travaux effectués par Maurice Costes (COSTES M., *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse dact., Toulouse, 1913), Jean-François Overstake affirme que « *les expressions louage d'ouvrage ou d'industrie ne se conçoivent plus, on leur a substitué l'expression contrat d'entreprise, ce qui*

compte notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁰¹. De « *contrat par lequel une personne s'engage à accomplir librement pour une autre un travail déterminé, moyennant une rémunération calculée d'après l'importance du travail* »⁸⁰², le contrat d'entreprise est aujourd'hui défini comme désignant « *la convention par laquelle une personne charge une autre, moyennant rémunération, d'exécuter, en toute indépendance et sans la représenter, un travail* »⁸⁰³.

Au delà de cette nette distinction à l'égard des principaux contrats portant sur les services, le contrat d'entreprise présente également une autre spécificité par laquelle il semblait devoir s'imposer définitivement en tant que figure contractuelle de l'externalisation. Située au cœur de l'hypothèse avancée par Pascal Puig, celle-ci réside dans l'objet du contrat et en constitue son essence⁸⁰⁴. Alors qu'il porte à priori sur une obligation de faire, ce dernier démontrait que le contrat d'entreprise repose également, *in fine*, sur une obligation de donner⁸⁰⁵. Fondant son raisonnement sur un dédoublement de son objet⁸⁰⁶, Pascal Puig affirmait alors que le contrat d'entreprise porte sur la réalisation par une personne d'un travail dont le résultat fait l'objet d'une acquisition par le bénéficiaire⁸⁰⁷. La distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat

marque l'autonomie de ce contrat par rapport au louage », et notamment du louage de choses : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 90.

⁸⁰¹ Notamment les distinctions successivement établies entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats spéciaux : avec la vente par le critère de l'objet de l'obligation : Cass. civ. 1^{ère}, 27 avril 1976, *Bull. civ. I*, n°143 ; note Hauser, *JCP*, 1977. II. 18635, ou encore Cass. com., 20 juin 1989, note Virassamy, *D.* 1990. 246 ; avec le louage de service par le critère de la subordination juridique : Cass. civ. 2^e, 9 octobre 2014, n°13-22.324 *P* et surtout Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, *D.* 1968. 383 ; *JCP*, 1968. II. 15490 ; note Doucet, *Gaz. Pal.*, 1968. 2. 144 ; obs. Cornu, *RTD civ.*, 1968. 559 ; avec le mandat par le critère de l'objet de la prestation ainsi que celui de la représentation : Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, *D.* 1968. 383 ; *JCP*, 1968. II. 15490 ; note Doucet, *Gaz. Pal.*, 1968. 2. 144 ; obs. Cornu, *RTD civ.*, 1968. 559.

⁸⁰² OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 89.

⁸⁰³ ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, p. 352. Voir dans le même sens : BÉNABENT A., *op. cit.*, p. 331 ; MAINGUY D., *op. cit.*, p. 489 ; AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE Ph., *op. cit.*, p. 415.

⁸⁰⁴ Cette spécificité d'objet ne relève « *pas seulement de la nature du contrat d'entreprise, elle participe aussi de son essence* » ; PUIG P., *op. cit.*, p. 71.

⁸⁰⁵ La finalité acquisitive du contrat d'entreprise résulte de la prise en compte de l'article 1787 du Code civil, lequel manifeste explicitement la présence éventuelle d'une obligation de donner dès lors qu'il prévoit que l'entrepreneur peut, au-delà de son obligation de faire, en « *fournir aussi la matière* ». Il se distingue cependant toujours de la vente dans la mesure où le transfert du bien doit toujours résulter de la réalisation d'un travail répondant aux besoins du maître d'ouvrage : « *il y a contrat d'entreprise et non vente lorsque le contrat porte, sur des choses déterminées à l'avance, mais sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers du donneur d'ordre* » : Cass. civ. 1^e, 14 décembre 1999, *Bull. civ. I*, n°340 ; obs. Peisse, *Gaz. Pal.* 2000. 2., comm. 1655.

⁸⁰⁶ « *L'obligation de faire qui constitue l'objet du contrat d'entreprise se dédouble : faire quelque chose, c'est créer par son travail une valeur ; mais faire pour son cocontractant, c'est aussi lui transférer la valeur créée. Lorsque cette valeur prend la forme juridique d'un bien, à l'obligation de faire stricto sensu succède un transfert de propriété* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 561.

⁸⁰⁷ « *Recouvrant assurément les contrats ayant pour finalité la fourniture d'un service, il tend également parfois au transfert d'un bien* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 35. Mais l'obligation de donner qui peut ainsi parfois trouver sa

de vente demeurait cependant effective. Elle reposait cependant désormais sur le critère de la spécificité, confirmé par la jurisprudence⁸⁰⁸, en vertu duquel il y a contrat d'entreprise et non vente lorsque le contrat porte sur un travail caractéristique destiné à répondre à un besoin particulier du donneur d'ordre et non sur des choses déterminées à l'avance. Or si la logique coopérative se substitue à la logique patrimoniale en tant que fondement de l'externalisation, la finalité acquisitive n'est pas nécessairement absente de la mise en œuvre d'un outil de gestion des ressources de l'entreprise. La littérature juridique reconnaît d'ailleurs que lorsque l'externalisation adopte une forme contractuelle⁸⁰⁹, celle-ci présente également un objet dual portant à la fois sur la réalisation d'une prestation, ainsi que sur le transfert à titre incident des éléments nécessaires à cette réalisation⁸¹⁰. La mise en œuvre juridique d'une telle opération économique semblait donc correspondre au recours au contrat d'entreprise⁸¹¹ dès lors que, même si elle porte *in fine* sur le transfert d'une chose, cette dernière répond toujours aux besoins spécifiques manifestés par l'entreprise externalisatrice.

60. L'espèce accueillante du contrat d'entreprise... trop accueillante ? Il est alors à noter que l'expansion considérable du champ recouvert par le contrat d'entreprise se présentait comme un argument supplémentaire, si ce n'est décisif, du moins appréciable, en faveur de l'assimilation de l'externalisation à l'un de ses objets⁸¹², tant cette espèce était devenue une

place dans un contrat d'entreprise y figure toujours à titre accessoire, en tant que résultat de l'exécution de l'obligation principale.

⁸⁰⁸ Cass. civ., 3^e, 5 février 1985, *Bull. civ.* III, n°23, confirmée par Cass. soc., 4 juillet 1989, *Bull. civ.* IV, n°210.

⁸⁰⁹ Ce qui est le plus souvent le cas bien qu'il arrive parfois qu'elle soit réalisée par le recours à l'instrument de la société.

⁸¹⁰ « *En pratique, la formule contractuelle est la plus souvent préférée (...). Cette formule consiste à organiser par le contrat d'une part, le transfert des éléments constituant l'activité (...) et d'autre part, les conditions de fourniture des services* » : LEMARCHAND St. et THAIN-NAVARRO C., « L'infogérance internationale : quelles structures et quelle fiscalité ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 46.

⁸¹¹ En matière d'externalisation informatique, par exemple, « *il s'agit avant tout de contrats de prestations de services, autrement dit d'un contrat d'entreprise (C. civ., art. 1787 et s.) susceptible d'avoir des objets aussi divers que la conception et la réalisation de solutions informatiques, mais également l'exploitation, l'hébergement et la maintenance de systèmes d'information, c'est-à-dire d'un ensemble constitué indistinctement de matériels, logiciels, systèmes et réseaux* » : FLAMBARD G., « L'externalisation, technique contractuelle pour les contrats-cadre et pour les contrats d'application d'infogérance de systèmes d'information », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 53. Ce dernier lie d'ailleurs « *l'objet de l'opération d'externalisation* » à « *l'objet du ou des contrats liées à la mise en œuvre de l'opération* ». En ce domaine l'externalisation emprunte la figure d'un « *contrat d'entreprise ayant pour objet, le traitement par un tiers contre rémunération et sous sa responsabilité, de tout ou partie de l'informatique de son client. De ce fait, il relève de la catégorie des contrats d'informatique « répartie » donc sectorielle, et est soumis aux art. 1710 et s. du Code civil* » : BEY E.-M., « Du contrat de « Facilities Management » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 21.

⁸¹² « *Sans doute parce que nos économies modernes sont devenues des sociétés de service, le contrat d'entreprise apparaît comme « la bonne à tout faire » du droit des contrats tant son expansion est fulgurante (...). En effet, nous faisons de moins en moins de choses par nous-même, essentiellement en raison des progrès de la technique dans tous les domaines en sortes que de nombreux contrats d'entreprise sont nécessaires pour assumer ces travaux nouveaux* » : MAINGUY D., *op. cit.*, p. 490. Au point d'ailleurs qu'il arrive à certains

figure « *accueillante* »⁸¹³ pour l'ensemble des opérations économiques issues de l'évolution vers une société de services. En outre, deux conclusions principales doivent être tirées de cette tentative d'assimilation par défaut de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise. D'une part, cet outil managérial pourrait tout à fait posséder une existence juridique concrète sous la forme d'un contrat dont l'objet principal serait de charger une personne de réaliser au profit d'une autre, mais en toute indépendance⁸¹⁴, une activité dont elle pourra récupérer les fruits à l'issue de sa réalisation. D'autre part, les caractéristiques propres au contrat d'entreprise apportent certains enrichissements à ce que devrait être cette figure juridique éclairant d'autant mieux son intégration à la sphère administrative. Ainsi la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise renseigne-t-elle, par exemple, sur l'objet de la prestation pouvant être externalisée par la voie de ce dernier. La Cour de cassation a en effet circonscrit « *à de simples actes matériels* »⁸¹⁵ la nature des actes que le contrat d'entreprise permettrait d'externaliser ; rappelant alors la circonscription de l'externalisation stratégique aux activités ne relevant pas du « cœur de métier » de l'entreprise⁸¹⁶, et apportant ainsi des précisions quand à la traduction juridique de celui-ci et à ce qu'il pourrait recouvrir en droit administratif, en référence notamment au principe cardinal de l'indisponibilité des compétences⁸¹⁷ et l'interdiction qui en découlerait d'externaliser l'exercice d'un pouvoir normatif.

auteurs de considérer désormais le contrat d'entreprise comme « *une famille de contrats* » à part entière : PUIG P., *op. cit.*, p. 35.

⁸¹³ DELEBECQUE Ph., *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, 1993, p. 1. Il est souvent reconnu comme « *le moyen par lequel s'effectuent la plupart de ce que l'on appelle les « prestations de services » (...). On peut dire que le contrat d'entreprise est devenu le second pilier d'une économie de biens et de services : il est, dans le secteur des services, le « pendant » de ce qu'est la vente dans le secteur des biens* » : BÉNABENT A., *op. cit.*, p. 331 et 332.

⁸¹⁴ « *Les éléments du contrat impliquant que celui qui devait faire le travail avait conservé une indépendance dans l'exécution des travaux, les juges d'appel ont pu qualifier de contrat d'entreprise la convention intervenue entre les parties* » : Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1979, *Bull. civ. III*, n°164.

⁸¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, *D.*, 1968. 383 ; *JCP*, 1968. II. 15490 ; note Doucet, *Gaz. Pal.*, 1968. 2. 144 ; obs. Cornu, *RTD civ.*, 1968. 559, et spécialement : CAPITANT H., LEQUETTE Y. et TERRÉ Fr., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°274, p. 747 à 751. Jurisprudence par ailleurs constante : exemple : Cass. com., 8 juillet 2008, *Bull. civ. IV*, n°148 ; note Delpech, *D.* 2008.2140 ; note Mathey, *Contrats, conc. consom.*, 2008, comm. n°229.

⁸¹⁶ C'est-à-dire que l'externalisation stratégique ne peut concerner exclusivement que les activités accessoires nécessaires à son fonctionnement et non les activités qui lui sont essentielles. Pour plus de précisions sur cet aspect de l'externalisation et ses incidences sur son essence juridique cf. *infra* ; Section 2 : L'essence de l'externalisation en droit administratif. Il nous est toutefois possible de noter dès à présent que cette limitation de la figure civiliste de l'externalisation aux seuls actes matériels peut laisser supposer, étant donné qu'elle semble inhérente au concept d'externalisation, qu'elle se retrouvera sous une forme similaire dans sa figure administrative (c'est-à-dire qu'elle devrait a priori se limiter à la réalisation d'actes matériels et non essentiels à l'action des personnes publiques : cf. *infra* sur la limitation de l'externalisation administrative à la mise en œuvre matérielle des compétences des personnes publiques).

⁸¹⁷ Lequel peut être comparé au caractère indisponible des éléments de la personnalité auquel sont soumis les personnes privées et qui recouvre notamment la réalisation des actes juridiques.

La distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise fait également apparaître, quant à elle, un autre enseignement utile à l'intégration de l'externalisation en droit administratif. Proposant d'associer l'organisation d'un partage des risques à la détermination de l'existence ou non d'un lien de subordination, Pascal Puig avançait une hypothèse désormais connue en droit administratif et constituant le critère essentiel de la distinction entre les marchés publics et les modèles contractuels de type concessif⁸¹⁸. Ce faisant, l'externalisation administrative devrait davantage désigner les seconds dès lors qu'ils reposent, comme elle et le contrat d'entreprise, sur un partage des risques entre les partenaires engagés dans une logique de coopération. Si la démonstration de l'existence juridique de l'externalisation en droit civil sous la figure particulière du contrat d'entreprise conduisait donc directement à s'intéresser à la question de savoir si une telle existence pouvait être identifiée de la même façon en droit administratif, ainsi qu'à celle de déterminer la mesure de l'influence de cette existence civile sur une éventuelle forme administrative de l'externalisation, il convient toutefois de proposer de la remettre en cause dans la mesure où, malgré les apparences, l'espèce du contrat d'entreprise appartient au genre du contrat-échange et ne rend par conséquent pas compte de la mise en œuvre juridique d'une logique de coopération, alors même qu'elle constitue l'une de ses caractéristiques principales en tant que mode de gouvernance intermédiaire. Une remise en cause d'autant plus utile à la recherche de l'existence de l'externalisation en droit administratif que de nombreux auteurs ont pu explicitement engager à assimiler le contrat d'entreprise à la catégorie des marchés publics, laquelle ne paraît, en l'état actuel du raisonnement, pas à même d'assurer une telle traduction du fait de la logique d'échange qui l'anime. Alors que la majorité de la doctrine administrativiste admettait traditionnellement la divergence naturelle de régimes et de finalités de ces deux espèces contractuelles⁸¹⁹, François Llorens proposa effectivement de les

⁸¹⁸ Comme le souligne Stéphane Braconnier, alors que ces deux types d'opérations contractuelles reposent sur un objet radicalement différent, commander ou déléguer, le seul critère de distinction retenu désormais pour les différencier réside dans le mode de rémunération : « *C'est donc le droit, pour l'opérateur économique, d'exploiter les ouvrages ou les services qui constitue, comme c'était le cas sous l'empire du droit antérieur, le seul critère de distinction entre les deux catégories de contrats* » : BRACONNIER St., « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 834. Or, dès lors que ce droit « *implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique* » selon la directive 2014/23 à son article 5.1 alinéa 2, le risque se présente comme le critère principal de cette distinction.

⁸¹⁹ « (...) : *le contrat d'entreprise est un contrat de droit privé, le marché public de travaux, un contrat administratif. Le contentieux de l'un relève des tribunaux judiciaires ; le contentieux de l'autre appartient aux juridictions administratives. Cela suffit pour que les contrats apparaissent comme deux mondes juridiquement clos, repliés sur eux-mêmes et livrés aux investigations de doctrines étroitement spécialisées* » : LLORENS Fr., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 139, 1981, p.

rapprocher dès lors qu'une certaine confusion paraissait dominer en ce domaine dans la jurisprudence⁸²⁰.

La nécessité d'une telle remise en cause s'impose donc d'autant plus que la traduction erronée de l'existence de l'externalisation en droit civil au sein de l'espèce du contrat d'entreprise pourrait de la sorte contaminer logiquement la sphère administrative. Avant même d'évoquer une telle contagion, encore convient-il de préciser davantage le diagnostic de la pathologie dont il serait question. Un bref rappel des suggestions avancées par Pascal Puig à propos de la qualification du contrat de coffre-fort permet d'ailleurs de se mettre sur la bonne voie. Affirmant qu'il s'agissait de parvenir à déterminer la structure contractuelle la mieux à même de rendre compte en droit d'une telle opération économique complexe impliquant l'articulation d'obligations de diverses natures, il ne retenait pas l'hypothèse avancée à ce propos par Xavier Henry d'une qualification de contrat mixte pourtant imposée en présence d'une telle fusion d'objets⁸²¹. Focalisé sur l'identification d'une obligation principale de faire à travers la prestation de service, il retenait la qualification de contrat d'entreprise par l'intermédiaire d'un « *raisonnement téléologique selon lequel la qualification d'un contrat complexe dépend souvent du but vers lequel convergent les obligations qu'il fait naître, même si ce but dépasse celui que chacune de ces obligations permet d'atteindre* »⁸²². S'il ne peut être ici question de remettre en cause la justesse de ce raisonnement, qu'il soit néanmoins permis de discuter de la qualification retenue non pour le contrat de coffre-fort⁸²³, mais pour le contrat d'externalisation. L'application à l'identique de la solution suggérée par Pascal Puig devrait en effet conduire à l'assimilation de l'externalisation au sein de l'espèce du contrat d'entreprise. Or l'hypothèse ici soutenue consiste au contraire à la remettre en cause au moyen de ce même raisonnement téléologique. Si la qualification du contrat peut justement dépendre du but poursuivi par les parties, du but économique principalement, alors l'espèce

1. Il ajoutait d'ailleurs à cela la justification de l'intérêt général ; c'est-à-dire que « *l'intérêt général, présent dans le marché de travaux publics, commande l'application de règles spéciales. L'intérêt purement privé, servi par le contrat d'entreprise, appelle un régime de droit commun* » : LLORENS Fr., *op. cit.*, p. 47.

⁸²⁰ « *L'étude des critères de la distinction avait déjà révélé le degré de confusion auquel est parvenue la jurisprudence dans ce domaine. L'examen de ses enseignements aura mis en lumière, son inadéquation au fond du droit, et, partant, le caractère profondément artificiel de la distinction* » : LLORENS Fr., *op. cit.*, p. 60.

⁸²¹ « *Par tous ces aspects, la structure de la location de coffre-fort et son régime jurisprudentiel évoquent donc la technique des contrats mixtes par fusion d'objets* » : HENRY X., *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dact., Université de Nancy II, 1992, p. 1676 et s. Et l'auteur de préciser alors que « *l'imbrication étroite d'un dépôt et d'une mise à disposition altère les deux composantes originelles du contrat et fait naître à l'égard du contenu du coffre une obligation de garde et de surveillance, qui a la nature d'une obligation de résultat et qui joue pour tous les dommages subis par les objets mis dans le coffre* ».

⁸²² PUIG P., « *Contrat de coffre-fort : l'énigme continue !* », *RDC*, 2006, n°2, p. 428.

⁸²³ Pour lequel la prestation de service semble effectivement prédominer sur les autres obligations composant le contrat.

du contrat d'entreprise paraît devoir être également disqualifiée dans la mesure où ce but économique réside dans la mise en œuvre d'une simple logique d'échange d'une somme d'argent contre un service rendu. À l'inverse, l'externalisation comporte fondamentalement un but économique différent liée à la logique coopérative qui la sous-tend. Dès lors c'est par référence à l'essence coopérative de l'externalisation que l'espèce du contrat d'entreprise doit également être remise en cause, au même titre que les autres espèces relevant du genre du contrat-échange, pour l'identification de son existence juridique en droit civil.

B. La remise en cause de l'assimilation à l'espèce du contrat d'entreprise

61. Une remise en cause justifiée par l'émergence d'une logique nouvelle. Alors que Michel Cabrillac pouvait affirmer que « *la crise n'est pas tant, en effet, celle du contrat accord de volontés créateur d'obligations que celle de la théorie générale du contrat ensemble de règles et de principes ayant vocation à régir toute convention* »⁸²⁴, il semble possible de préciser qu'elle concernerait au premier chef celle de la systématisation binaire qu'elle proposait afin de modéliser l'ensemble du paysage contractuel présent dans le monde des affaires. Il est en effet aujourd'hui admis que la dichotomie mise au jour par Paul Didier, opposant le modèle du contrat-échange à celui du contrat-organisation, ne peut plus suffire à elle seule à rendre compte de la diversité produite par la pratique des entreprises⁸²⁵. Initialement fondée sur le seul modèle du contrat-échange, la théorie générale s'était progressivement enrichie du modèle du contrat-organisation afin de prendre en compte l'élaboration par la science économique d'un nouveau mode de gouvernance reposant sur une logique de subordination hiérarchique interne à la firme. Or, la doctrine civiliste n'avait-elle pas montré parfois des signes de prise en compte d'une logique nouvelle ayant également émergé des réflexions menées par les économistes en matière de modes de gouvernance? Il semblerait bien que si, en particulier lorsque revient l'écho des propos de Jacques Mestre évoquant une « *évolution plus riche encore puisque c'est toute la perspective du contrat qui changerait si elle devait se confirmer, le contrat cessant d'être un compromis entre des antagonismes pour devenir*

⁸²⁴ CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 237.

⁸²⁵ Jean-Marie Leloup soulignait ainsi l'importance de « *la création de contrats par la pratique commerciale* » liée selon lui à « *toutes sortes de mécanismes nouveaux dûs à l'anxiété conquérante mais désordonnée des gens des affaires* » : LELOUP J.-M., « La création de contrats par la pratique commerciale », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 167.

l'instrument juridique d'une collaboration »⁸²⁶. Selon lui le contrat tendrait d'ailleurs, depuis les années 1980, à devenir « *un instrument de collaboration, un lieu de paisible coopération* »⁸²⁷, voire même, pour d'autres, « *l'île d'un archipel animé d'une vie collective* »⁸²⁸ à travers l'apparition de réseaux de contrats enchevêtrés. Rejoignant ainsi Michel Cabrillac, il affirmait que le droit tachait ainsi d'appréhender, voire de rattraper une réalité économique l'ayant depuis longtemps dépassé. Ce dernier n'attendit d'ailleurs même pas les années 1980 pour constater la nécessité d'une évolution de la théorie générale « *à une époque où la division du travail s'impose de plus en plus et où la chaîne qui aboutit au consommateur tend à s'allonger et à devenir plus complexe cependant que ses maillons s'interpénètrent davantage* »⁸²⁹ et que les intermédiaires se multiplient entre le producteur et le consommateur.

Passant de l'équilibre des prestations, symbole de la logique d'échange, à la recherche d'un équilibre des risques⁸³⁰, la pratique contractuelle démontrait en l'occurrence l'apparition juridique d'une logique économique de coopération que le droit positif tend aujourd'hui timidement à admettre, notamment en matière de distribution⁸³¹. Michel Cabrillac soulignait cependant déjà que la théorie générale ne semblait pourtant pas lui accorder un intérêt suffisant eu égard à son importance concrète dans le monde des affaires. Suggérant comme d'autres la voie constituée par l'élaboration d'un modèle de contrat d'intérêt commun⁸³², il évoquait plus largement la nécessité « *de dégager une notion de contrat de collaboration* »

⁸²⁶ MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 46.

⁸²⁷ MESTRE J., *op. cit.*, p. 54.

⁸²⁸ CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 248.

⁸²⁹ CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 237.

⁸³⁰ « *L'un des enseignements de la pratique commerciale actuelle est sans doute de montrer que la justice contractuelle ne se satisfait pas tant d'un équilibre des prestations, qui ne peut être qu'éphémère, mais qu'elle exige avec plus d'acuité un certain équilibre des risques assumés* » : CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 238.

⁸³¹ La reconnaissance d'une protection du contractant dépendant dans le cadre d'une relation de distribution, qu'il s'agisse d'une concession exclusive ou d'une franchise, par la théorie de l'abus de droit manifeste effectivement l'admission d'un partage des risques entre les partenaires, et plus largement la consécration d'une logique contractuelle coopérative. Notons que si les juges contemporains de Michel Cabrillac campaient sur leur position inébranlable en la matière, depuis 1995 la jurisprudence donne raison à l'intuition de ce dernier. Alors qu'elle condamne aujourd'hui au nom de l'abus l'utilisation d'un pouvoir en méconnaissance de l'intérêt du cocontractant, elle ne l'admettait auparavant que sous réserve de circonstances exceptionnelles : Cass. com., 8 janvier 1968, D., 1968, p. 95 pour la concession.

⁸³² « *Dans la classification des contrats, la catégorie des contrats d'intérêt commun demanderait, sans doute à être élaborée. Peut-être découvrirait-on que, dans ce type de contrat, les clauses léonines qui rompent l'équilibre dans l'intérêt exclusif d'une seule partie font spécifiquement perdre leur cause aux obligations de l'autre. Au moins y aurait-il un raisonnement à oser en ce sens, à partir des articles 1854 et 1855, relatifs à la société, modèle achevé de contrat d'intérêt commun* » : CORNU G., Obs., RTD Civ., 1973, p. 147.

qu'il s'agirait « *de délimiter par l'animus cooperandi* »⁸³³. Il rappelait toutefois immédiatement qu'une telle notion appellerait nécessairement une évolution de cette théorie dont les ressources paraissaient sur ce point insuffisantes⁸³⁴ pour en rendre compte, alors même qu'elle devait se manifester par des ensembles complexes et des groupes de contrats rendus nécessaires par « *l'avènement d'opérations reposant sur plusieurs contrats distincts et passés entre personnes différentes mais cependant connexes* »⁸³⁵. Il jugeait finalement que, confrontée à la multiplication de ces opérations économiques d'un genre nouveau, si la théorie générale avait pu permettre « *d'établir les passerelles nécessaires entre les conventions* », elle n'avait « *néanmoins offert que des palliatifs* »⁸³⁶ à l'apparition de ces « *contrats médiats* »⁸³⁷. Il manquait par conséquent un genre contractuel destiné à la prise en compte de ces opérations économiques fondées principalement sur la coopération, un genre qui permettrait de dépasser ce constat selon lequel « *un contrat en Droit français correspond à la réalisation d'une opération économique globale : construire, transporter, vendre* »⁸³⁸. L'évolution des modes de coordination des agents économiques emportait donc avec elle une transformation de leurs relations contractuelles alors qu'au contraire la théorie générale du contrat demeurait enserrée dans ce carcan binaire reposant sur la dichotomie du genre du contrat-échange et du genre du contrat-organisation. Ainsi conçue, elle insérait donc l'existence juridique de l'externalisation au sein du premier par l'adoption d'un raisonnement par défaut. La remise en cause de la logique échangiste (1) conduit cependant à une remise en cause de l'espèce du contrat d'entreprise (2) pour retranscrire cette notion stratégique.

1. Une remise en cause de la logique échangiste

62. La démonstration d'une inadéquation de finalité économique. Partant de la définition générale du contrat proposée par Philippe Jestaz⁸³⁹, Juliette Sénéchal précisait qu'il se

⁸³³ CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 246.

⁸³⁴ Notons que Michel Cabrillac concentrait alors essentiellement son attention sur le principe cardinal de l'effet relatif des conventions, lequel devait selon lui s'adapter à « *cette adhésion à l'opération à travers l'un de ses contrats-éléments (qui) justifient, sans porter atteinte à l'exigence logique qui est à la base du principe de la relativité, que des liens d'obligations s'établissent entre les parties aux contrats distincts* » : CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 254. Affirmant alors que l'élaboration et l'approfondissement « *des principes généraux qui détermineraient ces rapports, tels sont (...), pour le principe de l'effet relatif, les horizons de la recherche* ».

⁸³⁵ CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 248.

⁸³⁶ CABRILLAC M., *Ibid.*

⁸³⁷ CABRILLAC M., *op. cit.*, p. 254.

⁸³⁸ HENRY X., *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dact., Université de Nancy II, 1992, p. 1156.

⁸³⁹ « *Le contrat est un système normateur à courte portée, qui régit deux personnes (ou parfois davantage), et dont les assujettis ont eux-mêmes l'initiative de déclencher la mise en jeu (soit ensemble, soit différé) (...): son*

présentait comme « *un écrin permettant de servir tous les buts individuels possibles, à tout le moins, tous ceux qui ne sont pas proscrits* »⁸⁴⁰, parmi lesquels peuvent être rangés les buts économiques. Expressément associée à un genre contractuel à part entière par Paul Didier, la logique échangiste constitue alors la finalité économique traditionnellement consacrée par le droit, et ce ne serait-ce que depuis la codification napoléonienne de 1804⁸⁴¹. Reposant sur une logique simple de permutation de biens ou de services, l'échange constitue en effet une activité économique rudimentaire dont les racines peuvent être retrouvées dans le troc. Inspirée d'une justice commutative chère à Aristote, l'échange traduit en l'occurrence une stricte égalité arithmétique entre les prestations de chacun⁸⁴². Juliette Sénéchal ajoutait d'ailleurs que le contrat-échange devait « *être regardé, au plan économique, comme une transaction externe entre deux agents indépendants sur le marché* »⁸⁴³; en d'autres termes, comme exprimant la mise en œuvre par le contrat d'un mode de gouvernance par le marché. Elle exprimait également explicitement que ce genre contractuel constituait à n'en pas douter « *le modèle le plus élémentaire du contrat entendu comme instrument d'échange économique* »⁸⁴⁴. Pour autant il ne saurait constituer un modèle universel et holiste embrassant l'ensemble de la réalité contractuelle du monde des affaires, et ce quand bien même il est admis « *qu'aucun système économique connaissant l'échange économique ne peut se passer longtemps du contrat* »⁸⁴⁵. La doctrine civiliste concédait effectivement de plus en plus que « *le contrat-échange est une catégorie beaucoup plus restrictive que le contrat* »⁸⁴⁶, et donc que d'autres opérations économiques inspirées d'une logique différente appelaient la consécration de genres contractuels originaux.

contenu normatif est d'abord fixé d'autorité par la loi et/ou le juge, puis dans la mesure où la loi le permet, par une réglementation privée qui passe pour l'œuvre commune des parties même quand elle émane d'une seule d'entre elles » : JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 258.

⁸⁴⁰ SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 345.

⁸⁴¹ Alors qu'il affirmait que « *le contrat au sens de l'article 1101 est un contrat-échange* », il le rattachait en effet immédiatement à des formules contractuelles ancestrales telles que « *la vente, le louage ou le prêt* » : DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *Revue de jurisprudence commerciale*, 1995, p. 75.

⁸⁴² « (...), *le juste dans les transactions privées, tout étant une sorte d'égal, et l'injuste une sorte d'inégal, n'est cependant pas l'égal selon la proportion de toute à l'heure, mais selon la proportion arithmétique* » : ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Éditions Les échos du Maquis, 2014, p. 111.

⁸⁴³ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 354. Elle ajoutait en écho aux réflexions précédentes que « *la structure de la finalité du contrat-échange est une structure simple et très familière* ».

⁸⁴⁴ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 355.

⁸⁴⁵ JESTAZ Ph., « L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.*, 1983, p. 254.

⁸⁴⁶ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 355.

De la même façon que le contrat de société, fer de lance du genre du contrat-organisation, ne pouvait selon Paul Didier être envisagé comme un contrat de vente ou de louage⁸⁴⁷, le contrat d'externalisation envisagé du point de vue de l'opération économique qu'il poursuit ne peut se confondre avec le genre du contrat-échange, pas plus d'ailleurs qu'avec celui du contrat-organisation. Correspondant chacun à une forme de gouvernance, le genre du contrat-échange et le genre du contrat-organisation s'expriment à travers la conclusion de contrats dits simples ; c'est-à-dire de contrats présentant une structure dédiée à la logique propre au mode de gouvernance qu'ils retranscrivent. S'agissant de l'externalisation, il a pu être démontré qu'elle constituait un mode de gouvernance hybride à part entière dont la traduction juridique imposerait selon les économistes l'emprunt d'un genre contractuel hybride s'inspirant de ces deux modèles, de la même manière que les modes intermédiaires de gouvernance adoptent des caractéristiques propres à la firme et au marché. Typique de la mise en œuvre d'une logique coopérative, l'hybridation constatée en matière économique transparait donc nécessairement en matière contractuelle. Or, l'un comme l'autre, ni le contrat-échange ni le contrat-organisation ne présentent cette forme d'hybridation symptomatique de la coopération. Alors que le premier repose sur un échange d'obligations réciproques de faire ou de donner et que le second encadre la mise en commun de ressources afin de profiter également des fruits de leur exploitation⁸⁴⁸, l'externalisation invite à découvrir un genre contractuel susceptible de rendre compte et de permettre l'instauration d'une relation de coopération. Un genre que Juliette Sénéchal proposait, pour sa part, d'identifier sous les traits du contrat-souche envisagé comme « *le contrat portant sur l'établissement d'une organisation en vue de la naissance d'une succession d'échanges économiques* »⁸⁴⁹ ; c'est-à-dire qui ne serait ni l'un ni l'autre, mais également à la fois l'un et l'autre dans la mesure où sa finalité économique coopérative relèverait tantôt de la transaction externe sur le marché, tantôt de l'organisation hiérarchique propre à la firme. Il devrait dès lors en aller ainsi lorsque « *sur le plan juridique une entreprise, sous l'effet de l'externalisation, se dilate pour ne plus être en définitive qu'un long continuum entre la hiérarchie et le marché* »⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ « *L'acte fondateur de toute société est toujours décidé, à une réserve près, selon la procédure contractuelle de l'acte écrit signé de toutes les parties. Est-ce là, pour autant un contrat, du moins un contrat comme le vente ou le louage, un contrat au sens de l'article 1101 du code civil ? Pour ma part, je ne le pense pas et cela pour deux raisons au moins* » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 74.

⁸⁴⁸ « (...) *le contrat au sens de l'article 1101 c. civ. est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire ou ne pas faire quelque chose. Or dans le contrat de société, chacun s'oblige envers la société elle-même, dont chacun des apporteurs fait partie et qui n'est donc pas un autrui pour lui* » : DIDIER P., *Ibid.*

⁸⁴⁹ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 358.

⁸⁵⁰ JAMIN Ch., « *Aspects juridiques de l'externalisation des activités de l'entreprise. Propos introductifs de la matinée* », *LPA*, 1998, n° 147, p. 3.

Dans la mesure où la logique économique anime l'opération que les parties envisagent de réaliser par l'intermédiaire du contrat, elle a nécessairement une incidence forte sur la structure de l'instrument employé. Faisant référence aux travaux menés par Charles Eisenmann en matière de classification⁸⁵¹, Juliette Sénéchal suggérait en l'occurrence une méthode particulière fondée non plus sur l'objet mais plus globalement sur la détermination de la finalité contractuelle entendue alors comme l'opération économique projetée par les contractants. Considérant en effet que « *les règles de chaque contrat découlent en principe de la finalité contractuelle de celui-ci, c'est-à-dire de la fonction, de l'opération économique que ce contrat est censé servir* »⁸⁵², elle mettait explicitement l'accent sur l'importance de l'économie de l'opération visée par les parties dans le cadre du processus de qualification des contrats, et notamment des contrats spéciaux⁸⁵³. Aussi devait-il nécessairement en aller de même pour la traduction contractuelle de l'externalisation animée d'une logique coopérative, laquelle ne saurait dans ces conditions se contenter simplement d'une identification par défaut. Elle ne pouvait par conséquent pas emprunter la voie du genre du contrat-échange dès lors qu'il ne correspond pas à la logique économique de l'opération qu'il s'agirait de retranscrire en droit. Dès lors qu'en matière contractuelle « *chaque finalité est sous-tendue par une certaine logique, logique qui doit nécessairement se retrouver et dicter le régime juridique chargé de servir cette finalité* »⁸⁵⁴, il ne pouvait pas être admis que l'existence de l'externalisation en droit civil soit identifiée à l'espèce du contrat d'entreprise alors que celle-ci relève du genre de l'échange. Juliette Sénéchal poursuivait par ailleurs sa démonstration par l'évocation de l'adéquation rigoureuse de la structure juridique du contrat, composée d'un échange de consentements, et de la structure de l'opération économique dépendante de la logique poursuivie. Ainsi affirmait-elle alors qu'elle pouvait « *certes être parfois une structure d'échange, de permutation, mais ce n'est absolument pas une généralité. Existent aussi des structures plus complexes, comme des structures d'union, d'organisation ou des*

⁸⁵¹ Invitant à dépasser les méthodes traditionnelles de classification des contrats en référence à un objet, Charles Eisenmann démontrait en effet que la multitude et l'infini diversité de ce dernier devait finalement conduire à considérer que « *toute classification est en définitive réponse à une question, à un problème que l'on se pose au sujet d'un groupe d'objets* » et non d'un seul tant il est variable et polymorphe : EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, t. 11, 1966, p. 36 et 38.

⁸⁵² SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 324.

⁸⁵³ Elle précisait d'ailleurs « *que le contrat met en œuvre un processus de finalité juridique dont le terme initial est le désir d'une fin, d'une finalité donnée* » alors que « *le plus souvent, la finalité contractuelle, visée dans le terme initial du processus, est l'opération économique souhaitée par les parties contractantes* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 326 et 327.

⁸⁵⁴ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 324.

structures hybrides faites d'organisation et d'échanges »⁸⁵⁵ ; en d'autres termes, des structures de coopération dont la structure juridique correspondante ne pouvait se réduire simplement à celle du genre du contrat-échange.

63. La démonstration d'une inadéquation de traduction juridique. Suggérant l'élaboration d'une classification rénovée des contrats spéciaux enrichie par la prise en compte de la finalité contractuelle, Juliette Sénéchal soulignait l'insuffisance des genres contractuels traditionnels, et notamment du genre échangiste. Elle rappelait en effet que, marqués par la prégnance de la vente, les rédacteurs du Code civil avaient finalement imposé « *une vision partielle de la finalité contractuelle fondée uniquement sur une structure d'échange* »⁸⁵⁶ balayant ainsi pour longtemps la possibilité d'une prise en compte juridique d'opérations économiques d'un autre type. Alors que Philippe Rémy constatait que « *la sur-spécialisation des contrats (...) arrache aux qualifications classiques leur substance* »⁸⁵⁷, la course-poursuite engagée par l'économie et le droit ne semblait pas devoir donner lieu à un renouvellement de la théorie générale susceptible d'éclairer une matière en grand désordre. Face au réalisme de la jurisprudence admettant l'interdépendance dans les groupes de contrats poursuivant la réalisation d'une même opération ou la protection de la partie dépendante, elle demeurait effectivement impassible, hermétique à toute mutation considérant, peut-être à bon droit, qu'une distinction binaire opposant le contrat-échange et le contrat-organisation devait suffire à embrasser les évolutions de la pratique. Philippe Jestaz le rejoignait d'ailleurs lorsqu'il tachait d'expliquer cette frénésie créatrice⁸⁵⁸ en évoquant la volonté du législateur d'accompagner « *la croissance économique, laquelle augmente la consommation juridique et crée le besoin de formules nouvelles* »⁸⁵⁹. La « chasse à l'homme » évoquée par Philippe Rémy trouvait ainsi une confirmation supplémentaire dans l'existence d'un lien étroit, invincible, entre l'économie et

⁸⁵⁵ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 328.

⁸⁵⁶ SÉNÉCHAL J., *Ibid.*

⁸⁵⁷ RÉMY Ph., « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 110.

⁸⁵⁸ Philippe Jestaz évoquait d'ailleurs les *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil* de René Savatier pour dénoncer la frénésie créatrice du législateur en matière de contrats spéciaux. Il affirmait alors que « *le phénomène nouveau depuis la guerre, plus précisément le phénomène nouveau de ces vingt-cinq dernières années, c'est que le législateur cherche à lancer des produits* » : JESTAZ Ph., « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 118.

⁸⁵⁹ JESTAZ Ph., *Ibid.*

le droit⁸⁶⁰. Mais d'un lien qui voyait finalement son influence céder face à la permanence de la lettre du Code civil et l'immutabilité de la théorie générale.

Philippe Jestaz remarquait malgré tout que si « *les types fondamentaux de contrats sont en nombre limité* »⁸⁶¹, il était logique que les nouvelles formules élaborées par la pratique ou le législateur correspondent à des hybridations des modèles existants. Mais, si la théorie générale a pu accueillir le contrat-organisation à partir du constat de la prégnance du mode de gouvernance par la firme, l'émergence d'une logique économique de coopération aurait du également la conduire à s'enrichir d'un nouveau genre contractuel hybride afin de faire correspondre le droit à l'apparition d'un mode de gouvernance intermédiaire : le réseau de coopération. Un enrichissement que les économistes avaient d'ailleurs déjà proposé en se penchant sur la question contractuelle. La frénésie juridique en matière de contrats spéciaux devait-elle donc connaître sa limite dans l'entropie de la théorie générale du contrat ?⁸⁶² Ce n'est pas ce à quoi s'est résigné une partie de la doctrine qui, à l'instar de Paul Didier pour le contrat-organisation, a œuvré à l'élaboration de ce nouveau modèle déjà évoqué par Michel Cabrillac ; c'est-à-dire a tenté non pas « *de reconstruire l'ordre contractuel sous la bannière d'une exigence morale de coopération mais de proposer un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* »⁸⁶³. La découverte d'un tel modèle appelait cependant un certain effort conceptuel et théorique dans la mesure où il impliquait de rompre en partie avec la conception classique du contrat, et notamment de son caractère formel et complet⁸⁶⁴. Les développements précédents ont effectivement permis de mettre en lumière les suggestions apportées par les économistes tendant à admettre de plus en plus l'existence de contrats incomplets fondés non pas sur une relation ponctuelle parfaite, mais sur une relation de long terme inéluctablement imparfaite. La tendance générale de la

⁸⁶⁰ Philippe Jestaz allait même jusqu'à préciser que « *ce que la loi régleme, c'est d'ailleurs moins un contrat qu'une opération économique* » : JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 120.

⁸⁶¹ JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 121.

⁸⁶² Ainsi Philippe Jestaz concluait-il son propos par l'avertissement suivant : « *Au bout du compte la théorie générale du contrat reste inchangée, du moins dans son principe (...). Mais si nous n'y prenons pas garde, cette théorie générale risque un jour de tourner à vide tandis que de leur côté les contrats spéciaux relèveraient, chacun pour ce qui le concerne, d'une sorte de technologie primaire* » : JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 135.

⁸⁶³ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 27, 2012, p. 12.

⁸⁶⁴ « *Traditionnellement, la microéconomie modélise un contrat comme un répertoire exhaustif de réponses à un problème de coordination interindividuelle, c'est-à-dire comme un contrat complet* » : CHASERANT C., « Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *L'Actualité économique*, vol. 83, n° 2, 2007, p. 229. Pierre Garelo précisait par ailleurs qu'un « *contrat est complet lorsque tous les paramètres susceptibles d'avoir une influence sur les résultats de la relation contractuelle sont pris en compte lors de la rédaction d'un contrat* » : GARELLO P., « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, t. 1, 1998, p. 43.

littérature économique allait même jusqu'à associer ces contrats à une structure hybride liant l'échange à l'organisation. L'analyse économique des relations inter-firmes conduisait en effet à considérer que si le contrat demeurait le pivot de la coordination des agents, il subissait l'influence de l'aboutissement de la théorie des coûts de transaction : la découverte des contrats incomplets⁸⁶⁵ comme source d'économie et d'efficacité de la gestion des ressources.

À la recherche d'une structure alliant la flexibilité du marché et la rigidité de la firme, l'analyse économique déterminait en effet la forme du contrat incomplet comme un genre hybride assurant une certaine stabilité à une relation de long terme, et dont les dimensions principales résidaient alors dans les clauses de durée, de prix et de contrôle. Dès lors que la coopération en matière de gestion des ressources « *n'est pas un contrat d'échange au sens standard* »⁸⁶⁶, elle devait nécessairement être amenée à quitter l'orbite du genre correspondant entraînant avec elle l'externalisation qui s'en inspire pour rejoindre celle du contrat incomplet défini comme celui « *prenant en compte indirectement toutes les contingences et les dimensions de l'action qui sont ou peuvent devenir pertinentes à la relation, mais qui ne suffit pas complètement à coordonner les agents* »⁸⁶⁷. La doctrine économique admet cependant désormais que le terme incomplet pourrait paraître impropre dans la mesure où son contenu est jugé comme tel du fait de la survenance possible de contingences imprévues⁸⁶⁸ laissant la relation entre les contractants y remédier. Il semblerait bien que la théorie des contrats complets et incomplets ainsi appréhendée rejoignent dans une certaine mesure celle avancée par Ian Macneil en matière de contrats relationnels. Or cette théorie conduit également à remettre en cause l'hégémonie du contrat formel complet pour retranscrire les relations inter-entreprises ; c'est-à-dire les modes de gouvernance hybrides dans lesquels se classe l'externalisation. Ces réflexions menées par le juriste américain sur la conceptualisation de ces relations contractuelles particulières constituent d'ailleurs une référence pour les économistes eux-mêmes⁸⁶⁹, alors qu'elles semblent relativement négligées par la doctrine

⁸⁶⁵ « *La question semble donc entendue : la théorie des contrats incomplets est une formalisation adéquate de la théorie des coûts de transaction* » : FARÈS M. et SAUSSIÈRE St., « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Revue française d'économie*, vol. 16, n° 3, 2002, p. 195.

⁸⁶⁶ CHASERANT C., *op. cit.*, p. 235.

⁸⁶⁷ CHASERANT C., *op. cit.*, p. 236.

⁸⁶⁸ « *In fine, l'incomplétude ne revêt plus le sens initial que lui avaient donné les auteurs à l'initiative de la théorie des contrats incomplets (...) : un contrat est incomplet s'il peut survenir des contingences imprévues, c'est-à-dire pour lesquelles il est silencieux sur le manière d'agir* » : CHASERANT C., *op. cit.*, p. 248 et 249.

⁸⁶⁹ Matthieu Mandard affirme en effet que « *la pensée stimulante de Ian Macneil (...) a marqué l'avènement d'une perspective relationnelle dans l'étude de la gouvernance des échanges inter-firmes* » : MANDARD M., « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de l'œuvre de Ian Macneil », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, 2012/3, n° 109, p. 13.

civiliste. Elles offraient pourtant très tôt une solution aux problèmes issus de la confrontation de la théorie classique du contrat avec la réalité économique du monde des affaires par la prise en compte de la dimension relationnelle. Sans remettre en cause l'existence des contrats classiques, ponctuels et complets, il proposait de reconnaître l'existence de contrats relationnels concernant « *des échanges complexes et de longue durée* »⁸⁷⁰. Bien qu'il ait permis de lever le voile sur ce genre contractuel théorique, son identification en droit positif ne put cependant aboutir en l'état. De même que pour la coopération et l'externalisation aujourd'hui, l'existence du contrat relationnel ne peut ainsi être déterminée avec précision. Toutefois, s'il devait en aller ainsi elle ne pourrait, ni pour l'un ni pour les autres, être identifiée au sein de l'espèce du contrat d'entreprise dès lors que cette dernière relève du genre du contrat-échange. Ian Macneil suggérait d'ailleurs une piste de traduction que la doctrine civiliste emprunterait pendant un temps pour envisager une prise en compte de la coopération : la notion de contrat-cadre⁸⁷¹.

2. Une remise en cause du contrat d'entreprise

64. La révélation d'une incompatibilité de logique contractuelle. Les travaux menés par Juliette Sénéchal permettent en l'occurrence de soutenir l'hypothèse selon laquelle l'identification par défaut de l'existence juridique de l'externalisation au sein l'espèce du contrat d'entreprise peut être appréhendée comme une traduction juridique erronée de cet outil stratégique de gestion des ressources des entreprises. Les remarquables réflexions de Pascal Puig à son propos avaient certes pu laisser penser qu'il conviendrait parfaitement dès lors qu'il présentait une structure hybride et le caractère d'un contrat de long terme marqué d'une certaine forme d'incomplétude. Il demeurait cependant animé invariablement d'une logique d'échange qui aurait dû conduire à sa disqualification par la doctrine. La dimension organisationnelle de cette espèce du contrat d'entreprise devait néanmoins convaincre pendant un temps de la possibilité d'y déceler une traduction juridique de l'externalisation. Affirmant que, « *contrairement à la vente, le contrat d'entreprise doit donc organiser la venue au monde de l'ouvrage destiné au créancier* »⁸⁷², Pascal Puig démontrait dans une certaine mesure l'importance occupée par cette dimension dans la détermination de la finalité

⁸⁷⁰ MADARD M., *op. cit.*, p. 17.

⁸⁷¹ Il affirmait en effet que « *le contrat ne correspond ni plus ni moins qu'aux relations qu'entretiennent les parties au cours du processus de projection d'un échange futur. Le contrat est l'ensemble des « relations entre des personnes qui ont échangé, échangeront ou échangeront dans le futur* » : MACNEIL I., « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n° 3, 2000, p. 878.

⁸⁷² PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 562.

contractuelle propre à cette espèce. Il en soulignait de plus l'incertitude⁸⁷³ dans la mesure où il organisait ainsi une relation pour l'avenir, et pouvait donc être rangé dans la catégorie des contrats incomplets⁸⁷⁴. Aussi devait-il prendre en compte cette incertitude et admettre en conséquence l'accroissement sensible du devoir de coopération imposé aux parties dans le cadre de telles relations contractuelles⁸⁷⁵. Apparaissant ainsi par l'émergence d'obligations accessoires au sein de la structure contractuelle, il convient néanmoins de ne pas confondre l'obligation de coopération dans le contrat⁸⁷⁶ et l'obligation de coopération par le contrat induite par la mise en œuvre d'une logique économique coopérative lui imprimant sa finalité. C'est en cela que l'espèce du contrat d'entreprise semble finalement devoir être écartée de la recherche de l'existence de l'externalisation en droit civil. L'argumentation solide et séduisante proposée par Pascal Puig invitait au contraire à l'admettre en l'associant à une forme unitaire de contrat-cadre⁸⁷⁷.

Convaincu que la traduction juridique de l'externalisation passait nécessairement par la l'emploi de la notion de contrat-cadre, Philippe Delebecque admettait d'ailleurs lui aussi que le contrat d'entreprise puisse être envisagé en tant que tel comme une forme possible de contrat-cadre à proprement parler⁸⁷⁸ ; c'est-à-dire en tant que contrat instaurant les

⁸⁷³ Dont la plus évidente et la plus symptomatique du contrat d'entreprise se retrouve dans « *l'indétermination du prix* » qui « *tient à la fois à l'indétermination de l'ouvrage et à celle du travail à fournir* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 603.

⁸⁷⁴ « *Le contrat d'entreprise est donc un contrat incertain, un contrat incomplet diraient les économistes, parce qu'il est conclu dans une situation de relative ignorance* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 586. Aussi ajoutait-il au soutien d'un tel constat que « *les parties ne disposent pas, dès l'origine, de l'ensemble des informations leur permettant de se décider en pleine connaissance de cause (...). Elles acceptent donc, par la force des choses, de contracter sur la base de connaissances incomplètes, en considération d'un but à atteindre dont elles fixent à l'avance les contours avec une relative imprécision – puisqu'il est futur et unique – et dont elles ne savent pas exactement, ni comment, ni quand, elles l'atteindront* ».

⁸⁷⁵ « *C'est cette incertitude qui justifie le devoir marqué de coopération dans le contrat d'entreprise, tant du côté de l'entrepreneur que de celui du maître. Les contractants avancent de concert vers un objectif qu'ils se sont fixé, dont ils doivent l'un et l'autre favoriser autant que possible la poursuite (...). Lorsqu'une marge d'incertitude existe, chaque partie doit adopter un comportement qui favorise la poursuite de l'objectif fixé en commun* » : PUIG P., *op. cit.*, p. 586 et 587.

⁸⁷⁶ Voir sur ce point : PICOD Y., « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », *JCP G*, 1988, I, 3318.

⁸⁷⁷ Dans la mesure où « *ce mécanisme original, découlant de la structure ambivalente du contrat d'entreprise, parvient à associer dans un cadre juridique unitaire plusieurs échanges de volontés* » au service d'un seul et même but économique : un échange de service : PUIG P., *op. cit.*, p. 707. Un courant jurisprudentiel confirmait d'ailleurs cette opinion défendue par Pascal Puig. La Cour d'appel de Paris avait en effet eu l'occasion de reconnaître que dans le cadre d'un contrat d'entreprise « *l'exécution de l'ouvrage et la garde de la chose ne peuvent être dissociées* » et que « *doit être appliqué à l'ensemble de l'opération une qualification unique au regard des obligations envisagées par les parties comme essentielles* » : CA Paris, 1^{er} mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, p. 434.

⁸⁷⁸ Il considérait en effet que « *pour encadrer l'externalisation, plusieurs contrats sont concevables. Les parties choisissent librement celui qui leur convient, à charge pour elles d'éviter certains écueils. Les techniques varient en effet en fonction du risque que l'on veut atténuer (...). La technique appropriée est celle du contrat*

fondements et organisant la relation à venir. Les travaux menés par Juliette Sénéchal semblent pourtant confirmer l'existence d'une incompatibilité directe du contrat d'entreprise avec la logique de coopération irriguant l'externalisation. Elle affirmait effectivement que les espèces contractuelles coopératives intégrées au genre du contrat-souche devaient forcément « *être distinguées du contrat d'entreprise* »⁸⁷⁹, et ce malgré la confusion parfois entretenue par la doctrine sur ce point⁸⁸⁰. Aussi rappelait-elle que, par son caractère englobant, cette espèce contractuelle avait pu accueillir un certain nombre de contrats innomés reposant sur une structure complexe dépassant la seule logique de l'échange parmi lesquels figuraient notamment celui dédié à la traduction juridique de l'externalisation ainsi que ceux liés à la notion de contrats-cadre⁸⁸¹. Elle démontrait alors l'incompatibilité de la structure du contrat d'entreprise avec une logique de coopération, affirmant qu'elle reposait tout simplement « *sur l'échange d'une prestation ponctuelle contre un prix* » au point de constituer « *la seule propriété positive du contrat d'entreprise* »⁸⁸². Seules les espèces du genre du contrat-souche, telle que celle du contrat de coopération, devaient selon elle permettre de rendre compte contractuellement de la mise en œuvre d'une logique économique coopérative, et non l'une des espèces emblématiques du genre rénové du contrat-échange demeurant, par la traduction de la « *fonction économique d'échange* », le genre contractuel dominant, mais pas exclusif⁸⁸³.

Or, ces conclusions invitaient principalement à appréhender l'espèce du contrat d'entreprise comme un modèle type du contrat-échange, du moins caractéristique de la prise en compte par le droit de l'évolution des échanges économiques⁸⁸⁴, mais de ceux-ci seulement. Insistant sur sa structure essentiellement échangiste, Juliette Sénéchal le rattachait en effet

d'entreprise » : DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 10 et 11.

⁸⁷⁹ SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 358.

⁸⁸⁰ Elle précisait effectivement que « *nombreuses de ces sous-catégories, en raison de leur proximité apparente avec le contrat d'entreprise, ont été considérées à tort, en droit positif, comme pouvant être incluses dans celui-ci* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 362.

⁸⁸¹ Ainsi précisait-elle que la structure la plus complexe intégrée à tort à l'espèce du contrat d'entreprise « *est une structure que l'on trouve dans les « contrats cadre ». Cette structure complexe est faite d'organisation et d'échange* », à l'instar des modes de gouvernance hybrides : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 185.

⁸⁸² SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 185 et 186.

⁸⁸³ Judith Rochfeld affirme effectivement que si « *la fonction économique d'échange* » ne peut en aucune manière embrasser à elle seule l'ensemble de la réalité contractuelle, elle domine sans nul doute les classifications élaborées au sein de la théorie générale du contrat et « *n'en est pas moins, traditionnellement, dominante* » : ROCHFELD J., *Le grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 435.

⁸⁸⁴ L'auteur précisait d'ailleurs que, logiquement, l'inclusion du contrat d'entreprise au genre du contrat-échange devait conduire automatiquement à exclure « *de la nature du contrat d'entreprise tous les contrats qui doivent être inclus dans le contrat-souche, le contrat hybride d'organisation et d'échanges* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 370.

explicitement au genre contractuel associé, et excluait donc nécessairement la possibilité de participer, à travers lui, de la retranscription d'une logique coopérative impliquant une structure complexe hybride⁸⁸⁵. Aussi accentuait-elle encore davantage cette incompatibilité de logique contractuelle du contrat d'entreprise en démontrant que cette espèce prenait place au sein du genre échangiste en tant que contrat-échange de type symétrique⁸⁸⁶; c'est-à-dire fondé sur une égalité formelle des engagements réciproques de chacune des parties, et sur l'antagonisme profond des intérêts qu'elle exprime⁸⁸⁷. Or l'une comme l'autre, ces deux propriétés partagées par le genre du contrat-échange et l'espèce du contrat d'entreprise sont inconciliables avec la mise en œuvre d'une logique coopérative impliquant non seulement une complémentarité des prestations, et non leur équivalence, mais surtout en premier lieu la poursuite par toutes les parties d'un intérêt commun, éventuellement concilié avec les intérêts réciproques de chacune. La coopération comme l'externalisation ne pouvaient donc pas, eu égard à la logique économique qui les anime, se traduire juridiquement sous la forme du contrat d'entreprise, ni même plus globalement de toute forme inspirée du genre échangiste.

65. La révélation d'une traduction inaboutie de l'externalisation. C'est en fin de compte du fait de l'influence déterminante d'une doctrine traditionaliste que l'existence de l'externalisation fut identifiée dans un premier temps, par défaut, au sein de l'espèce du contrat d'entreprise. Convaincue que « *le modèle contractuel classique correspond essentiellement à l'échange des biens et des services dont le contrat est l'instrument privilégié* »⁸⁸⁸, elle ne pouvait effectivement pas déborder de ce cadre bien établi dans lequel le contrat est échange, éventuellement organisation, ou n'est pas⁸⁸⁹. Bien qu'elle admette

⁸⁸⁵ Se référant à une solution préconisée par le Groupe d'étude pour un code civil européen dirigé par Christian Von Bar, Juliette Sénéchal affirmait que, « à ce titre, un contrat individuel qui possède une structure complexe, faite d'organisation et d'échanges, dans lequel le contractant, soit s'insère dans l'organisation d'un autre, soit crée une organisation commune avec son cocontractant, ne doit pas être qualifié de contrat d'entreprise » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 371. Aussi ajoutait-elle que « la structure complexe de certains contrats de services empêche de réglementer ceux-ci de la même manière qu'un véritable contrat d'entreprise possédant une structure simple d'échange de valeurs ».

⁸⁸⁶ Aussi affirmait-elle d'ailleurs que « la structure d'échange symétrique du contrat d'entreprise est peut-être d'ailleurs la seule propriété déterminée de ce contrat » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 379.

⁸⁸⁷ « Cette symétrie achevée de la structure de la finalité du contrat-échange fait apparaître, à la fois, l'égalité formelle existant entre les éléments reliés par celle-ci et l'antagonisme des intérêts des contractants choisissant cette catégorie contractuelle » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 373.

⁸⁸⁸ GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, n°2 et 3, 2000, p. 83.

⁸⁸⁹ Certains auteurs allant même jusqu'à affirmer que « le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements » : GHESTIN J., *Ibid.*, ou encore : PUGHON J.-M., *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 8, 1987, n° 238 et 239 : l'auteur démontrait en effet que le contrat se résume à « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées », et n'est donc finalement qu'un échange de valeurs.

l'existence d'une contrainte coopérative singulière inhérente à toute relation contractuelle⁸⁹⁰, elle se refusait à concéder qu'il puisse s'agir d'une logique économique suffisante pour justifier l'élaboration d'un genre contractuel à part entière alors que le genre échangiste devait largement y suffire⁸⁹¹. L'exemple tiré de l'analyse du contrat d'entreprise venait d'ailleurs appuyer cette démonstration dans la mesure où elle révélait une espèce échangiste connaissant néanmoins apparemment une exigence de coopération nécessaire à la coordination des intérêts antagonistes des parties à une relation de long terme. Cela suffisait alors à y assimiler le contrat d'externalisation dont la pratique faisait déjà un usage constant. Admettant l'existence du contrat-organisation, elle semblait néanmoins ouvrir la voie au développement d'un genre supplémentaire inspiré d'une logique coopérative lorsqu'elle découvrait, en référence aux travaux d'Oliver Williamson et de Ian Macneil, l'existence de contrats poursuivant la réalisation d'un intérêt commun des parties en dehors de l'instauration d'une organisation dédiée⁸⁹². Mais, liant la réalisation de cette communauté d'intérêt à la solidarité contractuelle, elle demeurait persuadée que la coopération ne s'exprimait que dans le contrat comme un « *principe subordonné* »⁸⁹³, et non comme une logique à part entière retranscrite par le contrat.

En écho aux propos de Louis Josserand selon lesquels la théorie générale des contrats souffrirait de son caractère figé sur le modèle romaniste de l'échange⁸⁹⁴, Suzanne Lequette souligne d'ailleurs les insuffisances de la réforme du droit commun des contrats s'agissant de

⁸⁹⁰ Il affirmait que « *cette coopération est la caractéristique typique du contrat (...). De la fraternité qui anime les contrats à titre gratuit, à la solidarité, caractérisant les sociétés, on arrive à la nécessité d'une simple coordination* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 92.

⁸⁹¹ Opposée à l'émergence du modèle du contrat-coopération, il lui oppose notamment l'argument selon lequel, « *en réalité, les travaux économiques qu'elle cite, et notamment ceux de M. Éric Brousseau, dont nous nous sommes nous-mêmes inspirés sur l'exigence de coopération après avoir fructueusement travaillé à diverses activités communes, insistent sur l'opportunité économique d'une coopération pour le bon fonctionnement de toute relation contractuelle de quelque durée et non sur un troisième modèle intermédiaire entre le marché et la firme, ce qui n'est pas du tout la même chose* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. *Traité*, 4^e éd., 2013, p. 241.

⁸⁹² « *Sur le plan juridique on peut dire que l'idée moderne de coopération dans le contrat se situe quelque part entre le classique modèle de la recherche égoïste de l'utilité maximale et le pur altruisme (...). La coopération se situe entre la poursuite sans retenue de son propre intérêt et la subordination sans restriction de cet intérêt* » : GHESTIN J., « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, n°2 et 3, 2000, p. 95.

⁸⁹³ « *De la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 100.

⁸⁹⁴ « *La théorie des contrats bénéficie ou souffre de la réputation (...) d'être une matière stagnante, figée une fois pour toutes dans un moule romain indéformable (...) elle haïrait le mouvement qui déplace les lignes* » : JOSSERAND L., « *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats* », *RTD civ.*, 1937, p. 1.

la prise en compte des spécificités inhérentes aux contrats d'intérêt commun⁸⁹⁵. Irrigué par la logique échangiste et la nécessité d'organiser la rencontre des intérêts antagonistes des parties, le droit commun des contrats demeure encore aujourd'hui envisagé principalement « *comme l'enveloppe juridique d'une permutation* »⁸⁹⁶. Un tel constat vaut d'ailleurs également pour les principales espèces de contrats spéciaux reconnues par le Code civil et la jurisprudence, y compris évidemment le contrat d'entreprise⁸⁹⁷. En tant que telle, cette espèce contractuelle, remise au goût du jour sous l'impulsion d'une doctrine soucieuse de faire correspondre le droit à la réalité supposée d'une pratique contractuelle dominée à priori par l'échange, correspond également à la volonté traditionnelle d'organiser et d'agencer la rencontre d'intérêts contraires⁸⁹⁸. Or, l'émergence de l'externalisation dans la pratique des entreprises implique de nouveau de s'intéresser à une tendance admise, mais néanmoins négligée, par la majorité de la doctrine civiliste : celle de la découverte « *de figures qui ont pour objet la poursuite d'un projet commun* »⁸⁹⁹ en lieu et place de celle d'intérêts individuels antagonistes, de figures qui ont pour objet la mise en œuvre d'une logique coopérative et non plus échangiste⁹⁰⁰. S'intéresser à son existence juridique à travers l'espèce du contrat d'entreprise offrirait donc une vision déformée d'une pratique stratégique dont elle dénaturerait alors l'essence coopérative impliquant une structure contractuelle hybride, simple « *expression du modèle économique intermédiaire* »⁹⁰¹ qu'elle incarnerait. Suzanne Lequette souligne cependant que le droit commun des contrats, l'ordonnance du 10 février 2016 y compris, « *peine à appréhender les figures de types synergique et l'intérêt commun qui les*

⁸⁹⁵ Alors que cette réforme aurait pu être l'occasion de faire mentir Louis Josserand en procédant à « *une certaine diversification du droit commun des contrats afin de lui permettre de rattraper son retard sur le droit vivant* », Suzanne Lequette considère en effet qu'elle « *n'a pas pris en compte l'existence des contrats d'intérêt commun. Pis, la réforme, en inscrivant ces textes, beaucoup plus que par le passé, dans la lignée de l'échange, bien loi de donner une portée nouvelle au droit commun, l'empêche d'évoluer* » : LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *Dalloz*, 2016, p. 1148.

⁸⁹⁶ LEQUETTE S., *Ibid.*

⁸⁹⁷ Suzanne Lequette précise en effet à propos de cette structure échangiste qu'elle constitue à n'en pas douter « *la matrice des principaux contrats spéciaux envisagés par les rédacteurs du code civil – vente, bail, entreprise, échange... –, lesquels organisent l'échange d'un bien, d'un service en contrepartie d'une somme d'argent ou d'un autre bien* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

⁸⁹⁸ Paul Didier pouvait effectivement affirmer que le droit commun des contrats, fondé traditionnellement sur cette logique économique, envisageait la relation contractuelle principalement sous l'angle de la conciliation des intérêts contraires des parties et de la garantie de la réciprocité des prestations : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 636.

⁸⁹⁹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 1148. L'auteur précise alors également que « *cette vision du contrat, étroitement claquée sur l'échange, apparaît aujourd'hui réductrice* ».

⁹⁰⁰ Représentative de ce courant doctrinal encore minoritaire, Suzanne Lequette affirme en effet que « *la fonction économique du contrat ne se réduit plus à l'organisation d'une simple permutation conciliant les intérêts contraires des parties, mais peut aussi revêtir une dimension synergique et consister dans la création de richesses nouvelles dans l'intérêt commun des parties* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

⁹⁰¹ LEQUETTE S., *Ibid.*

sous-tend »⁹⁰² autrement qu'à travers les prismes déformants et réducteurs du contrat-échange et du contrat-organisation. À l'inverse, la jurisprudence semble aujourd'hui plus favorable à la prise en compte des spécificités de ces contrats d'intérêt commun, bien que cela se traduise le plus souvent par des solutions ponctuelles et pragmatiques sans marquer pour autant une prise de distance tranchée avec le droit commun des contrats. Aussi les contrats de franchise, d'édition ou de concession exclusive demeurent-ils finalement, sauf exception, soumis à ces règles générales.

Insistant sur la consécration par le législateur de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive, Suzanne Lequette démontre en effet que ce dernier ne prend pas en compte le modèle économique fondée sur la coopération dans la mesure où il néglige le contrat d'intérêt commun en se focalisant sur la seule logique d'échange⁹⁰³. Bien qu'il semble admettre la notion de contrat-cadre au nouvel article 1111 du Code civil, il procède immédiatement à son classement au sein des contrats à exécution successive l'assimilant alors à titre principal à une espèce du contrat-échange⁹⁰⁴. Le nouvel article 1108 du Code civil paraît d'ailleurs devoir sceller le sort de la coopération par le contrat et de la poursuite par les parties d'un intérêt commun en privilégiant de nouveau l'échange et la conciliation d'intérêts antagonistes⁹⁰⁵. Alors que la coopération, et donc l'externalisation qui participe de sa manifestation, conduit nécessairement à envisager une structure contractuelle propre à la réalisation d'un intérêt commun des parties, l'identification de leur existence à travers réciproquement le contrat cadre et le contrat d'entreprise révèle une profonde dénaturation de leur essence. S'agissant plus particulièrement de la seconde, elle manifeste clairement une traduction inaboutie, par défaut, de cet outil stratégique de gestion des ressources de l'entreprise dans la mesure où elle la prive de ce qui fait son attrait économique et sa substance : la mise en œuvre d'une logique coopérative fondée sur la complémentarité des parties et non leur confrontation⁹⁰⁶. Aussi la mise à l'écart par le

⁹⁰² LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 1449.

⁹⁰³ Une partie de la doctrine a d'ailleurs pu remarquer à ce sujet que si les contrats d'intérêt commun avaient pu trouver leur place au sein des classifications du Code civil, celles-ci, « dont le but est de donner à voir de manière ordonnée la diversité contractuelle, refléteraient plus fidèlement la réalité économique » : LATINA M. et CHANTEPIE G., *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 7.

⁹⁰⁴ Le nouvel article 1111 du Code civil est effectivement suivi d'un nouvel article 1111-1 relatif à la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

⁹⁰⁵ « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit » : nouvel article 1108 du Code civil.

⁹⁰⁶ « Dans un contrat-échange, les prestations se croisent, ce qui rejoint l'idée que chacune fournit à l'autre la contrepartie qu'elle attend. Dans un contrat d'intérêt commun, les parties procèdent non pas tant à un échange

législateur du contrat d'intérêt commun offre-t-elle sur ce point une confirmation de l'absence d'accomplissement de la transposition juridique de l'externalisation en droit civil. Le sort réservé au contrat cadre autant qu'aux contrats de distributions intégrées achève par ailleurs de s'en convaincre dès lors que l'ordonnance du 10 février 2016 semble imposer le contrat échange comme un cadre exclusif « *empêchant ainsi toute diversification en son sein* »⁹⁰⁷. Il aurait pourtant été envisageable de rendre compte de l'externalisation, et par là même d'autres formes de coopération économique, par la reconnaissance d'un genre contractuel intermédiaire situé à mi chemin entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération.

Conclusion de section. Bien qu'elle ait pu être considérée par certains comme l'occasion de permettre un renouvellement de la théorie générale du contrat afin de proposer « *un cadre à la réalité contractuelle dans son ensemble* »⁹⁰⁸, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a finalement conservé le modèle échangiste comme genre de référence pour retranscrire juridiquement les diverses opérations économiques. Illustration manifeste de l'archaïsme du droit commun des contrats⁹⁰⁹, cette conception devait en l'occurrence conduire la doctrine à proposer une traduction inaboutie, par défaut, de l'externalisation sous la forme de l'espèce du contrat d'entreprise appartenant pourtant au modèle échangiste. Une assimilation qu'il convient donc justement de remettre en cause tant elle procède d'une dénaturation de cet outil stratégique fondamentalement animée d'une logique coopérative.

Conclusion de Chapitre

Envisagée par la littérature managériale comme un outil stratégique de gestion des ressources externes de l'entreprise, animé d'une logique coopérative rompant avec les modes traditionnels d'acquisition des moyens nécessaires à leur bon fonctionnement, l'externalisation se range parmi les modes de gouvernance hybrides situés à mi chemin du marché et de la firme. L'observation du droit civil révèle néanmoins que son existence

de prestations qu'à un enchaînement de prestations complémentaires dans leur intérêt commun » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 1450.

⁹⁰⁷ LEQUETTE S., *Ibid.*

⁹⁰⁸ LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *Dalloz*, 2016, p. 1148

⁹⁰⁹ « *Comme Bruno Oppetit en avait fait la remarque, « la régression du droit peut procéder d'un retour à l'archaïsme » : l'identification du droit commun du contrat à l'échange, plus encore que ne l'avaient voulue les rédacteurs du code civil, en constitue une illustration manifeste* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 1155.

contractuelle ne permet pas de rendre compte de cette essence insufflée par la stratégie d'entreprise. Assimilant dans sa grande majorité l'externalisation à l'espèce du contrat d'entreprise, la doctrine ne parvient pas en effet à la détacher du genre dominant la discipline depuis 1804, et même avant : le contrat-échange. Elle en retient par conséquent une image déformée, dénaturée, par le prisme de l'échange économique sur le marché à travers une vision concentrée sur la permutation de biens, de services et de valeurs. Bien qu'elle en constitue une forme rénovée à l'aune de l'évolution des opérations économiques, le contrat d'entreprise demeure d'ailleurs fondamentalement irrigué d'une telle logique par laquelle le contrat sert principalement à organiser la rencontre et la réalisation des intérêts antagonistes de chacune des parties. Or, l'externalisation révèle à l'observateur informé de sa signification managériale une nature essentiellement coopérative fondée non pas sur une confrontation des intérêts, mais plutôt sur la rencontre d'intérêts différents mais convergents vers la réalisation d'un intérêt commun. De ce fait, si son assimilation au contrat d'entreprise put paraître un temps satisfaisante, elle appelle désormais une certaine remise en cause justifiée par son essence coopérative dont il s'agit de rendre compte sur le terrain contractuel. Il convient toutefois de préciser que si elle ne peut suffire à traduire juridiquement la mise en œuvre d'un outil stratégique auquel les entreprises recourent de plus en plus, elle apporte néanmoins un éclairage utile en la matière : qu'il s'agisse de s'assurer de la faisabilité d'une telle ambition, ou encore des écueils à éviter et des éléments cardinaux à prendre en compte. Elle permet également de se saisir d'un objet depuis peu intégré à la sphère du droit civil, et d'envisager de lui attribuer une place en droit administratif alors même qu'il paraît de plus en plus devoir s'y imposer du fait de l'influence croissante exercée par le *New Public Management*. Sur cette question, la méprise commise par la doctrine civiliste fournit également un précieux enseignement. Alors que le rapprochement suggéré par François Llorens entre le contrat d'entreprise et le marché de travaux publics aurait pu grandement y aider⁹¹⁰, le doute entourant désormais l'identification de l'existence juridique de l'externalisation à cette espèce contractuelle du genre échangiste oblige à l'appréhender d'une toute autre manière⁹¹¹ en droit

⁹¹⁰ L'étude proposée par François Llorens conduisait en effet la doctrine à admettre que « le droit des marchés publics est proche aujourd'hui de celui du contrat d'entreprise. La convergence des réglementations, des jurisprudences et des pratiques est manifeste, au-delà et comme en marge d'exposés doctrinaux trop marqués par le clivage des droits public et privé » : GAUDEMET Y., « Note bibliographique », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, vol. 35, n° 1, p. 253. Pierre Delvolvé concédait d'ailleurs également que François Llorens avait ainsi permis d'offrir « une synthèse d'ensemble, de dégager leur unité au-delà de leurs diversités » : Préface de Pierre Delvolvé à : LLORENS Fr., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 139, 1981, p. II.

⁹¹¹ Dans la mesure où, notamment, François Llorens parvenait à démontrer que « *tous deux revêtent le caractère de contrats synallagmatiques, à titre onéreux et commutatifs* » ne correspondant pas aux exigences imposées par

civil comme en droit administratif, et à suivre une voie ne passant pas nécessairement par le recherche d'une espèce de contrat déterminée mais plutôt d'un concept dont il s'agirait d'identifier l'existence administrative. Il s'agirait alors de démontrer son intégration dans la sphère administrative en tant que « *forme organisationnelle nouvelle* »⁹¹² différente d'autres formules déjà admises en droit et reposant sur la mise en commun des moyens des acteurs économiques.

les spécificités de l'externalisation en tant que mode de gouvernance intermédiaire fondé sur une logique de coopération et non de simple échange : LLORENS Fr., *op. cit.*, p. 1.

⁹¹² BARTHÉLEMY J., « L'externalisation : une forme organisationnelle nouvelle », in *8^e Conférence Internationale de Management Stratégique*, 26-28 mai 1999, École Centrale Paris, p. 2 et 4.

Chapitre 2 : Une existence conceptuelle inachevée en droit administratif

« Une personne publique peut déléguer la gestion d'une activité d'intérêt général relevant de ses attributions à une personne privée ou publique par un acte de concession »

Article 18 de *La constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2012, p. 286.

66. Une existence juridique conceptuelle. Contrairement au droit civil, l'externalisation ne bénéficie pas en droit administratif d'une assimilation à une espèce contractuelle, ou plus largement à un outil disponible en droit positif. Et le doute entourant l'existence jusque-là retenue par la doctrine civiliste sous les traits du contrat d'entreprise accentue encore davantage ce constat. Elle y possède néanmoins une manifestation d'importance sous les traits d'un concept kantien⁹¹³, tout aussi concrètement utile que le précédent⁹¹⁴. Le concept présente effectivement « *un intérêt majeur pour les juristes, notamment administrativistes* », dans la mesure où sa finalité première est d'offrir des « *schémas de pensée appropriés à la réflexion humaine* »⁹¹⁵ telle qu'elle peut se former à partir de l'observation du réel⁹¹⁶. De la sorte, le concept d'externalisation administrative correspondrait à « *une certaine organisation active de la vision* »⁹¹⁷ permettant de rendre compte de manière organisée d'une réalité juridique observable⁹¹⁸. L'émergence d'un tel concept paraît en l'occurrence devoir s'imposer tant les cadres traditionnels de l'action administrative semblent avoir subi de profonds

⁹¹³ C'est-à-dire en tant que concept empirique considéré comme un moyen de parvenir à la connaissance et la élaboration d'une « *idée générale de l'objet observé proposé au travail de l'esprit* » : GÉNY Fr., *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1927, t. 1, p. 147. Voir pour une contribution éclairante sur l'existence conceptuelle de l'externalisation en matière administrative : VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

⁹¹⁴ Dans la mesure où « *toute activité théorique ou pratique se doit de disposer de notions ou de concepts qui l'aident à s'orienter dans le désordre du monde* » : TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 641. Xavier Bioy souligne quant à lui les lacunes du maniement des concepts en droit caractérisées par un « *trou béant de la pratique des juristes qui n'y auront recours qu'à la condition qu'elle se révèle utile* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 38.

⁹¹⁵ TUSSEAU G., *Ibid.*

⁹¹⁶ Le concept se présente ainsi comme une clef de compréhension permettant « *d'appréhender une masse mouvante et a priori indifférenciée de phénomènes* » : TUSSEAU G., *ibid.*

⁹¹⁷ FOUREZ G., *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, De Boeck Université, coll. Sciences, éthiques, sociétés, 4^e éd., 2002, p. 32.

⁹¹⁸ Car « *une observation, c'est une interprétation : c'est intégrer une certaine vision dans la représentation théorique que l'on se fait de la réalité* » : FOUREZ G., *op. cit.*, p. 33.

bouleversements depuis une trentaine d'années⁹¹⁹. Il paraît donc d'autant plus pressant de parvenir à démontrer que l'externalisation se présente en droit administratif comme un concept offrant une approche nouvelle afin d'appréhender l'évolution de l'État, des personnes publiques, et du droit qui les encadre, dans un contexte marqué lui aussi par une marche constante. Il convient plus particulièrement encore d'attester que l'externalisation existe en droit administratif sous les traits d'un concept théorique ; c'est-à-dire d'un concept « *supposé encoder des généralisations nomologiques, causales, génériques, et/ou fonctionnelles qui expliquent les propriétés des membres de son extension* »⁹²⁰, et non sous la forme d'une espèce ou d'un genre contractuel déterminé, préexistant ou tout simplement novateur.

Il est toutefois admis que le concept théorique ne peut s'imposer de lui-même, et ce même à l'observateur averti. Il est en réalité subjectivement élaboré dans une perspective explicative par l'observateur qui le pense en s'intéressant au réel⁹²¹. Il est donc par conséquent lié au contexte dans lequel il émerge ; c'est-à-dire à une histoire, une langue ou encore une structure économique⁹²². De ce point de vue l'hypothèse de l'existence d'un concept d'externalisation administrative répond à priori justement à cette caractéristique. Lié à l'évolution historique de l'État, il correspondrait à une représentation mentale⁹²³ du contexte actuel particulièrement marqué par une forte influence de l'économie et du management sur le droit administratif. Associé à ce fort ancrage contextuel, le concept est donc nécessairement marqué d'un fort relativisme⁹²⁴ dans la mesure où il « *relève d'un discours de type théorique portant sur l'objet*

⁹¹⁹ Soulignant l'importance des mutations subies par l'État en ce début de XXI^e siècle, Jacques Chevallier affirme que « *pour prendre la mesure des mutations en cours, les schémas de pensée traditionnels ne suffisent plus : il faut s'efforcer de construire d'autres outils, forger d'autres grilles d'analyse ; et la conception traditionnelle de l'État doit être réévaluée* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit & société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 9.

⁹²⁰ MACHERY Ed., « Doit-on se passer de la notion de concept ? », *Publications Électroniques de Philosophie Scientifique*, vol. 2, 2005, p. 12. L'auteur précise alors que si le concept de chien peut être considéré comme un concept théorique, c'est qu'il propose « *une espèce de théorie à propos des chiens, (...), par exemple la connaissance que les chiens ont un pelage pour se protéger du froid etc...* ».

⁹²¹ « *Malgré les nombreux désaccords qui existent à propos des concepts, philosophes et psychologues s'accordent pour soutenir que les concepts se composent* » : MACHERY Ed., *Ibid.* Il est par ailleurs affirmé que le concept peut être entendu comme une « *abstraction réelle qui schématise le réel sans lui ressembler pour le rendre compréhensible par une théorie* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 32.

⁹²² « *Les concept employés ne résultent pas de la nature des choses, i.e. de l'objet analysé, mais du sujet observateur, qui les surimpose à une masse jusque-là plus ou moins informe de perceptions de natures diverses* » : TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 642.

⁹²³ « *Les concepts sont les représentations mentales qui figurent dans les processus cognitifs supérieurs* » : MACHERY Ed., *op. cit.*, p. 1.

⁹²⁴ Entre toutes les infinies façons qu'il existe de décrire l'univers, « *la seule différence réside dans la manière dont vous avez découpé en tranches (...) l'univers* », et donc finalement dans le concept que vous utilisez pour l'observer : QUINE W.V.O., « Relativité de l'ontologie », in *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*,

à connaître »⁹²⁵, et doit par conséquent suivre son évolution. Dès lors l'apparition d'un concept administratif d'externalisation correspond finalement à une manière nouvelle de « concevoir » des éléments préexistants jusque-là analysés différemment. Le concept d'externalisation administrative ne doit pas, par conséquent, être recherché afin d'être révélé⁹²⁶. Il doit être élaboré « de toutes pièces » en fonction de son contexte et de son contenu ; en d'autres termes, il doit être conceptualisé à partir de l'observation du réel.

67. Une conceptualisation doctrinale imparfaite. De la même manière que la notion de souveraineté⁹²⁷, l'externalisation, bien que présente de plus en plus fréquemment dans le discours doctrinal, demeure d'une certaine façon un « mythe »⁹²⁸ dont le succès serait dû davantage à un effet de mode qu'à une réelle utilité juridique. Initialement brouillé en stratégie d'entreprise, il est à priori logique de constater aujourd'hui la démarche hésitante de la doctrine administrativiste pour appréhender le terme d'externalisation en cette matière. Au-delà de l'indécision entourant sa signification⁹²⁹, l'identification même de son existence y est rendue délicate tant ses contours sont encore indécis dans ce discours. Elle y revêt en effet une pluralité de formes ce qui, loin de lui ôter toute validité en tant que concept⁹³⁰, rend son identification concrète bien plus délicate. De plus, parfois simplement évoqué dans le discours doctrinal, le terme d'externalisation ne semble pas encore doté d'une pleine valeur conceptuelle. En cela, la relative incertitude entourant l'externalisation administrative appelle

Aubier, coll. Analyse et raisons, 1977, p. 44. Ce dernier poursuivait alors dans un autre ouvrage son explication de la relativité des concepts en précisant que chacun description devait être considérée comme aussi valide que les autres selon le concept retenu : QUINE W.V.O., *La poursuite de la vérité*, Le Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1993, p. 60. Néanmoins, rejetant l'idée d'un relativisme absolu selon lequel tout se vaudrait, ce dernier reconnaît et affirme que les concepts aussi nombreux soient-ils se mesurent finalement à l'aune de leur « pouvoir explicatif réel » par lequel « nous réduisons la complexité du flot de nos expériences à une simplicité conceptuelle maniable » : QUINE W.V.O., « On what there is », in *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, Harvard University Press, 2^e éd., 1964, p. 10 et 15.

⁹²⁵ BIOY X., *op. cit.*, p. 30.

⁹²⁶ Guillaume Tusseau affirme en effet que « la représentation d'une pensée juridique purement réceptrice d'un donné préexistant n'est plus tenable » et confirme son propos en rappelant « l'archaïsme conceptuel dont tendent à faire preuve les juristes » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 643.

⁹²⁷ « La notion de souveraineté présente la particularité fondamentale d'être définie en des termes si vastes qu'ils rendent son effectivité largement problématique. Pourtant, elle mobilise des projections qui peuvent influencer fortement les comportements pratiques. C'est en ce sens que l'on peut parler d'un mythe. Idée-force plutôt qu'idée fausse, encore qu'elle repose sur beaucoup d'illusions, (...) » : BRAUD Ph., *L'État*, Seuil, 1997, p. 34.

⁹²⁸ Bien qu'ayant rompu avec la transcendance religieuse ou naturelle, la raison qui l'a caractérisée n'en présente pas moins « de mythes inhérents à la modernité » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 12.

⁹²⁹ Dont il sera fait cas dans la section suivant, voir *infra*.

⁹³⁰ À la différence sur ce point de la notion d'agence, laquelle « ne correspond pas à une institution précise et l'absence de définition juridique amène à considérer le terme comme un fourre-tout manifeste » : BERNARD É., « À la recherche d'une définition juridique d'une idée managériale : le cas des agences de l'État », *JCP A*, 1^{er} juin 2015, n°22, étude 2159, p. 1.

une analyse approfondie afin d'en fixer plus nettement la silhouette. Ce n'est qu'ainsi qu'il sera envisageable d'affirmer que l'existence juridique de l'externalisation en droit administratif adopte une telle figure conceptuelle. Plus précisément encore, celle d'un concept unificateur aux vertus simplificatrices⁹³¹. Une telle démarche avait d'ailleurs déjà été amorcée par Julien Boucher. Ce dernier envisageait en effet de délimiter les contours de ce que pourrait être l'externalisation en droit administratif, et d'évaluer les adaptations nécessaires⁹³² que sa traduction impliquerait.

Or, si la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif a sans nul doute commencé à s'opérer dans le champ doctrinal⁹³³, il reste néanmoins à ensemenner ce terreau désormais fertile. Dès 1976, Roland Maspétiol affirmait effectivement que si, face aux évolutions de la société, la permanence du vocabulaire pouvait rassurer, elle ne faisait finalement qu'entretenir « *le mensonge ; elle donne de la réalité une apparence trompeuse, fausse et fallacieuse, en masquant l'extrême mobilité des situations et des relations, le mouvement incessant qui emporte les institutions et les structures* »⁹³⁴. Le subjectivisme et le relativisme des concepts appellent par conséquent régulièrement un travail de renouvellement afin d'assurer une adéquation des représentations dont se dotent les juristes avec la réalité qu'ils observent⁹³⁵. Aujourd'hui plus qu'hier encore, un tel travail s'impose, tant l'objet de l'attention des administrativistes paraît avoir été ébranlé par le contexte dans lequel il s'inscrit. Le concept d'externalisation administrative tel qu'il semble devoir être appréhendé pourrait d'ailleurs tout à fait répondre à cette recherche d'une explication aux évolutions récentes de l'État et de ses modalités d'intervention⁹³⁶. D'ailleurs, loin de participer de ces

⁹³¹ C'est-à-dire d'un concept permettant « *de réaliser une importante économie conceptuelle. Un concept unique couvre une variété importante de situations juridiques. Il explique donc davantage de phénomènes juridiques que les concepts courants. Il simplifie d'autant les outils intellectuels dont a besoin la doctrine* », et encore au delà un concept permettant de « *favoriser une extension de l'objet d'étude des sciences juridiques* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 381.

⁹³² BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4 et s.

⁹³³ Voir pour une étude éclairante et précise : VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

⁹³⁴ MASPÉTIOL R., « L'État d'aujourd'hui est-il toujours celui d'hier ? », *APD*, 1976, Genèse et déclin de l'État, p. 3.

⁹³⁵ Il s'agit tout simplement de respecter « *une des exigences les plus essentielles de l'observation des phénomènes sociaux : tout n'est que mouvement et l'on peut être vite abusé par les mots et les concepts utilisés pour décrire une réalité en perpétuelle transformation* » : HENRY J.-P., « La fin du Rêve Prométhéen ? Le marché contre l'État », *RDP*, 1991-3, p. 632.

⁹³⁶ Reprenant alors les préceptes évoqués par Roland Maspétiol, Jean-Pierre Henry réaffirme la nécessité de ne pas se laisser abuser par la permanence des concepts. Plus précisément encore, il doute de la pertinence de la puissance publique et de l'État-providence dans un contexte caractérisé par la suprématie grandissante de la *lex mercatoria* (Nous empruntons ici davantage l'expression que son contenu ; c'est-à-dire que nous ne visons pas la désignation d'un corpus de règles bien déterminées encadrant le jeu des opérateurs économiques sur le marché,

« *liturgies* » *entretenant le spectacle de la toute puissance de l'État et du droit* »⁹³⁷, le concept administratif d'externalisation permettrait de rendre compte de cette évolution de l'État confronté aux affres du marché⁹³⁸. Ce dernier ne peut en effet que constater son impuissance depuis son immersion dans un marché lui imprimant à la fois sa logique et ses exigences⁹³⁹. Partant de ce constat, et à mesure que « *les yeux se dessillent, les réalités peuvent prendre une signification bien différente du spectacle qu'elles donnent* »⁹⁴⁰. Les évolutions de l'État commandent donc à ce titre un renouvellement des concepts afin d'appréhender au mieux ces mutations, et de leur donner une signification⁹⁴¹. Cependant, si la doctrine a pris conscience de l'intérêt que pourrait revêtir la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif, et a d'ailleurs commencé à en user, il est évident que cette conceptualisation demeure encore aujourd'hui lacunaire.

Annnonce du plan. Placée dans une autre situation qu'en droit civil, l'existence de l'externalisation se présente sous une figure différente en droit administratif. Si effectivement l'origine du terme demeure la même, elle y apparaît sous la forme d'un concept juridique essentiellement utilisé par la doctrine, et non à travers une figure contractuelle disponible en droit positif. Son emploi y est de plus fortement marqué par le contexte dans lequel elle s'inscrit. Il est donc nécessaire, pour parvenir à préciser les contours de l'existence juridique du concept d'externalisation administrative, d'éclairer brièvement le contexte particulier de son émergence dans le discours doctrinal. Marqué par l'influence managériale sur le droit administratif (section 1), il s'agira de présenter ce contexte afin d'appréhender la réception incomplète de l'externalisation par la doctrine administrativiste (section 2).

mais plutôt le fait que « *c'est le marché qui impose sa loi* » au point qu'il est permis de constater une « *surdétermination de l'action de l'État par le marché* » ayant pour conséquence l'orientation de « *toute la production juridique autour d'une conception purement industrielle du « développement »* » : HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 644).

⁹³⁷ HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 633.

⁹³⁸ Et ce alors même que cette évolution de l'État « *que tout le monde ne peut que percevoir tant il est d'évidence, n'est pourtant pas sérieusement pris en compte, en raison de la force d'inertie des concepts et des habitudes de la vie politique* » : HENRY J.-P., *Ibid.* La société contemporaine donne en effet à observer que la normalisation des comportements n'est plus désormais imposée par la puissance publique, mais essentiellement guidée par le fonctionnement de l'économie de marché.

⁹³⁹ « *Qui ne voit aujourd'hui que les objectifs à atteindre et les moyens choisis présentent d'un État à l'autre une rare similitude ? Qui ne voit que même les différences éventuelles sont bien souvent une preuve supplémentaire que la politique est contrainte, subjuguée par le marché (...) ? La réalité montre même chaque jour davantage que dans les États les plus ancrés dans l'économie de marché, il n'y a plus guère de choix possible et donc plus guère de décision possible, et qu'au bout du compte les « politiques » sont exclusivement déterminées par les nécessités d'adaptation techniques aux exigences du marché* » : HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 643-644.

⁹⁴⁰ HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 646.

⁹⁴¹ Car le constat d'une telle impuissance publique de l'État confronté à l'économie de marché « *doit amener à s'interroger sur la signification réelle des évolutions qui se développent aujourd'hui à un rythme accéléré* » : HENRY J.-P., *Ibid.*

Section 1 : L'influence managériale sur le droit administratif

68. L'influence de l'économie sur la matière administrative. De la même façon que l'évolution de l'environnement économique⁹⁴² peut marquer l'évolution des catégories contractuelles du Code civil, elle n'a pas manqué non plus de perturber les cadres jusqu'alors dominants de l'action administrative, et plus largement du rôle des personnes publiques. Il faut remarquer néanmoins que si cette influence en droit civil se limite à une croissance des formes de contrats spéciaux⁹⁴³ et appelle une évolution de la théorie générale du contrat, elle présente en droit administratif des implications plus profondes. Elle semble en effet devoir remettre en cause la posture même de l'État et des personnes publiques dans une telle économie de marché⁹⁴⁴. Confrontées à une évolution conduisant au passage d'une conception moderne de l'État⁹⁴⁵ sous les traits d'une pyramide au sommet de laquelle elles se trouvent placées en tant que garantes d'un intérêt général transcendantal, les personnes publiques s'imbriquent aujourd'hui dans un entrelacs de réseaux concurrentiels⁹⁴⁶ typiques d'un État post-moderne. Dès lors, face aux mutations économiques ayant conduit à la prédominance du

⁹⁴² Et plus particulièrement l'avènement d'une économie de marché dominée aujourd'hui davantage par les services que par le traditionnel échange.

⁹⁴³ Croissance aussi bien en matière de diversité des formes de contrats spéciaux, que de la multiplication des régimes spécifiques associés.

⁹⁴⁴ Guylain Clamour a d'ailleurs parfaitement mis en évidence cette profonde mutation du rôle contemporain des personnes publiques dont l'action s'inscrit aujourd'hui pleinement dans une économie de marché dominée par la liberté du commerce et de l'industrie, et surtout la libre et égale concurrence : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006 : plus précisément la préface proposée par Jean-Louis Autin pose ainsi la question suivante en guise d'ouverture à la thèse de ce dernier : « *Le droit public a-t-il encore sa place dans un régime économique dominé par les lois du marché et les exigences de la concurrence ?* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. XV.

⁹⁴⁵ Il est en effet admis de présenter l'État moderne, juridiquement parlant, comme un « *ordre politique centré sur l'État, puissance suprême dans l'ordre interne* » associé à un « *ordre juridique fondé sur la norme, commandement impératif et unilatéral, s'imposant sous la menace de la contrainte* » assurés par « *un système de distribution strict et hiérarchisé des habilitations et des compétences* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 2002, p. 11.

⁹⁴⁶ Poursuivant les propos tenus par Gérard Farjat selon lesquels l'économie de marché aboutit nécessairement à une situation dans laquelle « *l'économie est aux postes de commandes, et les États suivent* » (FARJAT G., « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée* », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 164), François Ost et Michel Van de Kerchove précisent que « *l'action des pouvoirs publics s'enchevêtre de plus en plus avec celle des pouvoirs privés* » (OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 113), et que « *le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux, et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre* » (OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 34), pour en conclure que « *sans disparaître, la hiérarchie révèle ses limites – discontinuité, inachèvement, alternance – où la subordination cède partiellement la place à la coordination et à la collaboration* » dans le cadre de réseaux tissés entre les personnes publiques et les personnes privées (OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 50).

marché et des réseaux, il apparaît que l'État serait désormais « *un acteur en quête d'un rôle* »⁹⁴⁷.

Manifestant d'une certaine manière la crise d'un droit administratif en perte de repère, il est toutefois permis de voir là autre chose que la fin annoncée d'une discipline⁹⁴⁸ propre à encadrer l'action de personnes vouées à disparaître, ou du moins à se banaliser. La crise actuelle fréquemment attribuée au droit administratif correspondrait davantage à celle de l'État-providence. Il est d'ailleurs permis de relever dans la doctrine que l'occurrence de ce vocable correspond le plus souvent à l'ébranlement du modèle étatique, et non exclusivement du droit qu'il génère⁹⁴⁹. L'impuissance⁹⁵⁰ avérée de l'État-providence à faire face aux défis posés par l'évolution de l'économie appelle en effet l'émergence d'un nouveau modèle compatible avec l'orthodoxie néolibérale dominante⁹⁵¹ et prenant en compte les nouvelles exigences qu'il impose en termes notamment d'efficacité. Prise dans le courant de modernisation de l'État, la figure providentielle devait ainsi céder le pas face à l'exigence de performance, une exigence dont la satisfaction imposait notamment l'emprunt d'outils et de

⁹⁴⁷ OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 125.

⁹⁴⁸ De nombreuses études doctrinales pluridisciplinaires ont en effet pu montrer que la crise n'est pas toujours dotée d'une signification péjorative. Elle peut également désigner un moment de bouleversement conduisant à une progression, une évolution qui ne serait pas nécessairement malvenue. C'est d'ailleurs là que réside l'hypothèse avancée par Thomas Kuhn. La science quelle qu'elle soit ne progresse que par étapes successives et chaque franchissement d'une phase supplémentaire passe par la crise d'un paradigme provoquant une révolution scientifique pour finalement aboutir à l'instauration d'un paradigme nouveau, amélioré, et davantage en phase avec la réalité : KUHN T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008. Cette hypothèse est d'ailleurs confirmée par Jean-Christophe Videlin à propos du cas particulier de l'évolution du droit public économique engendrée par les crises économiques successives. Celui-ci affirme en effet que « *l'étude historique des relations entre le droit public économique et les crises économiques révèle indéniablement que ces dernières ont non seulement favorisé le développement du droit public économique, mais qu'elles ont également entraîné son enrichissement* » : VIDELIN J.-Ch., « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA*, juillet-août 2010, p. 727.

⁹⁴⁹ Ainsi la crise du droit administratif ne serait qu'une conséquence de la remise en cause du modèle de l'État providence par les mutations de la matrice économique de la société. Désormais dominée par l'économie de marché fondée sur le libéralisme économique au sens large et la libre concurrence, la société ne peut plus admettre la posture interventionniste d'un État colbertiste dont l'existence est aujourd'hui « *indissolublement liée aux phénomènes économiques* » (MESCHERIAKOFF A.-S., *Droit public économique*, PUF, 1993, p. 23). À l'instar du droit public économique selon Jean-Christophe Videlin, le droit administratif en tant qu'instrument au service des personnes publiques se « *réduit à sa qualité de corpus juridique* » soumis nécessairement aux évolutions du modèle étatique, lui-même dépendant de l'environnement économique dans lequel il s'insère : VIDELIN J.-Ch., *op. cit.*, p. 730.

⁹⁵⁰ S'interrogeant sur le constat d'un « *État impuissant* », Manuel Castells affirme que le modèle de l'État moderne, État-nation, associé à celui de l'État providence, serait frappé depuis les années 1970 d'une crise l'ayant rendu « *impuissant à déterminer sa politique monétaire, à faire payer des impôts à ses entreprises et à tenir ses engagements en matière de prestations sociales. En somme, il a perdu l'essentiel de son pouvoir économique* » : CASTELLS M., *Le pouvoir de l'identité*, Fayard, 1999, p. 332.

⁹⁵¹ « (...) : *la loi du marché gouverne le monde, et l'État, s'il ne veut pas disparaître, est contraint de suivre le mouvement en adoptant les mesures d'accompagnement qu'il nécessite* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 158.

techniques élaborés dans le cadre du management d'entreprise⁹⁵². D'abord envisagées sous l'angle de la confrontation⁹⁵³, les relations entre le droit administratif et le management ouvrirent finalement la voie à une transformation de la figure de l'État vers celle d'un manager, et l'émergence d'une tendance à la fois doctrinale et réformatrice du *New Public Management* dont les racines remontaient semble-t-il au début du siècle derniers, eu égard notamment aux travaux menés à l'époque par Henry Fayol.

Alors que l'idéologie de Friedrich von Hayek prônait un désengagement de l'État en faveur de la libre initiative de l'économie de marché⁹⁵⁴, il n'en demeure pas moins qu'il ne semble pouvoir exister de droit sans État⁹⁵⁵. La remise en cause du modèle étatique ne peut donc conduire ni à la disparition de l'État, ni à celle du droit administratif. Ceux-ci devront néanmoins se parer de nouveaux atours afin de s'adapter aux canons de l'idéologie néolibérale désormais en « vogue »⁹⁵⁶ et du crédo du management. Pour autant, le péril qu'il y a encore aujourd'hui à demeurer dans le cadre du modèle de l'État-providence, et des instruments qui le caractérisent, ne doit pas conduire à le vouer aux gémonies. Et s'il est vrai que la roche Tarpéienne est proche du Capitole, c'est bel et bien sur les fondements de ce modèle que doivent émerger les adaptations rendues ainsi nécessaires. De même que le modèle de la hiérarchie propre à l'État moderne subsiste concomitamment au développement

⁹⁵² Jacques Caillosse et Jacques Hardy suggéraient d'ailleurs qu'il « *n'est absolument pas certain que la modernisation puisse s'accomplir dans un cadre juridique pensé par et pour une administration beaucoup plus soucieuse de la régularité formelle de ses décisions et de ses interventions que de performances publiques* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000, p. 2.

⁹⁵³ Les difficultés rencontrées par l'organisation administrative française relevait effectivement selon certains d'une adéquation entre ces deux champs disciplinaires « *loin de pouvoir se faire et (dont) le divorce reste toujours possible. L'explication de cet écart est à rechercher dans une opposition entre deux univers mentaux que toute entreprise de réforme a de bonnes raisons d'activer : celui du Juriste d'un côté, celui du Manager de l'autre* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 3. Et de conclure finalement qu'il n'y aurait semble-t-il « *aucune vraie raison de penser les rapports du Droit et du Management des organisations publiques en termes d'opposition ou de conflit* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 4.

⁹⁵⁴ Guylain Clamour rappelle à ce propos que dans la vision hayekienne de la place de l'État dans l'économie libérale, « *l'immanence de l'intérêt commun rend inutile toute intervention étatique, voire sans objet, selon certaines conceptions extrêmes, le principe d'une entité correspondant au Tout social* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 171.

⁹⁵⁵ « *Il n'est certes pas question d'affirmer que l'État est mort puisque tout se transforme et que le phénomène que l'on identifie aujourd'hui sous ce terme peut remplir des fonctions diverses et nouvelles et peut avoir encore de beaux jours devant lui* » : HENRY J.-P., « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *RDP*, 3-1991, p. 646. Guylain Clamour confirme d'ailleurs ce postulat lorsqu'il précise que « *les caractères du droit de la concurrence précédemment évoqués montrent combien les règles applicables au marché ne sont pas issues d'un ordre spontané comme le décrit Hayek, mais dépendent essentiellement de l'État* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 211.

⁹⁵⁶ On rejoint ici les propos tenus par Jean-Pierre Henry selon lequel les cadres théoriques de l'intervention étatique doivent être désormais adaptés à l'idéologie néolibérale sans quoi le droit administratif continuera d'être éclairé par « *la lumière qui nous parvient d'étoiles mortes depuis longtemps* » : HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 652.

de la régulation et des sources normatives alternatives, l'État-providence subsiste malgré l'apparition progressive d'une dimension managériale bouleversant les cadres traditionnels de l'action administrative. Dès lors « *ce n'est pas dire que les choses ont changé radicalement ; du moins ont-elles suffisamment évolué pour qu'il faille les appréhender à l'aide d'un autre modèle* »⁹⁵⁷ apte à rendre compte des transformations contemporaines de la matière administrative. Ce n'est en l'occurrence que dans le cadre d'un tel modèle, conçu pour rendre compte de cette réorientation managériale de l'action administrative, qu'il est possible d'identifier et d'expliquer l'existence du concept administratif d'externalisation⁹⁵⁸.

Annnonce de plan. L'externalisation ne peut donc trouver une traduction juridique concrète en droit administratif que sous la forme d'un concept recouvrant un ensemble de pratiques réunies par des éléments caractéristiques communs révélateurs de la mise en œuvre, en la matière, d'une logique particulière inspirée des pratiques du management. Appréhender, et au delà démontrer, l'existence de l'externalisation administrative implique donc au préalable de déterminer les conditions propices à l'intégration conceptuelle dans la sphère administrative d'une pratique élaborée dans le cadre de la stratégie d'entreprise. Il convient alors de s'enquérir de l'évolution progressive de la figure de l'État vers une posture managériale (§1), laquelle rend plus compréhensible l'intégration subséquente de l'externalisation (§2).

§1 : Le tournant managérial du modèle étatique

69. Une figure étatique traditionnelle marquée par un contexte nouveau. L'usage du terme nouveau est ici loin de constituer une gageure ou une facilité de langage. Il semble bien au contraire parfaitement adapté à la description du contexte dans lequel l'État intervient aujourd'hui. Deux tendances influencent effectivement l'État et le guident vers une figure nouvelle manifestant son rôle dans une société désormais dominée par l'économie de marché, et donc par le souci de la performance dans un monde concurrentiel et économiquement contraint. D'une part, la conception néolibérale inscrit incontestablement sa marque sur le champ et les modalités de l'intervention des personnes publiques. D'autre part, cette

⁹⁵⁷ OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 21.

⁹⁵⁸ À ce titre, Marion Ubaud-Bergeron lie par exemple l'évolution des moyens d'action des personnes publiques aux transformations de la figure de l'État. Elle précise effectivement que « *la conception que se fait une société du rôle et des fonctions de l'État a une incidence directe sur les moyens que celui-ci utilise* ». Il ne serait donc pas opportun de parvenir à dégager l'existence d'un concept administratif d'externalisation sans parvenir au préalable à « *le resituer dans un mouvement plus profond de mutation de l'État lui-même* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 9.

conception agit sur une figure étatique déjà transfigurée par le passage de la modernité à la post-modernité. Or chacune de ces tendances illustre d'une façon différente l'émergence d'un contexte nouveau : nouveauté dans la manière de concevoir l'économie libérale⁹⁵⁹ d'un côté, nouveauté dans l'appréhension de ce qui relèverait de la modernité⁹⁶⁰ de l'autre.

Malgré son aspect polymorphe, le courant néolibéral présente des traits saillants qu'il impose d'ailleurs de plus en plus aux politiques nationales, et donc aux États. Parmi ceux-ci figure notamment l'amoindrissement de leur rôle en matière économique⁹⁶¹. Dès 1991 Jean-Pierre Henry évoquait ainsi « *la fin du rêve prométhéen* »⁹⁶² pour désigner l'impuissance désormais flagrante des États à faire face et à s'extirper des exigences néolibérales d'une économie de marché qu'ils avaient paradoxalement participé à créer. Ce poids du dogme néolibéral se confirme par ailleurs à travers les effets du passage de la modernité à la post-modernité. Symptomatique de la crise que traverse le modèle étatique, ce dépassement de la modernité impose d'envisager de manière nouvelle les équilibres économiques et juridiques. L'institution étatique ne peut plus se maintenir dans une posture de puissance imposant de manière contraignante une normalisation des comportements. Submergé par les réseaux et subjugué par le marché, l'État subit l'avènement d'une économie de service mondialisée et ne saurait se préserver de cette agitation propre à la société contemporaine. Il se trouve affecté de nombreux changements qui « *ne sont pas seulement superficiels, épidermiques ou*

⁹⁵⁹ Car s'il est indéniable que le néolibéralisme se caractérise notamment par la pluralité des significations qui ont pu lui être attachées (en témoigne l'ouvrage de Serge Audier : AUDIER S., *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, coll. Mondes vécus, 2012), la majorité des courants s'accordent pour reconnaître qu'il s'agit essentiellement « *d'une nouvelle approche des politiques publiques et du marché* » reposant notamment sur une « *remise en cause des interventions de l'État* » sans pour autant appeler à leur prohibition : VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p. 7.

⁹⁶⁰ Jacques Chevallier explique ainsi que le passage de l'État moderne à l'État post-moderne traduit la nécessité de rendre compte du fait que « *les sociétés occidentales soient entrées dans un âge nouveau, dans lequel l'architecture sociale toute entière est en passe d'être redéfinie, au prix de fortes secousses, liées à la perte des repères, à l'effritement des cadres hérités du passé, à l'ébranlement des certitudes : la société « moderne » tend à faire place à une société nouvelle qui, si elle s'enracine dans la modernité, n'en présente pas moins des caractéristiques différentes ; les changements qui affectent l'État ne sont qu'un des aspects de cette mutation et, en tant que tels, se présentent comme indissociables des mouvements de fond qui agitent le social* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 11.

⁹⁶¹ La seule différence entre les divers courants du néolibéralisme résidant alors finalement dans une différence de degré imposé à ce désengagement de l'État. Si pour certains le néolibéralisme appelle finalement un retrait total de l'État du marché ; laissant alors libre cours à l'initiative privée et à la libre concurrence. D'autres plus mesurés enjoignent néanmoins à un recentrement de l'État sur ces fonctions essentielles ; parmi lesquelles figurent la garantie d'un fonctionnement optimum du marché concurrentiel.

⁹⁶² HENRY J.-P., « *La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État* », *RDP*, 3-1991, p. 631.

« cosmétiques », mais aboutissent bel et bien à une configuration étatique nouvelle »⁹⁶³ traduisant l'évolution profonde de la tectonique de l'organisation administrative.

Participant de la modernisation de l'action administrative, le tournant managérial emprunté par les différentes réformes successives se traduit par ailleurs par « *le développement du discours et de la pratique du management* »⁹⁶⁴ amenant nécessairement une évolution conséquente de son cadre juridique. Issue de cette modernisation, l'externalisation administrative résulte donc de l'intégration d'un outil stratégique de gestion des ressources de l'entreprise au cadre d'une action publique désormais également en quête de performance. Le management public était d'ailleurs appréhendé par la doctrine soit comme une application pure et simple du management d'entreprise aux administrations, soit comme l'adaptation d'outils de gestion élaborés dans le cadre de la stratégie d'entreprise aux spécificités de la fonction administrative⁹⁶⁵. Remettant en cause autant l'organisation administrative française centrée sur la bureaucratie que le cadre de son action focalisé sur les questions de légalité, le courant du *New Public Management* emportait en l'occurrence avec lui un vaste mouvement de modernisation du droit administratif touchant aussi bien la posture et la logique des personnes publiques, leur organisation, que leurs moyens d'intervention⁹⁶⁶. Loin de préfigurer un abandon du cadre juridique de l'action administrative pour adopter celui du monde de l'entreprise, « *la modernisation de l'État ébranle (certes) sévèrement le vieil ordre bureaucratique jusque dans ses composantes juridiques, ce mouvement opère (toujours) à l'intérieur du Droit* »⁹⁶⁷, et notamment du droit administratif. Ce n'est donc pas à un abandon, mais plutôt à une évolution de la figure étatique que conduit finalement la prise en compte du management au sein de la sphère administrative. Une évolution dont l'aboutissement se

⁹⁶³ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 18. L'auteur précise alors que « *tout se passe comme si l'on assistait ainsi à la remise en cause des attributs classiques de l'État, mais sans qu'il soit possible de tracer d'une main ferme les contours d'un nouveau modèle étatique : l'État post-moderne est un État dont les traits restent précisément, et en tant que tel, marqués par l'incertitude, la complexité, l'indétermination : et ces éléments doivent être considérés comme des éléments structurels, constitutifs de l'État contemporain* ».

⁹⁶⁴ CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000, p. 7.

⁹⁶⁵ « *Pour certains, le management public ne peut être que du management privé appliqué à des administrations qu'il s'agit d'apprendre à gérer comme autant d'entreprises. Pour d'autres, au contraire, la notion doit s'entendre d'objectifs, de procédures et d'outils de gestion, de dispositifs d'évaluation et de contrôle adaptés à la singularité irréductible de la fonction administrative* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 13.

⁹⁶⁶ « (...), *le management se traduit aujourd'hui dans l'expérience courante de l'administration par des protocoles et des procédures particuliers dont on attend qu'ils changent mentalités et comportements, façons de voir et de faire. Il va s'agir de mobiliser et de responsabiliser les individus, d'évaluer les performances et de sanctionner des résultats, de déconcentrer les processus décisionnels, de gérer plus librement activités, effectifs et crédits, de décloisonner les services* » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 13 et 14.

⁹⁶⁷ CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 15.

manifeste notamment par l'émergence de concepts directeurs nouveaux irrigant l'action administrative et parmi lesquels figure aujourd'hui l'externalisation administrative⁹⁶⁸. Une appréhension plus facile et plus complète de celle-ci pourrait alors émerger de l'étude de la transformation de la figure de l'État de sa forme « providentielle » traditionnelle à sa forme managériale désormais largement admise. Il apparaît donc utile d'analyser l'évolution progressive de la figure de l'État (A) avant de constater l'influence du *New Public Management* sur le droit administratif (B) ; laquelle, répondant aux attentes de Michel Crozier, impose à l'État moderne une forme de modestie qu'il ne connaissait pas.

A. L'évolution progressive de la figure de l'État

70. « État modeste, État moderne » ou « État bloqué ». Pourfendeur de la bureaucratie occidentale et du modèle wébérien associé à un État-providence omniprésent et omnipotent, Michel Crozier posait dans les années 1980 un constat sévère à l'encontre de l'organisation administrative telle que mise en œuvre dans les pays développés, et notamment en France. Il s'attelait également à l'élaboration d'une alternative stratégique à cette organisation sclérosante à partir d'une réflexion sur l'émergence d'une conception modernisée de l'État selon laquelle « *seul un État modeste peut vraiment se révéler actif* »⁹⁶⁹. Prenant par la suite le relais de ce courant initialement sociologique, de nombreuses réflexions vont aboutir à un renversement partiel du modèle wébérien jusque-là incontestable. Bien que ce modèle constitue encore la base de l'organisation étatique dans la mesure où il repose sur une application rationnelle-légale de préceptes politiques et démocratiques⁹⁷⁰, il s'abouche

⁹⁶⁸ Ainsi succède-t-elle, ou s'ajoute-t-elle à d'autres avatars de la nouvelle gestion publique ayant déjà inspirés de précédentes tentatives de réformes de l'administration française tels que « *la décentralisation et l'instauration d'agences comme instrument de régulation* », « *l'introduction de mécanismes de marché dans l'offre de biens et services d'intérêt général* » ou encore « *la participation des usagers dans la définition et l'évaluation des politiques publiques* » et « *la recherche de l'efficacité dans l'emploi des fonds publics* » : CHAPPOZ Y. et PUPION P.-Ch., « Le New Public Management », *Gestion et management public*, 2012/2, volume 1/n°2, p. 1. François Lafarge et Michel Le Clainche affirment d'ailleurs que, fondée sur un volet essentiellement budgétaire et financier, « *la RGPP ne saurait marquer la fin de la réforme administrative* » laissant la porte ouverte à d'autres leviers d'évolution telle que l'externalisation : LAFARGE Fr. et LE CLAINCHE M., « La Révision Générale des Politiques Publiques », *RFAP*, 2010/4, n°146, p. 754. Aussi précisent-ils à ce propos que « *cet « après RGPP » ne pourra cependant faire abstraction, ni de la contrainte budgétaire, ni de certaines nouvelles méthodes de management public qui ont démontré leur efficacité* ».

⁹⁶⁹ CROZIER M., *État modeste, État moderne : Stratégie pour un autre changement*, Fayard, coll. Essais, 1987, p. 9.

⁹⁷⁰ Calliope Spanou rappelait en effet que le modèle de l'État wébérien est dominé par l'exigence de la « *rationalité instrumentale qui caractérise plus particulièrement l'administration, puisqu'elle ne se présente que comme le moyen de mise en œuvre des décisions politiques. C'est là que réside, d'ailleurs, son rôle dans la démocratie : alors qu'elle n'est pas forcément démocratique du point de vue de son organisation et de son fonctionnement, elle sert la démocratie en tant qu'instrument qui met en œuvre avec précision et prévisibilité* ».

aujourd'hui d'une dimension managériale suscitée par le souci désormais prégnant de la performance aux détriments d'une organisation auparavant exclusivement fondée sur « *la discipline, le contrôle comme la séparation des moyens d'administration (qui) assurent la subordination au pouvoir hiérarchique* »⁹⁷¹. Il s'agissait alors selon Michel Crozier de parvenir à déterminer les conditions d'adaptation de l'État confronté à « *une période de mutation profonde plus importante et beaucoup plus rapide encore que celle qui nous a conduit de la société agraire, artisanale et marchande (...) à la société industrielle* »⁹⁷².

Alors que Michel Crozier adoptait, pour ce faire, une approche quasi exclusivement sociologique, son influence sur l'évolution juridique de la figure étatique peut cependant être perçue à travers la mise en œuvre des préceptes du *New Public Management* dans le cadre de la réforme progressive de l'État⁹⁷³. Symptomatique de cette tendance contemporaine, la Révision Générale des Politiques Publiques offre à l'observateur attentif de ces mutations un exemple concret de cette emprise destinée à améliorer la performance de l'organisation administrative française⁹⁷⁴ par une forme de rétractation de son champ d'action. Poursuivant l'objectif de parvenir à « *faire mieux avec moins* »⁹⁷⁵, ces réformes successives manifestent clairement cette quête de modestie dont Michel Crozier avait pu faire son cheval de bataille contre l'organisation rationnelle-légale et hiérarchique typique du modèle wébérien. Sans la renier pour autant, il convient néanmoins de préciser que cette seule influence ne peut suffire à expliquer l'ampleur d'un phénomène de réforme de l'État, une ampleur aussi bien en terme de conséquences que d'impact géographique. Résultante d'une évolution aussi bien contextuelle qu'idéologique, la transformation de la figure de l'État s'explique plus largement par l'émergence d'un contexte néolibéral dans lequel la pensée de Michel Crozier trouvait une place, bien qu'elle n'y participait pas directement. Il ne s'agissait plus à titre principal de garantir à l'État sa légitimité par le respect des règles démocratiques, et donc essentiellement de la légalité et de l'intérêt général, mais plutôt de parvenir également à une forme de

l'impulsion donnée par le politique » : SPANOU C., « Abandonner ou renforcer l'État wébérien ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1 (n°105-106), p. 110.

⁹⁷¹ SPANOU C., *Ibid.*

⁹⁷² CROZIER M., « L'État bloqué », *Le Débat*, 1989/1, n° 53, p. 36.

⁹⁷³ « Michel Crozier est assurément le sociologue dont le nom est le plus étroitement associé à l'idée de réforme et plus généralement à l'idée de réforme de l'État » : BERREBI-HOFFMANN I. et GRÉMION P., « Élitisme intellectuel et réforme de l'État. Esquisse en trois temps d'un déplacement d'expertise », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009/1, n° 126, p. 43.

⁹⁷⁴ Aussi Françoise Dreyfus présente-t-elle la RGPP comme procédant à une « réorganisation de leurs organigrammes afin de réaliser des économies d'échelle » : DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue française d'administration publique*, 2010/4, n°136, p. 857.

⁹⁷⁵ DREYFUS Fr., *Ibid.*

légitimation par la performance, et ce notamment à travers l'adoption d'un mécanisme efficace d'allocation des ressources⁹⁷⁶. Dans ces conditions, l'externalisation devait tout naturellement s'imposer comme un concept idoine dont les juristes administrativistes pourraient gagner à s'inspirer. Dès lors qu'il était largement admis que « *les activités humaines ne sont plus semblables, et surtout que le dynamisme économique et social ne repose plus sur les mêmes moteurs* »⁹⁷⁷, la figure de l'État engoncée dans ses atours wébériens ne devait plus demeurer sous le joug d'une idéologie moderniste et industrielle dans laquelle le management n'avait pas sa place⁹⁷⁸. C'est donc au prix d'une évolution contextuelle (1) qu'a pu émerger une évolution idéologique (2) prompte à faire admettre aux juristes publicistes et aux politiques le discours sur la performance, porte d'entrée de l'externalisation dans la sphère administrative.

1. Une évolution contextuelle

71. L'émergence d'une conception néolibérale du droit. Fortement bouleversée par la crise économique à partir du milieu des années 1970, la figure de l'État-Providence semble aujourd'hui avoir cédé la place à celle d'un État managérial⁹⁷⁹. Mais la succession des crises économiques au cours de près de cinquante années ne peut suffire à expliquer à elle seule une transformation si profonde. La remise en cause de l'État-Providence est en effet davantage due à l'émergence progressive de la doctrine néolibérale en tant que doctrine économique dominante⁹⁸⁰. Au-delà même de l'économie, la conception néolibérale apporte également de

⁹⁷⁶ SPANOU C., *op. cit.*, p. 112.

⁹⁷⁷ CROZIER M., *op. cit.*, p. 37.

⁹⁷⁸ Alors même que le tissu économique se développait à contre-temps dans la direction d'une économie désormais axée sur les services, et dont la ressource principale est désormais davantage humaine que matérielle et où « *ce qui compte ce n'est pas le nombre mais la qualité, l'adaptabilité, la capacité de coopération* », l'organisation administrative et politique française demeurait « *profondément marquée encore par des traditions de contrôle et de réglementation adaptées à la société industrielle* » : CROZIER M., *op. cit.*, p. 37 et 38.

⁹⁷⁹ « *Depuis quelques années, la crise de ce dernier (en parlant de l'État-providence), accompagnée du renouveau de la thématique de l'État de droit et de la mondialisation des échanges, donne lieu à une redéfinition ambiguë du rôle et des moyens de l'État* » : VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p. 13.

⁹⁸⁰ Il ne faut cependant pas s'arrêter aux présentations partielles et partisans de la conception économique du néolibéralisme. Il est clair que cette dernière est souvent présentée comme « *une variante extrémiste du libre marché, comme peut l'être le fanatisme à la religion* » (AUDIER S., *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, coll. Mondes vécus, 2012, p. 7). Il est toutefois nécessaire de tempérer de telles présentations, lesquelles ne permettent pas de saisir la substance, et donc l'intérêt, de la conception néolibérale. Proposée comme une alternative à la suite de la remise en cause de la théorie économique néo-classique issue des réflexions d'Adam Smith, la conception néolibérale trouve son origine dans les années 1930, et plus précisément encore à l'occasion du Colloque Walter Lippmann en août 1938. Conscients des failles de l'économie libérale, mise en évidence par la crise de 1929, les participants de ce colloque se posèrent notamment la question suivante : « *y a-t-il une place pour un interventionnisme économique de l'État ?* » (p. 415). Ils y

nombreux bouleversements au droit lui-même ; qu'il s'agisse du droit civil, et encore plus du droit administratif. Ainsi Vincent Valentin affirmait-t-il que la critique de l'État-Providence, portée par les thuriféraires du néolibéralisme, emporte avec elle une critique du droit qui l'encadre⁹⁸¹. Plus précisément, la démonstration de l'inefficacité économique des institutions de l'État-Providence incite nécessairement à une remise en cause de l'action administrative ainsi conduite et encadrée. La conception néolibérale du droit se manifeste donc essentiellement sous la forme d'une profonde contestation de la place de l'État interventionniste inefficace et illégitime⁹⁸². Une remise en cause qu'il est d'ailleurs possible d'identifier dès 1975 dans les propos tenus par Michel Poniatowski en faveur d'un « désengagement de l'État des tâches qui ne se situent pas obligatoirement à son niveau »⁹⁸³.

Au premier rang de ces tâches ne relevant pas nécessairement du niveau d'intervention des personnes publiques figurent les fonctions économiques. Il est sur ce point désormais admis que l'État n'est plus l'acteur le plus efficace pour intervenir en matière économique comme ce fut le cas par le passé⁹⁸⁴. La conception néolibérale du droit conduit d'ailleurs un courant de la doctrine à restreindre le champ d'intervention de l'État en substituant une logique d'échange économique ou de coopération à celle, traditionnelle en droit administratif, du

répondirent alors en précisant que « *le mot interventionnisme semble grevé d'un préjugé défavorable : en soi, il n'est ni bon, ni mauvais* », estimant alors qu'il était préférable « *d'aménager la distribution des richesses plutôt que d'en stimuler la production* » (p. 451). Bien que toujours inspirée de ces racines d'entre-deux guerres, la conception néolibérale se caractérise aujourd'hui par de nombreuses significations parmi lesquelles la lecture foucauldienne en vertu de laquelle le néolibéralisme aurait pour finalité « *de rapporter, de référer, de projeter sur* »⁹⁸¹ « *La critique de l'État-providence doit être comprise comme la critique de la production ou de la régulation politique des rapports sociaux (...). La critique du droit de l'État-providence est donc une critique de l'ensemble du droit sous l'État-providence ; elle déborde la dimension « providentielle » des systèmes politiques contemporains, et touche l'État et la démocratie dans leur principe* » : VALENTIN V., *op. cit.*, p. 154.

⁹⁸² Dès le milieu des années 1970 une telle remise en cause commence à poindre au sein de la classe politique française alors même qu'elle dominait déjà le discours politique outre-manche et outre-atlantique (Les politiques mises en œuvre en Grande-Bretagne dès la fin des années 1970 traduisent quant à elle explicitement une adhésion pleine et entière à la conception néolibérale et à l'abandon du *Welfare State* tant décrié depuis les divers chocs pétroliers. Les gouvernements successifs, de Margareth Thatcher puis de John Major, manifesteront leur attachement aux thèses d'économistes tels que Milton Friedman ou Friedrich Hayek favorables à la régulation par le marché. Ils procéderont également, dans une même logique néolibérale, à la réforme profonde de leur administration, convaincus que le bureaucratie n'est plus adaptée à la réalité économique du monde).

⁹⁸³ PONIATOWSKI M., *Conduire le changement*, Fayard, 1975.

⁹⁸⁴ L'État aurait donc vu sa fonction économique évoluer. Il serait désormais « *un État régulateur et stratège quand l'État moderne était opérateur et dirigiste* » : ROSENBERG D., « Observations sur la souveraineté économique de l'État post-moderne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 553. L'auteur reprend alors l'hypothèse avancée par Jacques Chevallier selon lequel si « *l'entrée en force de l'État dans le champ des activités productives a été l'une des manifestations essentielles du mouvement de croissance qu'il a connu au cours du XXe siècle (...). Cette conception est devenue caduque, sous l'effet de pressions internes et externes : tandis que les vertus de la gestion publique étaient de plus en plus contestées, la libéralisation des échanges a conduit à la remise en cause des monopoles (...), l'État n'en pas moins, dans une large mesure, perdu le statut d'opérateur économique qu'il avait conquis* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 59 à 62.

commandement⁹⁸⁵. Il est également admis que le dépassement de la modernité lié à la conception néolibérale du droit soit davantage enclin à admettre, concomitamment à une telle réduction de la sphère d'intervention des personnes publiques, la participation des personnes privées à la satisfaction d'un intérêt général enrichi par les préoccupations concurrentielles⁹⁸⁶. Il apparaît toutefois que la réduction du champ d'intervention de l'État en matière économique ne soit pas la conséquence exclusive de la remise en cause de l'État-Providence par la conception néolibérale du droit. Elle résulterait également d'une évolution de la logique même irrigant l'action publique ; impliquant en cela un mouvement d'ensemble de la sphère d'intervention des personnes publiques.

72. La conception néolibérale de la figure de l'État : vers un État managérial. L'influence de la conception néolibérale sur la figure de l'État ne se mesure pas exclusivement à l'aune de l'évolution du rôle attribué à ce dernier en matière économique. Alors qu'auparavant l'État-Providence se caractérisait essentiellement par un interventionnisme économique appuyé de la part des personnes publiques⁹⁸⁷, la tendance symptomatique est aujourd'hui à la réduction du périmètre de leur intervention. À côté de cette rétractation de leur champ d'intervention, et de la réalisation de leurs compétences, le tournant managérial de la figure étatique présente cependant une seconde dimension matricielle : la mise en œuvre des préceptes du *New Public Management*⁹⁸⁸. Parmi ceux-ci figurent notamment la nécessité d'emprunter aux entreprises leurs modes d'organisation afin de pallier les lacunes et les défauts de l'organisation bureaucratique de l'administration⁹⁸⁹. Alors que l'État-Providence, essentiellement fondé sur

⁹⁸⁵ « Le néo-libéralisme veut réduire l'emprise de l'État sur la société au nom d'une préférence pour les rapports fondés sur l'échange plutôt que sur le commandement » : VALENTIN V., *op. cit.*, p. 17.

⁹⁸⁶ Guylain Clamour affirme d'ailleurs sur ce point que, « évoluant vers une figure « néo-moderne », l'intérêt général a subi des mutations propices à l'accueil des préoccupations concurrentielles en son sein » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 445.

⁹⁸⁷ L'évolution progressive de la jurisprudence du Conseil d'État concernant la liberté du commerce et de l'industrie est sur ce point particulièrement éclairante. En effet, alors que l'arrêt *Chambre du commerce en détail de la ville de Nevers* (CE, 30 mai 1930, *Chambre du commerce en détail de la Ville de Nevers*, rec. 583) marquait le début du passage d'un État-gendarme à l'État-providence, la tendance jurisprudentielle récente favorisant l'instauration d'une égale concurrence en matière économique provoque un mouvement de banalisation de la personne publique opérateur économique et encourage ainsi une évolution de leurs pratiques inspirée du monde du management et de la stratégie d'entreprise.

⁹⁸⁸ « Sorte de puzzle doctrinal, le NPM est constitué d'un ensemble hétérogène d'axiomes tirés des théories économiques, de prescriptions issues de savoirs du management (...) » : BEZES M., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009, p. 3.

⁹⁸⁹ Notons que Max Weber lui-même avait signalé les limites de ce modèle. Limites également soulignées par Michel Crozier lorsqu'il relevait les lenteurs, pesantes voire mêmes paralysies provoquées par la mise en œuvre du modèle d'administration bureaucratique typique de l'État moderne : CROZIER M., *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratiques des systèmes d'organisation modernes et sur leurs relations en France avec le système social et culturel*, Points, coll. Essais, 1971.

la rationalité moderne, faisait reposer son organisation sur le modèle bureaucratique wébérien, l'État qu'il est possible de qualifier de néo-moderne tend à lui substituer une organisation fondée désormais sur la rationalité managériale⁹⁹⁰ ; c'est-à-dire celle ayant cours dans le monde de l'entreprise⁹⁹¹. L'influence croissante de la doctrine néolibérale sur la figure de l'État conduit donc irrémédiablement ce dernier à se tourner vers le management, lequel compte parmi les principes essentiels de l'économie de marché⁹⁹². Auparavant verticalement intégrée et fondée sur le principe de la subordination hiérarchique à l'autorité supérieure, l'administration se réforme depuis la fin des années 1980 et le début des années 1990 en prenant pour référence le modèle managérial et stratégique d'organisation⁹⁹³.

Outre le fait que ce tournant managérial traduit l'influence de la conception néolibérale sur la figure de l'État, il révèle surtout une nouvelle logique irriguant désormais l'organisation de l'administration et la mise en œuvre des compétences des personnes publiques. La nouvelle architecture organisationnelle prônée par le *New Public Management* repose désormais sur le souci de recentrer l'action des personnes publiques sur leurs fonctions essentielles et de confier à d'autres la réalisation des compétences « instrumentales »⁹⁹⁴. Ce faisant, l'administration applique une pratique managériale courante en stratégie d'entreprise : l'externalisation des fonctions ne relevant pas de son « cœur de métier »⁹⁹⁵. Intégrant dès lors la logique de coopération par l'externalisation dans le cadre de la mise en œuvre des

⁹⁹⁰ « Il ne s'agit plus d'inventer, de mettre en place et de parfaire des « administrations bureaucratiques » telles qu'elles ont été développées du XIXe siècle aux années 1950 sous des formes nationales spécifiques et typifiées par le sociologue Max Weber. Plusieurs principes et instruments constitutifs des bureaucraties (...) sont désormais battus en brèche au profit des nouvelles recettes proposées dans le cadre d'une doctrine globale et appelée le *New Public Management* » : BEZES Ph., *Ibid.*

⁹⁹¹ Michel Foucault affirmait d'ailleurs en ce sens que la finalité du néolibéralisme était, entre autre, « de rapporter, de référer, de projeter sur un art général de gouverner les principes formels d'une économie de marché » : FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Seuil-Gallimard, 2004, p. 137.

⁹⁹² Le néolibéralisme aboutirait finalement « à étendre le logique de marché à l'ensemble des sphères d'activités, y compris le fonctionnement des institutions publiques » : AUDIER S., *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, coll. Mondes vécus, 2012, p. 33.

⁹⁹³ Typique de ce tournant managérial emprunté par l'administration française, citons l'exemple de la politique engagée par le gouvernement Rocard sous la forme d'une circulaire du 23 février 1989. Appelant au « *renouveau du service public* », cette circulaire ambitionnait plus largement de procéder à une réorganisation en profondeur de l'administration française afin de parvenir à un accroissement de son efficacité par la mise en œuvre systématique des préceptes du *New Public Management*.

⁹⁹⁴ Le communiqué de presse du Premier ministre Édouard Balladur n'appelle à rien d'autre qu'à la mise en œuvre de ce leitmotiv lorsqu'il indique, à l'occasion de l'instauration du Comité Picq le 12 novembre 1993, qu'il est nécessaire « de réajuster les responsabilités qui incombent à l'État par rapport à celles qui relèvent soit d'autres collectivités publiques, soit de l'initiative privée ».

⁹⁹⁵ Le Commissariat à la Réforme de l'État proposait dans son plan triennal « d'« alléger l'État central » et de légitimer les logiques de délégation des tâches administratives vers les niveaux de gestion les plus bas, qu'elles prennent la forme de déconcentration, de la décentralisation ou de l'externalisation » : BEZES Ph., *op. cit.*, p. 378, citant : Commissariat à la réforme de l'État, Avant-projet de plan triennal pour la réforme de l'État, 31 octobre 1995, document non publié, Archives CRE.

compétences des personnes publiques, l'administration se trouve contrainte d'adapter sa structure à une logique différente de celle du commandement unilatéral ou de la réalisation en interne. Toujours dans le droit fil de l'émergence d'un État-manager, ce dernier adopte donc une attitude de stratège appelant des capacités nouvelles en terme de pilotage, de coordination et de contrôle d'une action à laquelle il ne prend plus directement part. Issue de la conception néolibérale typique d'une influence croissante de l'économie sur le droit, l'émergence de la figure de l'État managérial⁹⁹⁶ traduit donc l'entrée progressive de ce dernier dans la post-modernité, ainsi que sa soumission à un droit administratif néo-moderne⁹⁹⁷. Une telle évolution est donc loin de signifier l'imminence « *d'un déclin fatal* »⁹⁹⁸, mais plutôt de susciter une réaction idéologique face à l'inadaptation du système politico-administratif wébérien eu égard à cette transformation du contexte économique et social⁹⁹⁹.

2. Une évolution idéologique

73. L'émergence d'un « palimpseste »¹⁰⁰⁰ étatique : l'État-manager. Désormais baigné dans un contexte marqué par la prépondérance des préceptes néolibéraux et de l'économie de marché, l'État est contraint à apporter des adaptations à son modèle traditionnel. Ainsi est-il de plus en plus conduit à subordonner son action à un impératif d'efficacité managériale¹⁰⁰¹ plutôt qu'à

⁹⁹⁶ « Cette vision, qui s'est développée sur fond de New Public Management, apparaît fortement connotée d'un point de vue idéologique ; on assiste à une véritable submersion de la rationalité administrative sous la logique managérial, pareille stratégie – qui avance masquée, derrière l'apparente neutralité du discours sur la performance – s'avérant incontestablement efficace » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, p. 13.

⁹⁹⁷ Car à travers l'évolution de la figure de l'État, il est possible de percevoir « *au bout du compte, à travers ce « jeu » qu'introduit l'appréhension et la mise en ordre de la matière, ou, mieux, de l'expérience juridique, c'est la trame de notre droit qui est aujourd'hui en train de se défaire et de se recomposer tout à la fois* » : CAILLOSSE J., « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, 2003/1, n°105-106, p. 128.

⁹⁹⁸ CAILLOSSE J., « Sur le droit administratif de Jacques Chevallier. Une note introductive », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 9.

⁹⁹⁹ Michel Crozier démontrait en effet que, du point de vue du sociologue, « *si les ressources traditionnelles de l'État s'épuisent, s'il ne lui est plus possible d'exercer les mêmes contraintes et de jouer sur les mêmes mécanismes d'influence alors que d'autre part les demandes qui lui sont adressées s'accroissent sans cesse du fait du développement de la complexité, la crise est inévitable* » : CROZIER M., « L'État bloqué », *Le Débat*, 1989/1, n° 53, p. 40.

¹⁰⁰⁰ Évoquant les métamorphoses contemporaines de la forme étatique, François Ost et Michel Van de Kerchove affirmaient que si l'entremise avait pu succéder à la puissance publique et au service dans le cadre de l'action publique, « *c'est l'image du « fondu enchaîné » ou du « palimpseste » (parchemin qui laisse entrevoir le texte ancien sous le niveau) qu'il faudrait utiliser plutôt que celle de la métamorphose qui, en toute rigueur, suppose que chaque état entraîne la disparition irréversible du précédent* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 2002, p. 144

¹⁰⁰¹ Attaché à la satisfaction d'un intérêt général néo-moderne, l'État manager voit sa légitimité chercher sa source ailleurs que dans la traditionnelle démocratie. Typique du dépassement de la modernité, il s'opère alors

celui dicté auparavant par l'autorité et la puissance publique¹⁰⁰². Préfigurant chacun d'eux le renouveau de la société, la conception néolibérale ainsi que celle de la post-modernité influencent considérablement la place et l'attitude des personnes publiques au sein de cette même société. Dans les deux cas, elles conduisent l'État vers une attitude plus « modeste » selon laquelle il devrait se cantonner essentiellement à la réalisation de tâches que d'autres ne peuvent prendre en charge à sa place, ou pour son compte ; laissant par conséquent à l'initiative du marché la mise en œuvre des missions ne relevant pas de l'essence régaliennne¹⁰⁰³. La finalité de l'action administrative demeure cependant toujours la satisfaction du plus grand intérêt général. Et si la figure de l'État se rapproche désormais de celle du manager, il convient davantage d'y voir une évolution idéologique de la conception qu'il convient d'adopter à propos de l'organisation et des moyens d'action de l'administration qu'une évolution profonde de la fonction première de l'État. Et s'il est « *nullement certain qu'il y ait rupture et non continuité dans les formes organisationnelles de type wébérien et non wébérien* », c'est principalement parce que « *la nature politique de l'administration et l'enjeu qu'elle représente pour la démocratie conduisent nécessairement à préserver le noyau dur de la logique wébérienne* »¹⁰⁰⁴ et de l'organisation administrative traditionnelle.

Proche de la pratique de l'externalisation, ce renouvellement organisationnel de l'État manifeste l'émergence d'une figure étatique nouvelle : celle de l'État-manager¹⁰⁰⁵. C'est donc bien par une lecture combinée prenant en compte à la fois l'influence néolibérale et celle de la post-modernité qu'il est possible d'envisager et de percevoir de manière claire le tournant managérial pris par l'institution étatique. Il est effectivement prégnant de constater que la posture managériale, empruntée désormais de plus en plus fréquemment par les personnes publiques, s'explique par la recherche d'efficacité guidant leur action. Cette attitude relève d'ailleurs tout autant de la post-modernité, dans la mesure où elle impose le dépassement de la

un « basculement de la rationalité juridique traditionnelle vers une rationalité technico-économique : le droit n'est plus assuré d'une légitimité de principe ; il est dorénavant soumis à un impératif nouveau d'efficacité » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, n°35, 2003, p. 137.

¹⁰⁰² François Ost et Michel van de Kerchove affirment en effet que « *l'État, désormais conscient de son peu de maîtrise des principaux leviers de la politique économique (...) subordonne son action moins aux impératifs de la puissance publique qu'aux lois de l'efficacité managériale* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁰³ « *Et c'est peut-être là précisément un autre signe de l'impuissance, et donc de l'obsolescence d'une certaine conception de l'État* » qui l'envisageait comme une institution omnipotente et omnisciente : HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 655.

¹⁰⁰⁴ SPANOU C., « Abandonner ou renforcer l'État wébérien ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1 (n°105-106), p. 118 et 119.

¹⁰⁰⁵ Jacques Caillosse évoque sur ce point la prégnance actuelle d'une « *réorientation managériale de l'État* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 43.

légitimité démocratique moderne fondée sur la poursuite de l'intérêt général¹⁰⁰⁶, que du néolibéralisme appelant quand à lui à un recentrement de l'État sur son « cœur de métier » régalien ; c'est-à-dire, finalement, à l'adoption d'une attitude typique de la stratégie d'entreprise¹⁰⁰⁷. Celle-ci ne conduit cependant pas automatiquement à la disparition de l'État-providence dans la mesure où cette figure se conjugue sans difficulté et en toute cohérence avec celle de l'État manager, laquelle contribue d'ailleurs à le renforcer en améliorant son efficacité. Manifestation d'une évolution de l'idéologie et de la logique animant l'organisation et l'action administrative, l'émergence de l'État-manager traduit la nécessité d'une adaptation de l'État aux transformations économiques et sociales ayant bouleversé les cadres de l'intervention publique dans la mesure où, « *dépossédé de la maîtrise des principaux leviers économiques, l'État était contraint à la modestie et à la stratégie* »¹⁰⁰⁸.

74. La rénovation managériale de l'État-providence wébérien. Par conséquent, si le modèle de l'État-providence associé à la bureaucratie wébérienne paraît bien devoir être dépassé, il ne faut pas en conclure à un abandon par l'État de l'intégralité de ces modes traditionnels de comportements. Le modèle de l'État-manager ne peut apparaître *ex nihilo*. Bien au contraire, l'État-providence se perpétue en adoptant simplement les traits d'une figure managériale dont l'idéologie bouleverse plus le comment que le quoi. Unique voie de sa rédemption, l'adoption de l'idéologie managériale par l'État ne signifie pas la disparition de l'État-providence et de ses principes directeurs. Assis sur les mêmes fondements, l'État managérial renouvelle simplement ses méthodes et ses modalités d'action. S'adaptant à un contexte néolibéral dans lequel l'intervention publique n'est plus la bienvenue et ses méthodes autoritaires dépassées, le modèle étatique embrasse une posture favorisant les interventions indirectes, sans renoncer à toute intervention, et s'enrichit de l'emprunt au monde de l'entreprise de certains outils de gestion ayant fait leur preuve dans l'économie de marché¹⁰⁰⁹. Agissant toujours dans une finalité « providentielle » guidée par le souci de la satisfaction d'un intérêt général « néo-

¹⁰⁰⁶ Car « *ce mécanisme de légitimation est entré en crise : la simple invocation de l'intérêt général n'est plus à elle seule suffisante ; encore faut-il que la gestion publique apporte la preuve de son efficacité. L'intérêt général s'est trouvé ainsi relayé, voire suppléé, par le thème de l'efficacité* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰⁷ L'administration admet alors « *s'inspirer du modèle de gestion de l'entreprise privée, modèle censé être plus performant : le désengagement de l'État de la sphère des activités productives* » traduisant alors une soumission au dogme néolibéral motivée également par la recherche d'efficacité de l'action administrative : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁰⁸ Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁰⁹ Car « *pourquoi ne pas faire bénéficier l'univers administratif de la stimulation née de la concurrence en lui imposant des remises en cause, l'acceptation de techniques nouvelles, l'adaptation à des modes de raisonnement jusqu'ici méconnus ?* » : MORAND-DEVILLER J., « La valorisation économique du patrimoine public », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 273.

moderne »¹⁰¹⁰, l'action publique est désormais sous l'influence d'une idéologie managériale nouvelle dans la sphère administrative. Intégrées à un intérêt général renouvelé, la performance et l'efficacité économique imposent cependant à l'État un réajustement de sa stratégie et, incidemment, de ses modes d'action¹⁰¹¹.

Dès lors, si « *renové, le droit administratif saisit le « langage du monde des affaires » pour mieux réaliser l'intérêt général* »¹⁰¹², il y a alors un langage qu'il ne peut plus ignorer : le discours du manager. Au-delà même d'un intérêt accru pour ce discours, le droit administratif en adopte également les instruments. Ainsi l'externalisation est-elle appelée à intégrer la sphère administrative dès lors qu'elle participerait de cette recherche de performance par une allocation nouvelle de ses ressources, et le recours à une logique de coopération. Elle traduit de plus cette antienne néolibérale d'un État plus modeste dans ses ambitions, sans pour autant devoir renoncer à la satisfaction la plus large de l'intérêt général. Marquant une profonde rupture davantage avec l'organisation wébérienne et bureaucratique qu'avec l'État-providence, le tournant managérial emprunté par l'administration participe au renforcement du système administratif plutôt qu'à sa disparition¹⁰¹³. Dès lors l'apparition du concept d'externalisation dans le discours doctrinal en droit administratif exprime ce renouvellement de logique animant l'organisation administrative¹⁰¹⁴ et ayant déjà fait ses preuves dans le cadre du fonctionnement des entreprises¹⁰¹⁵. L'État modeste, désormais « *recentré sur ses fonctions régaliennes et stratégiques* », ne s'attèlera plus « *à faire ce que le secteur privé est*

¹⁰¹⁰ Le dépassement de la modernité par l'intérêt général se traduirait effectivement par l'introduction de « *efficacité de l'action et la rationalisation des moyens dans la réflexion sur l'intérêt général, il a ainsi été possible de penser à nouveau la modernité afin de dégager un intérêt général syncrétique, largement ouvert aux intérêts particuliers mais préservant sa transcendance grâce à une détermination méthodique* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 244.

¹⁰¹¹ Il est alors admis que « *l'action administrative peut être également, non plus simplement aidée, mais fondée sur une stratégie d'efficacité économique* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 625.

¹⁰¹² CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 635.

¹⁰¹³ « (...) , loin de réduire la densité juridique du système administratif, la politique de modernisation semble plutôt participer de son renforcement (...), la logique managériale (...) puise d'évidentes ressources dans le renouveau des idées libérales, tire le plus grand profit de la célébration devenue quasi unanime du marché, bref une politique qui s'inscrit dans la promotion de la culture d'entreprise mais qui, tout de suite, va devoir composer avec des règles et des principes auxquels le droit administratif a conféré une sorte de teneur mythique » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000, p. 21.

¹⁰¹⁴ François Dreyfus explique en effet que la RGPP s'intègre pleinement à cette évolution idéologique selon laquelle il conviendrait d'organiser un système dans lequel il y aurait « *moins d'État – du point de vue de son périmètre d'action directe – et, surtout, un État dont la gestion emprunte ses instruments à celle en usage dans les entreprises privées* » : DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue française d'administration publique*, 2010/4, n°136, p. 860.

¹⁰¹⁵ Si « *États et entreprises sont confrontés aux mêmes défis, il semble logique que la gestion managériale, en vigueur dans les secondes où son efficacité instrumentale aurait été démontrée, soit également appliquée par les premiers* » : DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 861.

censé faire mieux que lui et à moindre coût ; quant à l'administration bureaucratique, elle sera soumise à une transformation radicale grâce à la mise en œuvre systématique des préceptes du New Public Management »¹⁰¹⁶.

B. L'influence du *New Public Management* sur le droit administratif

75. Les répercussions d'une évolution idéologique sur la matière juridique. Inspirée des préceptes managériaux et présentée comme une politique de « *réorganisation des structures de l'État* »¹⁰¹⁷, la Révision Générale des Politiques Publiques constitue un exemple de traduction concrète de la prise en compte de l'objectif de performance dans le cadre de l'action administrative. Largement issue d'une volonté politique et idéologique marquée du sceau du paradigme néolibéral, il s'avère qu'elle influence inévitablement la sphère juridique, et plus particulièrement la sphère administrative. L'intervention de trois gouvernements successifs, à partir des années 1980, destinée introduire dans le fonctionnement de l'administration française de nouveaux outils importés du management¹⁰¹⁸ suffit à s'en convaincre. L'étude de ces transformations idéologiques gouvernant les mutations de l'administration française ne peuvent donc rester l'apanage des seuls managers, sociologues, historiens ou politistes. Le juriste administrativiste se doit également aujourd'hui d'investir ce champ d'étude, ne serait-ce que pour comprendre les évolutions que connaît sa discipline depuis le début des années 2000, si ce n'est avant. Concernant plus spécialement l'appréhension de l'existence du concept d'externalisation administrative, un tel détour s'impose comme un préalable indispensable tant il s'avère que la réforme managériale de l'État semble devoir être considérée comme le sésame ayant permis son intégration dans la sphère administrative en tant qu'outil emprunté à la stratégie d'entreprise dans un souci d'efficacité et de rentabilité de l'action publique bouleversant les cadres traditionnels de pensée de la doctrine. Destinée à introduire « *des techniques et de la culture gestionnaires là où elle fait le plus défaut* »¹⁰¹⁹, la modernisation de l'administration emprunte la voie

¹⁰¹⁶ DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 860.

¹⁰¹⁷ DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue française d'administration publique*, 2010/4, n°136, p. 857.

¹⁰¹⁸ Philippe Bezès pouvait effectivement souligner dans une perspective historique que, à partir des années 1980, « *trois gouvernements successifs vont investir le registre de la modernisation managériale qui préserve les règles existantes tout en introduisant de nouveaux instruments qui appartiennent au large kit du New Public Management* » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 303.

¹⁰¹⁹ CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000, p. 22.

managériale pour parvenir à concilier deux dimensions qui paraissaient jusqu'alors inconciliables : celle du juriste et celle du manager¹⁰²⁰.

C'est à cette délicate synthèse que s'attèle notamment le courant contemporain du *New Public Management*, ou de nouvelle gestion publique. Adaptant les préceptes du management aux règles et principes cardinaux du droit administratif plus qu'il ne les renverse, ce courant désormais en vogue contribue fortement au renouvellement du cadre de l'action administrative dans un souci de performance et non plus seulement de légalité¹⁰²¹. Bien qu'elle s'inspire des techniques des entreprises et du droit privé, lesquelles conduisent parfois à la remise en cause de l'existence même de cette branche du droit au service de l'intérêt général, la réforme de l'État tend plutôt à réunir au service de cet intérêt la puissance publique et l'initiative de la société civile dans une dynamique coopérative et non plus contraignante pour la seconde. Le courant du *New Public Management* répond donc à ce contexte d'un État en crise par une adaptation de son organisation aux défis qu'il représente¹⁰²². À ce titre, le Premier ministre Alain Juppé devait, par exemple, mettre en place une Commission à la réforme de l'État destiné principalement à « *déterminer les missions relevant de l'État seul, celles devant être externalisées, soit par privatisation, soit par délégation* »¹⁰²³. Encourageant un désengagement opérationnel progressif de l'État et des personnes publiques des activités économiques ne constituant pas son « cœur de métier » régalien, la nouvelle gestion publique favorise, voire impose, l'emprunt d'outils usuels des managers telle que l'externalisation sans pour autant les contraindre à un désengagement total ; c'est-à-dire à un abandon des ces tâches contribuant à la satisfaction de l'intérêt général. Elle emporte cependant une transformation des outils mis à la disposition des décideurs par le droit administratif, et implique donc une évolution concomitante du discours sur ce droit. « *La mise en œuvre de*

¹⁰²⁰ « Sans doute convient-il désormais de revenir sur l'opposition un peu trop spontanément pratiquée entre le Juriste et le Manager. Ce ne sont là, en vérité, que deux figures d'une réalité unique : la valorisation du « manager public » va de pair avec la réhabilitation du juriste dans l'administration » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *Ibid.*

¹⁰²¹ « S'agissant de savoir jusqu'où le management des organismes publics est concevable dans un contexte de droit public, on peut difficilement rester sourd aux discours qui font une pour toutes du droit public le lieu des pires rigidités institutionnelles » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 23. Et d'ajouter alors qu'avec « la réforme administrative, la performance fait une entrée remarquable dans un système juridique qui, jusqu'alors, ne s'en souciait guère » alors que « le standard de la « bonne administration » s'est construit par référence quasi exclusive à l'idée d'une gestion publique respectueuse de la Règle » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 37.

¹⁰²² « Avec la thématique de la fermeture du droit administratif aux exigences spécifiques du monde de l'économie et des affaires, nous tenons le principal argument avancé par la critique managériale de la bureaucratie dans le but de promouvoir une autre régulation de l'action publique » : CAILLOSSE J. et HARDY J., *op. cit.*, p. 36.

¹⁰²³ DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 860.

recettes managériales »¹⁰²⁴ dans le cadre de l'action administrative n'est donc pas exclusivement le résultat d'une politique de modernisation de l'administration mais aussi la source d'un bouleversement du droit administratif. En réponse à une influence contextuelle irréfutable (1), l'influence idéologique exercée par le *New Public Management* (2) contribue activement à l'intégration du concept d'externalisation à la sphère administrative.

1. Une influence contextuelle

76. Le « terreau » favorable d'un droit en crise. Il a été souligné avec une fréquence mécanique depuis l'issue de la seconde guerre mondiale que le droit administratif traversait une crise dont nul ne semble avoir cru percevoir l'aboutissement¹⁰²⁵. Théodore Fortsakis proposait toutefois de lui donner un sens. Il indiquait en effet que ce vocable concernerait au premier chef la doctrine davantage que le droit positif¹⁰²⁶. En cela, la doctrine administrative serait depuis lors tirillée et secouée par des mouvements, des bouleversements et des remises en question de notions fondamentales et synthétiques. Plus particulièrement, l'évolution du contexte économique et social appellerait un dépassement des constructions doctrinales dans la mesure où la réalité actuelle ne pourrait plus « être perçue et analysée selon les instruments conceptuels déjà forgés, ni être systématisée dans les cadres théoriques préexistants »¹⁰²⁷. Parfois envisagée comme « une véritable crise d'identité du droit administratif »¹⁰²⁸, celui-ci suit finalement une évolution marquée par son contexte et commandée par une logique renouvelée¹⁰²⁹. L'approche conceptuelle inspirée par une démarche empreinte d'existentialisme offre cependant une opportunité de dépassement de ces bouleversements

¹⁰²⁴ DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 860.

¹⁰²⁵ Paul Couzinet précisait que « le mot de « crise » est employé, depuis sept ou huit ans, avec une remarquable fréquence dans la littérature du droit administratif » : Préface de Paul Couzinet in DE CORAIL J.-L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954, p. V. Propos confirmés alors à maintes reprises, et notamment par Jean Rivero lorsqu'il indiquait qu'il « n'est que par trop évident que le droit administratif est aujourd'hui en pleine crise » : RIVERO J., *Droit administratif*, Dalloz, 8^e éd., 1977, p. 28.

¹⁰²⁶ Estimant alors que « la notion de crise ne peut s'appliquer qu'à la seule systématisation et par conséquent à la seule doctrine du droit administratif » : FORTSAKIS Th., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. CLII, 1987, p. 126.

¹⁰²⁷ FORTSAKIS Th., *Ibid.* L'auteur précise alors que « le sentiment général de crise provient justement de cette impossibilité ».

¹⁰²⁸ FORTSAKIS Th., *op. cit.*, p. 127.

¹⁰²⁹ « L'action publique est modifiée, non pas tant par l'application « directe » des préceptes du management, qu'« indirectement », par les transformations que l'emprise de la rationalité managériale fait subir à l'ordre juridique » : CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, vol. 11, n°4, 1993, p. 112.

dans l'architecture tectonique du droit administratif¹⁰³⁰. Loin d'être une crise identitaire profonde, il s'agit davantage d'une adaptation nécessaire d'un droit en mutation constante, ou plus précisément du discours portant sur ce droit. Après avoir pendant un temps ignoré ces transformations espérant que la situation reviendrait à la normale, la doctrine administrativiste a finalement admis leur prise en compte, allant même parfois jusqu'à remettre en cause la pertinence des constructions les plus fondamentales. Ainsi Roger Latournerie en venait-il à ne plus envisager le droit administratif par opposition au droit privé mais comme « *l'alliance, dans un même régime, d'éléments de droit public et d'ingrédients de droit privé* »¹⁰³¹. Outre l'émergence d'une posture « réformatrice » du discours doctrinal, cette posture adoptée par Roger Latournerie reconnaissait la part d'intégration du droit privé dans la sphère administrative. Il est alors permis d'y déceler un prélude à l'ouverture plus large du droit administratif aux logiques civilistes, et, au-delà même, aux logiques managériales.

Le rejet doctrinal du courant empirique¹⁰³² ne doit donc pas conduire à l'abandon radical d'une approche prenant en compte l'environnement dans lequel le droit émerge. Certes il ne paraît pas raisonnable de renoncer, comme le proposait Bernard Chenot¹⁰³³, à toute abstraction¹⁰³⁴. Il ne semble toutefois pas plus raisonnable d'exclure toute réalité concrète dans la systématisation doctrinale. Émerge alors une posture médiane consistant à « *saisir théoriquement une réalité empirique à la seule fin de lui redonner un sens historique* »¹⁰³⁵.

¹⁰³⁰ Notons qu'une telle démarche semble avoir été initiée par Marcel Waline dès le milieu des années 1930. Il se fait en effet l'écho, dans son *Manuel élémentaire de droit administratif*, du courant conceptualiste ainsi que du courant empirique, lequel place au cœur de l'édifice doctrinal l'étude de la jurisprudence administrative : WALINE M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1^e éd., 1936.

¹⁰³¹ LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique : bulletin de santé de la notion de service public ; agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 144.

¹⁰³² Vent debout contre la critique faite par Bernard Chenot à la doctrine, les auteurs les plus éminents de l'époque n'ont pas manqué de réaffirmer avec force leur rôle essentiel : celui de « *faiseur de systèmes* » ; pour exemple voir : RIVÉRO J., « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, p. 99 et s. Certains, parfois membres de la haute-juridiction, allant même jusqu'à parler de « *véritable choc psychologique et presque (de) traumatisme provoqués par (...) (cette) opinion radicalement subversive* » : LATOURNERIE R., *op. cit.*, p. 93.

¹⁰³³ « À vrai dire, quand on considère le flot tourmenté des décisions qui en quelques années font et défont ce qu'on appelle, après coup, jurisprudence, on a le sentiment que le juge administratif reste étranger (aux) inquiétudes doctrinales. Si les arrêts contrarient des théories générales ou démentent des notions fondamentales, nul d'ailleurs n'en tient rigueur à une juridiction qui s'attache moins à élaborer des concepts ou des règles qu'à résoudre, au jour le jour, des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit » : CHENOT B., « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 77.

¹⁰³⁴ Car finalement « *rien n'autorisait le futur vice-président du Conseil d'État d'interdire à la science d'enrichir et de transmettre son savoir, de réfléchir à la genèse et la valeur théorique des règles* » tant il est « *historiquement erroné et totalement vain de vouloir supprimer la fonction savante de la doctrine juridique* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 310.

¹⁰³⁵ GLEIZAL J.-J., *Le droit politique de l'État. Essai sur la production historique du droit administratif*, PUF, 1980, p. 10.

C'est dans le cadre de cette posture que le discours doctrinal peut être amené à envisager l'existence d'un concept administratif d'externalisation. Allier effectivement l'évolution économique et sociale aux transformations du modèle étatique traduit cette tentation bienvenue de rendre compte d'un point de vue théorique de bouleversements contextuels. De plus, alimenté par l'apparition de théories nouvelles relevant d'un paradigme en passe de s'imposer en tant que cadre traditionnel de pensée, le tournant managérial de la figure étatique traduit une réalité de la vie administrative, et par extension du droit qui l'encadre. L'État-manager trouve alors son assise empirique sur le développement du *New Public Management*, lequel irrigue désormais le droit administratif et tend à inspirer le discours doctrinal prenant ce droit pour objet. Dans une dynamique réflexive, la doctrine administrativiste attachée à une démarche mêlant empirisme et conceptualisme aboutit nécessairement au constat de l'existence du concept d'externalisation administrative dès lors que ce dernier rend compte de manière théorique d'une évolution pratique incontournable du droit administratif ¹⁰³⁶ : l'intégration des préceptes du *New Public Management*.

77. La « révolution » managériale de la sphère administrative. Perturbant les canons de pensée traditionnels du droit administratif, l'influence croissante de l'économie bouleverse également le cadre d'une action administrative conduite par des personnes publiques dont le rôle ne paraît plus si nettement. Auparavant placée sous les auspices favorables d'un État-providence tentaculaire et foisonnant ¹⁰³⁷, la réalisation de la compétence des personnes publiques subit désormais les retentissements d'une transformation « post-moderne » de la figure étatique ¹⁰³⁸. Marquée désormais par l'influence de la conception néolibérale, l'action des personnes publiques évolue, entraînant avec elle de profonds bouleversements de son

¹⁰³⁶ De même que l'adoption d'une démarche régulatrice, l'adoption d'un outil tel que l'externalisation révèle qu'il « n'y a là qu'adaptation des méthodes au profit de l'intervention publique. Une adaptation méthodique qui pérennise l'intervention publique en lui offrant une nouvelle légitimité (...). C'est donc bien plus à une évolution du droit public en forme de pérennisation qu'à une disparition légendaire de l'intervention publique à laquelle on assiste » : CLAMOUR G., *Intérêt générale et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 710.

¹⁰³⁷ « L'État-providence est souvent perçu comme une entité tentaculaire, un nouveau Léviathan s'occupant (mal) des problèmes des hommes et les déresponsabilisant » : MORAND Ch.-Al., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 26, 1999, p. 55.

¹⁰³⁸ Au regard de l'entrée de l'État dans la post-modernité, Jacques Chevallier dresse ainsi le portrait de ce que serait cette nouvelle figure étatique : « l'État connaît un ensemble de changements, qui affectent tous ses éléments constitutifs ; ces changements sont liés entre eux, renvoient de l'un à l'autre ; ils sont indissociables des changements plus généraux qui affectent la société dans son ensemble ; ils ne sont pas seulement superficiels, épidermiques ou « cosmétiques », mais aboutissent bel et bien à une configuration étatique nouvelle » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 18.

cadre juridique : le droit administratif¹⁰³⁹. Autrefois considéré comme typique d'un modèle étatique fort et centralisé fondé sur l'autorité et la hiérarchie, l'État-providence sort vaincu de sa confrontation avec l'économie¹⁰⁴⁰. Son impuissance en la matière conduit ainsi les personnes publiques « à préférer l'assentiment et la collaboration des agents économiques privés »¹⁰⁴¹. Pour autant, une telle impuissance ne paraît pas être irrémédiable. Bien au contraire, elle le conduit à prendre conscience de ses insuffisances et du péril à demeurer tel quel ; c'est-à-dire un État omnipotent. Elle l'encourage finalement à plus de « modestie »¹⁰⁴² dans une optique managériale symptomatique de la post-modernité et du néolibéralisme.

Typique du tournant managérial emprunté par l'action administrative, cette préférence appelle « une intelligence nouvelle du droit administratif »¹⁰⁴³ prenant en compte les mutations de l'action publique et de la fonction des personnes publiques. Le dépassement de la modernité, qu'il s'agisse de post-modernité ou de néo-modernité, se traduit effectivement par l'abandon relatif d'une action administrative ordonnée et linéaire au profit d'une instrumentalisation du droit au service de la réalisation des politiques publiques dont l'utilité ne se mesure qu'à l'aune de leur efficacité. Or, une telle réorientation de l'action administrative appelle nécessairement une évolution des outils destinés à permettre sa concrétisation. Dès lors, c'est toute la gestion publique qui est ainsi bougée. Auparavant exclusivement inspirée par la recherche de la satisfaction de l'intérêt général dans le respect de la légalité, elle est désormais soumise à l'impératif d'efficacité¹⁰⁴⁴. C'est par ailleurs cette même réorientation qui conduit à l'émergence, aussi progressive qu'elle est incontestable, d'un management public fondé sur cet impératif et influencé par les méthodes de gestion éprouvées par le secteur privé. Il

¹⁰³⁹ Il est admis que de nombreuses « transformations silencieuses » affectent désormais un droit administratif malgré « la force persistante des invariants » de celui-ci : CAILLOSSE J., *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 56, 2015, p. 41.

¹⁰⁴⁰ « (...), il ne reste plus qu'à tenter de se sortir au mieux d'une gigantesque bataille que personne n'est certain d'avoir désiré et qu'en tous cas personne ne maîtrise ni ne peut arrêter » : HENRY J.-P., *op. cit.*, p. 645.

¹⁰⁴¹ CHEVALLIER J., « État et institutions. L'évolution du débat sur l'État », in *L'État de la France 96-97*, La Découverte, 1996, p. 415 : dans la mesure où « les mécanismes économiques sont souvent trop complexes et délicats pour que les autorités politiques puissent être certaines d'obtenir toujours les résultats escomptés par la voie contraignante et autoritaire ».

¹⁰⁴² CROZIER M., « L'État modeste, une grande ambition », *PMP*, 1989, n°2, p. 8. L'auteur précise effectivement en parlant des préceptes managériaux, qu'un État qui « appliquerait de tels principes pourrait devenir l'État modeste dont nous avons besoin dans une société désormais totalement différente. Ce ne serait pas un État diminué, impuissant, réduit à la portion congrue, mais au contraire un État plus intelligent, plus efficace, capable de remplir les fonctions de plus en plus nombreuses et considérables qu'exige une société complexe post-industrielle sans l'écraser et étouffer ses initiatives ».

¹⁰⁴³ CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁴⁴ « Le postulat selon lequel la gestion publique, placée au service de l'intérêt général, ne pouvait être mesurée en termes d'efficacité a fait place à l'idée que l'administration est tenue, tout comme les entreprises privées, d'améliorer sans cesse ses performances et d'abaisser ses coûts de fonctionnement » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 70.

apparaît alors que l'analyse de la figure de l'État managérial¹⁰⁴⁵ pourrait nous entretenir également du droit administratif. Plus précisément encore, une analyse approfondie de cette situation ouvrirait la porte à une appréhension de l'intégration du vocable d'externalisation dans la sphère administrative, ainsi qu'à une identification de son existence conceptuelle au sein de cette discipline. Née de la conceptualisation par la littérature managériale d'une pratique courante des managers, l'externalisation trouve dans cette transfiguration des personnes publiques un creuset propice à son développement en droit administratif¹⁰⁴⁶. Car l'externalisation émerge en droit administratif dans le cadre plus général du « *renouvellement des missions, du raisonnement, des méthodes et des pratiques administratifs* (lequel) *passé par un renouvellement du management public* »¹⁰⁴⁷.

2. Une influence idéologique

78. L'intégration des préoccupations et outils managériaux. Lancée dans un processus modernisateur à partir de la fin des années 1980, l'administration française adopte sans cesse depuis lors les préceptes issus de la stratégie d'entreprise et du management. Contraints par un impératif d'efficacité de plus en plus prégnant dans les discours politique et doctrinal¹⁰⁴⁸, l'administration et le droit qui l'encadre se remettent en question et se transforment par vagues successives de réformes. Face au constat réprobateur d'une administration inefficace, le modèle de la bureaucratie wébérienne cristallise l'essentiel des critiques¹⁰⁴⁹. Dans ce

¹⁰⁴⁵ « *La réflexion sur ce que nous appelons un État n'est plus. La gestion, la simple gestion, occupe le devant de la scène. Nous vivons des recettes, qui produisent les doctrines sucrées de notre temps et console la nouvelle mélancolie de l'Occident* » : LEGENDRE P., *Les collages qui font un État*, éd. Mille et une nuits, Paris, 199.

¹⁰⁴⁶ « *Selon cette doctrine managériale, les États doivent être soumis aux mêmes règles de fonctionnement que les entreprises opérants sur des marchés concurrentiels (...). Cette doctrine a fortement influencé les réformes adoptées ces dix dernières années dans la sphère publique au nom de la « gouvernance »* » : SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010, p. 83.

¹⁰⁴⁷ CROZIER M., *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴⁸ « *L'efficacité n'est pas une préoccupation nouvelle. La modernisation de la gestion administrative a été en vogue depuis quinze ans autour de la RCB, du management public ou de notions plus incertaines comme méthodes ou techniques modernes de gestion (...). L'impasse où l'on se trouve, alors même que les besoins d'amélioration de la gestion administrative n'ont en rien régressé, montre bien qu'il faut chercher une autre acceptation de l'efficacité* » : MENIER J. et WIENER C., « *Vers une autre administration ?* », *RFAP*, n°26, 1983, p. 15 et 16.

¹⁰⁴⁹ La critique souligne notamment l'inadéquation flagrante de la rationalité politique instrumentale du modèle bureaucratique avec la rationalité managériale. Calliope Spanou rappelle que « *l'administration est dépourvue de légitimité propre mais elle en tire une de sa subordination au politique qui oriente et contrôle ses activités* ». Apparaissent alors les traits caractéristiques du modèle wébérien, lesquels semblent faire obstacle à la performance administrative dans la mesure où l'administration est alors « *ournée vers le haut, ce haut qui émet les instructions et les directives et à qui elle est tenue de rendre des comptes* ». Dès lors « *la subordination hiérarchique et le principe de légalité constituent des substituts du contrôle démocratique direct et des manières de prolonger la chaîne du contrôle démocratique dans la partie de l'appareil politico-administratif qui est la*

contexte de remise en cause profonde du modèle wébérien émerge alors une réponse apportée par le courant néolibéral : « *ce qui importe le plus, ce n'est pas la manière dont la bureaucratie sert la démocratie, mais l'efficacité de l'administration en tant que mécanisme d'allocation des ressources* »¹⁰⁵⁰. La rationalité managériale s'impose alors explicitement comme une alternative à l'organisation administrative traditionnelle. Il n'est plus question de rechercher par la politique une légitimité démocratique¹⁰⁵¹, mais de puiser dans le management et la gestion des ressources des méthodes de gestion performantes issues du modèle marchand. Conforté par la régénération d'un intérêt général néo-moderne, le courant du *New Public Management*¹⁰⁵² s'impose par conséquent en tant que nouveau paradigme idéologique d'une réforme administrative qualifiée de modernisatrice¹⁰⁵³.

Fondé essentiellement sur deux piliers, l'efficacité de l'action administrative et le recours à des techniques et instruments issus du monde de l'entreprise, le *New Public Management* impose à la sphère administrative une mue laissant apparaître la figure de cet État-manager dont l'émergence était du moins attendue, sinon souhaitée. Au-delà même de ses fondements juridiques, lesquels ne peuvent demeurer inébranlés ni même inébranlables, c'est le pilotage de l'action administrative qui est passé au crible de la logique managériale¹⁰⁵⁴. Dépassant ainsi l'analyse juridique de la réforme de l'État, Jacques Caillosse propose d'ailleurs d'adopter le « *registre de « l'économiste* », » et donc du manager, afin d'appréhender « *la*

plus éloignée des principes de la démocratie » : SPANOU C., « Abandonner ou renforcer l'État Webérien ? », *RFAP*, 2003/1, n°105-106, p. 111.

¹⁰⁵⁰ SPANOU C., *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁵¹ Car c'est bien « *de ce point de vue que la bureaucratie est critiquée comme improductive, rigide, gaspilleuse et inefficace* » : SPANOU C., *Ibid.*

¹⁰⁵² Le *New Public Management* peut en effet être défini comme une notion qui « *présuppose que management public et management privé sont fondamentalement similaire. Dans cette perspective, le NPM s'intéresse à l'accroissement des capacités managériales par la mise en œuvre de techniques de management issues du secteur privé et tend ainsi à mettre l'accent sur l'aspect managérial au détriment de l'aspect politique. Le NPM en tant qu'idéologie s'intéresse davantage à la manière dont le gouvernement accomplit ses tâches, qu'à ce que ces tâches doivent être* » : PETERS B. G., « Nouveau Management Public (New Public Management) », in *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, p. 399.

¹⁰⁵³ Dès lors, « *moderniser l'État revient alors à instituer la mesure de ses performances, en repensant l'activité des services publics dans le cadre d'une économie de marché. Le modèle marchand finit même ici par dépasser le champ des discussions propres à la conception et à la mise en œuvre des politiques publiques pour se faire lui-même norme juridique* » amenant alors à la dénonciation de « *l'inertie et (de) l'irresponsabilité bureaucratiques, on en arrive à promouvoir une sorte de culte de l'efficacité, au point de la vouloir indifférente le cas échéant à des exigences de légalité considérées une fois pour toutes comme contre-productives* » : CAILLOSSE J., « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, 2003/1, n°105-106, p. 123.

¹⁰⁵⁴ « *Lorsqu'au nom du « réalisme économique » sur lequel le management prend attache, on déplore l'existence de telle ou telle norme ou procédure, ou qu'au contraire on en revendique la construction, ce n'est pas tant l'économie du droit que la réalité substantielle de l'administration qui est mise en débat : l'essentiel est bien souvent là, dans la redistribution du pouvoir administratif, dans les modes d'exercice du commandement et de la décision, bref dans le pilotage de l'action publique* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 123 et 124.

réforme de la fonction administrative et de l'action publique »¹⁰⁵⁵. Motivée par l'amélioration du rendement de l'administration et la recherche de performance, le *New Public Management* répond ainsi dans une certaine mesure aux attentes de Michel Crozier, selon lequel l'action publique aurait davantage besoin de « *remplacer les technocrates interchangeables par des patrons responsables* »¹⁰⁵⁶ ; marquant en cela son défi à l'égard du modèle bureaucratique. Dès lors, l'intégration des préoccupations managériales, laquelle ne doit pas être comprise comme une transposition pure et simple des outils élaborés dans le monde de l'entreprise¹⁰⁵⁷, appelle néanmoins une rénovation des cadres de l'action administrative, et donc du droit administratif¹⁰⁵⁸. Elle appelle de même la doctrine administrativiste à rendre compte de ces transformations dans le discours qu'elle développe à son sujet.

79. L'émergence potentielle du concept d'externalisation administrative. Assuré que « *le secteur public, organisé selon les principes de la bureaucratie webérienne, est inefficace, et qu'il est souhaitable de transposer dans le secteur public les méthodes de gestion du secteur privé* »¹⁰⁵⁹, le *New Public Management* propose une refondation méthodologique de l'organisation administrative. Poursuivant une recherche d'économie, d'efficacité et d'efficience, ce nouveau courant comporte une double dimension : d'une part, une réorganisation interne de l'administration inspirée du management des entreprises¹⁰⁶⁰ et, d'autre part, une réorganisation des modalités d'intervention de l'administration inspirée quant à elle des outils managériaux les plus récents¹⁰⁶¹ afin de permettre la « *rationalisation des moyens mis en œuvre par la puissance publique* »¹⁰⁶². Le *New Public Management* se

¹⁰⁵⁵ CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁵⁶ CROZIER M., *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁵⁷ « *Bien évidemment, il n'est pas possible d'imposer tels quels des principes de fonctionnement qui, même dans les secteurs les plus ouverts des services privés, ne s'élaborent que lentement* » : CROZIER M., *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁵⁸ Permettant de constater l'incontestable « *hybridation en cours des règles applicables à la décision et à l'action publiques ainsi qu'à leurs contrôles* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁵⁹ VAN HAEPEREN B., « *Que sont les principes du New Public Management devenus ? Le cas de l'administration régionale wallonne* », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2012/2, tome LI, p. 85.

¹⁰⁶⁰ On retrouve alors à ce premier niveau évoqué par Béatrice Van Haeperen : la désagrégation du monolithe administratif fondé sur la hiérarchie, l'introduction de mécanismes de concurrence au sein des structures administratives, et enfin instauration de mécanismes incitatifs destinés à améliorer la performance administrative.

¹⁰⁶¹ Lié au précédent, ce second niveau du *New Public Management* appelle la mise en œuvre de pratiques managériales adaptées aux besoins d'une administration moderne. Ainsi en va-t-il par exemple : de l'agencification, de la sous-traitance ou encore des partenariats ou de l'actionnariat. Autant d'éléments plus ou moins en relation avec l'externalisation.

¹⁰⁶² DREYFUS J.-D., « *L'externalisation, éléments de droit public* », *AJDA*, 2002, p. 1214.

présente donc comme une nouvelle « *boîte à outil* »¹⁰⁶³ dans laquelle l'administration va désormais puiser afin de moderniser son édifice. Concomitamment à la réduction stratégique de son périmètre d'intervention directe, il engage les personnes publiques à emprunter au secteur privé ses instruments de gestion efficaces¹⁰⁶⁴. C'est ainsi que, irriguant désormais la logique administrative dans un contexte néolibéral, le *New Public Management* s'impose en tant que source d'inspiration essentielle¹⁰⁶⁵ des vagues successives de réforme de l'État¹⁰⁶⁶, et devrait en conséquence transparaître dans le discours tenu par la doctrine administrativiste.

Progressivement alors apparaît la figure nouvelle d'un État néo-moderne où « *se dessine une nouvelle forme d'organisation étatique qui acclimate les principes et solutions prônés par le New Public Management* »¹⁰⁶⁷, une organisation dans laquelle l'externalisation doit pouvoir trouver sa place en tant qu'outil fondamental de la stratégie d'entreprise. Car, au-delà d'une adaptation institutionnelle de l'intervention publique, les « *mutations conduisant à l'agencer autour de nouveaux paradigmes nettement ancrés dans la gestion privé* »¹⁰⁶⁸ ne permettent plus de circonscrire leur influence au seul développement de l'entreprise publique. Dans la mesure effectivement où « *les techniques du marché et les pratiques du monde des affaires sont recherchées jusqu'à devenir un modèle pour la gestion de certaines activités publiques* »¹⁰⁶⁹, la nouvelle gestion publique inspirée du fonctionnement du marché dépasse désormais l'encadrement des entreprises publiques pour irriguer également l'ensemble des personnes publiques. Comme elles désormais, la puissance publique adopte une logique

¹⁰⁶³ « (...) le registre de la modernisation managériale qui préserve les règles existantes tout en introduisant de nouveaux instruments qui appartiennent au large kit du *New Public Management* » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 303.

¹⁰⁶⁴ Françoise Dreyfus précise ainsi que le *New Public Management* conduit à « *moins d'État – du point de vue de son périmètre d'action directe – et, surtout, (à) un État dont la gestion emprunte ses instruments à celle en usage dans les entreprises privées* » : DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *RFAP*, 2010/4, n°136, p. 860.

¹⁰⁶⁵ « *Toutefois, en suivant désormais les recettes préconisées depuis longtemps par l'OCDE et adoptées par nombre d'États, le gouvernement marque clairement son adhésion dogmatique aux préceptes de la nouvelle gestion publique (...), les modalités de son application sont loin d'être uniformes alors même qu'elle constitue la matrice de toutes les réformes effectuées* » : DREYFUS Fr., *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ Nous ne pouvons ici que renvoyer à la présentation détaillée fournie par Philippe Bezes dans laquelle se dernier met brillamment en évidence le lien entre le tournant managérial et les réformes successives de l'administration française. Datant le point de départ de cette évolution aux années 1984-1991, origine d'un compromis modernisateur, l'auteur affirme et démontre que la réforme de l'État n'a eu de cesse par la suite de poursuivre l'édification d'un État stratège fondé sur le *New Public Management* dans la mesure où, dès les années 1990, on constate « *un changement de contenus des programmes de réforme désormais alimentés par une doctrine globale systématiquement inspirée des conceptions et des instruments du New Public Management* » : BEZES Ph., *op. cit.*, p. 341-342.

¹⁰⁶⁷ BEZES Ph., *op. cit.*, p. 377.

¹⁰⁶⁸ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 456.

¹⁰⁶⁹ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 463.

managériale et poursuit une stratégie d'entreprise¹⁰⁷⁰ dont l'une des dimensions réside dans le recours à l'externalisation¹⁰⁷¹ tant « *les entreprises ont de plus en plus recours à l'externalisation pour palier un savoir-faire indisponible en interne ou difficile à préserver* », ou encore pour « *diminuer leurs coûts et augmenter leur compétence et leur flexibilité en adoptant une stratégie de recentrage sur leurs compétences clés et d'externalisation pour les activités plus périphériques* »¹⁰⁷². Proposant de refonder en partie l'idéologie de l'organisation administrative, le courant de la nouvelle gestion publique favorise inmanquablement l'émergence du concept d'externalisation administrative, si tant est que le discours doctrinal s'en saisisse.

§2 : *L'intégration subséquente de l'externalisation à ce nouveau modèle*

80. La banalisation managériale de l'État post-moderne. Offrant aujourd'hui le profil d'une figure managériale, l'État adopte une posture proche de celle du modèle de l'entreprise. Banalisant de la sorte son attitude sur le marché, il emprunte des outils issus du monde des affaires. Confirmant les propos de Marion Ubaud-Bergeron, une telle perte de spécificité de la posture de l'État « *dans certains domaines le conduit à adopter des techniques moins révélatrices de la puissance publique* »¹⁰⁷³, voire même des techniques élaborées dans le cadre de la stratégie d'entreprise dont il s'agirait d'offrir une explication conceptuelle. Analysant la « *redistribution en règle de ses grandes fonctions sociopolitiques* », Jacques Caillosse constate à ce sujet que les nombreux « *déplacements qu'a connus et que continue de connaître la ligne de partage entre les fonctions d'administration et d'entreprise* »¹⁰⁷⁴ brouillent encore davantage la figure d'un État-providence déjà fortement remis en cause. Une autre interprétation est toutefois possible. Au-delà d'un tel brouillage, il est permis de voir dans ces mouvements « tectoniques » une évolution de l'architecture étatique révélatrice

¹⁰⁷⁰ La prise de conscience de la recherche de rentabilité de l'action administrative mise en évidence par Sébastien Bernard (BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 337) se retrouve désormais dans le fait que « *l'action administrative peut être également, non plus simplement aidée, mais fondée sur une stratégie d'efficacité économique* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 625.

¹⁰⁷¹ Il apparaît cohérent d'affirmer que si « *l'État se désengage, du point de vue opérationnel, au profit des opérateurs économiques agissant sur le marché* », il adopte en cela plus qu'une attitude recommandée « *par les tenants du néolibéralisme* », mais bien évidemment une posture managériale dont l'externalisation constitue aujourd'hui un outil incontournable, qu'on la désigne sous le terme de « *contracting-out* », « *d'outsourcing* » ou encore d'externalisation : DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 862.

¹⁰⁷² DUMOULIN R. et MARTIN A., « *L'externalisation de la R&D : une approche exploratoire* », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 55.

¹⁰⁷³ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 9.

¹⁰⁷⁴ CAILLOSSE J., *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 56, 2015, p. 48.

de l'apparition d'un État renouvelé qu'il convient de préciser. Conscient de ses failles et de ses limites, l'État-providence trouverait son salut sur la voie d'une mutation inspirée par le contexte économique actuel dominé par l'économie de marché et aurait donc entrepris sa mue. Abandonnant ses oripeaux interventionnistes, il adopte aujourd'hui une attitude inspirée essentiellement par le management, avec pour objectif la réduction des « dépenses publiques engendrées par la taille et les pratiques de la bureaucratie »¹⁰⁷⁵. Dans ce cadre, le concept d'externalisation administrative permettrait alors de proposer une lecture conceptuelle du droit administratif propre à rendre compte d'un tournant managérial dont les conséquences juridiques ne sont plus silencieuses et méritent d'être traitées.

C'est dans le cadre de cette mutation de l'État sous l'effet du *New Public Management* que l'externalisation doit en effet pouvoir trouver les conditions favorables à son intégration au droit administratif¹⁰⁷⁶. Évoquant sa mise en œuvre, Philippe Yolka considère qu'elle serait symptomatique de cette transformation de la forme étatique sous l'effet combiné de la conception néolibérale et de l'assimilation des principes du *New Public Management*. Il présente alors l'externalisation comme une solution au défi posé par la réforme de l'État ; c'est-à-dire faire mieux avec moins¹⁰⁷⁷ par « le passage du « faire » au « faire faire » »¹⁰⁷⁸. Rappelant l'antienne de Michel Crozier selon laquelle l'État moderne doit correspondre à un État modeste, il précise que l'externalisation administrative semble dépasser cette modernité traduisant ainsi pleinement l'entrée de la forme étatique dans la post-modernité. Le déclin de l'État-Providence a en effet emporté avec lui un ensemble de cadres et de pratiques pourtant solidement ancrés dans la culture administrative française. Il a par conséquent impliqué un renouvellement de la gestion publique et la mise œuvre au sein de l'administration de stratégies d'externalisation participant de ce souci d'efficacité dorénavant prégnant dans la figure d'un État-manager post-moderne dont la singularité tendrait à s'estomper¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁵ DREYFUS Fr., *op. cit.*, p. 864.

¹⁰⁷⁶ En cela, la Révision Générale des Politiques Publiques, une des formes de la réforme de l'État, constituerait « le point d'aboutissement de la pénétration du *New Public Management* dans l'administration française » : LAFARGE Fr. et LE CLAINCHE M., « La Révision Générale des Politiques Publiques », *RFAP*, 2010/4, n°146, p. 753.

¹⁰⁷⁷ « (...) l'administration aussi doit chercher à « faire le mieux possible », en contenant toujours davantage ses coûts ; les préceptes du management lui sont dès lors applicables » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, 4^e éd., 2014, p. 72

¹⁰⁷⁸ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13.

¹⁰⁷⁹ Face à l'insuffisance de la légitimation par la poursuite de l'intérêt général, les personnes publiques recherchent de plus en plus une légitimité nouvelle par une amélioration de l'efficacité de leur gestion. En conséquence « l'idée s'est imposée que l'administration publique doit être, à l'instar du privé, « efficace » et qu'elle doit à cet effet emprunter à celui-ci des recettes de bonne gestion » parmi lesquelles figure l'externalisation stratégique : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 70.

Reprenant à son compte l'étonnement critique de Maurice Hauriou, Philippe Yolka craint, ou du moins feint de craindre, que le passage à la post-modernité « *nous change notre État* »¹⁰⁸⁰ dès lors qu'il s'accompagnerait d'une rétractation considérable de son champ d'action au bénéfice de l'initiative privée. C'est cependant davantage sa façon de faire que sa raison d'être qui devrait finalement être concernée. Aussi convient-il de mieux cerner cette appréhension de l'externalisation administrative afin d'en proposer une lecture conceptuelle propre à éclairer sa détermination et son impact sur le droit positif. L'influence des préceptes du *New Public Management*, rappelant en cela les préconisations avant-gardistes d'Henry Fayol, instaure un cadre renouvelé de l'organisation administrative dont il convient de proposer une explication conceptuelle adaptée. Reposant sur deux piliers, cette réforme de l'administration constitue le terreau propice à l'émergence de l'externalisation dans la sphère administrative¹⁰⁸¹. D'une part, il explique l'intégration conceptuelle en droit administratif d'un outil conçu par les managers (A) et, d'autre part, il justifie une telle intégration dans la mesure où la logique coopérative qui la sous-tend relève de la coordination des acteurs à laquelle conduit le fayolisme (B). Ainsi l'externalisation administrative se présenterait-elle comme la clef conceptuelle de compréhension d'une transformation en profondeur de l'action publique.

A. L'intégration conceptuelle de l'externalisation expliquée par son origine managériale

81. L'influence prépondérante d'Henry Fayol. La remise en cause du modèle d'organisation bureaucratique wébérien, fondé sur l'autorité, par l'émergence d'un modèle nouveau d'inspiration managériale ne peut aller sans rappeler les travaux précurseurs menés par Henry Fayol à l'aube du XX^e siècle. Plus encore, dès lors qu'il est admis que « *l'analyse trop souvent oubliée des écrits de Fayol apporte un éclairage nouveau sur les ferments de l'évolution de la gestion publique qui vont conduire plus tard à la nouvelle gestion publique* »¹⁰⁸², l'appréhension de l'intégration de l'externalisation en droit administratif ne peut être réalisée qu'à l'aune des préconisations faites par ce dernier durant la première moitié du siècle dernier. Adaptant à l'administration les évolutions scientifiques préconisées par

¹⁰⁸⁰ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁸¹ Il est d'ailleurs possible de déceler dans le discours d'Henry Fayol des éléments évoquant déjà l'apparition de l'externalisation. Il considère effectivement dès les années 1920 que l'État doit « *déléguer sa gestion, ce qui ne l'empêche pas de demeurer maître du service* » : MORGANA L., *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁸² MORGANA L., « Un précurseur du New Public Management : Henri Fayol (1841-1925) », *Gestion et Management Public*, 2012/12, n°2, p. 4.

Frederick Taylor en matière d'organisation des entreprises¹⁰⁸³, Henry Fayol proposait dès les années 1920 de « *moderniser les administrations publiques, en s'inspirant des pratiques de gestion du privé pour améliorer la performance* »¹⁰⁸⁴ afin de prendre en compte le nécessaire « désencombrement » d'un État désormais plongé dans une économie industrialisée. Conscient de la nécessité d'un *Éveil de l'esprit public*¹⁰⁸⁵, il entamait une réflexion relative à la rationalisation nouvelle de l'administration¹⁰⁸⁶. C'est en cela qu'il peut être présenté en tant que précurseur du *New Public Management*¹⁰⁸⁷, et donc incidemment de l'intégration de l'externalisation en droit administratif.

L'obsolescence de l'autorité rationnelle-légale nécessitait effectivement l'édification d'une légitimité renouvelée de l'action administrative¹⁰⁸⁸. Adoptant une attitude novatrice, Henry Fayol la situait alors dans la performance. Au-delà de sa légalité, l'intervention des personnes publiques devait donc davantage insister sur la « *recherche de l'efficacité organisationnelle et l'amélioration de la qualité des biens et services à destination des acteurs sociaux* »¹⁰⁸⁹. Prônant en conséquence l'emprunt par l'administration d'instruments de management au registre de l'entreprise, il concevait un nouveau modèle d'organisation hybride mêlant l'autorité à la performance. Aussi préconisait-il alors la distinction nette des responsabilités du politique et de l'administration ; c'est-à-dire celles de la conception des missions publiques et celles de leur réalisation concrète. En ce sens, il proposait « *de séparer la prise de décision*

¹⁰⁸³ Ce dernier est considéré comme le chef de file de la conception nouvelle de l'organisation des entreprises élaborée à la suite de la révolution industrielle. Il propose d'élaborer une analyse scientifique des entreprises fondée sur « *une approche mécaniste de la gestion basée essentiellement sur le concept de rationalité* » : PLANE J.-M., *Théorie et management des organisations*, Dunod, coll. Management – Ressources humaines, 3^e éd., 2012, p. 7. Ce faisant, il va provoquer une évolution considérable de l'état d'esprit des dirigeants. Il estime notamment que « *dans son essence, le système de direction scientifique (...) implique une révolution complète d'état d'esprit chez ceux qui sont du côté de la direction* » : TAYLOR F. W., *La direction scientifique des entreprises*, Dunod, 1957, p. 54. Il développe alors des concepts managériaux nouveaux tels que : la division du travail, un établissement des salaires en fonction du rendement du travail, ou encore un contrôle de ce dernier.

¹⁰⁸⁴ MORGANA L., *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸⁵ FAYOL H., *L'éveil de l'esprit public*, Dunod et Pinat, 1918.

¹⁰⁸⁶ Henry Fayol était en effet déjà persuadé que « *l'État est un mauvais gestionnaire et que l'industrie privée accomplirait mieux cette tâche* », admettant alors qu'il « *pourrait éventuellement se borner à donner des orientations* » : MORGANA L., *op. cit.*, p. 9. Il affirmait d'ailleurs dès 1921 que, « *au lendemain de la crise sanglante d'où est sortie notre victoire, au moment où la diminution de nos moyens nous ordonne de grouper le plus rationnellement nos forces créatrices, il importe que tout le monde soit convaincu qu'il faut enfin administrer* » : FAYOL H., « L'incapacité industrielle de l'État : les PTT », *Revue politique et parlementaire*, 10 mars 1921, n°316, p. 365.

¹⁰⁸⁷ Laurence Morgana affirme d'ailleurs que c'est à l'occasion d'une conférence prononcée le 24 octobre 1918 qu'Henry Fayol dressera la liste « *des préconisations pour une réforme des pratiques managériales de l'État. Ces conclusions ne sont pas sans nous rappeler les principes du New Public Management* » : MORGANA L., *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁸⁸ « *Nul doute que pour aboutir la modernisation implique une rupture avec un vieil héritage bureaucratique dont le droit a facilité la conservation* » : CAILLOSSE J., « Variations sur le modèle juridique de l'administration. La modernisation de l'État », *AJDA*, 1991, p. 755.

¹⁰⁸⁹ MORGANA L., *op. cit.*, p. 14 et 15.

stratégique, qui relève du pouvoir politique, de la gestion opérationnelle, qui est sous la responsabilité de l'administration »¹⁰⁹⁰. Ainsi est-il aisé d'identifier ici les prémisses d'une distinction du « cœur de métier » et des fonctions supports de l'administration, distinction typique du management stratégique moderne et de l'externalisation en particulier. Il tirait d'ailleurs également les conséquences de cela et envisageait par la suite une évolution de l'exécution des tâches administratives. Sur ce point, il se posait effectivement en partisan de l'abandon de la subordination hiérarchique, typique du modèle wébérien, lui préférant la coordination des ressources complémentaires¹⁰⁹¹ ; en d'autres mots, la coopération des acteurs. Avant même de pouvoir être pensée et conceptualisée, il convient donc de préciser les conditions d'intégration de l'externalisation dans la sphère administrative. Or il semblerait que celle-ci se soit concentrée principalement, du moins dans un premier temps, au sein du discours doctrinal. Aussi les réflexions menées par Henry Fayol permettent-elles effectivement de mettre en évidence la justification d'une telle intégration par le discours managérial (1), puis la confirmation par le développement croissant de la nouvelle gestion publique dont elle s'inspire (2).

1. Une intégration justifiée par le discours managérial

82. La recherche de la performance par le management. Les racines du *New Public Management* peuvent être situées dans les travaux d'Henry Fayol. Selon ce dernier, il n'était pas pertinent en effet de distinguer la gestion organisée selon les préceptes du management privé et celle déterminée par les impératifs inhérents à la gestion publique. Certes la poursuite de l'intérêt général dans le respect du cadre de la légalité constitue une part importante de la légitimité de l'intervention des personnes publiques. Mais il ne faut pas non plus nier l'importance actuelle de la légitimation par la performance¹⁰⁹². En cela, s'il est vrai que le management privé ne prend pas en compte les impératifs liés à la satisfaction de l'intérêt général, il se focalise entièrement, et depuis longtemps, sur la recherche de la performance.

¹⁰⁹⁰ MORGANA L., *op. cit.*, p. 16 et 17.

¹⁰⁹¹ Car pour Henry Fayol la recherche d'efficacité de l'action administrative est similaire à celle de la fonction de production dans la gestion de l'entreprise, « *l'objectif est dans les deux cas de générer des produits et des services en évitant de consommer trop de ressources* » : MORGANA L., *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹² Sans parler de crise de l'intérêt général, l'entrée de celui-ci dans la néo-modernité soulignée par Guylain Clamour conduit nécessairement à un bouleversement de la gestion publique. Dès lors que « *le référentiel classique de l'intérêt général, qui était censé établir sa légitimité, ne suffit plus ; l'idée s'est imposée que l'administration publique doit être, à l'instar du privé, « efficace » et qu'elle doit à cet effet emprunter à celui-ci des recettes de bonne gestion* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, t. 35, 2014, p. 70.

Conscient des avantages que l'action administrative pourrait tirer d'une adoption de certains des préceptes ayant fait leur preuve dans le monde de l'entreprise, Henry Fayol proposait déjà « *de moderniser les administrations publiques, en s'inspirant des pratiques de gestion du privé pour améliorer la performance* »¹⁰⁹³. Or, une telle évolution s'impose d'autant plus aujourd'hui que la légitimité traditionnelle de l'intervention publique tend à s'effriter¹⁰⁹⁴, si ce n'est déjà fait¹⁰⁹⁵. Outre le fait que son périmètre se soit considérablement rétracté, l'action administrative subit désormais une concurrence dans la satisfaction de l'intérêt général¹⁰⁹⁶ amoindrissant d'autant plus une légitimité dont elle disposait dans la mesure où elle en était par le passé exclusivement chargée. L'action administrative n'est par conséquent pas légitime de plein droit, elle ne lui est désormais « *pas acquise d'avance mais doit être conquise* »¹⁰⁹⁷.

Cette évolution de la légitimité se retrouve d'ailleurs dans la transformation de la figure étatique. Si l'État-providence, ou *Welfarestate*, se caractérisait par la prise en charge monopolistique de la détermination et de la satisfaction de l'intérêt général par les personnes publiques, justifiant ainsi leur existence, l'État-manager doit quant à lui démontrer l'utilité de son existence dans une économie de marché. Typique de l'influence néolibérale et du passage à la post-modernité, c'est là qu'intervient la légitimation par la performance. Son intégration au droit administratif a cependant attendu bien longtemps avant d'émerger comme l'y invitait pourtant Henry Fayol à l'aube du XX^e siècle¹⁰⁹⁸. Et si le constat d'une telle intégration est aujourd'hui largement admis, elle « *doit sa promotion et sa fortune aux pratiques managériales, ainsi qu'aux activités de communication des entreprises* »¹⁰⁹⁹. Il a fallu effectivement attendre que les juristes admettent que la performance de l'action

¹⁰⁹³ MORGANA L., *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹⁴ Il est effectivement admis que « *le postulat selon lequel la gestion publique, placée au service de l'intérêt général, ne pouvait être mesurée en termes d'efficacité a fait place à l'idée que l'administration est tenue, tout comme les entreprises privées, d'améliorer sans cesse ses performances et d'abaisser ses coûts de fonctionnement (...). La différence avec l'entreprise privée tend dès lors à s'estomper* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁹⁵ « (...), *l'administration tend à passer d'une légitimité extrinsèque, découlant de son appartenance à l'État, à une légitimation intrinsèque, fondée sur l'analyse concrète de son action : on la jugera sur les résultats qu'elle est capable d'atteindre ainsi que sur son aptitude à gérer au mieux les moyens dont elle dispose, en vue d'obtenir la meilleure efficacité* » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ Car le passage à la post-modernité traduit notamment l'adaptation de l'État au fait que « *le mythe de l'« intérêt général », sur lequel l'État a construit sa légitimité, a perdu sa force (...): l'intérêt général n'apparaît pas plus comme étant le monopole de l'État qu'il n'en est le signe distinctif* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁹⁷ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁹⁸ Au crépuscule de ce même XX^e siècle, Jacques Caillosse écrivait en effet que « *la performance, (...), demeure à priori étrangère au langage ordinaire du droit et des juristes* », limitant alors son champ lexical au sport et à l'art : CAILLOSSE J., « *Le droit administratif contre la performance publique ?* », *AJDA*, 1999, p. 195.

¹⁰⁹⁹ CAILLOSSE J., *Ibid.*

administrative ne puisse être réduite à son seul caractère légal¹¹⁰⁰, au risque de se priver d'une source importante de légitimité¹¹⁰¹. Dès lors, face à l'impuissance de l'administration de l'État-providence à proposer une gestion publique performante, le *New Public Management* a permis de l'organiser autour de l'emprunt d'outils efficaces et efficients tirés du registre de la stratégie d'entreprise¹¹⁰². Le souci de l'amélioration de la performance administrative revient dès lors telle une antienne depuis les années 2000 dans le cadre du discours sur la réforme de l'État¹¹⁰³, au point d'être aujourd'hui présenté comme « *un objectif, un idéal, vers lequel il faut tendre* »¹¹⁰⁴. Il est cependant certain qu'un tel idéal ne peut se substituer entièrement à la légitimité juridique de l'administration. En cela se retrouvent également les préconisations avancées par Henry Fayol : atteindre le juste équilibre entre légalité et efficacité par l'adaptation et non la transposition des outils de gestion issus de l'entreprise¹¹⁰⁵.

83. Un outil incontournable du management stratégique. Ainsi, « (...) *sommé d'emprunter des recettes de bonne gestion au privé : il conviendrait d'adapter à la culture administrative le « savoir-faire » du privé* »¹¹⁰⁶ comme le préconise l'influence du *New Public Management* sur le droit administratif et les cadres axiologiques de la gestion publique. C'est dans le canevas de cette nécessaire construction d'une gestion moderne, et donc efficace, de l'action publique que l'externalisation trouve logiquement le creuset propice à son épanouissement dans la sphère administrative. Comme le soulignent effectivement Jacques Caillosse, Jacques Chevallier ou encore Jean-Bernard Auby, la prise en compte de la performance ne doit pas

¹¹⁰⁰ Dans le cadre de l'État-providence organisé sur le modèle webérien, « *les administrations n'ont pas eu vraiment à s'inquiéter de leurs propres performances (...). L'État trouvait dans son droit les moyens de ne pas se soumettre aux exigences du rendement de son mode d'organisation et de fonctionnement* » : CAILLOSSE J., *Ibid.*

¹¹⁰¹ Car désintéressée par sa propre performance, l'action administrative « *laisserait apparaître un déficit de légitimité* » : CAILLOSSE J., *Ibid.*

¹¹⁰² « *Il n'est décidément plus possible de croire à l'efficacité d'une administration qui continuerait de pratiquer un style de commandement unifié au sommet et censé se propager, en cascades, à tous les échelons de l'édifice* » ; c'est-à-dire finalement une organisation fondée sur le modèle bureaucratique webérien : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁰³ Notons ici que, qu'il s'agisse de la Loi Organique relative aux Lois de Finances, de la Révision Générale des Politiques Publiques ou encore plus récemment de la Modernisation de l'Action Publique, « *cette volonté de réformer l'administration, de la rendre performante n'est pas nouvelle* » : DESMOULIN G., « La recherche de la performance des politiques publiques », *AJDA*, 2013, p. 894. Il est même possible de faire reposer cette volonté « *sur les ruines de la rationalisation des choix budgétaires appliquée en 1968 à l'initiative de Michel Debré* » : DESMOULIN G., *op. cit.*, p. 895.

¹¹⁰⁴ DESMOULIN G., *Ibid.*

¹¹⁰⁵ « *Le recours aux concepts privés dans la sphère publique n'implique pas nécessairement des décisions, des pratiques, des comportements organisationnels similaires* » : MORGANA L., « Un précurseur du New Public Management : Henri Fayol (1841-1925) », *Gestion et Management Public*, 2012/12, n°2, p. 19.

¹¹⁰⁶ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 71.

être comprise comme une remise en cause conflictuelle du droit administratif¹¹⁰⁷. Bien au contraire, ce dernier doit pouvoir s'enrichir de concepts et d'outils qui ont pu lui être étrangers par le passé, mais qui ne peuvent plus le demeurer. C'est alors notamment par la « *juridicisation des préceptes managériaux* »¹¹⁰⁸ que l'on peut le mieux appréhender le « *travail d'innovation juridique qui accompagne les innovations actuelles* »¹¹⁰⁹ et, par là, parvenir à la démonstration de l'existence concrète de l'externalisation administrative. Une existence qui serait principalement et avant tout conceptuelle dans la mesure où elle porte davantage sur l'explication de ces innovations qu'elle n'en constitue manifestation explicite, laquelle semble devoir impliquer la mise en œuvre d'instruments traditionnels du droit administratif dont il convient d'autant plus d'éclairer cet usage renouvelé.

Dans la mesure où l'externalisation fut élaborée dans le cadre de la stratégie d'entreprise et développée afin de constituer un outil de gestion efficace des ressources de l'entreprise mis à la disposition des managers, elle s'impose effectivement au premier rang de ces « recettes » auxquelles ils recourent dans leur quête constante de performance. Si, comme le démontre Guylain Clamour, l'administration a su se plier aux canons du modèle sociétal pour la réorganisation institutionnelle de son intervention économique¹¹¹⁰, il est logique qu'elle approfondisse la « *banalisation* »¹¹¹¹ de son action en adoptant désormais les linéaments relationnels de l'organisation interne des entreprises. L'assimilation des règles du gouvernement d'entreprise au sein des entreprises publiques¹¹¹² n'annonçait-elle pas déjà une

¹¹⁰⁷ La rencontre des préoccupations juridiques et managériales n'est plus perçue actuellement sous un jour conflictuel. Le Conseil d'État lui-même, gardien de la légalité administrative semble admettre que « *la progression du management contribue à imposer ce qu'on peut appeler une nouvelle économie institutionnelle* » : CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, coll. Les voies du droit, 2008, p. 315 et 316.

¹¹⁰⁸ CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 1993, vol. 11, n°4, p. 111.

¹¹⁰⁹ AUBY J.-B., « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, 1993, vol. 11, n°4, p. 147.

¹¹¹⁰ Constatant la soumission croissante des entreprises publiques aux règles du droit des sociétés, ainsi que la disparition progressivement de l'établissement public industriel et commercial, Guylain Clamour note que l'intervention économiques des personnes publiques « *a subi des mutations conduisant à l'agencer autour de nouveaux paradigmes nettement ancrés dans la gestion privée (...) privilégiant une application croissante du droit commun au secteur industriel et commercial et la promotion de la société commerciale comme modèle d'organisation* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 456 et 457.

¹¹¹¹ Car l'administration ne se résume plus désormais à sa posture de puissance publique, « *elle est aussi une institution agissant comme on se comporte dans le secteur privé, selon les modes de la gestion privée* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, n°70. C'est en cela qu'il convient de reconnaître l'apparition d'une « *fonction de banalisation des personnes publiques* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 448.

¹¹¹² Le mouvement progressif de soumission des entreprises publiques au droit commun des sociétés les a finalement fait entrer dans le moule du modèle de gestion des entreprises, ouvrant ainsi la porte à « *la*

telle évolution instrumentale de la gestion publique ? Or l'externalisation incarne bel et bien aujourd'hui, dans le monde des affaires, une opportunité à laquelle les dirigeants d'entreprise recourent d'autant plus couramment¹¹¹³ qu'elle permet une nette amélioration de la création de valeur¹¹¹⁴. Le droit administratif n'est d'ailleurs pas resté insensible au succès de cet outil stratégique. Julien Boucher remarquait effectivement que le concept d'externalisation « fut forgé, dans les années 1980, pour rendre compte de nouvelles pratiques observées dans la gestion des entreprises »¹¹¹⁵, et qu'il émergeait aujourd'hui dans la sphère administrative. Il semble donc bien avoir été intégré à la nouvelle gestion publique aux côtés d'autres instruments issus de la « boîte à outils »¹¹¹⁶ du management stratégique. Outre la normalisation juridique du principe d'efficacité opérationnelle de l'action administrative, l'influence du management sur le droit administratif conduit en effet à une organisation nouvelle de l'appareil de gestion publique dont l'externalisation administrative constitue l'une des manifestations les plus visibles dont l'étude mériterait d'ailleurs d'être approfondie.

2. Une intégration confirmée par la nouvelle gestion publique

84. L'externalisation innovation de la nouvelle gestion publique. Traduisant d'une certaine manière une forme de « décentralisation fonctionnelle »¹¹¹⁷ de la réalisation de tâches

pénétration du gouvernement d'entreprise » en leur sein : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 495. Cela a notamment conduit à une profonde remise en question du fonctionnement de leurs conseils d'administration devant davantage être « tenus par des managers au détriment d'une fonction d'administrateur représentant les actionnaires » : CLAMOUR G., *Ibid.*

¹¹¹³ Il est effectivement unanimement constaté que « le nombre d'opérations d'externalisation s'est considérablement accru depuis quelques années » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 101. Au point que l'externalisation est traitée par la littérature managériale comme « une tendance de fond » : QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/8, n°143, p. 13.

¹¹¹⁴ « Sur le long terme, elle est vue comme un choix stratégique majeur permettant aux entreprises de se recentrer sur leur cœur de métier et de redéfinir leurs frontières » : BARTHÉLEMY J. et DONADA C., *op. cit.*, p. 101.

¹¹¹⁵ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

¹¹¹⁶ L'utilisation de cette expression révèle elle-même l'innovation de la sphère administrative dont l'externalisation participe. En effet, « l'innovation juridique administrative acquiert d'ailleurs son jargon, dans lequel, par exemple, la notion de « boîte à outils », c'est-à-dire d'éventail de montages susceptibles de résoudre un problème déterminé, se fait familière » : AUBY J.-B., « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, 1993, vol. 11, n°4, p. 153 et 154.

¹¹¹⁷ Entendue par Charles Eisenmann ou René Chapus comme une technique de gestion administrative consistant à octroyer à certains services chargés de la réalisation de missions spécifiques la qualité de personne morale de droit public, la décentralisation fonctionnelle se concrétise juridiquement le plus souvent sous la forme de l'établissement public, administratif ou industriel et commercial, doté de la personnalité juridique et soumis au principe de spécialité ; en cela il est limité à titre principal à la réalisation de la mission qui lui est confiée. Précisant encore cette notion, François Fournié rappelle que Maurice Hauriou envisageait également comme « un procédé commode de gestion d'un service public » (FOURNIÉ Fr., *Recherches sur la décentralisation dans*

administratives autrefois réalisées en interne, l'externalisation administrative révèle cette volonté nouvelle d'assouplissement de la centralisation hiérarchique typique du modèle d'organisation bureaucratique wébérien¹¹¹⁸. Offrant une possibilité de s'échapper de la lourdeur et de la rigueur de ce dernier, l'externalisation reposerait sur l'emprunt à Gilles Deleuze de la théorie du rhizome. Le modèle pyramidal fondé sur la subordination hiérarchique laisserait dès lors la place à une application étatique du modèle rhizomique dans lequel chaque opérateur pourrait participer au processus de réalisation de l'intérêt général¹¹¹⁹. Pour autant il y aurait toujours un centre de pouvoir définissable non plus « *par son exercice absolu dans le domaine, mais par les adaptations et conversions relatives qu'il opère entre la ligne et le flux* »¹¹²⁰. Mais, au-delà de cet éclairage philosophique et psychanalytique, l'intégration de l'externalisation en droit administratif s'explique essentiellement d'un point de vue managérial. La recherche d'une performance accrue révèle effectivement un « *effort très abondant et fréquent pour trouver des formules nouvelles* »¹¹²¹ en matière de réalisation d'équipements publics, de gestion des services publics, ou encore de gestion domaniale¹¹²².

l'œuvre de Maurice Hauriou, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 245, 2005, p. 352) présentant concomitamment une fonction politique et économique dans la mesure où « *l'établissement public est par lui-même un procédé de décentralisation, en ce sens qu'un service spécial doué d'autonomie est moins centralisé que les services généraux d'un ministère, d'une préfecture ou d'une mairie* » (HAURIU M., *Précis de droit administratif*, Librairie du Recueil Sirey, 11^e éd., 1927, p. 245) tout en permettant « *la pénétration au sein de l'administration* » (FOURNIÉ Fr., *op. cit.*, p. 352) d'une forme de logique de marché. L'externalisation administrative pourrait donc être considérée comme une forme étendue de décentralisation fonctionnelle ; c'est-à-dire une forme qui ne se limiterait pas aux personnes morales de droit public mais qui reposerait sur le même principe.

¹¹¹⁸ L'économie de marché, par nature instable, dans laquelle est désormais baignée l'administration appelle nécessairement un « *relâchement de la pression hiérarchique ou tutélaire, pour passer à un système d'organisation plus souple, fondé sur une large autonomie des éléments constitutifs* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 122.

¹¹¹⁹ Il est alors possible de voir dans la mise en œuvre de l'externalisation une réalisation de la déterritorialisation induite par le capitalisme à l'échelle de l'action administrative. Il faudrait désormais penser « *la déterritorialisation comme une puissance parfaitement positive, qui possède ses degrés et ses seuils, et toujours relative, ayant un envers, ayant une complémentarité dans la reterritorialisation* » (DELEUZE G. et GUATTARI F., *Capitalisme et schizophrénie, vol. 2 Mille Plateaux*, Les éditions de Minuit, coll. Critique, 1980, p. 71). L'administration serait elle-même traversée de mouvements complémentaires de déterritorialisation – reterritorialisation aboutissant à une configuration nouvelle dans la mesure où il ne faut pas y voir une « *déterritorialisation absolue* » (DELEUZE G. et GUATTARI F., *op. cit.*, p. 73) car toujours, et même en politique, « *quelque chose coule ou fuit, qui échappe aux organisations binaires, à l'appareil de résonance, à la machine de sur-codage* » (DELEUZE G. et GUATTARI F., *op. cit.*, p. 264).

¹¹²⁰ DELEUZE G. et GUATTARI F., *op. cit.*, p. 264. Le nouveau modèle rhizomique présenterait donc une forme d'organisation binaire dans laquelle coexistent un réseau participant à la réalisation de l'intérêt général, et un autre procédant à l'organisation de cette coexistence ; fonction spécifique qui « *implique ici un appareil d'État* » (DELEUZE G. et GUATTARI F., *op. cit.*, p. 271). Néanmoins ce dernier change alors de rôle. Il n'est plus « *le maître d'école, mais le surveillant* » (DELEUZE G. et GUATTARI F., *op. cit.*, p. 274), et participe également d'une manière schizophrénique à l'activité qu'il surveille.

¹¹²¹ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 148.

¹¹²² Une recherche dans laquelle le Conseil d'État prend une part active comme l'illustre particulièrement le mouvement jurisprudentiel d'ampleur systémique engagé à partir du milieu des années 2000 : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC Ciné-Cité*, rec. p. 418 ; CE, sect., 3

Présentée comme une solution aux problèmes actuels rencontrés par la gestion publique traditionnelle¹¹²³, l'externalisation participe d'un « *mouvement général d'accroissement de la sous-traitance dans notre économie* »¹¹²⁴. Elle ne participerait donc pas concrètement à la mise en œuvre de ce recours à la délégation, elle constituerait le concept qui l'anime et pourrait ainsi en suggérer une lecture unifiée en tant que concept. Alors qu'elle n'aurait pu être qu'une adaptation éphémère de la gestion publique, l'externalisation semble davantage participer du « *mouvement actuel d'innovation juridique dans et autour de l'Administration* »¹¹²⁵. Loin de ne constituer effectivement que l'adoption temporaire d'une mode « cosmétique » nouvelle et temporaire, son intégration est ancrée profondément dans le tournant managérial de la figure étatique. Marquée par l'idée de souplesse et d'autonomie de la gestion, et laissant une place plus grande à la subsidiarité plutôt qu'à la subordination, l'externalisation révèle également un changement de la logique guidant l'organisation administrative. Plus qu'une modernisation de surface de l'action publique par la prise en compte du souci de sa performance, elle découle de la mise en œuvre de la coopération en substitution de l'autorité et de la contrainte. Or il est admis que « *l'innovation juridique ne dépasserait pas de beaucoup le niveau de la fabrication de gadgets si elle n'apportait pas une contribution à la modernisation de la gestion publique* »¹¹²⁶. C'est bien en cela que l'intégration de l'externalisation en droit administratif peut être considérée comme une véritable innovation juridique. Participant de la réorganisation de l'administration, elle acquiert une existence concrète expliquée par sa dimension managériale et justifiée par la logique nouvelle qui la sous-tend. Une existence conceptuelle plus que contractuelle et qui permettrait d'éclairer d'une façon renouvelée l'action administrative, les conditions et les modalités de sa mise en œuvre autant que la logique qui l'anime.

85. L'externalisation administrative appliquant la nouvelle gestion publique. Bien plus qu'un simple outil de gestion dans la sphère administrative, l'externalisation peut être appréhendée comme un concept révélateur et instructif de l'installation d'une nouvelle gestion publique. Alors que la gestion publique traditionnelle était mise exclusivement au service de la

décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472 ; CE, ass., 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, rec. p. 479, ou encore CE, ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, rec. p. 449.

¹¹²³ De manière simplifiée citons ici les règles propres au droit administratif, ressenties « *comme des obstacles à l'action* » (AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 150), ou encore les contraintes budgétaires, humaines et techniques que connaît aujourd'hui la sphère administrative.

¹¹²⁴ AUBY J.-B., *Ibid.*

¹¹²⁵ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 151.

¹¹²⁶ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 155.

satisfaction de l'intérêt général dans le respect de la légalité¹¹²⁷, les transformations économiques, sociales et idéologiques ont conduit à la remise en cause de la légitimité de principe de l'action administrative pour lui substituer celle issue de la démonstration de son efficacité¹¹²⁸. Dès lors la seule poursuite de l'intérêt général ne peut plus suffire et s'abouche d'une recherche de la performance par les résultats qui emprunte parfois « le « *savoir-faire* » du privé »¹¹²⁹. Elle provoque alors ce que certains envisageront comme une acculturation du droit administratif, et d'autres, au contraire, comme un enrichissement dans la mesure où lorsque « *gestion publique apparaît synonyme de lourdeur et de bureaucratisation, gestion privée signifie dynamisme et innovation* »¹¹³⁰. Encore faut-il s'entendre néanmoins sur ce que devrait désigner cette gestion privée s'il est envisagé de retenir la seconde acception conférée à cet emprunt. C'est en l'occurrence ce que permet l'externalisation administrative perçue comme un concept et non comme un outil contractuel de gestion parmi d'autres.

Sans nul doute inspirée de l'influence grandissante du management sur le droit administratif, l'émergence de l'externalisation dans la sphère administrative invite à l'identification d'une existence non pas tant contractuelle comme en droit civil, mais plus généralement conceptuelle. Elle peut en effet être appréhendée dans ce contexte comme désignant cette forme particulière de gestion publique empruntant au privé ses outils et sa logique. Dès lors en effet que les finalités de l'activité des entreprises ainsi que les contraintes qui pèsent sur elle ne correspondent pas à celles que connaît l'action administrative, il est concevable que les instruments conçus pour la stratégie d'entreprise ne puissent coïncider trait pour trait aux nécessités de cette dernière. Ne désignant donc pas un outil contractuel en particulier qui aurait tout simplement été transposé du monde de l'entreprise, l'externalisation administrative existerait en tant que concept recouvrant, en partie du moins, ce pan rénové de la gestion publique qui s'enrichit du *New Public Management*. Dit autrement, elle signifierait l'élaboration d'une voie médiane entre la gestion publique traditionnelle et la gestion

¹¹²⁷ « Dans la conception traditionnelle de la gestion publique, l'administration est assurée d'une légitimité de principe, qui lui est acquise de plein droit et qui découle de son statut : parce qu'elle est placée du côté du public, parce qu'elle est l'instrument de l'action de l'État, elle est censée agir nécessairement dans le sens de l'« intérêt général » » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 66.

¹¹²⁸ « Or, ce mécanisme de légitimation est entré en crise : la simple invocation de l'intérêt général n'est plus à elle seule suffisante ; encore faut-il que l'administration apporte la preuve de son « efficacité » » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹¹²⁹ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 67.

¹¹³⁰ CHEVALLIER J., *Ibid.*

purement privée soumise à un régime juridique de droit privé¹¹³¹. Le développement considérable du *New Public Management* à partir des années 1980 conduirait d'ailleurs à confirmer cette divergence supposée entre le droit civil et le droit administratif dans l'identification de l'existence de l'externalisation. Outil contractuel de gestion des ressources pour les premiers, elle pourrait être envisagée par les seconds davantage comme un mode de gestion à part entière animée d'une logique inhabituelle dans la sphère administrative, une logique coopérative, que le concept d'externalisation aurait permis d'acclimater¹¹³².

B. L'intégration conceptuelle de l'externalisation justifiée par sa logique coopérative

86. La manifestation conceptuelle de la prise en compte d'une logique coopérative.

Davantage qu'un outil juridique dont les personnes publiques se serviraient désormais afin de parvenir à la réalisation de l'intérêt général, l'externalisation administrative apparaît comme un concept animant une action publique guidée également par la recherche de performance. Il ne peut donc être question de rechercher ici, comme ce fut le cas en droit civil, une existence contractuelle de l'externalisation. Bien que partageant la même origine stratégique, elle ne peut se manifester de manière identique dans les deux disciplines. Si la doctrine civiliste bénéficiait en l'occurrence d'une structure juridique adaptée à la mise en œuvre des préceptes managériaux, il n'en allait pas ainsi pour la doctrine administrativiste. L'existence de l'externalisation administrative y est donc nécessairement de nature conceptuelle dans la mesure où elle vise à retranscrire dans une discipline à priori étrangère, une logique contraire à celle qui l'anime traditionnellement. Elle doit par conséquent être envisagée comme un outil conceptuel destiné à proposer une structure juridique également adaptée à la mise en œuvre des préceptes managériaux. Évoquée précédemment par un courant doctrinal au premier rang duquel figure Jacques Chevallier, une telle restructuration partielle du droit administratif paraît indispensable à l'efficacité d'une branche du droit dont la légitimité semble s'effriter, d'un droit administratif désormais baigné dans l'économie de marché¹¹³³. Dès lors

¹¹³¹ Jacques Chevallier admettait d'ailleurs que « là où la distinction du public et du privé était traditionnellement fortement marquée, la construction d'un « management public » constituera un compromis entre l'exigence nouvelle d'efficacité et l'attachement au particularisme de la gestion publique » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹¹³² « (...), la vulgate managérialiste a été progressivement infléchie : les méthodes de gestion ne sauraient être envisagées indépendamment des contextes organisationnels ; même si l'impératif d'efficacité s'impose aussi au public, cela ne signifie pas pour autant que les voies et les moyens d'y parvenir soient idnetiques » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 68.

¹¹³³ « Si la distinction public/privé a pendant longtemps été vécue sur le mode de l'évidence, ces certitudes sont désormais compromises par le brouillage des frontières et l'effacement des signes distinctifs qui marquaient la spécificité du public ; c'est ainsi la constitution symbolique de l'État qui se trouve atteinte », au même titre que

effectivement que « *le référentiel classique de l'intérêt général, qui était censé établir sa légitimité ne suffit plus ; l'idée s'est imposée que l'administration publique doit être, à l'instar du privé, « efficace » et qu'elle doit à cet effet emprunter à celui-ci des recettes de bonne gestion* »¹¹³⁴. Il convient toutefois de préciser que ces « recettes » relèvent d'un livre de « cuisine » dont les personnes publiques ne disposent pas, mais que le concept d'externalisation administrative pourrait leur offrir si tant est qu'il soit conçu dans cette finalité unificatrice et explicative.

Traduisant le passage de la pyramide au réseau en matière d'organisation administrative, la logique coopérative est un élément essentiel de l'évolution des relations entretenues par les administrations entre elles, ou avec d'autres personnes publiques ou privées¹¹³⁵. Élaboré notamment en réaction à la crise traversée par le modèle d'organisation étatique wébérien bureaucratique fondée sur la subordination à l'instar de l'organisation du mode de gouvernance par la firme, le modèle proposé par le *New Public Management* repose effectivement sur la coopération à l'instar de l'organisation des modes de gouvernance hybrides. Le parallèle peut d'ailleurs être prolongé tant l'abandon, ou du moins la relégation, de l'autorité de commandement semble motivé autant par un souci démocratique que de performance¹¹³⁶. Il est d'ailleurs un précepte managérial essentiel au bon fonctionnement des entreprises en vertu duquel, « *pour fonctionner efficacement, une organisation doit éviter de recourir à la contrainte mais faire essentiellement appel à la bonne volonté des membres, à leur aptitude à coopérer* »¹¹³⁷. C'est donc à plus d'un titre que l'inspiration tirée des pratiques du management permet de suggérer l'émergence d'un concept d'externalisation administrative rendant compte de la mise en œuvre d'une logique coopérative dans le cadre de l'action administrative. Tout d'abord, parce qu'il est admis qu'elle participe de la quête de performance. Également, car elle retranscrit convenablement l'utilisation de la coopération

celle des personnes publiques et donc, par voie de conséquence, du droit qui les encadre : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 64.

¹¹³⁴ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 65.

¹¹³⁵ « (...), *les entités étatiques ne sont plus unies par des liens verticaux de subordination, mais par des relations horizontales d'interaction et d'interdépendance. La figure post-moderne du réseau tend ainsi à se substituer à celle de la pyramide* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 77.

¹¹³⁶ « *La condamnation du style de commandement classique par les spécialistes du management et les théoriciens des organisations ne s'inspire pas d'un souci de démocratisation mais d'une préoccupation d'efficacité : les formes de direction bureaucratique multiplient en effet les conflits au sein de l'organisation et la rendent incapable de faire face aux problèmes qu'elle a à résoudre ; la mise en place, dans l'entreprise comme dans l'administration, d'un système de pouvoir partagé est dès lors indispensable pour améliorer le fonctionnement de l'organisation* » : CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2007, p. 407 et 408.

¹¹³⁷ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 408.

telle que l'envisagent les économistes ; c'est-à-dire comme un mode de gouvernance. À ce propos d'ailleurs, la notion de gouvernance fut pendant longtemps envisagée comme « *le mot fétiche censé condenser et résumer à lui seul l'ensemble des transformations qui affectent l'exercice du pouvoir dans les sociétés contemporaines* »¹¹³⁸. Sans s'afficher comme une alternative à la gouvernance, le concept d'externalisation administrative apporterait néanmoins un complément utile à la compréhension de l'instauration d'une gestion publique nouvelle appliquant une logique désormais également coopérative¹¹³⁹. Inscrite dans le paradigme général de la gouvernance, le concept d'externalisation constituerait un élément de cette grille d'analyse nouvelle rendant compte des mutations contemporaines de l'organisation étatique et administrative¹¹⁴⁰ désormais « *dominée par une rationalité coopérative* »¹¹⁴¹. Désignant de la même manière que la gouvernance, et au nom d'une idéologie similaire, « *un projet de redéfinition du statut de l'État d'inspiration néolibérale* »¹¹⁴², l'identification d'une existence conceptuelle de l'externalisation administrative offre la possibilité d'apporter un éclairage nouveau au renouvellement de la gestion publique par l'adoption d'une logique de coopération. Effectivement, alors que la mise en œuvre d'une logique coopérative inspirée du management semblait brouillée en matière administrative (1), elle serait utilement instruite par le concept étudié (2).

1. Une logique coopérative brouillée inspirée du management

87. L'apparition d'une logique coopérative brouillée sous les traits du partenariat. Il est admis que l'influence du management privé sur l'action administrative ne peut se réduire simplement à l'emprunt de « recettes miracles » caractéristiques d'une gestion privée performante. Plus précisément encore, l'intégration d'outils stratégiques dans la sphère administrative révèle en réalité un bouleversement plus profond de la logique irriguant l'action publique. Dès lors que sa légitimation ne peut plus passer exclusivement par le respect de la légalité et la poursuite de l'intérêt général, cette action doit la rechercher ailleurs.

¹¹³⁸ CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, p. 203.

¹¹³⁹ Jacques Chevallier associait en effet à l'émergence du concept de gouvernance une tendance à « *la substitution aux techniques classiques de « gouvernement » des méthodes nouvelles de « gouvernance » (qui serait indissociable d'un ébranlement plus profond du modèle étatique, emblématique de la modernité)* » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Elle s'associerait en effet à ce « *paradigme de la gouvernance (qui) devient une grille d'analyse pertinente pour décrire les mutations qui vont affecter les appareils d'État à partir des années 1980 et qui se caractérisent en fin de compte par une forte convergence* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁴¹ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 214.

¹¹⁴² CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 210.

C'est ici que, par la rencontre de la rationalité juridique et de la rationalité managériale¹¹⁴³, la performance s'intègre à la légalité et acquiert une pleine valeur normative ; et que la maîtrise des coûts s'érige par conséquent en principe directeur de l'action administrative. Or, si « l'extériorisation des activités publiques permet d'en mieux connaître le coût réel » et que « la liberté de manœuvre dont disposent les partenaires privés leur permet réellement de réduire les coûts »¹¹⁴⁴, l'intervention unilatérale des personnes publiques ne semble plus à même de lui conférer une légitimité suffisante. En outre, la démocratisation croissante de la société appelle également un renforcement de la participation des gouvernés¹¹⁴⁵ afin d'accroître la performance de la réalisation de l'intérêt général¹¹⁴⁶. La démarche traditionnelle de la puissance publique doit donc laisser la place à une logique plus encline à son adaptation à la post-modernité caractérisée par la performance et la démocratie¹¹⁴⁷. Outre les formules de participation du public foisonnant dans de nombreux domaines du droit administratif¹¹⁴⁸, une

¹¹⁴³ « La promotion de la logique managériale de l'efficacité a entraîné un ensemble de conséquences dans l'ordre interne : les principes juridiques sur lesquels l'administration bureaucratique, dominée par la rationalité juridique, s'appuyait ont été infléchis par la prise en compte de l'impératif nouveau d'efficacité » : CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 1993, vol. 11, n°4, p. 120.

¹¹⁴⁴ AUBY J.-B., *Ibid.*

¹¹⁴⁵ « L'adoption d'une démarche incrémentale, passant par des procédures de consultation et d'expérimentation, a aussi pour effet de parer la loi des attributs de la démocratie », et de la même façon la participation des individus à la réalisation de l'intérêt général offre à l'action administrative une réaffirmation de sa légitimité démocratique : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁴⁶ « Le management participatif, dont les recettes sont largement empruntées au privé, ne se déploie donc pas en marge d'un modèle bureaucratique dominée par le droit et dont la logique demeurerait intégralement inchangée : il affecte les conditions d'exercice de l'autorité hiérarchique » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 121.

¹¹⁴⁷ « (...) ; cette préoccupation d'efficacité modifie la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'instabilité (...). Ce pragmatisme conduit à infléchir les conditions d'emploi de la technique juridique ; tandis que l'espace du droit conventionnel connaît un constant élargissement, les destinataires sont de plus en plus fréquemment associés au processus d'élaboration des normes et des procédés informels d'influence et de persuasion viennent relayer les modes de commandement traditionnels » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014, p. 138.

¹¹⁴⁸ Ainsi en va-t-il par exemple : de la participation en droit de l'environnement, laquelle est inhérente à la matière elle-même dans la mesure où, « si le principe de participation des citoyens n'est pas spécifique au droit de l'environnement, (...) la philosophie politique qui est attachée à l'environnement implique que les citoyens soient actifs face aux problèmes environnementaux » (PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2011, p. 112). Le principe de participation est à ce titre consacré, avec une valeur constitutionnelle, par l'article 7 de la Charte de l'environnement (Loi constitutionnelle n°2005-205, *Loi relative à la Charte de l'environnement*, 1^{er} mai 2005 et codifié à l'article L. 120-1 du Code de l'environnement). Dans le même ordre d'idée, ce principe irrigue également de nombreuses procédures en droit de l'urbanisme : exemple : l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme instaure une pluralité de formes de participation parmi lesquelles se trouvent : le débat public, l'enquête publique ou encore la concertation du public. Plus largement encore, la participation du public a acquis un véritable droit de citer dans le cadre de la délibération politique comme le montre le développement du droit à l'information à partir des années 1970 (lois du 6 janvier 1978 relative à l'accès aux fichiers, du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, ou encore du 11 juillet 1979 sur la motivations des décisions administratives), ou de manière plus symptomatique le développement concret de procédés de participation tels que la procédure d'enquête publique dans le cadre des procédures d'expropriation (loi du 13 juillet 1983 codifiée aux articles L. 11-4 et s. du Code de l'expropriation) ou bien les procédures de consultations ouvertes sur internet (prévues par l'article 16 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011). Plus récemment encore, l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions

telle adaptation est identifiée dans l'apparition de la notion de partenariat dans le langage administrativiste¹¹⁴⁹ ainsi que dans le droit administratif lui-même¹¹⁵⁰.

L'intégration du partenariat en matière administrative est effectivement symptomatique du renouvellement de logique dont l'administration a fait preuve sous l'influence du management¹¹⁵¹. Fondé, d'une part, sur une volonté de rechercher dans le privé des financements qu'elle n'était plus en capacité de fournir, le partenariat est animé, d'autre part, d'un souci de valorisation de l'action administrative par la mise en commun de savoir-faire complémentaires¹¹⁵². En cela, la notion de partenariat s'impose comme « *une stratégie d'amélioration des performances des activités publiques* »¹¹⁵³ offrant à l'observateur deux dimensions principales. L'étude menée par Étienne Muller révèle en l'occurrence que le partenariat constitue, d'une part, une modalité nouvelle d'organisation des activités publiques et, d'autre part, l'instauration d'un type d'échange économique nouveau dans la sphère administrative¹¹⁵⁴. Dépassant la tentation d'y voir un simple effet de mode, Véronique Hémerly envisageait également le partenariat comme la formulation d'une logique nouvelle

législatives du Code des relations entre le public et l'administration consacre le Chapitre V de ce nouveau Code à la « *Participation du public aux décisions locales* » et énumère ensuite diverses formes de participation telles que : le référendum local (article L. 135-1) et la consultation locale (article L. 135-2). Citons également l'article 1413-1 du Code général des collectivités territoriales prévoyant des modalités particulières de participation des habitants et usagers à la vie des services publics locaux, lequel précède par ailleurs directement les dispositions relatives aux contrats de partenariat.

¹¹⁴⁹ Selon Lucie Cluzel-Métayer le principe de participation du public à l'action administrative serait aujourd'hui devenu symbolique de l'instauration d'une bonne gouvernance inspirée du monde de l'entreprise. À ce titre elle participerait donc de la réforme managériale de l'État « *visant à conférer une légitimité renouvelée à l'action publique (érigeant) les administrés en véritables partenaires de l'administration* » : CLUZEL-MÉTAYER L., « Information et participation du public dans les procédures administratives en France et au Royaume-Uni : la transparence, entre droit et management », Conférence-débat du CDPC intitulée « Le principe de transparence dans les procédures administratives », Cycle « Les valeurs du droit public », 6 mars 2014, http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche_article/&RH=CDPC-ACTIV, 28 décembre 2015.

¹¹⁵⁰ Véronique Hémerly notait ainsi dès la fin des années 1990 que « *depuis quelques années, l'expression « partenariat » est employée pour évoquer un style nouveau de relations qui se serait établi entre les personnes publiques, ou entre celles-ci et les entreprises privées et publiques* » : HÉMERY V., « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA*, 1998, p. 347 et s.

¹¹⁵¹ De la même façon que cela semble être le cas en ce qui concerne l'externalisation, la notion de partenariat est issue du monde de l'entreprise. Véronique Hémerly souligne effectivement qu'à l'origine « *des chefs d'entreprises se sont rendus compte qu'il fallait construire, notamment entre les donneurs d'ordres et les sous-traitants, des rapports moins fondés sur les rapports de force et beaucoup plus sur les complémentarités* » : HÉMERY V., *Ibid.*

¹¹⁵² Le partenariat contractuel permettrait selon Jean-Bernard Auby une amélioration de la performance publique « *en accueillant, moyennant contrepartie, des investissements privés sur le domaine des collectivités, ou en valorisant en commun les résultats de recherches conjointement conduites par des institutions publiques et privées, comme cela se produit dans le secteur hospitalier* » : AUBY J.-B., *Ibid.*

¹¹⁵³ MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 293.

¹¹⁵⁴ MULLER É., *op. cit.*, p. 294 et s.

guidant l'action administrative, rejoignant en cela les propos de Jean-Marie Pontier¹¹⁵⁵. Partie du constat que les personnes publiques n'ont plus les moyens matériels, humains et techniques pour parvenir à une satisfaction efficace et efficiente de l'intérêt général, elle affirmait que le partenariat permettrait de dépasser l'obsolescence de l'action administrative unilatérale. Dès lors « *les rapports des collectivités publiques entre elles ou avec des personnes privées ont dépassé le stade de la simple concertation pour devenir une véritable coopération* »¹¹⁵⁶. Inspiré du fonctionnement de l'Union européenne, reposant sur le principe de subsidiarité et la coopération entre les institutions de l'Union, les États membres et les collectivités infra-étatiques dans la mise en œuvre des politiques communautaires, le partenariat repose donc sur une logique de coopération entre des acteurs complémentaires¹¹⁵⁷. Au plan interne l'émergence de la notion de partenariat traduit par conséquent l'accroissement de la coopération entre les personnes publiques entre elles ou avec les personnes privées consistant à les faire participer à la réalisation de missions d'intérêt général en réponse à une nécessité financière¹¹⁵⁸ ou technique, voire même parfois démocratique¹¹⁵⁹.

88. L'apparition d'une logique coopérative brouillée, aux expressions multiples. La logique de coopération ne paraît pas néanmoins devoir être associée exclusivement à l'émergence de la notion de partenariat. Alors qu'elle pouvait être pensée sous un angle conflictuel, la concurrence des services publics et des activités privées se présente aujourd'hui davantage comme une complémentarité dont il faudrait profiter justement par l'adoption d'une démarche coopérative. Il a en effet été admis dès les années 1970 que l'action administrative s'enrichirait d'une coopération avec le marché : d'une part, par la coordination des activités

¹¹⁵⁵ « *Le terme de partenariat paraît résumer la nouvelle symbolique des rapports entre l'État et les collectivités locales (...). Passer, dans les relations entre l'État et les collectivités locales, de la conception de l'adversaire à celle du partenaire est un changement d'état d'esprit considérable, et qui n'est pas totalement achevé* » : PONTIER J.-M., « La décentralisation et le temps », *RDP*, 1991, p. 1225.

¹¹⁵⁶ HÉMERY V., *op. cit.*, p. 349.

¹¹⁵⁷ Le partenariat est alors présenté comme une « *concertation étroite entre la Commission, l'État membre concerné et les autorités compétentes désignées par celui-ci au niveau national, régional, local ou autre, toutes les parties étant des partenaires poursuivant un but commun* » : CJCE, 13 novembre 1991, *République française c/ Commission*, C-303/90, rec. p. I-5328 : à propos de la mise en œuvre des politiques de coordinations des différentes interventions à caractère structurel.

¹¹⁵⁸ Grégory Cagnon rappelle souligne sur ce point l'hybridation financière de l'action publique permettant de « *valoriser les biens ou le service dont l'exploitation est confiée au cocontractant* » dans la mesure où l'émergence de la catégorie des instruments de partenariats public-privé s'explique en partie par la recherche de l'efficience économique de l'action administrative : CAGNON Gr., *Contrats publics et financement. Contribution à la théorisation des contrats publics*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 104.

¹¹⁵⁹ Jacques Chevallier relevait d'ailleurs « *le basculement vers une « gouvernamentalité coopérative* » (...) : il s'agirait de faire de l'intérêt général le produit d'une « *délibération collective* », conforme à l'idée de « *démocratie procédurale* » chère à Habermas » : CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, p. 215.

publiques et privées dans le cadre de la réalisation de l'intérêt général¹¹⁶⁰ et, d'autre part, par la reconnaissance de l'intervention des personnes privées dans cette même réalisation. S'agissant de la seconde forme de coopération, Jean-Paul Négrin démontrait d'ailleurs qu'il existait déjà « *une notion juridique d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative* »¹¹⁶¹. Il visait alors essentiellement des mécanismes juridiques pérennes tels que l'intervention institutionnelle des fédérations¹¹⁶² ou bien, de manière plus répandue, la gestion des services publics par une personne privée¹¹⁶³. Or il s'agissait bien là de mécanismes traditionnellement admis par le droit positif tel que la concession¹¹⁶⁴.

La notion de concession avait d'ailleurs déjà servi à l'émergence de la notion fonctionnelle de service public, détachée de sa dimension organique¹¹⁶⁵. L'intervention des personnes privées

¹¹⁶⁰ Danièle Loschak proposait effectivement en 1971 de procéder « à un aménagement légal des rapports entre le secteur public et le secteur privé : c'est ainsi que dès avant la guerre la coordination des transports a eu pour objet de limiter la concurrence faite par les transports routiers à la SNCF, et que tout récemment une loi est venue définir la place et le rôle respectifs des établissements publics et privés dans l'organisation hospitalière » : LOSCHAK D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, 1971, p. 273.

¹¹⁶¹ NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. CII, 1971, p. 135.

¹¹⁶² Il évoquait alors les fédérations départementales de chasseurs intervenant en matière de police spéciale de la chasse (articles 384 et 396 du Code rural), ou bien les fédérations départementales de pêche intervenant en matière de police spéciale de la pêche (loi du 12 juillet 1941). Citons aujourd'hui, confirmant ainsi cette tendance, les fédérations sportives intervenant en matière de gestion du service public du sport : MOLLION Gr., *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve de groupements privés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 246, 2005 : l'auteur affirme effectivement que, « en dépit de la primauté de l'initiative privée, l'État s'est progressivement intéressé au sport et a entamé un processus d'intervention dans ce domaine en tant qu'autorité publique encadrant des organismes émergent indépendamment de son action » (MOLLION Gr., *op. cit.*, p. 3), au point que la jurisprudence les reconnaît aujourd'hui comme « des personnes morales chargées d'une mission de service public. Elles constituent ainsi des groupements à personnalité morale de droit privé régis par le droit public dans le cadre de la délégation ministérielle » (MOLLION Gr., *op. cit.*, p. 20).

¹¹⁶³ Il considérait alors qu'il s'agissait là du domaine privilégié de cette intervention, recherchant néanmoins « le rôle éventuel des personnes privées dans la création, l'organisation, le fonctionnement des services publics » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 111. Il écartait alors toute possibilité d'intervention en matière de création, la limitait fortement en matière d'organisation, pour finalement admettre que la gestion des services publics constituait « le domaine d'élection de l'intervention » des personnes privées dans l'action administrative : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 116.

¹¹⁶⁴ Laquelle était alors définie dans les conclusions prononcées par Pierre Chardenet sur l'arrêt *Cie général d'éclairage de Bordeaux* comme « un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère, en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public » : CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125 ; concl. CHARDENET P., D., 1916.3.25.

¹¹⁶⁵ Le Conseil d'État identifie effectivement dans l'arrêt *Thérond* un service public qui n'est pas géré directement par une personne publique mais par un concessionnaire privé : « (...) que la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public (...) que la ville de Montpellier a concédé au sieur X... le privilège exclusif de la capture des chiens et de l'enlèvement des bêtes mortes dans les gares de chemins de fer, à l'abattoir, sur la voie publique ou au domicile des particuliers (...) ; que dans l'un et l'autre cas, la chair des bêtes malsaines doit être dénaturée **par les soins du concessionnaire** (...) ; que ces taxes et la valeur de ces dépouilles constituent la rémunération qui est assurée **par le marché au concessionnaire** » : CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. p. 193.

dans le cadre de la réalisation de l'intérêt général ne pouvait donc pas être réduite à la simple mise en œuvre de la logique partenariale, ni même à celle de concession¹¹⁶⁶ qui avait pu la dépasser. À de nombreuses reprises le Conseil d'État a effectivement réaffirmé avec force l'autonomie de la dimension fonctionnelle de la notion de service public et reconnu l'existence des services publics gérés par des personnes privées en dehors de toute concession¹¹⁶⁷, et encore plus de tout partenariat. Étienne Muller démontre d'ailleurs que le partenariat, et plus précisément le partenariat public-privé, se développe en parallèle d'autres formes de participation de personnes privées à la réalisation de l'intérêt général. Ainsi distingue-t-il ces partenariats des activités privées soumises à des obligations de service public¹¹⁶⁸. Il conviendrait cependant de revenir sur cette frontière tracée par Étienne Muller entre ces deux formes d'association des personnes privées à la réalisation de l'intérêt général dans la mesure où la logique de coopération des personnes publiques avec le marché, ou d'autres personnes publiques, ne semble pouvoir se résumer à l'intervention des personnes privées mais s'étend également à la coordination de leurs interventions comme le précisait Danièle Loschak.

Marion Ubaud-Bergeron précise de plus que si le contrat de partenariat, présenté comme l'archétype du partenariat public-privé, repose bien sur « *une forme de coopération horizontale ou d'association synergique* »¹¹⁶⁹, la logique coopérative qui irrigue le droit administratif contemporain devrait être trouvée davantage sous les traits généraux et vagues de la concession que sous ceux plus précis du partenariat public-privé¹¹⁷⁰. Ce dernier se révèle

¹¹⁶⁶ Un tel dépassement se matérialise concrètement dans la jurisprudence du Conseil d'État la plus récente tant celui-ci distingue la concession d'autres formules contractuelles permettant la gestion déléguée d'un service public. Ainsi en va-t-il par exemple dans l'arrêt *Cne de Douai* à l'occasion duquel les juges du Palais royal ont pu rappeler clairement cette diversité en précisant le cadre « *d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux* » : CE, ass., 21 décembre 2012, *Cne de Douai c/ ERDF*, rec. p. 479.

¹¹⁶⁷ Jean Romieu indique effectivement dans ses conclusions sur l'arrêt Terrier que le service public dont il était question était un « *service public, pour lequel le conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré procéder par voie de primes offertes aux particuliers (...) qu'il a préféré appelés à concourir à ce service d'utilité collective* » : CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. p. 94, concl. ROMIEU J., p. 98. Dans la même veine, le Conseil d'État considère que le transport par chemins de fer doit être considéré comme un service public, et ce quand bien même il serait assuré par des compagnies privées, et doit respecté notamment le principe de continuité même dans l'exercice du droit de grève : CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, rec. p. 875.

¹¹⁶⁸ « (...), la distinction n'est pas toujours facile à opérer entre l'externalisation des activités publiques dont relèvent les partenariats public-privé, et certaines formes d'intervention de la puissance publique qui, bien que se situant à la frontière entre les activités publiques et les activités privées, s'apparentent davantage à de la réglementation des activités privées qu'à l'exercice direct ou indirecte d'activités publiques » : MULLER É., *op. cit.*, p. 338.

¹¹⁶⁹ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 147.

¹¹⁷⁰ « (...) : cette notion renvoie à une catégorie précise de contrat réglementée par un texte spécifique. La définition qui y est retenue fait du contrat ou marché de partenariat un contrat inclassable : proche de la

en effet aujourd'hui, à la lumière des directives marché¹¹⁷¹ et concession¹¹⁷², comme une forme traditionnelle d'achat¹¹⁷³ inspirée d'une logique patrimoniale et non comme une logique coopérative nouvelle que traduirait concrètement le concept d'externalisation administrative. La notion de partenariat, paraissant à la fois comme étant trop brouillée et trop précise¹¹⁷⁴, cèderait la place à ce concept pour concrétiser la mise en œuvre d'une logique coopérative désormais explicite. Philippe Cossalter avait pour sa part déjà souligné l'insuffisance du partenariat pour rendre compte de la logique coopérative nouvelle mise en œuvre par les personnes publiques dans le cadre de la réalisation des activités publiques. Constatant la diversité des formes de délégation dans le cadre de l'Union européenne, il proposait d'adopter un régime unifié autour du critère de l'objet de la délégation. Il en identifiait alors trois catégories permettant à l'administration d'assurer « *ses fonctions de prestations à destination des tiers en s'adjoignant le concours du secteur privé* »¹¹⁷⁵. Il écartait cependant de son étude, comme le fit également Étienne Muller, le cas des activités privées d'intérêt général soumises à un encadrement par les personnes publiques alors même qu'il s'agit d'une hypothèse parmi d'autres de coopération. Il limitait également l'importance du partenariat en le considérant simplement comme une forme nouvelle de délégation¹¹⁷⁶

concession par son objet, il reste un acte d'achat par son mode de rémunération, aspect qui semble être l'élément déterminant puisque désormais, le contrat de partenariat est traité comme une forme spécifique de marché public » : UBAUD-BERGERON M., *Ibid.*

¹¹⁷¹ Directives n°2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics et n°2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, et des services postaux.

¹¹⁷² Directive n°2014/23/UE du 26 février 2014 relative à l'attribution de contrats de concession.

¹¹⁷³ L'ordonnance du 23 juillet 2015 confirme ce rattachement à la logique acquisitive et fait référence non plus au contrat de partenariat tel que l'avait instauré l'ordonnance du 17 juin 2004, mais à la notion de marché de partenariat en tant que forme particulière de marchés publics. Cela se retrouve notamment au niveau du champ matériel que peut recouvrir l'objet du partenariat ; celui-ci est en effet limité à la prestation de services qui concourent à une mission de service public, mais pas à la réalisation même de ce service public. Marion Ubaud-Bergeron précise alors que « *si le contrat de partenariat est un contrat qui fait participer indirectement le cocontractant au service public, voire qui l'y associe, un tel contrat n'appartient pas à la famille des délégations de service public* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 155. Il convient néanmoins de préciser que si, par son mode de rémunération, le marché de partenariat relève d'une logique acquisitive, il demeure une formule d'externalisation du financement de missions d'intérêt général. L'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose également que le partenaire de l'administration peut se voir confier la gestion d'une mission de service public. La question de l'intégration des partenariats public-privé au concept d'externalisation doit donc être approfondie plus loin dans nos développements : cf. *supra* titre 2 partie 1.

¹¹⁷⁴ Effectivement, la notion juridique de partenariat public-privé présente un emploi ambivalent dans la mesure où il désigne : soit de manière confuse « *une notion vague qui traduit le malaise conceptuel devant les mutations rapides des modalités de gestion des activités publiques* », soit de manière trop précise « *une technique contractuelle très particulière, largement assimilable aux montages de « financement de projet »*. La notion devient dans ce cas inutile » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 249, 2007, p. 11.

¹¹⁷⁵ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 429.

¹¹⁷⁶ S'il souligne en effet le « *recours croissant aux « partenariats public-privé »* qui s'expliquerait par le contexte de crise budgétaire, il indique que ce contexte appelle concomitamment « *le développement des modèles concessifs* » dès lors que le partenariat public-privé désigne simplement de « *nouveaux modèles de*

développée aux côtés des modèles concessifs traditionnels. Plus précisément, la notion de partenariat ne paraît pas pouvoir épuiser totalement la logique coopérative désormais adoptée par l'administration. Elle se présente davantage comme la dimension financière de cette nouvelle logique ; c'est-à-dire comme une modalité de coopération dans le cadre du financement de la réalisation des activités publiques¹¹⁷⁷. Si le partenariat relève de cette logique nouvelle, il est cependant insuffisant pour en rendre compte dans sa globalité et sa profondeur, à l'inverse du concept d'externalisation administrative, lequel semble offrir en droit administratif une explication d'ensemble.

2. Une logique coopérative instruite par l'externalisation

89. La concrétisation d'une logique administrative nouvelle par l'externalisation. À l'instar de l'apparition de l'externalisation dans le cadre du management stratégique et du droit civil, son intégration en droit administratif reflète le passage d'une logique patrimoniale à une logique coopérative. L'origine managériale de l'externalisation apporte par conséquent au droit administratif une voie nouvelle pour l'explication de la mise en œuvre d'une logique coopérative en matière administrative. L'émergence progressive de l'externalisation dans la stratégie des entreprises traduisait effectivement une profonde remise en question de dogmes managériaux pourtant profondément ancrés. Jérôme Barthélemy affirmait d'ailleurs sur ce point que l'échec de la logique patrimoniale, reposant sur l'idée que le « *succès d'une entreprise pouvait être évalué à l'aune de sa taille* »¹¹⁷⁸, impliquait pour ces dernières l'abandon d'une stratégie d'acquisition des ressources ou des fonctions de production par le recours au contrat d'achat où à l'intégration verticale. L'externalisation apparaissait alors comme le symbole de ce changement radical de logique stratégique¹¹⁷⁹. Dépassant

délégation, dont le paragon est le contre de PFI, (...) car il permet de cumuler les objectifs des différentes réformes » inspirées du *New Public Management* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 149 à 153.

¹¹⁷⁷ Nous rejoignons sur ce point les propos de Philippe Cossalter, lequel considère que le partenariat public-privé relève en partie de la volonté d'introduire « *de nouvelles modalités de financement* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 188. Ou encore le point de vue adopté par Grégory Cagnon, encore plus tranché, selon lequel « *la principale caractéristique des contrats qui s'inscrivent sous le qualificatif de partenariat public-privé est d'ordre financier* » : CAGNON Gr., *Contrats publics et financement. Contribution à la théorisation des contrats publics*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 38.

¹¹⁷⁸ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing ; analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes-Études Commerciales, 2000, p. 30.

¹¹⁷⁹ « *Les opérations d'outsourcing actuelles ne peuvent donc pas être assimilées à l'achat de simples prestations de services. Elles représentent un changement radical dans les stratégies des entreprises* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 4.

l'alternative classique du « *make or buy* »¹¹⁸⁰ en matière d'allocation des ressources et d'organisation des fonctions de production, l'externalisation instaure une possibilité nouvelle permettant, non plus d'acquérir des ressources dans une logique patrimoniale, mais plutôt d'y accéder dans une logique coopérative¹¹⁸¹.

Largement répandu dans l'économie de marché, le principe de la division du travail conçu par Adam Smith¹¹⁸² suscite nécessairement une coopération avec un opérateur extérieur telle que l'externalisation le permet. Effectivement, dès lors que « *les entreprises spécialisées disposent (sur leur activité de prédilection) de coûts inférieurs à ceux des entreprises travaillant sur toute la chaîne de valeurs* »¹¹⁸³ ainsi que de compétences particulières, la stratégie d'externalisation permet une coopération afin de profiter des bénéfices apportés par la spécialisation des entreprises. Enrichissant l'analyse théorique de l'externalisation fondée sur la théorie des coûts de transaction par l'approche par les ressources et les compétences, Jérôme Barthélemy parvenait d'ailleurs à « *améliorer notre compréhension de la décision d'outsourcing* »¹¹⁸⁴. Celle-ci s'impose dès lors en tant que mode de gouvernance à part entière permettant la conciliation des objectifs de réduction des coûts de production et d'amélioration de la performance de la production par une allocation coopérative des ressources. L'hypothèse avancée consiste alors à considérer que lorsqu'une entreprise décide d'acquérir des compétences qui ne relèvent pas de son cœur de métier, elle s'expose au risque d'un dérapage de ses coûts¹¹⁸⁵. Mieux vaut alors, dans un souci de performance, adopter une logique coopérative en réponse « *à un différentiel de performance entre les services internes et les meilleurs prestataires du marché* »¹¹⁸⁶. En permettant d'accéder à des ressources

¹¹⁸⁰ QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 18.

¹¹⁸¹ Rompant avec le modèle stratégique de Porter (PORTER M. E., *Competitive Strategy. Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, The FreePress, 1980) fondé sur une logique d'affrontement de l'entreprise avec le marché et ses concurrents, l'externalisation conduit ainsi à la mise en œuvre d'une relation de coopération.

¹¹⁸² « *Les plus grandes améliorations dans la puissance productive du travail, et la plus grande partie de l'habileté, de l'adresse, de l'intelligence avec laquelle il est dirigé ou appliqué sont dues, à ce qu'il semble, à la Division du travail* » : SMITH A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Ink Book édition, Paris, 2012, p. 41. « *Toutefois, dans chaque art, la division du travail, aussi loin qu'elle peut y être portée, amène un accroissement proportionnel dans la puissance productive de travail. C'est cet avantage qui paraît avoir donné naissance à la séparation des divers emplois et métiers* » : SMITH A., *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁸³ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 221.

¹¹⁸⁴ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁸⁵ Car « *lorsqu'une entreprise est intégrée en dehors de son « cœur de métier », elle est incapable de gérer efficacement l'ensemble des maillons de la chaîne de valeur. Elle encourt non seulement des coûts de production, mais également des coûts bureaucratiques supérieurs à ceux des entreprises spécialisées* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁸⁶ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 233.

produites par des opérateurs spécialisés sans avoir à les acquérir directement, l'externalisation constitue dès lors la forme la plus aboutie de coopération¹¹⁸⁷ par l'instauration d'une gestion efficace des ressources externes de l'entreprise¹¹⁸⁸.

90. L'utilité explicative du concept d'externalisation fondé sur la logique coopérative. Ainsi entendue dans son acception stratégique, l'externalisation administrative entraîne avec elle la logique coopérative sur les terres administratives. Cette logique portée par l'externalisation semble cependant moins restreinte que la notion de partenariat, ou même de concession. De ce point de vue l'externalisation administrative apparaît effectivement plus globale que ne le suggèrent Philippe Cossalter ou Étienne Muller. Alors que, d'une part, ce dernier affirme que « *l'association au service public se distingue de l'externalisation des activités publiques dont procèdent les partenariats public-privé* »¹¹⁸⁹ et que l'encadrement public des activités d'intérêt général « *se différencie nettement de l'externalisation des activités publiques* »¹¹⁹⁰, l'acception coopérative que la littérature managériale lui confère permet de dépasser ces frontières et d'envisager l'externalisation comme un concept désignant une modalité de réalisation de l'intérêt général bien plus vaste recouvrant à la fois les partenariats public-privé et les formes d'intégration des activités privées à cette même réalisation¹¹⁹¹. La coordination des acteurs publics et privés s'impose dès lors comme une forme d'externalisation dans la mesure où elle repose également sur une coopération destinée à assurer la synergie de compétences diverses dans la poursuite la plus performante possible d'un même but. Qui plus est, d'autre part, le concept d'externalisation administrative sous-tendu par la logique

¹¹⁸⁷ « *La mise en œuvre de telles relations coopératives s'avère être un bon moyen de gérer efficacement l'externalisation* » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, Décembre 1998, n°147, p. 35.

¹¹⁸⁸ Reposant sur « *le développement de relations partenariales qui cherche à réduire les risques, à améliorer la flexibilité et à permettre à l'entreprise d'accéder à des compétences stratégiques* » qu'elle ne possède pas : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁸⁹ MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 338.

¹¹⁹⁰ MULLER É., *op. cit.*, p. 348.

¹¹⁹¹ Ainsi la mise en œuvre des services d'intérêt général n'appelle-t-elle pas nécessairement une intervention de la personne publique sous la forme d'un partenariat public-privé dans la mesure où la Commission européenne justifie une telle intervention uniquement lorsque « *certain services d'intérêt général ne sont pas entièrement satisfaits par les marchés seuls* » (Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, 21 mai 2003, COM(2003)270 final, point 22). Cependant, dès lors qu'il s'agit d'une activité d'intérêt général, les personnes publiques peuvent encadrer la réalisation de ces activités en imposant un certain nombre d'obligations visant à garantir la satisfaction de l'intérêt général. Ce faisant elle établit une forme de coopération en coordonnant son action avec des opérateurs privés. Par exemple, dans le secteur de l'énergie, la loi prévoyait la compensation des obligations imposées aux opérateurs économiques par « *des contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installées sur le territoire national* » (article 5, alinéa 9 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité).

coopérative permet de dépasser la distinction opérée par Philippe Cossalter entre les délégations d'activités publiques fondées sur le modèle concessif et les délégations fondées sur le modèle partenarial¹¹⁹². Au-delà des considérations techniques telles que la question de la rémunération ou du risque qui seront développées par la suite¹¹⁹³, une telle dichotomie pourrait être dépassée par le concept d'externalisation administrative dans la mesure où il permet la réunion de ces deux ensembles sous la seule bannière de la logique coopérative. Philippe Cossalter évoquait d'ailleurs déjà cette idée d'unification, mais il excluait explicitement l'utilisation de la coopération comme élément fédérateur¹¹⁹⁴. Il préférerait en effet recourir à la notion de délégation, alors même que le concept d'externalisation offre une assise bien plus pérenne, et sous-tendue par la logique coopérative.

La posture adoptée par Philippe Cossalter est toutefois instructive à plus d'un titre, et plus particulièrement en ce qui concerne la conception restrictive que pouvait retenir jusque-là le droit administratif de la logique de coopération. Il rappelait effectivement que les relations de coopération correspondent à ce que la doctrine administrativiste française identifiait depuis longtemps comme des situations de co-administration¹¹⁹⁵. Il en concluait alors que la coopération devait être circonscrite aux situations dans lesquelles, en dehors de toute subordination hiérarchique, « *au moins deux entités mettent en commun leurs moyens pour l'exercice d'une activité dont elles ont chacune la compétence* »¹¹⁹⁶. Or, si la logique coopérative sur laquelle repose l'externalisation se caractérise notamment par une rupture avec toute idée d'une telle subordination, elle ne peut se réduire à cette portion congrue dans laquelle elle ne correspondrait au sens propre qu'à la mise en commun de moyens dans une réalisation conjointe de l'intérêt général ; c'est-à-dire à une action administrative commune,

¹¹⁹² « *Le développement des « partenariats public-privé » s'appuie, dans l'Union européenne, sur deux modèles : le modèle « classique » de la concession, et les « nouveaux modèles »* » que constituent les formes partenariales : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 249, 2007, p. 31.

¹¹⁹³ Cf. *infra* titre 2 partie 1.

¹¹⁹⁴ Outre l'objet commun qu'elles partagent, l'ensemble des délégations d'activités publiques « *suppose que des liens soient entretenus entre deux personnes distinctes qui ne sont engagées dans aucun rapport de déconcentration, de coopération ou de collaboration* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 320. Ce faisant, Philippe Cossalter exclu explicitement l'idée de coopération dans le cadre des délégations d'activités publiques telles qu'il les conçoit.

¹¹⁹⁵ Ce faisant il évoque notamment la note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 20 janvier 1899, *Administration des pompes funèbres c/ ville de Paris*, S. 1899. III.113, ainsi que la définition proposée par Hubert-Gérald Hubrecht selon laquelle la co-administration désigne l'acte contractuel ou unilatéral liant « *deux partenaires qui n'étant pas unis dans le secteur considéré par des liens de subordination et de hiérarchisation s'entendent pour mener en commun des actions et gérer des services publics qui rentrent dans le cadre de leurs spécialités territoriales ou techniques respectives* » : HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980, p. 271.

¹¹⁹⁶ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 332.

une collaboration. C'est donc par une confusion entre la coopération et la collaboration¹¹⁹⁷ que Philippe Cossalter parvenait à justifier l'exclusion de la logique coopérative, laquelle se limiterait aux hypothèses de coopération interinstitutionnelle entre personnes publiques¹¹⁹⁸, ou de coopération intersectorielle¹¹⁹⁹ comme c'est d'ailleurs le cas en droit positif. Le concept d'externalisation administrative donnerait par conséquent de la logique coopérative un sens plus large et un champ d'application en droit administratif bien plus vaste qu'il ne l'est aujourd'hui alors même que l'émergence du paradigme de la gouvernance appelle « *l'établissement d'un dispositif souple de coordination et d'harmonisation* », et que la technique contractuelle apparaît de plus en plus comme un « *moyen de faire coopérer des acteurs très divers, situés au sein comme au-dehors de l'État* »¹²⁰⁰.

De la même manière, alors qu'il présente l'externalisation comme un mouvement d'ensemble englobant les partenariats public-privé¹²⁰¹, Étienne Muller en développe une acception restrictive sans référence à la logique coopérative. Ce faisant, non seulement il ne prend pas en compte les formes concessives alors même qu'elles semblent relever d'une dimension de la logique coopérative¹²⁰². Mais il néglige également la justification qui expliquerait ce

¹¹⁹⁷ Cette confusion est d'ailleurs entretenue lorsqu'il indique que la collaboration ne se distingue de la coopération que par l'absence de relations préalables entre les entités collaborant. Ainsi affirme-t-il que le « *rapport de stricte coopération disparaît lorsque n'existent plus de relations préalables entre les deux entités, mais un simple rapport d'assistance entre collectivités publiques. Le lien de coopération n'est plus alors « horizontal » mais « vertical » et implique l'idée d'assistance entre des collectivités aux moyens juridiques et financiers dissemblables* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 342 et 343.

¹¹⁹⁸ Philippe Cossalter se fondait alors sur le cas de la coopération intercommunale pour identifier cette forme précise de coopération. Sur ce point le Code général des collectivités territoriales dispose effectivement que « *le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité* » (article L. 5210-1). Elle peut alors se réaliser : soit sous forme institutionnelle telle que les établissements publics de coopération intercommunale (article L. 5210-1-1), soit sous forme contractuelle telle que les conventions de coopération prévues à l'article L. 5221-1 en vertu duquel les collectivités locales « *peuvent passer entre (elles) des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune* ».

¹¹⁹⁹ Philippe Cossalter évoquait à ce titre l'exemple des groupements d'intérêt public instaurés par l'article 21 de la loi n°82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, lequel dispose que « *des groupements d'intérêt public dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent être constitués entre des établissements publics ayant une activité de recherche et de développement technologique, entre l'un ou plusieurs d'entre eux et une ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé pour exercer ensemble, pendant une durée déterminée, des activités de recherche ou de développement technologique, ou gérer des équipements d'intérêt commun nécessaires à ces activités* ».

¹²⁰⁰ CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, p. 216.

¹²⁰¹ « *Le mouvement d'externalisation des activités publiques, dans lequel s'inscrivent les partenariats public-privé, est l'une des implications marquantes de la consécration de la performance comme principe de légitimation de l'action publique* » : MULLER É., *op. cit.*, p. 48.

¹²⁰² C'est effectivement en se fondant exclusivement sur des considérations historiques et matérielles qu'il parvient à justifier la distinction qu'il opère entre les partenariats public-privé et les formes concessives traditionnelles. Il estime alors que si « *la tradition française de la concession de service public fournit un cadre*

mouvement d'externalisation de l'action administrative. En approchant le terme d'externalisation de manière superficielle, Étienne Muller ne parvient donc pas à dissiper le flou entourant ce « *phénomène à la fois multiforme et en pleine croissance* »¹²⁰³. Certes, il admet que l'externalisation désigne « *le fait pour les collectivités publiques de confier à des tiers des tâches ou des missions auparavant accomplies par des agents publics* », et donc qu'elle « *recouvre en réalité des opérations très diverses* »¹²⁰⁴. Pourtant, il limite son étude à l'analyse des partenariats public-privé, alors même qu'il reconnaît que ces derniers n'épuisent pas l'externalisation dans son ensemble, mais simplement celle portant sur des opérations globales¹²⁰⁵. Étienne Muller laisse cependant une porte ouverte dans laquelle il convient désormais de s'engager. En effet, bien qu'il ne les envisage pas comme un mode de gestion et préfère fonder l'unité des partenariats public-privé sur « *la stratégie de partage des risques qui fonde leur utilisation* »¹²⁰⁶, il admet qu'il ne s'agit là que d'une forme parmi d'autres d'externalisation sur laquelle il focalise son attention.

Dès lors que l'on reconnaît que ce partage des risques constitue finalement l'une des traductions possibles de la mise en œuvre d'une logique coopérative¹²⁰⁷, il est tout à fait concevable d'élargir le champ de l'externalisation en l'associant étroitement à l'intégration de cette même logique à la sphère administrative ; c'est-à-dire finalement à l'adoption d'une logique gestionnaire ne raisonnant plus en terme d'échange sur le marché (tels que les marchés publics) ou de subordination (dont le modèle demeure celui de la gestion directe par ses propres services), mais plutôt de manière intermédiaire en instaurant « *un dispositif interindividuel de pilotage et de contrôle de l'exécution de l'accord* »¹²⁰⁸ portant sur la réalisation de l'intérêt général par un partenaire. L'assimilation du concept d'externalisation

à priori propice au développement des partenariats public-privé. En revanche, leur récent développement au-delà du champ des services publics déléguables constitue une donnée incontestablement plus originale » justifiant alors de les traiter à part : MULLER É., *op. cit.*, p. 101.

¹²⁰³ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing ; analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées. Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes-Études Commerciales, 2000, p. 18.

¹²⁰⁴ MULLER É., *op. cit.*, p. 69.

¹²⁰⁵ « *Il convient à présent d'identifier plus précisément les partenariats public-privé parmi les différents types d'opérations d'externalisation, en montrant qu'il s'agit d'opérations globales* » : MULLER É., *Ibid.*

¹²⁰⁶ MULLER É., *op. cit.*, p. 105.

¹²⁰⁷ Issue de l'approfondissement de la théorie des coûts de transaction et de l'édification par Oliver Williamson de la catégorie des formes hybrides de gouvernance, la logique coopérative dont il est ici question se substitue finalement à la logique patrimoniale reposant sur la subordination hiérarchique et constitue à part entière un mode de gouvernance intermédiaire reposant sur des mécanismes de coopération, comme l'externalisation, permettant de conserver un contrôle sur l'activité en question sans pour autant sacrifier les effets incitatifs bénéfiques d'une concurrence par le marché.

¹²⁰⁸ BROUSSEAU É., « *Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation* », *LPA*, décembre 1998, n°147, p. 27.

administrative à la mise en œuvre de la logique coopérative en matière administrative permet donc de dépasser les analyses jusqu'alors restrictives dont il a pu faire l'objet. Dépassant les notions juridiques de partenariat public-privé et de concession, il traduirait un mouvement d'ensemble de réorganisation de l'administration dont la finalité réside dans la recherche d'une performance accrue¹²⁰⁹ par le recours à une logique de coopération bien plus développée. Ce concept pourrait d'ailleurs acquérir d'autant plus une valeur explicative dans la mesure où il donnerait lieu également à une unification des diverses formes de gestion de l'action administrative animées d'une logique coopérative¹²¹⁰, offrant ainsi un remède au « *malaise conceptuel devant les mutations rapides des modalités de gestion des activités publiques* »¹²¹¹.

Conclusion de section. Suscitée par une forte influence du management, l'identification de l'existence de l'externalisation administrative conduit à l'envisager en tant que concept, et non sous les traits d'une espèce contractuelle particulière. Elle se révèle en effet être davantage qu'un simple outil de gestion, mais plutôt un mode de gestion animé d'une logique que la sphère administrative réduisait jusqu'alors à peau de chagrin : le coopération. Outre sa mise en évidence par l'emprunt du sillon tracé¹²¹² par le courant du *New Public Management*, ce concept transparait également de certains travaux doctrinaux ayant pu effleurer la question sans pour autant la concrétiser. Si l'externalisation administrative doit par conséquent être identifiée en tant que concept, elle appelle inévitablement un approfondissement tant son existence paraît insuffisante et incomplète pour rendre compte de ce qu'elle porte en elle. Elle se présente alors comme une composante essentielle de la notion de gouvernance dans la mesure où celle-ci « *appelle la subsidiarité, c'est-à-dire le recentrage de l'État autour des missions qu'il est le seul à pouvoir assumer* »¹²¹³, du moins le plus efficacement ; en d'autres termes ne peut se réaliser et se comprendre qu'au moyen du concept d'externalisation.

¹²⁰⁹ Philippe Cossalter reconnaît d'ailleurs l'importance de « *l'externalisation des fonctions « accessoires » de l'administration centrale, répondant à l'idée selon laquelle « l'État se doit d'être... plus efficace et plus performant comme tout agent économique* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 151.

¹²¹⁰ Car le recours à l'externalisation demeure originellement, du point de vue du management stratégique, la traduction d'un « *phénomène dynamique, un passage d'un mode de gestion interne à un mode de gestion externe des ressources* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 16.

¹²¹¹ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 11.

¹²¹² Jacques Caillosse souligne d'ailleurs à ce sujet que, « *informée de l'imaginaire managérial, la modernisation de l'État change de trajectoire : l'action publique cesse de pouvoir être pensée à partir des institutions existantes ; il importe désormais de concevoir l'organisation administrative en fonction de l'action publique redéfinie et redessinée par la RGPP* » : CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traité Dalloz, tome 1, 2011, p. 181.

¹²¹³ CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, p. 211.

Section 2 : Une réception incomplète par la doctrine administrativiste

91. La réception d'un concept proprement administratif. À la suite de ses pérégrinations sibyllines sur les terres renouvelées du droit civil, l'externalisation a progressivement abandonné le nomadisme pour la sédentarité au sein de l'espèce, inadaptée, du contrat d'entreprise. Mais, dans la mesure où « *la fin d'un voyage est seulement le début d'un autre* »¹²¹⁴, l'évolution juridique de cette dernière ne s'est pas arrêtée là. En effet, si « *partout, droit public et droit privé continuent à se mêler étroitement sous la même emprise économique* »¹²¹⁵, alors le droit administratif devait également connaître des bouleversements rencontrés successivement par la stratégie d'entreprise et le droit civil. Plus encore, droit administratif et droit civil convergent tous deux vers la reconnaissance de l'existence d'un concept juridique d'externalisation. Imposée par la complexité des problèmes posés par la vie économique, une telle convergence implique effectivement parfois une prise en compte de techniques extra-juridiques. La règle de droit adéquate, propre à résoudre ou réduire ces difficultés nouvelles, « *peut ainsi relever de disciplines juridiques traditionnelles extrêmement différentes : droit administratif, droit civil* », ou mieux encore d'une « *symbiose étroite avec d'autres sciences et techniques* »¹²¹⁶. Mais avant d'être règle de droit, elle nécessite dans ce cas une adaptation et une réflexion. Elle doit donc préalablement être pensée, voire même conceptualisée.

Partagé « *entre la vocation totalitaire du dirigisme et la survivance de l'entreprise privée* »¹²¹⁷, le droit administratif n'échappe pas à la tendance à la rénovation de ses règles traditionnelles sous l'effet de l'influence des mutations économiques. Or, par la transformation de ces règles, ce sont également les moyens d'action des personnes publiques qui vont se trouver modifiés. Par conséquent, si en 1971 ces moyens semblaient pouvoir être résumés à la « *réglementation unilatérale, prise par l'État de positions clefs dans certains secteurs de l'économie, incitations* », la nécessité alors déjà présente de « *s'engager profondément sur le terrain du droit privé et de sa technique* »¹²¹⁸ implique une évolution nécessaire des modalités de gestion des personnes publiques ; et ce, désormais, dans le sens

¹²¹⁴ SARAMAGO J., *Pérégrinations portugaises*, Seuil, coll. Cadre Vert, 2003, p. 124.

¹²¹⁵ SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *Dalloz*, chron. XXII, 1961, p. 120. Certes l'emprise qu'il évoque ici est essentiellement celle d'une économie dirigée. Mais, les temps changeant, elle peut être aujourd'hui celle d'une économie de marché relativement libérée.

¹²¹⁶ CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, chron. XXIV, p. 219.

¹²¹⁷ SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, p. 134.

¹²¹⁸ SAVY R., *Ibid.*

d'une utilisation de l'externalisation stratégique fondée sur la coopération. D'ailleurs, bien que conscient d'une incompatibilité apparente opposant la rationalité managériale à la rationalité juridique, Jacques Chevallier constate la « *pénétration de la rationalité managériale dans le droit* »¹²¹⁹. En admettant ainsi que la prise en compte de préceptes managériaux impose des mutations de l'ordre juridique, il ne fait finalement pas autre chose qu'ouvrir à l'externalisation, technique managériale, les portes du droit administratif¹²²⁰.

92. Une réception essentiellement doctrinale. Le contexte d'émergence supposée du concept d'externalisation administrative semble devoir être justifié par le fait que « *tous les concepts utilisés par le juriste ne proviennent pas de ces sources du droit positif, des textes ; certains concepts sont élaborés par lui, et les mots correspondants choisis par lui dans son travail de connaissance systématique du droit, aux fins de l'analyse et de la théorie du droit* »¹²²¹. Dans ce cas, l'externalisation n'existe donc pas en droit positif. C'est alors que le criticisme kantien devient essentiel dans le travail intellectuel effectué par les juristes. Il permet, d'une part, d'affirmer que le concept reflète une activité réflexive consistant à partir du réel vers l'abstraction. Il offre, d'autre part, la possibilité d'envisager la circulation des concepts ; c'est-à-dire le fait que les concepts « *voyagent* »¹²²² d'une discipline à l'autre selon leur usage. Soulignant le lien unissant la doctrine aux producteurs de la norme, Christophe Jamin et Philippe Jestaz rappellent d'ailleurs que si la doctrine se place le plus souvent dans une posture critique à l'égard notamment de la production normative du Conseil d'État, elle évite toujours la rupture radicale avec cette dernière. C'est ainsi, et seulement ainsi semble-t-il, que la critique kantienne peut alors trouver à s'exprimer pour produire ses effets bénéfiques en matière de conceptualisation du droit administratif.

C'est par conséquent en prenant en compte l'imperfection du droit positif que la doctrine peut parvenir à lui donner la cohérence dont elle a besoin. Confrontée à « *un droit positif hérissé*

¹²¹⁹ CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, décembre 1993, n°4, p. 112.

¹²²⁰ Car « *la rationalité managériale a investi l'ordre juridique, entraînant l'adaptation du cadre normatif régissant l'action publique (...) qui se traduit par la juridicisation de certains préceptes du management* » parmi lesquels figure l'externalisation : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 111.

¹²²¹ EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, n°11, La logique du droit, p. 35.

¹²²² « *Notons encore que les concepts « voyagent » d'un champ à un autre ; qu'en tentant de rationaliser la connaissance d'un phénomène, les chercheurs empruntent un concept à un autre champ cognitif (...). La circulation des concepts s'opère soit en continuité soit en rupture, selon des usages différents* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 36.

d'imperfections et dépourvu de cohérence », elle poursuit l'objectif de s'afficher en tant que « *son auxiliaire* »¹²²³. Le concept d'externalisation administrative émerge en l'occurrence de cette relation de complémentarité existant entre le droit positif et le discours doctrinal administratif. Plus encore, et ce à l'image d'autres notions partageant avec elle ces mérites¹²²⁴, l'externalisation renouvelle également les questionnements en cette matière en appelant à appréhender différemment ses éléments fondamentaux. Associée explicitement à aucun de ces points d'amarrages traditionnels du droit administratif, elle y fait escale afin d'y trouver éventuellement une attache, à défaut d'une terre d'accueil¹²²⁵. Ce faisant elle implique une adaptation de ces derniers à ce nouvel arrivant, ou du moins de se poser la question de la nécessité d'une telle adaptation¹²²⁶. Car, face à la crise que connaît aujourd'hui l'État, ainsi que le cadre juridique de son action, il est finalement du devoir de la doctrine de proposer des réponses au moins théoriques, sinon pratiques, aux risques qu'elle fait peser sur son fonctionnement¹²²⁷. Le concept à l'étude est semble-t-il de ces réponses¹²²⁸ que la doctrine peut fournir à un droit positif en quête de sens car « *pareille au kaléidoscopes qui tournent de temps en temps, la société place successivement de façon différente des éléments qu'on avait*

¹²²³ JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 173. Les deux auteurs précisent également que « *la doctrine française reste un pouvoir allié du pouvoir, qui donne vie et forme aux créations de celui-ci, qui surtout facilite la mise en œuvre des textes* ».

¹²²⁴ Le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 2012, évoquait par exemple le cas des agences en tant que forme nouvelle de gestion publique. Il y précisait d'ailleurs qu'elles se présentaient, comme l'externalisation d'ailleurs, davantage comme « *un phénomène qui met à l'épreuve les catégories juridiques usuelles* » dans la mesure où il ne correspond « *à aucune catégorie juridique définie* » : EDCE, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La documentation française, Conseil d'État, coll. Étude annuelle 2012, vol. 63, 2012, p. 40.

¹²²⁵ Car il n'est bien évidemment pas question de créer à tout pris une catégorie juridique nouvelle propre à l'externalisation. Il pourrait suffire, et cela serait le plus cohérent, de préciser l'essence de ce concept unificateur dont l'utilité de réside pas dans la détermination de l'existence d'un régime juridique associé à un statut particulier, mais plutôt dans une simplification et un éclairage de l'état du droit positif et de ses mutations les plus récentes.

¹²²⁶ Rappelons qu'à l'occasion de son étude annuelle de 2012, la section du rapport des études engageait une réflexion sur la réforme de l'État en prenant comme point de départ le constat de l'émergence des agences en tant que nouvel outil de gestion publiques. Dans la même veine, et en tant que nouvel outil de gestion publique également issu du *New Public Management*, l'externalisation appelle également une telle réflexion dans la mesure où elle traduit une adaptation de l'action administrative à des exigences nouvelles que les cadres traditionnels du droit administratif ne prenaient pas en compte.

¹²²⁷ Pour paraphraser le Conseil d'État, il serait possible d'affirmer en réponse que l'externalisation « *ce n'est pas moins d'État ; c'est l'État autrement* » : J.-M. Sauvé, Avant-propos au rapport du Conseil d'État : EDCE, *op. cit.*, p. 8.

¹²²⁸ Tout comme l'est l'agence dans le cadre du *New Public Management*, l'externalisation peut-être envisagée en tant que « *réponse à la menace permanente du risque bureaucratique qui sape l'efficacité attendue des services et accroît les coûts* » : PAULIAT H., « Réfléchir aux agences, c'est réfléchir à l'organisation de l'État », *JCP A*, 17 septembre 2012, n°37, act. 595, p. 3. Exposant l'État à un affaiblissement certain, le risque dont il est alors question appelle en réaction une nouvelle organisation de celui-ci reposant certes sur un renouvellement de ses structures, mais aussi et surtout sur « *un outil conceptuel* » : EDCE, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La documentation française, Conseil d'État, coll. Étude annuelle 2012, vol. 63, 2012, p. 174.

cru immuables et compose une autre figure »¹²²⁹ du droit qu'il convient d'appréhender et de réorganiser.

Annnonce de plan. Désormais admise dans la sphère administrative sous l'effet du tournant managérial empruntée par la gestion publique, l'externalisation propose une explication nouvelle des évolutions récentes du droit administratif essentiellement fondée sur l'application d'une logique stratégique de coopération dans la mise en œuvre de l'action administrative. En tant que telle, elle se présenterait finalement comme un concept doctrinal en formation destiné à fournir des clefs de compréhension et de systématisation à une discipline en mutation. L'existence conceptuelle de l'externalisation en droit administratif se traduit donc par une émergence discrète en droit positif (§1) dans lequel son absence concrète appelle nécessairement l'apparition approximative d'un concept doctrinal (§2) afin de faciliter son appréhension.

§1 : L'émergence discrète du concept d'externalisation en droit positif

93. Une intégration différente de l'assimilation civiliste. Dans la mesure où il est admis que le droit administratif a pu connaître une régénération par le recours doctrinal à une présentation innovante empruntant au plan du Code civil¹²³⁰, il convient de mettre en évidence la discrétion avec laquelle le concept d'externalisation émerge en cette matière par la comparaison avec son intégration en droit civil. Alors que la « juridicisation » de pratiques managériales s'explique, entre autre, par la prise en compte de « *la logique d'action de l'entreprise privée* »¹²³¹ dans le cadre d'un mouvement plus vaste de modernisation de la gestion publique¹²³², l'apparition de l'externalisation en droit administratif est bien différente de celle constatée précédemment en droit civil. En ce qu'elle y est assimilée par méprise au contrat d'entreprise¹²³³, l'externalisation ne semble pas rattachée dans la sphère administrative à une notion juridique concrète ou à un quelconque instrument contractuel, existant ou

¹²²⁹ PROUST M., *À l'ombre des jeunes filles en fleurs*, Gallimard, coll. Quatro, 1999, p. 412.

¹²³⁰ Benoît Plessix précise effectivement que « *cette transposition de trahissait pas une période de jeunesse immature du droit administratif, mais a marqué une véritable innovation scientifique destinée à prendre en compte la nouvelle orientation du droit administratif qui se dessinait depuis les années 1850* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 375.

¹²³¹ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 112.

¹²³² Jean-Bernard Auby souligne, à propos de ce mouvement, « *une grande effervescence, un effort très abondant et fréquent pour trouver des formules nouvelles, des montages nouveaux* » : AUBY J.-B., « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, décembre 1993, n°4, p. 148

¹²³³ Voir notamment : BEY E.-M., « Du contrat de « Facilities Management » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 19 et s.

novateur. Contrairement à la concession ou au partenariat public-privé¹²³⁴, elle ne bénéficie d'aucune consécration par le pouvoir normatif ; qu'il s'agisse de la loi, du règlement ou encore de la jurisprudence. Pourtant, nombreux sont les auteurs ayant constaté un important recul des interventions directes des personnes publiques en matière économique¹²³⁵ ; justifié essentiellement par une baisse considérable des moyens matériels et humains mis à leur disposition¹²³⁶. Il sont par ailleurs nombreux, peut-être plus encore, à affirmer qu'il existe en contrepartie une tendance à privilégier les procédés « *indirects, à travers lesquels la puissance publique oriente, soutient, organise et accompagne les activités économiques même lorsqu'elle les « externalise »* »¹²³⁷. Il est donc certain que l'externalisation existe en droit administratif, mais paradoxalement le droit positif n'en prend pas acte et semble l'ignorer en tant qu'outil contractuel alors qu'il anime paradoxalement son évolution.

La modernisation de la gestion publique se manifeste en effet par une évolution de l'économie dirigée à l'économie orientée ; en d'autres termes par le passage de techniques « *incitatives ou autoritaires* »¹²³⁸ à des techniques partenariales de régulation¹²³⁹. D'ailleurs, outre la justification tirée du manque de moyens, la transformation des outils de la gestion publique résulte également d'une préférence de plus en plus marquée en faveur « *des partenariats, de*

¹²³⁴ Le législateur a d'ailleurs marqué la distinction qu'il opère entre l'externalisation et le partenariat public-privé en précisant dans sa loi que « *toute opération d'externalisation et tout partenariat public-privé envisagé devra faire l'objet d'une étude d'impact préalable soulignant les avantages et les inconvénients de la formule proposée* ». Ce faisant, bien qu'ils semblent soumis à un régime identique, ces deux termes sont bien séparés l'un de l'autre : loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

¹²³⁵ Évoquant un tel recul, Pascale Idoux cite essentiellement trois techniques concernées au premier chef, techniques « *qui étaient pourtant jusqu'il y a peu emblématiques de la présence publique dans l'économie : la réglementation de l'économie, l'entrepreneuriat public et les aides publiques aux entreprises* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2012, p. 225. Notons que cet inventaire fait écho aux propos de Robert Savy évoqués précédemment.

¹²³⁶ Ce mouvement apparent de retrait des personnes publiques de la vie économique trouve alors essentiellement une explication dans le fait que « *l'essoufflement des budgets publics les conduit souvent à rechercher le financement privé de leurs équipements ou de leurs services* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 150. Ce dernier poursuit d'ailleurs en constatant « *le reflux global de l'intervention publique, qui n'est pas l'effet seulement d'une certaine vague néo-libérale, mais vient aussi du déclin des moyens de l'intervention publique* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 151.

¹²³⁷ COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 409. Ou dans le même sens la conséquence, tirée par Jean-Bernard Auby, de la décentralisation ; laquelle pourrait être mise « *en relation avec un mouvement général d'accroissement de la sous-traitance dans notre économie* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 150.

¹²³⁸ SAVY R., *op. cit.*, p. 137.

¹²³⁹ Toutefois toujours dans l'objectif de poursuivre l'établissement « *d'un nouvel équilibre entre les initiatives spontanées des hommes ou des entreprises et les exigences de l'organisation économique* » : SAVY R., *Ibid.* Précisons d'ailleurs, comme cela sera davantage évoqué à l'occasion du chapitre suivant, que se mêleront néanmoins à la fois des techniques anciennes et traditionnelles, et des techniques nouvelles. Par exemple, « *les lettres d'agrément délivrées par l'État aux industriels qui acceptent certaines obligations* » afin de « *modifier le comportement spontané de l'entreprise, tel que le déterminent les intérêts privés dont elle est le siège, pour qu'il tienne compte d'un intérêt économique plus général* » sont au nombre de ces techniques anciennes employées également dans le cadre de ce qui pourrait relever de l'externalisation : SAVY R., *Ibid.*

l'association avec le secteur privé pour un certain nombre de réalisations »¹²⁴⁰, et donc de la coopération. De ce fait, ces quelques éléments suffisent à prendre conscience que l'existence de l'externalisation en droit civil et en droit administratif serait différente dans leur manifestation. Mais cela ne doit pas conduire à la conclusion qu'elle n'y existerait pas dès lors qu'elle n'y serait pas explicitement consacrée. Toutes ces évolutions révèlent sa présence comme le périscope induit celle du sous-marin, elle ne demande finalement qu'à faire surface. En attendant, le droit administratif semble se contenter du sonar de la doctrine pour en percevoir l'existence. L'absence d'expression de l'externalisation administrative sous les traits d'une notion ou d'un instrument juridique ne permet donc pas de conclure à son inexistence. Bien au contraire, si son assimilation paraît inexistante par rapport au droit civil (A), une analyse attentive des sources normatives, et surtout para-normatives, permet de prendre conscience de l'imminence potentielle de son apparition dans la mesure où elle révèle une prise en compte partiellement perceptible en droit administratif (B).

A. Une assimilation inexistante par rapport au droit civil

94. L'absence de conséquences juridiques propres attachées à l'externalisation. Alors que la doctrine civiliste, suivie par la jurisprudence et le pouvoir normatif, ont, dans un premier temps, identifié l'externalisation à une espèce contractuelle relevant du genre du contrat contrat-échange, le droit administratif semble être resté plus en retrait dans la démarche de qualification de cet outil stratégique de gestion des ressources. Refusant apparemment de suivre la voie du contrat d'entreprise retenue jusque-là en droit civil, le genre du marché public devait cependant tout naturellement être écarté. Par la suite, malgré certaines tentatives de « *transplantation* » de formules empruntées à d'autres systèmes juridiques européens¹²⁴¹, le droit positif semble finalement être resté inerte sur cette question, ne conférant à l'externalisation aucune conséquence juridique concrète autre que l'application de régimes juridiques usités tels ceux attachés au contrat de partenariat ou à la concession. Les recherches menées en la matière par Philippe Cossalter ou encore par Étienne Müller révèlent effectivement une appréhension bien plus large de l'externalisation en droit administratif ; en d'autres termes une détermination de son existence loin d'être circonscrite à son expression

¹²⁴⁰ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 150.

¹²⁴¹ « *Le développement des formes d'externalisation représente, plus que tout autre, un puissant phénomène d'acculturation pour les systèmes juridiques européens. Il n'existe guère d'autre institution qui ait fait l'objet d'une transposition, voire d'une transplantation aussi brutale d'un système à l'autre* » : COSSALTER Ph., « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf, 2007, p. 14.

sous la forme contractuelle. Alors que le premier évoque en effet plus librement le fait que « *les techniques d'externalisation constituent plus que l'accumulation de marchés publics ponctuels* »¹²⁴², le second n'envisage de son propre aveu qu'une forme d'externalisation parmi d'autres lorsqu'il s'intéresse aux partenariats public-privé.

Reconnaissant qu'elle pourrait constituer « *un « puissant dissolvant » des structures administratives* » en tant que mode de gestion publique nouveau inspiré des pratiques du management, Philippe Cossalter suggère paradoxalement qu'il devrait « *exister une catégorie particulière de contrats qui ne peuvent être réduits à la simple fonction « achat » de l'administration* »¹²⁴³. Face à l'insatisfaction constatée en la matière à la suite de la confrontation de l'externalisation aux diverses formes contractuelles existantes en droit administratif, une hypothèse fut d'ailleurs un temps suggérée avant d'être rapidement abandonnée, aussi bien par le pouvoir normatif que par la doctrine : celle de l'élaboration de toute pièce, ou à partir d'autres formules, d'un genre contractuel inédit : le contrat public d'externalisation. Présenté tantôt comme un contrat doté d'une structure simple, tantôt comme un complexe de contrats constitué d'un ensemble ou d'une chaîne de contrats articulés par leur objet ou leur cause, le contrat public d'externalisation devait ainsi permettre de rendre compte, à la différence du contrat d'entreprise, de la véritable nature économique hybride de l'externalisation¹²⁴⁴. Laure Tonnet-Mirepoix s'avance d'ailleurs profondément dans cette direction en suggérant l'élaboration d'un genre contractuel à part entière déjà doté d'une typologie interne fondée sur la distinction entre deux espèces selon la fonction économique particulière de l'opération d'externalisation envisagée¹²⁴⁵. Il ne s'agissait toutefois que d'une hypothèse théorique et doctrinale, confortant la nature conceptuelle de l'existence de l'externalisation en droit administratif. L'identification de l'existence de l'externalisation administrative prend en l'occurrence davantage de relief par la comparaison avec son assimilation insatisfaisante au contrat d'entreprise à laquelle la doctrine civiliste a pu

¹²⁴² COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 3.

¹²⁴³ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 14.

¹²⁴⁴ Laure Tonnet-Mirepoix suggère en effet que, « *confrontés au processus d'externalisation, les contrats publics évoluent. Ils se réorganisent en s'insérant dans des groupes de contrats reflétant le caractère bidimensionnel du processus d'externalisation* » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 247.

¹²⁴⁵ « *L'étude des phénomènes d'externalisation affectant le contrat public permet de dresser une typologie des groupes de contrats publics d'externalisation par laquelle les chaînes de contrats publics résultant des processus d'externalisation fonctionnelle et matérielle se distinguent de l'ensemble des contrats publics traduisant le phénomène d'externalisation matérielle globale* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 248.

procéder. Qu'elle ne soit rapprochée d'aucune espèce contractuelle existante¹²⁴⁶, qu'elle soit au contraire associée à un genre contractuel encore inexistant, l'externalisation s'apparenterait du point de vue instrumental à un « objet juridique non identifié ». Dénuée de toute assimilation concrète dans la sphère administrative (2), elle s'impose encore plus comme un concept doctrinal lorsqu'elle est jaugée à l'aune du traitement qui lui fut réservé en droit civil (1).

1. Une assimilation concrète en droit civil

95. L'assimilation civiliste concrète d'un outil issu du monde des affaires. Pour franchir la porte du droit administratif en provenance du monde des affaires, l'externalisation est nécessairement passée par celle du droit civil et du droit privé en ce qu'ils ont notamment pour objet d'encadrer le fonctionnement des entreprises¹²⁴⁷. L'assimilation du vocable du management stratégique n'y fait d'ailleurs plus secret, tant la littérature juridique évoquait pêle-mêle en une des Cahiers de droit de l'entreprise de 2005 : un dossier consacré à la stratégie juridique en Chine¹²⁴⁸, un autre à la gouvernance d'entreprise¹²⁴⁹ et surtout l'année suivante, également en une de ces mêmes Cahiers, un dossier offrant une approche juridique

¹²⁴⁶ Outre les travaux conduits par Philippe Cossalter et Étienne Müller, un bref aperçu de l'horizon doctrinal de l'externalisation exprime également ce halo d'incertitude qui l'entoure. Aussi Jean-Baptiste Morel prend-il récemment le parti, « afin d'éviter le risque d'éparpillement propre à tout sujet aussi vaste », de retenir comme instrument de l'externalisation l'ensemble « des contrats publics d'affaires, c'est-à-dire au premier chef, sans ordre d'importance et sans exhaustivité, les délégations de service public, contrats de partenariat, marchés publics, concessions de travaux et baux emphytéotiques administratifs » : MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

¹²⁴⁷ Prenant en compte l'importance de cette pratique dans le « champ de l'entreprise, où, le phénomène ayant acquis une certaine maturité (...), les définitions proposées, si elles s'accordent sur l'essentiel, lui assignent en revanche un domaine très variable » (BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4), la doctrine privatiste évoquant la jurisprudence de la Cour de cassation indique que l'externalisation serait une « pratique (...) qui consiste (...) à confier à des agents économiques extérieurs certaines activités qui étaient jusque-là exercées au sein de l'entreprise » : MAHINGA J.-Gr., « L'externalisation d'activités : où va la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *LPA*, 2001, n°113, p. 13.

¹²⁴⁸ Ce dossier présente, sous la plume de divers auteurs majoritairement praticiens un panel d'outils juridiques essentiels pour appréhender l'intégration du marché économique chinois par une entreprise française : BAZIN H., « Enjeux et mise en œuvre d'une opération d'acquisition sur le marché chinois », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet-août 2005, n°4, p. 32 et s. ; LE GAONACH-BRET Cl., « Les nouveaux régimes des sociétés de distribution à capitaux étrangers en Chine », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet-août 2005, n°4, p. 40 et s., ou encore : DESMONTS V., « Le contrat de travail en droit chinois », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet-août 2005, n°4, p. 53 et s.

¹²⁴⁹ Principalement concentré sur le droit français, ce dossier propose une étude d'ensemble de la gouvernance d'entreprise par l'évocation de ses principes et des acteurs qui y contribuent. Se succèdent alors contributions de praticiens et d'universitaires précisant par exemple : CHAPUT Y., « Le monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2005, n°5, p. 25 et s. ou MAGNIER V., « La *class action*, un remède efficace ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2005, n°5, p. 53 et s.,

de l'externalisation¹²⁵⁰. Il faut cependant noter que le traitement de l'externalisation est ici loin de se limiter exclusivement à une analyse doctrinale. Certes l'émergence du terme est le fruit de la doctrine. Mais le droit positif n'est pas en reste en la matière. Dès 1991, la doctrine privatiste manifestait son intérêt pour une pratique des entreprises encore inconnue du juriste : le *facilities management*, forme particulière d'externalisation¹²⁵¹. Elle ne se contentait toutefois pas d'évoquer ce phénomène à l'ampleur croissante depuis sa mise en œuvre couronnée de succès pour un certain nombre d'entreprises¹²⁵². Dépassant ces considérations factuelles, contextuelles, voire théoriques, elle s'attelait effectivement à un véritable travail d'identification de cette pratique au sein des catégories contractuelles existantes, parfois même à travers l'étude de la jurisprudence. C'est ainsi qu'El-Mokhtar Bey assimilait le contrat de *facilities management* à une forme de « *contrat d'entreprise qui relève de la catégorie des contrats d'informatique répartie et soumis tant aux art. 1710 et s. du Code civil (...)* »¹²⁵³.

Contrairement à ce qui sera observé en droit administratif, la jurisprudence de la Cour de cassation a, par la suite, pris en compte cette intégration doctrinale de l'externalisation. Ainsi refuse-t-elle par exemple « *la qualification d'externalisation d'une prestation de service après vente dont le vendeur serait rémunéré sous forme de forfait, pour lui préférer la qualification d'opération d'assurance* »¹²⁵⁴, distinguant alors le contrat d'assurance et le contrat d'entreprise duquel relèverait l'externalisation. Elle reconnaît également l'existence de

¹²⁵⁰ Associant également des universitaires et des praticiens, ce dossier offre effectivement une approche du phénomène d'externalisation issu de la stratégie d'entreprise par le prisme du droit du travail et du droit des sociétés : DARMASIN St., « L'applicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux opérations d'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 21 et s. ou MOUSSERON P., « Les filiales d'externalisation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 40 et s.

¹²⁵¹ Effectivement, en 1991 El-Mokhtar Bey évoquait déjà l'existence « du contrat de « *Facilities Management* » », lequel désigne la mise en œuvre de l'externalisation en matière informatique : BEY E.-M., « Du contrat de « *Facilities Management* » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 19.

¹²⁵² Citons les exemples topiques d'externalisation opérés par les sociétés Kodak et IBM ayant servi de modèle et d'inspiration à la fin des années 1980.

¹²⁵³ BEY E.-M., *op. cit.*, p. 23. Afin de parvenir à une telle conclusion il se fonde notamment sur la jurisprudence selon laquelle « *le contrat passé entre les parties porte sur la fourniture et la mise en place de programmes de gestion commerciale, gestion financière et comptabilité générale et des tiers, que la prestation couvre les licences d'utilisation des logiciels standards, les études des programmes spécifiques, la réalisation de ces programmes, la mise en place, la documentation, la formation et l'assistance au démarrage ; qu'il s'agit ainsi d'un contrat d'entreprise* » : CA Paris, 5^{ème} chbr., 28 février 1989, *Sté SCOD c. Sté Gamme*, n°86/13027, associée à la définition suivante du *facilities management* « *comme la fourniture par un prestataire extérieur au client, c'est-à-dire ne se trouvant pas, à son égard, dans un lien de préposition juridique, d'une prestation de nature informatique* » : BEY E.-M., *op. cit.*, p. 19, et celle du contrat d'entreprise entendu par la Cour de cassation comme étant « *la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail, de façon indépendante, et sans représenter son cocontractant* » : Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne, D.*, 1968. 383.

¹²⁵⁴ Cass. com., 24 novembre 2015, n°12-15419, voir dans le même sens : Cass. com., 13 novembre 2013, n°12-15361 et 12-15419.

« frais d'externalisation du service des poubelles » dès lors que le droit n'interdit pas « le recours à une entreprise extérieure »¹²⁵⁵, ainsi que « l'externalisation de la gestion de diverses provisions concernant le personnel du groupe »¹²⁵⁶. Plus précisément encore, s'agissant de l'assimilation de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise, les juges du Quai de l'Horloge précisent que les contrats de transport n'ont ni pour objet ni pour cause « l'externalisation de l'ensemble de la logistique » d'une société, laquelle opération relève du « contrat de prestation de service ou de louage d'entreprise de droit commun »¹²⁵⁷. Outre la jurisprudence, il est également aisé de constater que le législateur ne méconnaît pas, lui non plus, la pratique de l'externalisation. Se fondant sur l'assimilation de l'externalisation au contrat d'entreprise, ce dernier a effectivement intégré l'externalisation au rang des opérations obligatoirement imposables énumérées par le Code général des impôts. Dès lors effectivement que « sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux »¹²⁵⁸, alors l'externalisation, relevant du contrat d'entreprise, est soumise à cette taxe¹²⁵⁹.

96. Une assimilation à priori erronée mais néanmoins juridiquement opérante. Le dernier exemple développé révèle d'ailleurs que l'assimilation civiliste de l'externalisation au contrat d'entreprise, bien qu'à priori infidèle à sa nature économique véritable, induit des conséquences dépassant le simple cadre contractuel. Au-delà de ses incidences fiscales, l'externalisation trouve également un encadrement juridique, essentiellement jurisprudentiel, en matière de droit du travail. Si le lien paraît ici lâche avec le contrat d'entreprise, il est aisé d'en faire état en précisant simplement que le contrat de travail s'en distingue sur un point crucial : le contrat d'entreprise exclut toute idée de subordination hiérarchique, laquelle constitue le fondement du contrat de travail. Cependant le droit du travail a eu à connaître de l'externalisation justement lorsqu'elle se confronte à la question du devenir du salarié dont

¹²⁵⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 16 septembre 2008, n°07-16553.

¹²⁵⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 28 mars 2008, n°06-12996.

¹²⁵⁷ Cass. com., 7 septembre 2010, n°09-14936.

¹²⁵⁸ Article 256-1 du Code général des impôts. Le législateur précise par ailleurs que « l'assujetti, (...), qui s'entremet dans une livraison de bien ou une prestation de services » est soumis à cette même taxe, alors même que l'entremise désigne en droit privé, et notamment en droit commercial, une opération se matérialisant sous la forme d'un contrat par lequel une personne charge une autre, généralement un professionnel, de rechercher et de lui présenter une personne avec laquelle il souhaite conclure une ou plusieurs conventions dans un type d'activités économiques (voir : Cass. civ., 1^{ère}, 20 novembre 2013, n°12-26128) ; en d'autres termes une forme d'externalisation particulière.

¹²⁵⁹ Soumission confirmée par la jurisprudence : Cass. com., 24 novembre 2015, n°12-15419.

l'activité fait l'objet d'une opération d'externalisation¹²⁶⁰. C'est d'ailleurs par cette seconde « voie » qu'elle a également fait son entrée en droit civil. Commentant la célèbre décision *Société Perrier Vittel France c/ Comité d'établissement de la source Perrier de Vergèze et a.*¹²⁶¹, Jean-Grégoire Mahinga se demandait effectivement jusqu'où irait la Cour de cassation sur la question de la continuation du contrat de travail dans les hypothèses d'externalisation d'activités¹²⁶² dans la mesure notamment où il semblait désormais acquis que « *sans faire montre d'une opposition systématique à l'externalisation, le Cour de cassation se montre soucieuse d'empêcher toute fraude aux droits des salariés* »¹²⁶³. Paul-Henri Antonmattei allait même alors jusqu'à parler de « *clash* » pour évoquer cette rencontre entre l'externalisation, « *mot à la mode, plutôt pratiques à la mode* »¹²⁶⁴, et le droit du travail. Cette rencontre semble pourtant s'être résolue en des termes pacifiques par la prise en compte de l'externalisation en la matière. La Chambre sociale de la Cour de cassation affirmait effectivement que « *la reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire de l'entreprise n'entraîne le maintien des contrats de travail que si cette activité est exercée par l'entité économique autonome* »¹²⁶⁵ ; c'est-à-dire lorsque l'activité transférée l'est avec les structures essentielles à sa réalisation autonome. Ce faisant, ce que confirme la nouvelle rédaction de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹²⁶⁶, la spécificité de l'externalisation est ainsi prise en compte ce qui conduit parfois à l'exclure de son champ d'application¹²⁶⁷. En droit du travail, la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation entraîne donc également l'application d'un régime juridique particulier non nécessairement soumis à la reprise du contrat de travail. Cette prise en compte se retrouve en outre dans la jurisprudence la plus récente de la Chambre

¹²⁶⁰ Car si « *l'entrepreneur est parfaitement libre d'externaliser telle ou telle activité* », il est indéniable que « *la pratique de l'externalisation peut se trouver confrontée à des règles de droit, spécialement de droit du travail* » : WAQUET Ph., « *Libres propos sur l'externalisation* », *Semaine Sociale Lamy*, 2000, n°999, p. 7. L'auteur précisait alors que la jurisprudence de la chambre sociale révélait deux configurations différentes d'une telle confrontation : la fraude aux droits des salariés et la question du transfert du contrat de travail.

¹²⁶¹ Cass. soc., 18 juillet 2000, *Société Perrier Vittel France c/ Comité d'établissement de la source Perrier de Vergèze et a.*, *Bull. Civ. V*, n°285, p. 225.

¹²⁶² MAHINGA J.-Gr., *op. cit.*, p. 13.

¹²⁶³ WAQUET Ph., *op. cit.*, p. 7.

¹²⁶⁴ ANTONMATTEI P.-H., « *Externalisation et article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail : le clash !* », *Semaine Sociale Lamy*, 2000, n°996, p. 7.

¹²⁶⁵ Cass. soc., 18 juillet 2000, *Société Perrier Vittel France c/ Comité d'établissement de la source Perrier de Vergèze et a.*, *Bull. Civ. V*, n°285, p. 225.

¹²⁶⁶ « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

¹²⁶⁷ Effectivement « *la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail n'implique pas ipso facto une situation d'externalisation* » dans la mesure où si l'externalisation porte sur le transfert d'une activité économique, et donc d'une entité économique, celle-ci n'est pas nécessairement autonome. L'externalisation ne distingue donc bien de la vente ou de la fusion par exemple.

sociale. Celle-ci réaffirme effectivement que « *l'externalisation d'une activité n'emporte pas, par elle-même, l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail* »¹²⁶⁸.

Dès lors qu'il est ainsi admis que l'assimilation et l'identification de l'externalisation en droit civil entraîne des conséquences juridiques spécifiques, il est possible d'affirmer qu'il existe bien en la matière un encadrement propre à cet outil issu du monde des affaires. Bien que situé parfois en-dehors du Code civil, cet encadrement juridique de la pratique de l'externalisation par d'autres branches du droit privé demeure toujours en lien avec son intégration à la catégorie du contrat d'entreprise opérée par la doctrine. Plus qu'une prise en compte de cette stratégie propre aux entreprises, le droit privé pose ainsi un cadre juridique complet à la mise en œuvre des stratégies d'externalisation : d'une part, en matière contractuelle et, d'autre part, par voie de conséquence, dans le cadre des relations de travail ou en matière fiscale. Cela se traduit par ailleurs concrètement dans la production normative du législateur. Ainsi le Code des assurances dispose-t-il depuis le 2 avril 2015 que « *« l'externalisation » désigne un accord, quelle que soit sa forme, conclu entre une entreprise et un prestataire de services, soumis ou non à un contrôle, en vertu duquel ce prestataire de services exécute (...), une procédure, un service, ou une activité, qui serait autrement exécuté par l'entreprise elle-même* »¹²⁶⁹. Le constat posé par Cédric Sylvestre est alors d'autant plus pertinent aujourd'hui tant « *le juriste est donc évidemment au cœur du*

¹²⁶⁸ Précisant toutefois qu'il « *en va autrement lorsque cette activité, totalement différenciée de l'activité principale de l'entreprise, est constituée d'un ensemble organisé de personnes qui y est exclusivement affecté, dispose de moyens d'exploitation propres et dont l'intégralité des salariés et des moyens est transférée à un prestataire de service poursuivant la même activité dont l'identité est maintenue* » ; c'est-à-dire lorsque l'objet de l'externalisation porte spécifiquement sur le transfert d'une entité économique autonome, ce que cherche à déterminer le juge lorsqu'il est confronté à une telle situation : le juge démontre ici qu'il s'agissait du transfert d'une telle entité économique autonome dans la mesure où « *la société Orion avait démontré, d'abord, que l'activité de gardiennage et de sécurité qu'elle avait décidé d'externaliser constituait une activité accessoire spécifique distincte de son activité économique principale (...), que les salariés transférés étaient exclusivement affectés à l'activité de gardiennage pour laquelle ils avaient reçu une formation spécifique, enfin, qu'elle disposait de moyens propres et spécifiques constitués par un local spécifique, un système de vidéo surveillance ainsi que des moyens spécifiques de lutte contre les incendies ; qu'en affirmant que l'activité de gardiennage ne constituait pas une entité économique autonome sans rechercher, ainsi cependant qu'elle y était invitée, si celle-ci ne poursuivait pas un objectif propre distinct de l'activité principale avec un personnel exclusivement affecté à cette activité et disposant de moyens spécifiques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail* », la Cour affirmant que « *le transfert de l'activité de gardiennage qui était demeurée strictement identique, s'était accompagné du transfert de l'ensemble des salariés qui y étaient affectés ainsi que de l'ensemble des moyens qui leur étaient mis à disposition ; qu'en affirmant encore que le transfert ne s'était pas accompagné du transfert d'éléments corporels et incorporels significatifs sans rechercher, ainsi cependant qu'elle y était invitée, si l'ensemble des moyens affectés à l'activité de gardiennage n'avait pas été transmise à la Société ASM SECURITE et si l'activité de gardiennage ne s'était pas maintenue dans les mêmes conditions, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du Code du travail* » ; Cass. soc., 8 décembre 2015, n°14-23209.

¹²⁶⁹ Article L. 310-3 alinéa 13 du Code des assurances.

« système en organisant la sécurité des opérations d'externalisation »¹²⁷⁰. À l'inverse, la situation semble bien différente en droit administratif. Car si la doctrine semble avoir, elle aussi, pris la mesure de l'importance de cette pratique stratégique, le droit positif administratif ne l'a pas prise en compte en l'assimilant à un outil juridique existant.

2. Une assimilation concrètement inexistante en droit administratif

97. Une assimilation à aucun outil juridique existant en droit administratif. À l'instar de son homologue civiliste, la doctrine administrativiste a souvent tenté de rattacher l'externalisation à une figure contractuelle propre au droit administratif. Sans l'y intégrer explicitement, Étienne Muller associe ainsi les partenariats public-privé et l'externalisation en démontrant que les premiers constitueraient une forme de mise en œuvre de la seconde¹²⁷¹. Dans le même souci de trouver un ancrage positif à l'externalisation, Laure Tonnet-Mirepoix envisage quant à elle de démontrer l'existence d'une catégorie nouvelle de « *contrats publics d'externalisation sous la forme de chaînes ou d'ensembles possédant des influences distinctes sur le droit des contrats publics* »¹²⁷². Mais dans un cas comme dans l'autre, ces propositions doctrinales se heurtent à l'indifférence du pouvoir normatif. Effectivement, si d'une part ni le législateur ni le pouvoir réglementaire ne semblent avoir assimilé l'externalisation aux différentes formes de partenariats public-privé, ils n'ont pas non plus consacré l'existence d'une telle catégorie au sein de la taxinomie traditionnelle des contrats publics. Sur ce point le traitement de l'externalisation par le droit positif en droit civil et en droit administratif diverge donc fortement. Alors que, à l'écoute de la doctrine et parfois même avant elle, le législateur et le juge ont explicitement proposé un cadre juridique civiliste à l'externalisation assimilée au contrat d'entreprise, le droit administratif paraît être demeuré muet sur la question, se refusant à toute forme de consécration de l'externalisation. La seule occurrence du terme

¹²⁷⁰ SYLVESTRE C., « Opération à cœur ouvert », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 3.

¹²⁷¹ Car si « l'externalisation recouvre en réalité des opérations diverses », il ne fait pas de doute qu'elle fasse figure de « raison d'être des partenariats public-privé, qui se sont développés, durant les vingt dernières années, en France comme dans la plupart des pays industrialisés » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 69. Notons qu'il s'agit là de la tendance majoritaire de la doctrine : cf. notamment : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, ou dans une moindre mesure : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214 et s. ; LICHÈRE Fr., « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, n°3, p. 66 et s. ou encore : AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, Repères n°6, p. 1 et s. ; MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

¹²⁷² TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, thèse dact., Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 38.

externalisation se trouve effectivement dans le décret relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

Ce dernier dispose qu'il convient désormais, dans le cadre de la réforme de l'État, de « *définir les règles et procédures applicables pour l'externalisation, la sous-traitance et l'achat de matériels, logiciels et prestations de services concourant à l'établissement ou à l'exploitation des systèmes d'information et des réseaux et services de communications électroniques des administrations de l'Etat* »¹²⁷³. Sans apporter aucune précision quant à sa signification, sa nature ou sa portée, le pouvoir réglementaire convoque ainsi l'externalisation dans un souci de légitimation de son discours typique du tournant managérial emprunté. Elle apparaît plus largement comme une tendance, une stratégie, et non comme un instrument juridique que les personnes publiques pourraient mettre en œuvre. Cela se confirme d'ailleurs à l'étude de l'emploi par ce dernier du seul terme d'externalisation. Qu'il s'agisse du domaine de la défense, de la sécurité intérieure ou des finances publiques¹²⁷⁴, le législateur évoque toujours « *le cas d'un recours à une externalisation* »¹²⁷⁵, la mise en œuvre de « *la solution de l'externalisation* » ou « *des modalités d'externalisation de la gestion* »¹²⁷⁶, sans préciser ce à quoi il fait référence. Le contexte normatif dans lequel ces occurrences se retrouvent informe donc d'autant plus sur la portée à leur conférer. Il ne s'agirait que de déclarations annexes¹²⁷⁷ destinées à souligner les efforts effectués dans la recherche de la performance administrative que le *New Public Management* impose, ainsi que de la quête d'une légitimité renforcée par

¹²⁷³ Article 5 du décret n°2015-1165 du 21 septembre 2015 relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

¹²⁷⁴ Notons une fois de plus que les occurrences de l'emploi du terme externalisation par le législateur ne se trouve paradoxalement que dans des domaines régaliens.

¹²⁷⁵ Loi n°2009-135 du 9 février 2009 de programmation des finances publiques pour les années 2009 à 2012.

¹²⁷⁶ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹²⁷⁷ Dotées d'une portée juridique assez faible, les lois de programmation sont néanmoins pourvues d'une certaine valeur normative apportée par l'intervention de la délibération de la représentation nationale dès lors que par nature « *la loi est l'expression de la volonté générale* » selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et que « *la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » : CC 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, rec. p. 116. La catégorie des lois de programmation, instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et désormais inscrite à l'article 34 de la Constitution, étend toutefois le champ matériel des lois non normatives au-delà de la matière financière comme le prévoyait la loi organique relative aux lois de finance du 1^{er} août 2001. Il n'en demeure pas moins que la loi de programmation demeure une loi qui en tant que telle « *ne constitue donc pas un relevé de décisions : elle décrit l'hypothèse la plus probable, à un instant donné, d'utilisation parfaitement cohérente des crédits prévus. La programmation doit donc être suffisamment souple pour être adaptée aux événements de nature volontariste (décisions officielles de lancement de programmes ou de tranches d'achat de matériel) ou aléatoire (notamment, retards pris sur tel ou tel programme, évolution de leur coût prévisionnel dans un sens ou dans l'autre). Pour garder sa signification et jouer un rôle, la programmation doit être glissante* » : BAILLY M., « La programmation des équipements militaires », *RFFP*, 1987, n°18, p. 22.

l'adoption de lois de programmations qui « *déterminent les objectifs de l'action de l'État* »¹²⁷⁸. Consacrée néanmoins par le législateur dans les rapports annexés à ces diverses lois de programmation, l'externalisation s'impose comme un de ces objectifs et traduit ainsi la volonté d'organiser une gestion performante de l'action administrative par l'adoption d'une logique coopérative ; c'est-à-dire, en quelque sorte, comme l'expression de cette nouvelle gestion publique prônant une utilisation rénovée des outils contractuels traditionnels et non comme une espèce contractuelle existante, ou à venir.

98. Une assimilation suggérée à une formule contractuelle inexistante. Ce constat mérite toutefois d'être nuancé dans la mesure où, s'il est vrai que l'externalisation n'est assimilée en droit administratif à aucune formule contractuelle existante telle que la concession, la délégation de service public, ni même à aucune forme de partenariats public-privé, il est possible de noter l'emploi singulier de la notion de contrat d'externalisation en un domaine bien précis, paradoxalement d'ailleurs dans un domaine régalien où il paraissait impossible de l'y trouver : celui de la défense. Le législateur prévoit en effet que « *des contrats d'externalisation (...) seront encouragés* »¹²⁷⁹ ou encore plus récemment que les gains obtenus par la réalisation d'opérations d'externalisation seront pris en compte « *pour la part excédant le transfert de ressources de masse salariale nécessaire aux contrats d'externalisation* »¹²⁸⁰. Il est cependant aisé de constater que l'emploi de cette notion correspond davantage à l'assimilation d'un langage fortement influencé par le discours managérial qu'à la consécration d'une nouvelle catégorie de contrats publics¹²⁸¹. Le législateur n'est d'ailleurs pas prolix tant sur la forme que sur le contenu de ce contrat, ni de manière générale sur le régime juridique qui lui serait applicable. Il se contente simplement de l'évoquer au détour d'une phrase comme pour parer sa production normative des vertus de la performance managériale.

Dans le même ordre d'idée, Laure Tonnet-Mirepoix démontre, par le recours à la théorie développée par Bernard Teyssier pour le droit civil, qu'il existe, ou devrait exister, un genre

¹²⁷⁸ Article 34 alinéa 6 de la Constitution.

¹²⁷⁹ Loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

¹²⁸⁰ Loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale et loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.

¹²⁸¹ Au point qu'il est possible d'avancer l'hypothèse que le législateur ferait ici référence au contrat d'externalisation tel qu'il est assimilé en droit civil à la catégorie du contrat d'entreprise.

contractuel dédié à la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif : les « *contrats publics d'externalisation* »¹²⁸². S'inspirant du modèle proposé par le décret du 14 novembre 2011 du contrat, ou marché, d'externalisation, elle estime effectivement que les formules contractuelles existantes ne peuvent suffire à rendre compte de la nature économique de cette opération stratégique¹²⁸³. Elle propose alors d'envisager l'existence de l'externalisation en droit administratif à travers des groupes de contrats distincts selon l'opération envisagée, mais toujours sous cette forme contractuelle complexe. Ainsi suggère-t-elle que « *la typologie des groupes de contrats publics peut alors être appréhendée par rapport à la notion d'externalisation. Chaque forme d'externalisation va se traduire par l'émergence d'un groupe de contrats distincts* »¹²⁸⁴. Laure Tonnet-Mirepoix tire donc son inspiration du droit civil pour appréhender l'existence de l'externalisation en droit administratif sous une forme contractuelle particulière, inédite, prenant davantage en compte sa nature économique que ne le permet le contrat d'entreprise. Une telle hypothèse, qu'il s'agisse d'un contrat simple ou d'un contrat complexe, demeure toutefois discrète. De manière générale l'expression de l'externalisation en droit administratif reste, par conséquent, cantonnée au rang des déclarations d'intention et toujours évoquée sans précision ni explication quand à sa portée normative ou à son contenu juridique. Elle est cependant prise en compte, ce que révèle également l'étude des sources para-normatives telles que les travaux préparatoires, rapports ou encore conclusions des rapporteurs publics, lesquelles renseignent d'ailleurs davantage sur l'existence conceptuelle de l'externalisation envisagée comme un nouveau mode de gestion publique.

B. Une prise en compte partiellement perceptible en droit administratif

99. Une prise en compte faisant appel aux sens de l'observateur. En l'absence d'existence concrète en droit administratif, du moins d'une existence manifeste sous une forme contractuelle à l'instar du droit civil, l'observateur se trouve bien dépourvu lorsqu'il s'agit de déterminer la place occupée par l'externalisation administrative. Apparemment négligée par le droit positif, il convient toutefois de chercher plus loin afin de tenter d'y déceler des indices révélateurs de son émergence. De la même manière que pour l'interprétation de la règle de

¹²⁸² TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 245.

¹²⁸³ Inspirée du « *modèle de celle proposée par l'autorité réglementaire dans le décret du 14 novembre 2011* », le genre du contrat public d'externalisation désigne alors « *le groupe du contrat issu du processus d'externalisation. Les spécificités de ces contrats publics d'externalisation tiennent à la forme comme à leur régime* » : TONNET-MIREPOIX L., *Ibid.*

¹²⁸⁴ TONNET-MIREPOIX L., *Ibid.*

droit telle que la conçoit l'école de l'exégèse, il est possible de s'intéresser aux sources paranormatives afin de dégager à gros traits la silhouette de l'existence de l'externalisation en droit administratif. À ce titre, l'examen des travaux parlementaires s'impose comme une évidence tant il est courant d'y recourir afin de déterminer l'esprit d'une règle¹²⁸⁵. Éclairant le sens de cette dernière, les travaux parlementaires mettent explicitement en évidence le terme d'externalisation, laissant alors supposer qu'il s'agirait d'un concept en devenir dont le pouvoir politique aurait engagé l'assimilation à la sphère administrative en attente d'une réaction du pouvoir normatif pour le consacrer. Une telle émergence ne serait d'ailleurs pas pour surprendre dans la mesure où cela semble bien être le lot des nombreuses évolutions suscitées par l'influence du *New Public Management*¹²⁸⁶ et du paradigme néolibéral sur le droit administratif¹²⁸⁷.

Moins visible que dans les travaux parlementaires, l'externalisation est également perceptible à travers le discours silencieux du juge administratif. Si elle n'apparaît pas en effet dans les solutions lues en séances, elle se révèle toutefois à l'observateur qui la cherche lorsqu'il s'intéresse aux conclusions prononcées par les rapporteurs publics. Plus discret, le discours sur l'externalisation n'y est pas moins instructif dans la mesure où les juges, libérés du carcan de la jurisprudence, y laissent davantage libre cours à leur esprit de système. Tâchant de ménager une place, ainsi que des effets juridiques, à un terme dont le maniement semble désormais imposé par le contexte, ils profitent de l'occasion qui leur est offerte pour se saisir

¹²⁸⁵ Il est en effet admis, aussi bien en droit privé qu'en droit public, que l'interprétation de la règle de droit est toujours, toute réaliste qu'elle soit, le fruit d'une contrainte exercée par l'auteur de la règle ; c'est-à-dire le plus souvent le législateur. C'est donc le plus souvent à l'aune de la volonté de ce dernier qu'elle est appréciée, jaugée et appliquée. Alors que François Ost et Michel Van de Kerchove démontraient que « *la diversité des règles d'interprétation qui sont mises à la disposition du juge ne doit pas faire illusion : elle ne s'apprécie à sa juste portée qu'une fois replacée dans le contexte institutionnel qui définit les « jeux de rôles » attendus des divers agents juridiques, et particulièrement le juge* » (OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en Droit*, Bruylant, 1989), Jean-Benoist Belda rappelle que finalement « *le législateur vient donc de manière indirecte encadrer l'interprétation du juge* » : BELDA J.-B., *La théorie réaliste de l'interprétation et le droit privé*, Mémoire dact., Université de Montpellier, 2011, p. 95. La théorie réaliste de l'interprétation telle que développée par Michel Troper réserve d'ailleurs une place de choix à ces contraintes dans la mesure où chaque « *acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère* » : TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 2005, p. 11.

¹²⁸⁶ Précisons sur ce point que le *New Public Management* est principalement réputé pour avoir « *imprégné, à des degrés différents, la culture des administrations publiques de ce pays* », et non pour avoir entraîné *expressis verbis* l'intégration en droit administratif d'outils juridiques nouveaux directement empruntés à la pratique des entreprises : VAN HAEPEREN B., « Que sont les principes du *New Public Management* devenus ? Le cas de l'administration régionale wallonne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2012/2, tome LI, p. 85.

¹²⁸⁷ Ainsi en va-t-il par exemple, à partir des années 1990 avec les premières réformes engagées en matière d'organisation des services publics. Elles ont en effet été tout d'abord évoquées à l'occasion de rapports, de commission puis d'une véritable politique du « *renouveau du service public* », avant de produire finalement peu à peu ses effets juridiques par une transformation progressivement du droit administratif.

également du discours sur la performance et des préceptes du *New Public Management* afin de pouvoir éventuellement, à terme, les intégrer à part entière dans leurs décisions. Situées à mi chemin du droit positif et du discours doctrinal, ces conclusions permettent également d'édifier une passerelle entre ceux deux ensembles plus ou moins hermétiques l'un à l'autre¹²⁸⁸. Conjuguant la vue et l'ouïe, il est par conséquent envisageable de toucher du doigt l'existence concrète de l'externalisation administrative. Il devrait s'agir d'un concept doctrinal que le droit positif hésiterait à employer tant il semble encore touffu et flou, imprécis et polysémique. Paradoxalement, c'est toutefois à partir d'un bref aperçu de son utilisation discrète par le législateur et le juge qu'il est possible de l'appréhender en tant que tel. La nouvelle gestion publique inspirée des pratiques de management des entreprises n'a pu en effet conquérir immédiatement le droit administratif, et l'influence exercée par le *New Public Management* n'appelle d'ailleurs pas une telle transformation. L'externalisation administrative émerge plutôt afin de désigner cette nouvelle gestion animée d'une logique différente issue d'une culture entrepreneuriale instillée progressivement dans les politiques publiques. L'émergence de l'externalisation en droit administratif est donc par conséquent essentiellement insidieuse et discrète, ce qui tendrait d'ailleurs à expliquer l'approche pusillanime dont elle a pu faire l'objet de la part du droit positif. Il est néanmoins possible d'identifier une telle prise en compte visible dans les travaux parlementaires (1), et audible dans les conclusions des rapporteurs publics (2).

1. Une prise en compte visible dans les travaux parlementaires

100.L'émergence générale de l'externalisation dans les rapports parlementaires. Les sources juridiques sur lesquelles l'étude de l'utilisation du recours au terme d'externalisation en droit positif se focalise ne constituent pas à proprement parler des sources du droit pourvues d'une valeur normative¹²⁸⁹. Cependant, dans la mesure où les travaux parlementaires, ainsi que les conclusions des rapporteurs publics au sein des juridictions administratives, informent sur

¹²⁸⁸ À l'instar des travaux parlementaires pour la détermination de la volonté du législateur, les conclusions prononcées par les rapports publics éclairent le raisonnement suivi par le juge administratif pour parvenir à la décision rendue. Guy Braibant affirmait d'ailleurs que dans le cadre de la fonction contentieuse du Conseil d'État, la publication « *des conclusions des commissaires du gouvernement éclairent et complètent les principales* » décisions : BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 91.

¹²⁸⁹ La Cour européenne des droits de l'Homme, de même que les juridictions administratives, ont effectivement jugé que les rapports parlementaires étaient dépourvus de valeur normative, et ne pouvaient par conséquent servir de fondement juridique à une décision ou à un acte juridique : Cour EDH, 6 novembre 2001, *Fédération chrétienne des Témoins de Jéhova de France c/ France*, n°53430/99 et CAA Bordeaux, 2^e ch., 20 octobre 2009, n°08BX03245.

l'intention des producteurs de la norme et facilitent son élaboration¹²⁹⁰, ils peuvent être exploités lorsqu'il s'agit justement de déterminer le degré et le sens de la prise en compte normative du concept d'externalisation administrative¹²⁹¹. Il convient d'ailleurs de préciser que l'interprétation exégétique, aussi bien que téléologique¹²⁹², de la règle de droit requiert souvent l'examen de ces travaux afin de faciliter la détermination de la volonté du législateur, aussi bien que la finalité qu'elle poursuit¹²⁹³. Aussi permettent-ils également de percevoir plus en détail les tendances traversant le droit administratif, si ce n'est même les évolutions à venir. Or en matière de tendances, l'externalisation s'impose comme un bousculement des modes de gestion de l'action administrative, non seulement dans la loi, mais aussi et surtout dans ces travaux parlementaires où elle fait figure de petit nouveau dans le paysage d'une gestion publique en quête de performance. Il n'est, de surcroît, pas surprenant de constater une émergence générale de l'externalisation au sein des travaux parlementaires, tant la frontière entre la politique et le droit est étroite en la matière. Intimement liée à la réforme de l'État ainsi qu'à l'intégration des préceptes du management dans le cadre de l'organisation administrative et de son fonctionnement, l'externalisation présente une dimension politique incontestable au point qu'elle soit parfois évoquée comme une politique à part entière dans le cadre de la managérialisation de l'action publique.

Une recherche de l'occurrence « externalisation » dans les bases de données parlementaires aboutit rapidement au constat d'un foisonnement de l'usage de ce terme dans les travaux élaborés par les deux assemblées. Qu'il s'agisse de dossiers législatifs ou de rapports

¹²⁹⁰ « Ces rapports parlementaires ne constituent qu'un élément d'information et de proposition, ils ne prétendent pas avoir valeur normative et ne sauraient fonder ni des distinctions (...) ni des sanctions quelconques » : Ministère de l'intérieur, circ. du 20 décembre 1999 sur la lutte contre les agissements répréhensibles des mouvements sectaires, n°NOR/INT/D/99/00262/C.

¹²⁹¹ L'influence que ces diverses sources peuvent exercer sur la production normative n'est effectivement pas à négliger. Ainsi Raymond Odent indiquait-il, s'agissant de la portée des conclusions des commissaires du gouvernement, que « l'influence du commissaire du gouvernement quant à la solution des litiges, et celle qu'exercent les commissaires du gouvernement sur le développement et l'évolution de la jurisprudence sont considérables » : ODENT R., *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1982, p. 1226.

¹²⁹² L'école de l'exégèse fut d'ailleurs présentée comme celle envisageant la règle de droit à partir de l'examen de « toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent » : HUSSON L., « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, p. 175.

¹²⁹³ Charles Perelman démontrait en effet que l'école de l'exégèse imposait au « juge (de) ne plus se contenter d'une simple déduction à partir de textes légaux ; il doit remonter du texte à l'intention qui a guidé sa rédaction, à la volonté du législateur, et interpréter le texte conformément à cette volonté » : PERELMAN Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1999, p. 52. Pour une application de cette méthode par le juge administratif voir la jurisprudence : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92, à l'occasion de laquelle le Conseil d'État se référait explicitement aux « dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires », afin de déterminer la volonté du législateur de confier l'exercice d'une mission de service public à un organisme de droit privé.

d'information, plusieurs centaines évoquent de manière plus ou moins approfondie cette thématique nouvelle depuis vingt ans¹²⁹⁴. Il ne peut bien entendu être question ici de les recenser tous. Un bref aperçu devrait toutefois permettre de prendre la mesure de cette prise en compte de l'externalisation par « l'antichambre » de la production normative. Au titre des plus significatifs de ce point de vue, il apparaît que le rapport d'information n° 35 (2010-2011) figure en bonne place. Évoquant la mise en œuvre de la Révision Générale des Politiques Publiques au sein des préfetures, celui-ci évoque effectivement explicitement l'externalisation parmi les instruments de modernisation de l'État, et plus précisément encore en tant qu'élément permettant la rationalisation des fonctions support selon les nouveaux enjeux fixés par le management. Il précise en l'occurrence que « *le redimensionnement des fonctions support passe également dans les préfetures par une externalisation de certaines tâches* », notamment par le biais de « *marchés d'entretien* »¹²⁹⁵. Dans la même veine, le sénateur Jean Arthuis souligne « *la réticence des administrations à recourir à des moyens externes* » et que « *si l'externalisation pouvait apporter des gains en termes de qualité, de productivité et de coût, elle demeurerait trop peu pratiquée par les administrations* »¹²⁹⁶. Il remarque toutefois, au-delà de ce constat, qu'elle est parfois pratiquée dans certains ministères pour pallier notamment la faiblesse des moyens humains¹²⁹⁷. Tout en rappelant que l'externalisation ne constitue pas une panacée en terme de gestion¹²⁹⁸, il appelle toutefois à une généralisation de sa mise en œuvre, par exemple par le recours au partenariat public-privé, « *nouvelle forme possible d'externalisation* »¹²⁹⁹.

¹²⁹⁴ Le site internet du Sénat énonce, sur une recherche circonscrite aux vingt dernières années, les chiffres de 402 dossiers législatifs, de 231 rapports d'information, auxquels s'ajoutent 188 questions parlementaires portant sur cette thématique ou encore 606 comptes rendus de débats ou de commissions. De son côté, le site de l'Assemblée nationale annonce quant à lui 652 rapports, 579 questions parlementaires ainsi que 1179 comptes rendus.

¹²⁹⁵ Rapport d'information n°35 (2010-2011) de Mme Michèle André, fait au nom de la commission des finances, déposé le 13 octobre 2010.

¹²⁹⁶ Rapport d'information n°422 (2003-2004) de M Jean Arthuis, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'informatisation de l'État, déposé le 21 juillet 2004, p. 69.

¹²⁹⁷ Il précise d'ailleurs qu'il est significatif que, « *pour motiver le recours à des ressources extérieures pour la maintenance, les ministères de la culture et de la justice évoquent « la faiblesse des moyens humains ». Sans cette « faiblesse », l'externalisation n'aurait donc peut-être pas été envisagée* » : Rapport d'information n°422 (2003-2004), *Ibid.*

¹²⁹⁸ « *Cependant, l'externalisation, il est vrai, ne constitue pas une garantie absolue de meilleure gestion, comme l'a relevée la Cour des comptes dans sa communication effectuée à la demande de la commission des finances* » : Rapport d'information n°422 (2003-2004), *Ibid.* Le rapport général n°107 (2011-2012) de Mme Nicole Bricq, fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2012, déposé le 17 novembre 2012 confirme encore ce constat : « *ce premier bilan amène à avoir une vision non dogmatique des externalisations, qui ne doivent pas être considérées comme la panacée pour réaliser, en toutes circonstances, des économies de gestion, mais être évaluées préalablement et ne pas toucher le « cœur de métier » de la défense* » : rapport général n° 107 (2011-2012), *op. cit.*, p. 69.

¹²⁹⁹ Rapport d'information n°422 (2003-2004), *Ibid.*

101. Une émergence symbolique de l'externalisation en matière régaliennne. Il convient également d'évoquer plus spécifiquement le rapport d'information n° 673 (2013-2014) portant sur les externalisations en opérations extérieures. Véritable *vade mecum* de l'externalisation en la matière, ce rapport parlementaire semble devoir marquer un cap dans la prise en compte de cet outil stratégique en droit administratif. Notant que « *le recours à l'externalisation a pris, depuis plusieurs années, de l'ampleur et fait désormais l'objet d'une démarche volontariste de la part du ministère de la défense, qui y voit un des outils de sa modernisation et l'une des clefs pour tenir les objectifs d'économies et de réduction de format fixés par les programmations successives* »¹³⁰⁰, il s'érige comme un document de référence en ce qui concerne l'externalisation administrative ; faisant d'ailleurs du secteur de la défense un modèle en la matière¹³⁰¹. Bien qu'il reconnaisse que l'objectif ne soit pas le même que celui de l'externalisation administrative en général¹³⁰², la logique coopérative est identique et la définition ainsi proposée évoque l'externalisation comme consistant « *à confier à un ou des opérateurs externes, en partie ou en totalité, une fonction, une capacité ou un service assuré jusqu'alors en interne, en responsabilisant ce ou ces opérateurs sur des objectifs de qualité de service et de coût* »¹³⁰³. Au-delà de cette définition, il propose également une typologie des objectifs et des formes d'externalisation, ainsi que des fonctions concernées. Précisant enfin les précautions nécessaires à la mise en œuvre d'une telle stratégie, il rappelle lui-aussi que l'externalisation ne doit pas être considérée comme une panacée mais doit accompagner d'autres stratégies managériales destinées à renforcer la performance de l'action administrative¹³⁰⁴.

¹³⁰⁰ Rapport d'information n°673 (2013-2014) de MM Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014, p. 7.

¹³⁰¹ Citons sur ce point le travail de thèse conduit par Olivier Frot : FROT O., *État régalienn et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012. Évoquant les nombreuses « *voies possibles pour la réforme de l'État en vue d'une meilleure gestion publique* » (p. 15), l'auteur s'attache à analyser la pratique du Ministère de la défense dans la mesure où, « *s'il possédait déjà une longue tradition d'externalisation plus ou moins développée, a vu ce mode de gestion s'amplifier considérablement, d'abord au cours des années 1990, et plus encore actuellement* » (p. 20).

¹³⁰² « *Contrairement à l'externalisation réalisée en temps de paix et en métropole, qui répond à une logique essentiellement économique, l'externalisation en OPEX a pour objet premier de répondre au besoin opérationnel* » : Rapport d'information n°673 (2013-2014) de MM Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014, p. 11.

¹³⁰³ Rapport d'information n°673 (2013-2014) de MM Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014, p. 8, citant d'ailleurs la réponse ministérielle du 1/11/2010 à la question écrite n°109110.

¹³⁰⁴ Les recommandations n°2 et n°5 appellent d'ailleurs respectivement à « *préserver les compétences et les moyens minimums indispensables* » et à « *ne pas se satisfaire de l'externalisation comme palliatif des lacunes capacitaires mettant en cause l'autonomie stratégique de la France* » : Rapport d'information n°673 (2013-

Malgré tout, l'externalisation administrative ne bénéficie pas ici d'une véritable consécration juridique. Toujours dans le domaine de la défense, le rapport général n° 78 annexé au projet de loi de finances pour 2007¹³⁰⁵ évoquait, au titre des « *inflexions nécessaires* » à apporter à la politique budgétaire de défense française, la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation¹³⁰⁶. Elle s'imposait alors déjà comme une « *voie* » de gestion efficace propre à accroître les performances de l'action administrative comme le suggérait d'ailleurs le rapport d'information n° 389 (2003-2004)¹³⁰⁷. Mais elle demeurait encore trop marquée par le discours managérial¹³⁰⁸ et trop peu encadrée juridiquement¹³⁰⁹. Il n'est en effet nulle part question de contrat d'externalisation, ni même de formules juridiques déterminées et précises qui en permettraient la réalisation¹³¹⁰, si ce n'est de manière large en définissant l'externalisation comme un « *mode de gestion contractuel consistant à confier à des*

2014) de MM Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014, p. 5.

¹³⁰⁵ Rapport général n°78 (2006-2007) de M Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le projet de loi de finances 2007, déposé le 23 novembre 2006.

¹³⁰⁶ Qui permettrait : d'une part un recentrement des effectifs militaires par l'externalisation des « *tâches qui ne sont pas essentiellement militaires* » afin d'offrir également « *un cadre professionnel plus valorisant, et en améliorant la condition du personnel* », et d'autre part une meilleure mobilisation des ressources financières dans la mesure où, « *du fait des difficultés d'acquisition ou de maintien des compétences dans certains domaines très spécifiques et d'une meilleur connaissance des risques, les coûts actualisés du recours à une solution externalisée sont, sur longue période, nettement inférieurs à ceux du maintien dans le cadre existant* ». Il cite alors à titre d'exemple la politique d'externalisation des véhicules décidée par le ministère de la défense consistant à « *confier le financement, la maintenance et la gestion de l'ensemble de la flotte à un seul prestataire privé* » afin de parvenir « *à une optimisation de la gestion* » : Rapport général n°78, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁰⁷ Dans le cadre d'une partie évoquant la dynamisation de « *la gestion de l'État* », le sénateur Philippe Marini reconnaît que dans de nombreux domaines « *l'État ne se concentre pas sur son vrai métier, celui de donneur d'ordre, définissant la mission et les résultats à atteindre : il choisit, en matière de fonctionnement comme précédemment évoqué en matière d'investissement, de faire par lui-même, pour un coût ou une efficacité parfois très contestables* » pour finalement admettre que « *la voie tracée par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie de l'externalisation de certaines missions non essentielles paraît ainsi prometteuse* » : Rapport d'information n°389 (2003-2004) de M Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le débat d'orientation budgétaire, déposé le 30 juin 2004, p. 184 et 186.

¹³⁰⁸ Le sénateur Philippe Marini rapporte notamment que les expériences anglo-saxonnes démontrent la pertinence de l'adoption de méthodes issues du monde de l'entreprise. Il estime d'ailleurs que « *l'administration a beaucoup à apprendre des entreprises quand elle n'a pas, tout simplement, intérêt à leur confier la responsabilité opérationnelle de telle ou telle mission* » par l'adoption d'une stratégie d'externalisation : Rapport d'information n°389, *op. cit.*, p. 389.

¹³⁰⁹ La loi de finances pour 2007, loi n°2006-1666 du 21 décembre 2006, ne fait aucunement mention de l'externalisation alors que le rapport général annexé dans le dossier législatif l'évoquait explicitement en tant qu'outil à mobiliser dans le cadre d'une performance accrue de l'action administrative.

¹³¹⁰ Les sénateurs Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli confirment, en étudiant le modèle de la PFI britannique, la distinction existant entre le contrat de partenariat et l'externalisation. Ils précisent effectivement que ce modèle contractuel « *diffère de l'externalisation en ce que le secteur fournit aussi bien les immobilisations que les prestations de services* » : Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public-privé in : rapport d'information n°733 (2013-2014) de MM Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les contrats de partenariat : des bombes à retardement, déposé le 16 juillet 2014, p. 31.

prestataires extérieurs à l'administration des activités ou des fonctions précédemment assurées en régie »¹³¹¹. Les objectifs évoqués par le rapport d'information n° 673 ou par le rapport d'information n° 3595 relèvent tous de la rationalité managériale¹³¹². De même les différents types d'externalisation qu'ils proposent s'inscrivent davantage dans une démarche stratégique que juridique¹³¹³. La prise en compte de l'externalisation par le droit administratif apparaît donc paradoxalement trop stratégique¹³¹⁴. Elle ne semble pas s'intégrer véritablement dans le cadre juridique de l'action administrative¹³¹⁵, ou alors l'apparition de l'externalisation pêche dans l'excès inverse : son intégration aux instruments traditionnels de la gestion publique l'impose comme un instrument contractuel bien trop vague pour constituer un outil déterminé et utile ou éclairer les évolutions du droit administratif en la matière. C'est d'ailleurs ce que révèlent également certaines conclusions prononcées devant le Conseil d'État.

2. Une prise en compte audible dans les conclusions de rapporteurs publics

102. L'apparition vague de l'externalisation dans les conclusions des rapporteurs publics. À

l'instar des parlementaires, le travail des rapporteurs publics révèle la même réticence, la même fébrilité dans le maniement de l'externalisation au sein de leurs conclusions. Cette prudence ne présente pas cependant une nature identique. Alors que les premiers s'inscrivent

¹³¹¹ Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002, p. 10.

¹³¹² Le rapport évoque la satisfaction d'un besoin opérationnel encadrée par la nécessité de respecter les limites budgétaires imposées et le renforcement de la légitimité démocratique de l'intervention militaire.

¹³¹³ L'externalisation dite « *additionnelle* » présenterait un intérêt lorsque « *le coût et les difficultés d'acquisition ou de maintien des compétences dans certains domaines très spécifiques sont disproportionnés par rapport aux résultats attendus* » : Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002, p. 14 et 15. L'externalisation de « *substitution* » consisterait quant à elle uniquement « *à remplacer les personnels militaires et les moyens patrimoniaux existants par un prestataire extérieur* » : Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002, p. 15. Enfin, l'externalisation « *palliative* » consisterait à venir « *combler une lacune capacitaire* » ponctuelle : Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002, p. 16.

¹³¹⁴ Elle repose alors sur des objectifs relevant du management stratégique et son évocation demeure cantonnée à la poursuite de ceux-ci, tels que « *l'émergence d'un climat de confiance entre les partenaires* » selon Jacques Voiron. Elle se présente toujours, comme toutes décisions relevant de la stratégie d'entreprise, d'un choix offrant alors « *une palette d'instruments juridiques* » pour en permettre la réalisation ; sans pour autant que le contenu de cette palette ne soit précisé : propos tenus par Jacques Voiron dans le cadre de la première édition du colloque « Tremplin recherche » organisé au Palais du Luxembourg le 8 février 2005.

¹³¹⁵ Car si « *le livre blanc pour 2008 encourageait également les contrats d'externalisation de services* » dans le secteur de la défense, aucun contrat de ce type n'existe concrètement en droit positif ; aucune formule ne lui est par ailleurs explicitement rattachée. L'externalisation demeure donc dans l'esprit et les mots du législateur une stratégie dont la conception est celle d'un « *des moyens permettant de réaliser encore des économies sur le soutien aux forces* » : Rapport d'information n°673 (2013-2014), *op. cit.*, p. 8.

dans une démarche managériale et intègrent l'externalisation dans un registre identique à celui de la stratégie d'entreprise¹³¹⁶, les travaux des seconds sont empreints d'une volonté d'intégrer et d'adapter l'externalisation au cadre traditionnel de l'action administrative. Une recherche dans la base de données du Conseil d'État permet effectivement de dresser à gros traits le « portrait-robot » de l'externalisation telle que la conçoit la juridiction administrative. Si le terme externalisation n'apparaît que dans cinq décisions du Conseil d'État, son occurrence est cependant bien plus fréquente dans les conclusions des rapporteurs publics, offrant alors matière à systématiser l'emploi de ce vocable nouveau. Précisons tout d'abord l'enseignement principal glané à l'occasion de l'analyse de ces cinq décisions. L'externalisation y apparaît dans deux domaines principaux : celui de la commande publique, et celui de l'encadrement administratif du fonctionnement des entreprises privées¹³¹⁷. De fait, elle ne fait que prendre acte de la pratique de l'externalisation stratégique ayant cours dans le monde des affaires, ou de l'émergence du choix de l'externalisation dans la sphère administrative telle que soulignée par les parlementaires. Dans ce second cas, le Conseil d'État l'intègre néanmoins dans le champ de la commande publique¹³¹⁸, mais sans lui donner une forme contractuelle déterminée¹³¹⁹. Elle y demeure donc un choix administratif managérial. Ce constat se retrouve également à travers l'étude des conclusions produites par les rapporteurs publics : l'externalisation intégrée à la sphère administrative est un concept vague sans traduction concrète en droit positif.

¹³¹⁶ Considérée par la littérature managérial comme un « *choix stratégique* » (BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « L'externalisation : un choix stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 97), l'externalisation se présente sous le même jour dans les travaux parlementaires ; c'est-à-dire comme la pratique consistant « à déterminer les objectifs et les buts fondamentaux à long terme d'une entreprise, puis à choisir les modes d'action et d'allocation des ressources qui lui permettront d'atteindre ces buts, ces objectifs » : CHANDLER A. D., *Stratégies et structures de l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 1972, cité par PLANE J.-M., *Théorie et management des organisations*, Dunod, coll. Management – Ressources humaines, 3^e éd., 2012, p. 51.

¹³¹⁷ Soit qu'il s'agisse des autorisations délivrées par les inspecteurs du travail en matière de transfert du contrat de travail d'un salarié protégé dans le cadre d'un « *projet d'externalisation des activités au sein desquelles la requérante était employée* » : CE, 22 mai 2013, *Mme A.*, n°340111. Soit qu'il s'agisse de l'encadrement d'activités économiques telles que celles des marchés dans les secteurs des fruits et légumes en « *subordonnant l'externalisation par les organisations de producteurs de leur mission de commercialisation des produits de leurs adhérents à une société tierce ou à des sociétés rattachées à leurs adhérents, à des justifications techniques ou économiques et à une plus-value apportée par l'organisation de producteurs* » : CE, 26 mai 2009, *Comité économique agricole fruits et légumes bassin Rhone-Méditerranée*, n°311238, ou de l'imposition des entreprises privées lorsqu'une société n'apparaît finalement que comme « *une externalisation de l'activité de maintenance informatique* » d'une autre société : CE, 24 novembre 2010, *Sté Tibco-infotec*, n°309884.

¹³¹⁸ Ce dernier peut être circonscrit aux « *marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, concession d'aménagement* » à la manière de Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur : CE, ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, n°355563, *AJDA*, 2015, p. 7.

¹³¹⁹ Soit l'externalisation désigne simplement « *le choix d'un prestataire de services extérieur, chargés des tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demande de visa* » dans un consulat : CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2c*, n°357976. Soit elle désigne autrement la pratique des centrales d'achat « *mentionnée par le MPCCIP au titre du tiers payant (qui) ne saurait être regardée comme une sous-traitance* » : CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n°364551.

En prenant pour point de départ de cette analyse les conclusions prononcées par Nicolas Boulouis sur l'arrêt précité *Pro 2c*¹³²⁰, il est aisé de constater que, avant de se retrouver de manière discrète dans la jurisprudence du Conseil d'État, l'externalisation trouve droit de cité dans les conclusions de ses rapporteurs, laissant présager un avenir plus radieux pour ce concept. Elle demeure toutefois encore considérée de manière vague, comme « *une procédure d'externalisation* » ou « *un marché de l'externalisation des visas* »¹³²¹. Cependant certains rapporteurs publics paraissent plus enclins à l'évoquer. Ainsi en va-t-il notamment de Nathalie Escaut, Gilles Bachelier, Gilles Pellissier, Marie-Hélène Mitjavile, Stéphane Verclytte, Laurent Vallé, Catherine de Salins ou encore Suzanne von Coester. Le terme d'externalisation semble d'ailleurs avoir fait relativement tôt son apparition dans les conclusions de Jean Courtial sur l'arrêt *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Thierry Pluviaud*¹³²². Il l'évoquait alors comme un phénomène courant consistant en « *une forme particulière de restructuration qui répond aux conditions d'identité d'activité, de réorganisation du travail se traduisant par un partage des moyens (...) et de l'existence de liens* »¹³²³ particuliers. S'inspirant du monde de l'entreprise en évoquant « *le nouvel entrepreneur et les dirigeants de la structure-mère* », il ne lui conférait finalement que la forme d'un contrat de droit privé, le « *contrat d'exclusivité* »¹³²⁴. Par la suite, l'utilisation du terme d'externalisation demeura apparemment dans le même ton. Ainsi en va-t-il par exemple de Gilles Bachelier évoquant « *une externalisation des moyens d'exploitation de l'entreprise individuelle caractérisant une véritable réorganisation géographique de l'activité de l'entreprise existante* »¹³²⁵, et demeurant ainsi dans le registre entrepreneurial sans préciser le vecteur juridique emprunté. Ou encore de Laurent Vallée demeurant quant à lui dans le registre de la restructuration pour souligner « *un cas d'école d'externalisation d'une activité* »¹³²⁶ ou même « *un effet pervers de la politique d'externalisation semi-consentie dans la fonction publique territoriale* »¹³²⁷.

¹³²⁰ CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2c*, n°357976.

¹³²¹ Concl. Nicolas Boulouis sur : CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2c*, n°357976, p. 1.

¹³²² CE, 28 juillet 1999, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Thierry Pluviaud*, n°187800.

¹³²³ Concl. Jean Courtial sur : CE, 28 juillet 1999, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Thierry Pluviaud*, n°187800, p. 6.

¹³²⁴ Concl. Jean Courtial, *Ibid.*

¹³²⁵ Concl. Gilles Bachelier sur : CE, 30 décembre 2002, *M. Heurtaux*, n°220480, p. 2.

¹³²⁶ Concl. Laurent Vallée sur : CE, 20 octobre 2004, *SARL Présence Autos*, n°253089, p. 2.

¹³²⁷ Concl. Laurent Vallée sur : CE, 17 décembre 2003, *Caisse des dépôts et consignations*, n°223360, p. 3.

103. Une apparition au sein du cadre rénové de l'action administrative. Une évolution, si ce n'est une révolution, semble cependant avoir eu lieu en matière d'emploi du terme d'externalisation dans les conclusions des rapporteurs publics. Dépassant le discours entrepreneurial et managérial¹³²⁸, ces derniers paraissent désormais admettre l'externalisation au rang des cadres de l'action administrative. Suzanne von Coester évoque effectivement dès 2012 « *le choix d'une externalisation des contrôles techniques au secteur privé* » par lequel « *l'administration s'en remet désormais à des certificateurs pour contrôler les contrôleurs* »¹³²⁹. Ainsi en va-t-il également de Mattias Guyomard réunissant, dans ses conclusions sur la décision *Sté ERDF*, au sein d'un même mouvement « *la transformation de certains établissements publics en sociétés de droit privé et l'externalisation croissante du parc immobilier des personnes publiques* »¹³³⁰. L'externalisation n'est donc plus traitée comme un outil de management stratégique mais bien comme un mode de gestion de l'action administrative. Cela se traduit alors plus profondément par une acclimatation de l'externalisation à la sphère administrative, et réciproquement d'un réarrangement des outils traditionnels de l'action administrative inspiré des préceptes managériaux, et préfigurant ainsi une nouvelle gestion publique qu'exprimerait le concept d'externalisation administrative.

Dès lors, « *le mécanisme d'externalisation implique que le délégant assume le risque d'une gestion qu'il a choisi de déléguer* »¹³³¹ appelant une forme de substitution par l'intermédiaire de laquelle un service en régie peut « *tirer parti des moyens et des compétences de tels partenaires (ces partenaires privés)* »¹³³². Sur ce point, Bertrand Dacosta se montre d'ailleurs le plus prolix en matière d'externalisation administrative lorsqu'il précise qu'il « *est toujours loisible aux collectivités territoriales « d'externaliser » leurs interventions économiques* »¹³³³. Toutefois, s'il recourt plus librement au vocable de l'externalisation, et qu'il l'intègre aux modes d'intervention des personnes publiques, il fait toujours preuve d'une certaine réserve

¹³²⁸ Notons toutefois que cette forme d'utilisation du terme externalisation subsiste au sein des conclusions de certains rapporteurs publics. Ainsi en va-t-il par exemple pour Xavier de Lesquen lorsqu'il identifie « *l'externalisation d'une activité de fabrication de palettes dans un établissement de la société Perrier Vittel France* » ne conduisant pas « *au transfert des contrats de travail dès lors que ce « service n'était qu'un simple démembrement de services centraux de l'entreprise, ne disposant pas d'une autonomie, tant dans ses moyens de personnel, en raison de la polyvalence de la plupart de ses salariés, que dans l'organisation de sa production* » : Concl. Xavier de Lesquen sur : CE, 1^{er} juin 2011, *Stés Bureau Veritas et Egis Avia*, n°341323, p. 7. Il est cependant possible d'expliquer cette persistance par le lien étroit que les affaires en litiges tissent avec le droit privé beaucoup plus affable en matière d'externalisation.

¹³²⁹ Concl. Suzanne von Coester sur : CE, 19 octobre 2012, *SARL DPSI*, n°348035, p. 1.

¹³³⁰ Concl. Mattias Guyomard sur : TC, 12 avril 2010, *Sté ERDF c/ M. et Mme. Michel*, n°3718, p. 9.

¹³³¹ Concl. Gilles Pellissier sur : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294, p. 7.

¹³³² Concl. Bertrand Dacosta sur : CE, 19 décembre 2012, *Département de l'Aveyron*, n°354873, p. 4.

¹³³³ Concl. Bertrand Dacostat sur : CE, ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n°355563, *AJDA*, 2015, p. 12.

quant au sens et à la portée juridique à lui conférer. Désormais admis dans le cadre de l'action administrative, le concept d'externalisation demeure donc vague et imprécis et, à la différence du droit civil, ne se matérialise toujours pas sous la forme d'un instrument instauré par le droit positif. Mais est-ce là le seul intérêt d'un concept administratif d'externalisation que de constituer un instrument contractuel de plus en droit administratif ? Rien n'est moins sûr. Il semble d'ailleurs que, face à l'impuissance du droit positif à en rendre compte utilement, la doctrine soit contrainte de lui forger une portée théorique en lui attribuant une signification, et au-delà une fonction en matière administrative. Car si « l'unité de « l'administration » » réside en partie dans les concepts forgés par la doctrine afin de parvenir à une telle homogénéité¹³³⁴, l'externalisation en fait partie alors que cette unité semble être remise en cause par une transformation du contexte économique et social et une évolution de l'idéologie administrative. Et si le droit administratif peut être conçu « comme une contribution à l'efficacité de l'administration »¹³³⁵, alors le concept d'externalisation administrative s'intègre logiquement à cette discipline en lui apportant sa part managériale et stratégique¹³³⁶, et exprime finalement de manière concrète l'émergence de la nouvelle gestion publique¹³³⁷.

§2 : *L'apparition approximative du concept d'externalisation dans le discours doctrinal*

104. Une apparition rendue nécessaire par un droit positif lacunaire. Certains auteurs ont pu récemment souligner que si la volonté de délégation, ou de concession, des activités publiques n'est pas neuve en droit positif, il est possible d'observer que « se dessine aujourd'hui une tendance plus marquée à la délégation, que la doctrine a pu qualifier de mouvement d'externalisation des activités publiques »¹³³⁸. Confirmant ce constat, il apparaît nettement que les producteurs de la norme semblent avoir investi le champ de l'externalisation, sans toutefois y apporter une dimension profondément théorique. Ce faisant, ils ont tâché d'expliquer les notions juridiques qu'ils manient à l'aide de concepts plus abstraits qui les

¹³³⁴ BELL J., « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 99.

¹³³⁵ BELL J., *op. cit.*, p. 100.

¹³³⁶ Alors qu'elle demeurerait traditionnellement appréhendée comme une branche spécifique, voire exorbitante, du droit. Ainsi John Bell rappelait-il que « l'analyse de Georges Vedel et Pierre Delvolvé, quant au caractère distinct du droit administratif, repose sur des valeurs substantiellement différentes de celles qui s'appliquent dans les relations entre particuliers, ce qui implique que l'activité de l'administration est en quelque sorte différente » : BELL J., *op. cit.*, p. 103.

¹³³⁷ John Belle précisait également dès les années 1990 que la modernisation de l'administration reposait notamment sur le fait que « la « nouvelle gestion publique » essaie de changer les structures et la culture de l'administration. Il y a là séparation des tâches de formulation, d'exécution et de régulation des politiques qui peuvent être confiées à des organismes distincts » : BELL J., *Ibid.*

¹³³⁸ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 8.

guideraient¹³³⁹ et en empruntant le discours managérial propre au fonctionnement des entreprises. Certes, Gilles Pellissier ou Bertrand Dacosta évoquent-ils explicitement dans leurs conclusions le terme d'externalisation en relation avec des notions telles que la délégation de service public¹³⁴⁰ ou les partenariats institutionnels¹³⁴¹. Mais, s'ils empruntent ici une démarche de conceptualisation en tachant de recourir à un concept permettant une explication de la réalité juridique complexe à laquelle ils se trouvent confrontés¹³⁴², ce dernier demeure néanmoins accessoire dans l'argumentation qu'ils mènent, si ce n'est même superficiel.

Le concept d'externalisation administrative ne peut effectivement s'imposer, dans le cadre de l'activité normative, comme une notion dans la mesure où seule cette dernière entraîne des effets en droit positif¹³⁴³. Existant en droit administratif, ce concept demeure par conséquent un instrument intellectuel limité à une simple fonction explicative ou légitimante dans le cadre d'un raisonnement juridique au service d'une activité normative focalisée sur des notions auxquelles sont associés des régimes juridiques particuliers. Un tel concept est néanmoins utile dans la mesure où il propose un éclairage nouveau de l'action administrative et de l'organisation qui l'engendre. À défaut d'avoir connu un véritable changement institutionnel à l'aune de la post-modernité¹³⁴⁴, le concept d'externalisation administrative

¹³³⁹ « L'ensemble des producteurs de normes cherchent ou peuvent chercher à donner davantage de cohérence à leur travail en ayant à l'esprit le ou les concepts qui encadrent et guident les notions juridiques qu'ils manient » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 50.

¹³⁴⁰ « (...), le principe de substitution du délégant au délégataire nous paraît donc le meilleur moyen d'assurer la continuité du fonctionnement du service public qui résulte de la volonté de la personne publique qui en est responsable de poursuivre une activité qu'elle avait temporairement externalisée tout en le protégeant contre les engagements pris par son délégataire excédant les pouvoirs qu'il tenait de la délégation » : Concl. Gilles Pellissier sur : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294, p. 9.

¹³⁴¹ « De plus, il est toujours loisible aux collectivités territoriales « d'externaliser » leurs interventions économiques, par le recours à des sociétés d'économie mixte locale, des sociétés publiques locales, ou encore, innovation récente, des sociétés d'économie mixte à opération unique créées par la loi du 1^{er} juillet 2014 » : Concl. Bertrand Dacostat sur : CE, ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n°355563, *AJDA*, 2015, p. 12.

¹³⁴² Or « le juriste qui travaille ainsi ne le formalise sans doute pas comme cela mais, explicitement ou implicitement, l'image mentale qu'il se donne de tel ou tel élément au cœur de la norme relève sans doute de la catégorie du concept » : BIOY X., *Ibid.*

¹³⁴³ « (...), le concept ne peut être employé que comme un procédé artificiel, à titre de moyen purement technique de mise en œuvre des réalités juridiques, et à condition de ne jamais perdre de vue que, si la logique peut parfois aider à organiser la vie, celle-ci lui reste supérieure par la multiplicité et la variété de ses exigences » : GÉNY Fr., *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1927, t. 1, p. 149.

¹³⁴⁴ Jacques Caillosse énumère en effet successivement les différents lieux de l'invariance de l'organisation administrative évoquant alors à ce titre qu'« une semblable réaffirmation de la continuité institutionnelle sous les changements les plus visibles caractérise encore les politiques de réorganisation administrative et de regroupements bureaucratiques qui affectent l'appareil d'État proprement dit » : CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités Dalloz, tome 1, 2011, p. 190.

exprimerait l'émergence d'une nouvelle gestion publique mise en œuvre par l'administration française afin de relever le défi de l'efficacité, et de la crise de légitimité qu'elle traverse. De fond plus que de forme, de méthode plus que de finalité, les transformations liées à « *la réinvention de l'État* »¹³⁴⁵ s'exprimeraient donc notamment à travers ce concept d'externalisation administrative. En s'inspirant de la logique coopérative, l'administration veillerait dès lors à se recentrer sur ces activités principales en confiant à d'autres personnes, publiques ou privées, le soin de la réalisation des autres activités sur lesquelles elle conserverait cependant un droit de regard. L'adoption d'une telle démarche stratégique et managériale révèle également à travers ce concept l'existence d'une voie de modernisation concomitante à celle de la revalorisation de l'échelon local inspirée d'une logique de subsidiarité¹³⁴⁶. Elle demeure donc en cela principalement de nature doctrinale.

Il est néanmoins possible de trouver une explication à l'emploi du terme externalisation par ces deux catégories de participants à la production de normes. Écartées d'une appartenance éventuelle à la doctrine par Christophe Jamin et Philippe Jestaz¹³⁴⁷, ces deux entités n'en demeurent pas moins une manifestation d'opinion faisant autorité dans le cadre du discours sur le droit¹³⁴⁸. Elles restent toutefois rattachées au droit positif dans la mesure où elles participent toutes deux à la production de normes en tant que sources du droit se caractérisant par un pouvoir de décision normative¹³⁴⁹ les disqualifiant d'autant pour la qualité d'éléments de la doctrine¹³⁵⁰. Peut-être alors ce frémissement du droit positif annonce-t-il l'émergence

¹³⁴⁵ TIMSIT G., « La réinvention de l'État », *Revue internationale des Sciences Administratives*, 2008/2, vol. 74, p. 181.

¹³⁴⁶ La doctrine s'est d'ailleurs montrée bien plus prolixe sur cette question que sur celle de l'externalisation lorsqu'elle a pu s'intéresser à la question de la réforme de l'État et de l'organisation administrative. Il est en effet désormais largement admis que cette réforme poursuit principalement l'objectif de « *créer les conditions juridiques d'un nouvel État territorial dont le processus d'institutionnalisation va de pair avec une territorialisation grandissante de l'action publique* » : CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traité Dalloz, tome 1, 2011, p. 195.

¹³⁴⁷ Évoquant le cas des conclusions des rapporteurs publics, ces deux auteurs précisent que « *l'éventuelle liberté du ton et de la pensée ne fait pas oublier que ce discours participe de près et de l'intérieur à l'élaboration de la décision* » : Ph., JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 169.

¹³⁴⁸ Tant « *la qualité de ces écrits les apparente souvent à la plus belle doctrine, mais nous savons que ce n'est pas là le seul critère* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., *Ibid.*

¹³⁴⁹ Or, « *en France, celui-ci a concrètement trois incarnations (deux pouvoirs et une autorité !) qui jouissent du jus decidendi. Et c'est ainsi que les lois, les actes de l'administration au sens large et les décisions judiciaires forment en substance notre droit positif. Or le propre de la doctrine, c'est de ne pas en être, c'est de n'appartenir à aucun des trois qui décident !) Les professeurs de droit et les autres facteurs font partie de la doctrine en ce qu'ils écrivent sur le droit sans avoir à aucun titre la responsabilité de l'édicter* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 168.

¹³⁵⁰ « *Bien sûr, chacun sait que la doctrine n'est pas une source formelle du droit et donc que son pouvoir n'a rien de comparable à celui du législateur, ni même à celui, plus controversé dans son principe, qu'exercent nos trois plus hautes juridictions* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., *Ibid.*

prochaine d'une notion juridique d'externalisation¹³⁵¹ ? Mais une telle interrogation demeure encore aujourd'hui au stade de l'hypothèse. Pourtant la notion n'est bien évidemment pas le seul horizon que doit chercher à atteindre le juriste. Plus précisément même, la doctrine doit se donner pour mission de dépasser la notion juridique pour, dans une finalité théorique, permettre une meilleure compréhension de la réalité¹³⁵². C'est ainsi que la lacune flagrante du droit positif relative à l'existence du concept d'externalisation administrative¹³⁵³ doit nécessairement être comblée par la doctrine administrativiste afin de prendre la mesure de ce « mouvement d'externalisation des activités publiques »¹³⁵⁴. Dès lors que, « sans trêve ni répit, la doctrine invente ou polit des concepts, affine le langage et l'argumentation, classe les matériaux (...) sans cesse elle construit et théorise (...) elle structure le droit »¹³⁵⁵. La doctrine se doit de s'emparer du terme d'externalisation employé de plus en plus fréquemment en droit positif mais toujours dépourvu d'une signification normative propre en droit administratif. Car si ce dernier est en quête d'identité, il est également, et surtout, en quête de sens. Or, il apparaît qu'en terme d'externalisation, s'il existe déjà une conceptualisation explicite par la doctrine (A), elle demeure toujours incomplète (B) et appelle donc un approfondissement de l'essence de ce concept dont l'existence apparaît désormais manifeste en droit administratif autant qu'il semble utile pour appréhender les diverses mutations qui le parcourent.

A. Une conceptualisation explicite par la doctrine

105. Une conceptualisation éclairant un nouveau système d'organisation. Alors que cette thématique commençait déjà à accaparer en partie les réflexions doctrinales depuis la fin des années 1980, John Bell soulignait le risque d'acculturation encouru dans le cadre de la réforme de l'administration et de l'État du fait d'une inspiration majoritairement tirée du

¹³⁵¹ Dans la mesure où « le raisonnement juridique a besoin des concepts pour construire ses notions » : BIOY X., *op. cit.*, p. 51.

¹³⁵² Ce à quoi appelait justement Friedrich Hegel lorsque, critiquant la méthode d'analyse des juristes, il estimait que ces derniers n'allaient pas « jusqu'à dégager les concepts des institutions » mais se bornaient au contraire « à décrire celles-ci, de manière superficielle, dans ce que nous appelons des « notions » » : BÉNOIT Fr.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 23.

¹³⁵³ Philippe Yolka rappelle d'ailleurs qu'il « n'y a pas de définition textuelle, non plus que jurisprudentielle, de l'externalisation » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 14.

¹³⁵⁴ UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 8.

¹³⁵⁵ JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 170.

secteur privé¹³⁵⁶. Tout en évoquant notamment l'emprunt « *des théories de la gestion* », il démontrait explicitement que l'externalisation trouvait sa place dans ce mouvement de transformation de l'organisation administrative¹³⁵⁷. Il affirmait de surcroît que « *la politique de l'outsourcing change le rôle de l'administration (...), où l'on ne retient dans l'organisme public que la tâche de gérer la définition et l'inspection des activités confiées à d'autres* »¹³⁵⁸. Plus qu'un simple instrument contractuel que le droit positif ne saurait connaître, l'externalisation peut donc être appréhendée comme un concept permettant d'éclairer cette nouvelle gestion publique rénovant le rôle et la fonction de l'État et des personnes publiques. Il est d'ailleurs possible de souligner dès à présent l'insertion de ces dernières dans un ensemble de réseaux¹³⁵⁹ établis entre les personnes publiques entre elles et les personnes privées. D'une administration monolithique, il semblerait que le concept d'externalisation administrative instruisse justement sur le passage à une administration de réseaux que le droit positif ne semble pas avoir acté, du moins pas expressément.

C'est donc finalement dans le discours doctrinal, davantage que dans le droit positif, qu'il doit être possible de démontrer plus substantiellement l'existence de ce concept administratif. La philosophie hégélienne invite d'ailleurs justement cette doctrine à s'interroger « *sur ce que pourrait nous apporter, comme moyen de connaissance plus approfondie des institutions, la recherche de leurs concepts* »¹³⁶⁰; et ce d'autant plus s'il est admis que l'utilité de la doctrine ne se trouve pas dans un pouvoir de décision normative mais plutôt dans un pouvoir qui lui est propre qualifié de pouvoir doctrinal¹³⁶¹. L'élaboration d'un concept théorique ne relève dès lors pas de la fonction première du droit positif. Ce dernier peut néanmoins appeler par ses insuffisances et ses lacunes la doctrine à fournir, quant à elle, des instruments théoriques

¹³⁵⁶ « *Mais ces réformes sont inspirées par le climat et des idées du secteur privé (...), et menacent ainsi la spécificité de la culture de l'administration* » : BELL J., « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 103.

¹³⁵⁷ « *L'évolution contemporaine de l'administration s'inspire directement du secteur privé et des théories de la gestion qui y sont élaborées. On y retrouve ainsi dans le secteur public les notions de downsizing, delaying, costcentering, et outsourcing, aussi bien que la concurrence interne à l'organisme* » : BELL J., *op. cit.*, p. 104.

¹³⁵⁸ BELL J., *Ibid.* L'auteur précisait d'ailleurs au préalable que « *le courant gestionnaire va encore plus loin. Le droit français reconnaît depuis longtemps que l'exécution du service public peut être confiée à des personnes privées par la voie d'une concession de service public. Dans un tel système l'administration cesse de fournir directement les prestations et se contente d'en assurer l'exécution* ».

¹³⁵⁹ John Bell défendait d'ailleurs déjà cette idée développée plus tard par François Ost et Michel Van de Kerchove. Il affirmait en effet que « *l'idée de « l'Administration » devient de moins en moins homogène. On se trouve confronté à des administrations distinctes de moins en moins intégrées dans une hiérarchie commune. Des agences avec leurs missions propres, avec leur gestion indépendante, contribuent à une conception d'un réseau d'administrations de caractère distinct* » : BELL J., *op. cit.*, p. 105.

¹³⁶⁰ BÉNOIT Fr.-P., *op. cit.*, p. 24.

¹³⁶¹ Lequel se caractérise non pas par la détention d'une autorité normative « *de droit* » mais « *ne se réfère qu'à l'autorité intellectuelle* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 170.

aptes à favoriser sa compréhension et sa cohérence¹³⁶² à travers, par exemple, la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif. Outre un fort recentrement sur son « cœur de métier », le concept d'externalisation administrative comporte en effet de nombreuses explications sur les évolutions récentes de l'administration et du droit qui l'encadre qu'il s'agisse des mutations contractuelles, de l'amplification du contrôle et de la régulation, des transformations des actes administratifs. Un concept offrant à la doctrine les moyens de proposer un système rénové pour éclairer l'organisation administrative moderne, voire post-moderne. Alors que « *le secteur public doit toujours jongler avec plusieurs valeurs en conflit, y compris la démocratie, l'égalité et l'efficacité* », la réforme de l'État a longtemps été considérée comme impuissante à favoriser l'émergence d'un tel équilibre dès lors qu'une « *conception satisfaisante du droit administratif (...) doit refléter le rôle spécifique de l'administration et de l'État* »¹³⁶³. Cependant que la doctrine ne parvenait pas, par le passé, à s'entendre précisément sur ce rôle nouveau exigé par la société, l'externalisation administrative constituerait éventuellement aujourd'hui, dans l'esprit des « faiseurs de systèmes » (1), un concept doctrinal susceptible d'éclairer cette délicate question (2) à l'aune notamment de « *la collaboration entre les secteurs public et privé* »¹³⁶⁴.

1. Une conceptualisation fidèle à l'esprit des « faiseurs de systèmes »

106.Des lacunes impliquant le travail d'une doctrine « faiseur de systèmes ». Contrairement à Paul Amserek, Jean Rivero n'attribuait pas aux membres de la doctrine un rôle exclusif de technicien¹³⁶⁵ dont la fonction se serait réduite à l'application de la norme et à sa rationalisation ; et donc à une fonction dogmatique¹³⁶⁶ limitée à l'élaboration de notions descriptives et synthétiques¹³⁶⁷. Il appelait également à une forme d'abstraction à visée

¹³⁶² Car « *ceux qui font le droit positif utilisent un matériau d'origine doctrinale, lequel ne paraît banal que parce qu'on en a pris l'habitude au point d'oublier qui en était le premier fabriquant !* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., *op. cit.*, p. 171.

¹³⁶³ BELL J., *op. cit.*, p. 106.

¹³⁶⁴ BELL J., *Ibid.*

¹³⁶⁵ « (...), *la doctrine semble n'être pas même en accord sur ce qu'elle est et sur ce qu'elle fait. C'est dire le profond état de schizophrénie dans lequel elle se trouve* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 309.

¹³⁶⁶ « *La dogmatique juridique (...) a pour principale visée de façonner des notions juridiques en rationalisation le discours normatifs, en en laissant émerger les lignes de force* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 50.

¹³⁶⁷ Car le faiseur de systèmes ne peut se contenter d'une simple description superficielle des règles juridiques dans la mesure où l'on « *l'on reste à la surface des choses lorsqu'on prétend résoudre le problème par l'examen des seules « réalités concrètes* » ; car cet examen ne peut emporter de conclusion juridique que parce qu'il est

explicative afin de parvenir à l'élaboration de concepts théoriques¹³⁶⁸ facilitant la compréhension de cette discipline. Il est effectivement admis que la connaissance du droit doit parfois s'abstraire du droit positif afin d'offrir une explication du système juridique¹³⁶⁹ ; c'est d'ailleurs exclusivement à l'aune de ses vertus explicatives que l'efficacité, et donc l'utilité théorique du concept, seront évaluées¹³⁷⁰. La fonction théorique de la doctrine ainsi admise, il apparaît évident qu'elle trouve à se réaliser en ce qui concerne l'externalisation administrative dès lors que la démonstration de son existence conduit à une impasse lorsque l'on prend le chemin de l'observation du droit positif. L'étude de l'existence de l'externalisation en droit administratif évite d'ores et déjà l'écueil de l'assimilation de l'objet analysé en droit positif à sa représentation conceptuelle : l'externalisation n'existerait pas en droit positif. En cela l'externalisation administrative ne peut donc pas être considérée comme une notion juridique simplement élaborée par la doctrine à partir d'une systématisation du réel. Pour autant le travail de la doctrine ne s'arrête pas là, et sa fonction de « *faiseur de systèmes* » la conduit parfois au-delà du champ de la notion sur les terres conceptuelles.

Alors qu'ils appréhendent les notions fonctionnelles, Xavier Bioy, et Guillaume Tusseau après lui, tendent à les rapprocher des concepts et les assimilent tous deux à des éléments théoriques conçus par la doctrine afin de remplir « *une fonction, non pas en droit positif, mais dans l'aménagement de celui-ci, que l'on pourrait qualifier de « méta-normatifs » en ce qu'ils*

conduit à partir d'une notion abstraite » : RIVERO J., « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *Dalloz*, 1951, p. 101.

¹³⁶⁸ Effectivement, « *le Professeur Rivero s'inscrit également dans la lignée des juristes qui cherchent à conceptualiser le droit administratif et à l'appréhender comme une branche cohérente. Il pose ainsi, dès le départ, l'affirmation selon laquelle « le droit administratif ne peut remplir sa fonction que s'il est intelligible et connaissable »* » : FORTSAKIS Th., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, t. CLII, 1987, p. 133.

¹³⁶⁹ « *En suivant l'invitation de certains épistémologues, on mesure que la connaissance du droit peut s'articuler autour de concepts qui n'apparaissent pas nécessairement dans le droit positif sous le syntagme qui les désigne comme concept, ni même sous la forme de notions* » : BIOY X., *op. cit.*, p. 45. Dans le même ordre d'idée, Charles Eisenmann estimait également qu'il convenait de récuser « *volontiers les juristes qui ne voient pas plus loin que le bout de leur norme* » et de réclamer « *des juristes – des « juristes de doctrine », comme il les appelle – qu'ils ne se laissent pas prendre au piège des mots de la pratique juridique. Qu'ils ne les ignorent pas ces mots, certes, c'est bien le moins qu'ils constituent le matériau – la matière première première – de leur réflexion. Mais qu'ils n'en restent pas prisonniers, c'est bien aussi ce que l'on doit attendre d'eux, sauf à vouloir réduire les théoriciens du droit à n'être que des technologues, et la science du droit n'être qu'une simple pratique théorisée* » : TIMSIT G., « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, PUAM, 1986, p. 17.

¹³⁷⁰ « *Un concept n'est pas doué de pouvoir en vertu de son caractère rationnel, il est reconnu comme articulant une démarche rationnelle parce que ceux qui le proposaient ont réussi à vaincre le scepticisme d'un nombre suffisant d'autres scientifiques* » : SCHLANGER J. et STENGERS I., *Les concepts scientifiques. Invention et pouvoir*, Éditions La Découverte, 1989, p. 29.

ne servent qu'au fonctionnement « interne » du système juridique »¹³⁷¹. Il existe donc bien, à côté du travail pratique et dogmatique mené par la doctrine, une fonction théorique à travers laquelle celle-ci s'attèle à la théorisation plus abstraite d'un droit positif dont la cohérence ou le sens tendent à manquer¹³⁷². Le cas de l'externalisation administrative est d'ailleurs particulièrement topique. La démonstration de son existence conduit effectivement au constat qu'il n'existe pas de notion juridique d'externalisation ; c'est-à-dire qu'aucun outil ou régime juridique particulier ne lui serait apparemment associé.

107. Prélude méthodologique à une réflexion conceptuelle. À partir de ce constat, il est possible d'envisager une réflexion théorique, abstraite, autour d'un vocable dont l'émergence n'est plus à prouver dans la sphère administrative ; en d'autres termes, il convient d'envisager une conceptualisation de l'externalisation en droit administratif. À l'inverse du pur logicien tenté de « dénier tout droit à l'existence »¹³⁷³ aux concepts, la doctrine s'inspirant d'une démarche kantienne participe de l'élaboration d'un concept d'externalisation administrative¹³⁷⁴. Appuyée à la fois sur le criticisme kantien et le conceptualisme allemand de la fin du XIX^e siècle, une démarche conceptuelle paraît devoir s'imposer afin de parvenir à y appréhender l'existence et la fonction de l'externalisation. L'indifférence du droit administratif positif à l'endroit de ce terme ne constitue par conséquent pas un obstacle dirimant à son existence. Bien au contraire, appelant une réflexion théorique de la part de la doctrine, c'est par cette indifférence que l'externalisation paraît devoir finalement exister en droit administratif sous la forme d'un concept théorique. Car c'est là que se situe la posture possible de la doctrine en tant qu'elle peut toujours s'élever au-dessus des faits empiriques pour parvenir à l'explication

¹³⁷¹ BIOY X., *op. cit.*, p. 40. L'auteur précise d'ailleurs qu'il « existe en effet des « mécanismes » juridiques sans effet juridique direct, qui ne sont pas porteurs de droit, d'obligation ou d'institution, et dont le rôle consiste à faciliter, à orienter, à encadrer le fonctionnement des notions juridiques emportant, elles, directement des effets de droit vis-à-vis des sujets de droit. Ces éléments viennent en général des sources non formelles du droit (doctrine, jurisprudence) et se classent parmi les standards juridiques ».

¹³⁷² Évoquant la différence entre le droit sans doctrine et le droit associé à la doctrine, Christophe Jamin et Philippe Jestaz indiquent qu'il « y a la même différence qu'entre le kilo de cerises et le clafoutis servi au dessert par la maîtresse de maison. Celle-ci, c'est-à-dire la doctrine, procède à un double travail. D'une part elle lave et dénoyaute les cerises après en avoir enlevé les queues : autrement dit, elle élimine les contradictions, obscurités ou insuffisances du droit à l'état brut. D'autre part elle élabore une pâte (la dogmatique) pour enrober les cerises (classer les solutions normatives) et faire du tout son clafoutis (le système) » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 170.

¹³⁷³ TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 644.

¹³⁷⁴ En proposant aux producteurs de la norme, et plus particulièrement au juge administratif, « des notions « ouvertes », prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur » : VEDEL G., « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, p. 683.

du réel par des concepts abstraits¹³⁷⁵. Il est alors intéressant de souligner sur ce point que Renato Treves rappelait que « *pour Kelsen, le droit n'est pas autre chose que concept, ou mieux ensemble de concepts intellectuels purs qui sont produits par une activité cognitive créatrice d'un droit réduit à un ensemble de propositions juridiques, constitutives de la science du droit* »¹³⁷⁶.

Aussi convient-il de se souvenir de la conception kelsenienne du rôle de la doctrine juridique. S'appuyant sur la distinction kantienne entre les notions et les concepts, Hans Kelsen envisageait en effet « *la connaissance du droit, non comme connaissance d'objets juridiques mais comme connaissance des modes de connaissance* »¹³⁷⁷. Il est dès lors admis que la doctrine, y compris les auteurs à l'œuvre imposante à l'instar du précédent, n'ont pas vocation à prescrire le droit mais à le décrire et l'expliquer¹³⁷⁸. Ainsi en va-t-il nécessairement du concept d'externalisation administrative, à la fois employé et délaissé par le droit positif. D'ailleurs, de la même manière que les circonstances du milieu du XIX^e siècle attestaient qu'une « *époque s'achève, une nouvelle ère s'ouvre, non pour le droit administratif lui-même, mais pour la science du droit administratif* »¹³⁷⁹, les transformations évoquées précédemment appellent de la même manière une adaptation de la science du droit administratif davantage que du droit administratif positif. Alors que la réforme laisse depuis longtemps poindre à l'horizon une nouvelle conception de l'État et de l'organisation administrative¹³⁸⁰, le droit positif semblait enserré dans un carcan d'immobilisme, figé sur des notions et des principes pour partie, et en l'état actuel, incompatibles avec les transformations en cours. Il revenait donc à la doctrine d'en proposer une explication afin de susciter l'émergence d'un système

¹³⁷⁵ C'est ainsi que « *Jellinek tentera de ramener l'étude conceptuelle vers une approche plus modérée en renouant avec le dualisme kantien de la connaissance : si elle commence avec l'expérience, elle ne s'y cantonne pas. La base du droit demeure pour lui empirique et s'élève ensuite vers sa conceptualisation* » : BIOY X., *op. cit.*, p. 42.

¹³⁷⁶ TREVES R., « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et société*, 1987, n°7, p. 320.

¹³⁷⁷ BIOY X., *op. cit.*, p. 43, précisant que selon Hans Kelsen la personnalité « *n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et la formulation de données de droit* » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 231.

¹³⁷⁸ Évoquant le rôle de la doctrine, Christophe Jamin et Philippe Jestaz affirment que « *aucun d'eux ne tient – ou peu s'en faut – de discours à vocation normative (...) leur influence sur le droit demeure indirecte, car ils tiennent un discours explicatif* » : JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 172.

¹³⁷⁹ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 376.

¹³⁸⁰ Claude Devès et Jean-Jacques Pardini affirmaient d'ailleurs en préface de la retranscription écrite du colloque relatif à la réforme de l'État que « *c'est bien une nouvelle conception de l'État qui se profile à l'horizon (...), il semble vouloir se préoccuper principalement de ses fonctions régaliennes et se décharger sur les collectivités de base de l'exercice de nombreuses compétences transférées (...), on externalise, on privatise, désormais l'État régule, arbitre, surveille..., tout va donc bien dans le sens d'un changement de la conception admise depuis le début du XXe siècle* » : préface de DEVÈS Cl. et PARDINI J.-J., *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 1.

d'organisation rénové, et d'en suggérer éventuellement l'adoption par le pouvoir normatif, à tout le moins de l'en instruire. Le concept d'externalisation administrative serait donc de ces constructions doctrinales contemporaines par lesquelles elle essaie « *d'apporter, sinon des réponses, mais au moins des éclairages* »¹³⁸¹ sur les transformations silencieuses du droit administratif.

2. Une conceptualisation engagée par la doctrine administrativiste

108. Une « voie » largement empruntée par la doctrine administrativiste. Sans s'atteler à une étude exhaustive de l'ensemble des recherches doctrinales consacrées à « *l'externalisation en matière administrative* »¹³⁸², il est aisé de constater, au-delà du frémissement que laisse apparaître le droit positif, une forme de séduction opérée par l'externalisation dans la littérature administrative. Loin de se cantonner à « *l'externalisation de la gestion du fichier* »¹³⁸³ ou à « *l'externalisation de cette activité* »¹³⁸⁴, celle-ci s'impose comme un objet d'étude à part entière de la doctrine. Dès la fin des années 1990, elle s'est effectivement saisie, d'abord prudemment, de cette pratique issue du monde de l'entreprise. Ainsi Jean-François Auby et Paul Lignières empruntent-ils en 1999, afin de combler « *les lacunes du droit français face à des nécessités pratiques et économiques, l'exemple de « l'externalisation de la gestion du patrimoine par les personnes publiques* »¹³⁸⁵. Bien que timorée, cette apparition de l'externalisation dans le discours doctrinal administratif donna le ton d'un intérêt qui ne fera que s'accroître par la suite. Consciente des lacunes du droit positif ainsi que des nécessités de le réformer face aux mutations économiques et sociales, la doctrine va en effet progressivement s'enquérir du discours managérial de l'externalisation pour finalement se l'approprier et admettre que cette « *gestion mi-publique et mi-privée est même devenue un modèle dont l'avenir en France paraît assuré et dont la technique est sans doute exportable à l'étranger* »¹³⁸⁶. Ce n'est cependant qu'à partir de l'article de Jean-David Dreyfus consacré à l'externalisation en matière administrative qu'il est possible de remarquer l'émergence d'une

¹³⁸¹ Préface de DEVÈS Cl. et PARDINI J.-J., *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 2.

¹³⁸² Expression elle-même empruntée à l'une de ces analyses menées par Philippe Yolka : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13 et s.

¹³⁸³ Concl. Édouard Crepey sur : CE, 16 février 2015, *M. et Mme Haci Aslan et M. Damien Simsen*, n°362781, p. 5.

¹³⁸⁴ Concl. Marie-Astrid de Barmon sur : CE, 23 janvier 2015, *Sté Ferrari et Cie*, n°365525, p. 4.

¹³⁸⁵ AUBY J.-Fr. et LIGNIÈRES P., « Droit des délégations de service public. Quelques propositions d'amélioration », *DA*, août-septembre 1999, p. 5 et 6.

¹³⁸⁶ COUV RAT P., « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », *RFAP*, juillet-septembre 2001, n°99, p. 455.

véritable curiosité, et d'une attention toute particulière de la doctrine à son égard. Plaçant également l'externalisation parmi les éléments de la réforme de l'État destinés à permettre « *la rationalisation des moyens mis en œuvre par la puissance publique* »¹³⁸⁷, ce dernier la considérait à part entière au rang des « *éléments de droit public* »¹³⁸⁸ dont la nouveauté ne devait pas effrayer mais bien au contraire attirer l'attention de la doctrine¹³⁸⁹.

Depuis lors la doctrine n'a eu de cesse de se consacrer à l'analyse de cet objet particulier. Elle a en l'occurrence principalement essayé de délayer les enjeux que présente le recours à l'externalisation par les personnes publiques. Au constat que « *le choix classique entre régie et gestion externalisée demeure ainsi un invariant des politiques publiques* »¹³⁹⁰, elle a opposé son « *avantage supposé de réduire le poids des charges salariales supportées par la collectivité* »¹³⁹¹. Elle a, à ce titre, été admise comme participant « *des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public* »¹³⁹² dans la mesure où elle facilite son recentrement sur les activités prioritaires, et ainsi améliore l'efficacité des services et la réduction des coûts de l'action administrative¹³⁹³. Dépassant la seule question de l'intérêt du recours à l'externalisation, elle s'est également arrêtée sur la question des formes juridiques que pouvait emprunter sa mise en œuvre. Le commentaire de la jurisprudence même du Conseil d'État a sur ce point semblé éclairer son travail dans la mesure où Michel Bazex percevait dans l'arrêt *Cne d'Aix-en-Provence* « *les voies de l'externalisation des activités de service public* »¹³⁹⁴, et évoquait même l'existence d'un « *régime de l'externalisation de la gestion d'un service public* »¹³⁹⁵. Sans aller si loin, de manière plus

¹³⁸⁷ DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

¹³⁸⁸ DREYFUS J.-D., *Ibid.*

¹³⁸⁹ Selon lui « *la démarche est originale, elle suscite des craintes. Il incombe aux pouvoirs publics de montrer qu'elles ne sont pas fondées et que des formules innovantes peuvent être déployées dans le secteur public* » : DREYFUS J.-D., *op. cit.*, p. 1218.

¹³⁹⁰ LE CHATELIER G., « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », *Contrats publics*, janvier 2008, n°73, p. 40.

¹³⁹¹ LE CHATELIER G., *op. cit.*, p. 41.

¹³⁹² BABIN L. et LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37.

¹³⁹³ Car, « *en plus de la réduction des coûts due aux économies d'échelle et à la spécialisation des intervenants, l'externalisation permet une meilleure efficacité des services et un accès facilité aux technologies de pointe. Enfin, l'externalisation est un instrument de gestion des ressources humaines en ce qu'elle permet une réallocation des postes* » : BABIN L. et LIGNIÈRES P., *Ibid.*

¹³⁹⁴ BAZEX M., « Les voies de l'externalisation des activités de service public », commentaire sous : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, n°284736, *DA*, juin 2007, p. 35. Selon lui, « *incontestablement, l'arrêt rendu le 6 avril dernier par la section du contentieux du Conseil d'État apporte une clarification des modes de gestion des services publics par des tiers, comme l'ont souligné déjà de nombreux commentateurs* » : BAZEX M., *op. cit.*, p. 36.

¹³⁹⁵ BAZEX M., *op. cit.*, p. 37.

restreinte, Florian Linditch et Jean-Baptiste Morel limitent quant à eux le recours à l'externalisation à la voie contractuelle¹³⁹⁶. La doctrine s'est également attelée à démontrer que l'externalisation ne devait pas être limitée à la seule gestion des services publics. Étienne Fatôme rappelait effectivement l'ancienneté du procédé consistant à « *l'externalisation des biens affectés au service public* » tout en soulignant le caractère novateur de l'emploi de ce terme¹³⁹⁷.

109. Une voie cependant « en travaux » sous l'action de la doctrine. Philippe Yolka reprend d'ailleurs ce constat et accepte de céder « à la « *novlangue* » » afin de désigner sous le terme « d'externalisation de la gestion des biens publics » ce « *levier de la réforme administrative* » duquel semble découler un « *basculement de fonctions logistiques vers des acteurs privés* » au point de susciter « *une réflexion d'ordre patrimonial, encore dans les limbes à ce jour* »¹³⁹⁸. Ce faisant, la doctrine a pareillement proposé une limite au recours à l'externalisation en protégeant « *les collectivités publiques contre elles-mêmes, en leur interdisant d'externaliser certaines activités qui constituent leur raison d'être* »¹³⁹⁹ ; en d'autres termes, les activités présentant un caractère régalien ou liées aux droits de citoyens. Dès lors que l'externalisation se développe parfois dans des secteurs sensibles de l'action administrative¹⁴⁰⁰, la doctrine insiste en effet sur la nécessité de « *garantir que les activités publiques externalisées sont bien conduites dans le respect des valeurs essentielles de droit public* »¹⁴⁰¹. Bien qu'abordée

¹³⁹⁶ « On pourra par exemple adopter une démarche économique et recenser les différentes prestations que l'administration ne traite plus elle-même et qu'elle a choisi « d'externaliser » en les confiant par voie contractuelle aux entreprises privées » : LINDITCH Fl., « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », in *La réforme de l'État*, Bruylant, 2006, p. 229. Alors que pour sa part, Jean-Baptiste Morel précise que, « afin d'éviter le risque d'éparpillement propre à tout sujet aussi vaste, l'instrumentum de l'externalisation retenu sera celui des contrats publics d'affaires, c'est-à-dire au premier chef, sans ordre d'importance et sans exhaustivité, les délégations de service public, contrats de partenariat, marchés publics, concessions de travaux et baux emphytéotiques administratifs » : MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9. Il s'agit d'ailleurs du prisme d'étude retenu par Laure-Tonnet Mirepoix dans le cadre de sa thèse : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse I Capitole, thèse dact., 2012.

¹³⁹⁷ Il précise en effet que ce terme d'externalisation présente en la matière l'intérêt « *de rendre compte des évolutions récentes de la « politique immobilière » des personnes publiques et, notamment, des problèmes posés par le recours de plus en plus fréquent au financement privé des équipements publics* » : FATÔME Ét., « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.

¹³⁹⁸ YOLKA Ph., « Les meubles de l'Administration », *AJDA*, 2007, p. 968 et 969.

¹³⁹⁹ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 8.

¹⁴⁰⁰ « D'autres travaux plus récents, ont montré combien, dans un nombre croissant de cas, l'externalisation des activités publiques se déploie dans des contextes sensibles sur le plan du respect des droits fondamentaux : les prisons, l'enseignement, les services de santé (...), à propos des hypothèses dans lesquelles des fonctions militaires ou quasi-militaires (...), sont externalisées » : AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 667 et 668.

¹⁴⁰¹ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 678.

sous de multiples aspects et de façons différentes, l'externalisation reste un de ces « objets juridiques non identifiés » dont l'analyse demeure superficielle et pour laquelle l'interprète qu'est la doctrine semble donner « *sa langue au chat* »¹⁴⁰². Objets d'une attention curieuse, si les contours de l'externalisation ont bien pu être déterminés à grands traits, les définitions¹⁴⁰³ que la doctrine en propose sont, sur ce point, particulièrement éclairantes : il n'existe pas de définition de l'externalisation propre au droit administratif¹⁴⁰⁴. Finalement, le rapport public annuel de la Cour des comptes pour 2011 résume bien la situation en la matière : il s'agirait d'un « *mode de gestion consistant pour l'administration à confier à un ou des prestataires externes spécialisés, une fonction, une activité ou un service assuré jusqu'alors en régie, en responsabilisant cet opérateur sur des objectifs de qualité, de service ou de coût* », offrant à l'observateur « *une notion en voie de définition* »¹⁴⁰⁵.

Si le droit positif semble ainsi avoir « externalisé » le chantier de la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif, il apparaît néanmoins que la doctrine n'ait pas pris le parti d'en emprunter complètement la « voie ». Elle reconnaît d'ailleurs elle-même, sous la plume de Jean-Bernard Auby, avoir jusque-là « *insuffisamment encore développé la réflexion générale sur l'externalisation des activités publiques, des fonctions administratives* »¹⁴⁰⁶. Il

¹⁴⁰² Nous empruntons ici cette expression à l'article de Philippe Malinvaud à l'occasion duquel il pouvait considérer une hypothèse particulière de mise en œuvre de la garantie décennale en l'absence de dommage comme un « *OJNI* » au sujet duquel « *l'interprète donne sa langue au chat* » : MALINVAUD Ph., « Un OJNI (objet juridique non identifié) : il peut y avoir lieu à garantie décennale même en l'absence de dommage (ou l'interprète donne sa langue au chat... », *RDI*, 2005, p. 297.

¹⁴⁰³ Arrêtée initialement sur des définitions directement empruntées à la stratégie d'entreprise selon lesquelles l'externalisation serait « *un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs* » (BABIN L. et LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37) ou bien une « *opération par laquelle une personne – ici, publique – confie à un opérateur extérieur – privé – une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* » (DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214), elle demeure encore aujourd'hui exclusivement marquée par ses origines managériales. Ainsi par exemple Jean-David Dreyfus reprend-il la même définition que précédemment en précisant toutefois que l'externalisation « *consiste à confier à un tiers une partie d'une mission globale afin de permettre aux personnes publiques de « recentrer » leur activité sur leur cœur de métier* » (DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529). Plus récemment encore, Jean-Bernard Auby nous informe que l'externalisation désigne les « *situations dans lesquelles l'État ou une autre collectivité publique confie contractuellement des fonctions de nature publique à une entité qui n'est pas de nature publique : il s'agit de ce que la littérature anglo-saxonne ramasse volontiers dans l'expression « contracting-out »* » (AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 662). Certes l'externalisation est alors traitée de manière plus juridique, mais elle ne présente toujours pas les spécificités qu'appelle pourtant la matière administrative, et encore moins une référence à une formule existant en droit positif.

¹⁴⁰⁴ Évoquant les difficultés rencontrées dans le « *champ des entreprises* » pour proposer une définition claire et stable de l'externalisation, Julien Boucher souligne que « *les mêmes difficultés se rencontrent, et même s'accroissent lorsque l'on quitte la sphère de l'entreprise pour celle de l'administration – à cela près que les tentatives de définition se font plus rares encore* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

¹⁴⁰⁵ Cour des comptes, rapport annuel public 2011, p. 490.

¹⁴⁰⁶ AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, repère 6, p. 1.

faut en effet en convenir, si le droit positif peine toujours historiquement à se réformer en France¹⁴⁰⁷, la doctrine n'est parfois pas non plus en reste en matière de conservatisme, et s'affiche souvent, à l'instar des français dit-on, comme ayant « *le goût des révolutions, mais déteste les changements* »¹⁴⁰⁸. Or, il est un principe formel apparemment intemporel en matière de réforme : l'explication serait un élément déterminant de son acceptation. La doctrine aurait donc un rôle fondamental à jouer dans le mouvement de réforme de l'État, et le concept d'externalisation administrative pourrait y contribuer si tant est qu'il soit suffisamment élaboré. Une contribution d'autant plus décisive sur le fond également, dans la mesure où il est le plus souvent admis que la réforme poursuit une double logique de « *réduction du format et des missions de l'État* » et de « *rationalisation de l'action l'État* »¹⁴⁰⁹, et que l'externalisation manifeste l'expression de chacune d'elles à travers la logique économique de coopération animant les modes de gouvernance hybrides.

B. Une conceptualisation incomplète par la doctrine

110. Une existence conceptuelle incomplète. Au caractère erroné de l'existence de l'externalisation en droit civil sous les traits de l'espèce du contrat d'entreprise correspond malheureusement une existence conceptuelle incomplète en droit administratif. À l'instar de la réforme de l'État à laquelle elle s'intègre, l'externalisation administrative ferait « *partie incontestablement de ces catégories juridico-politiques qui découragent tout effort de définition* »¹⁴¹⁰ au point que, comme Herbert Hart pouvait le dire du droit, tout le monde semble en avoir une idée suffisamment précise pour ne pas ressentir la nécessité de l'approfondir. Prenant place au sein du modèle de l'État de droit amplement développé par Jacques Chevallier, l'externalisation administrative en apporterait une approche conceptuelle enrichie des développements managériaux dont elle est issue. Toujours soumises au respect du droit¹⁴¹¹, les institutions administratives engageraient désormais leur action de manière à

¹⁴⁰⁷ Jean-Jacques Pardini rappelait effectivement qu'il « *est commun de dire que la réforme de l'État est, en France, un très vieux débat* » : PARDINI J.-J., « Présentation du colloque », in *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 8. L'auteur se réfère d'ailleurs par la suite à l'ouvrage suivant : GICQUEL J. et SFEZ L., *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, PUF, 1965.

¹⁴⁰⁸ Propos attribués à Anatole de Monzie, lequel disait en effet que « *si le français a le goût des révolutions, il déteste les changements* ».

¹⁴⁰⁹ PARDINI J.-J., *op. cit.*, p. 11.

¹⁴¹⁰ SUEUR J.-J., « « Réforme » de l'État : histoire d'un mot », in *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 23.

¹⁴¹¹ C'est-à-dire notamment au respect d'un l'ordre juridique conçu de manière pyramidale imposant que « *les diverses institutions de l'État sont tout d'abord soumises au droit. Elles ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique et sont tenues au respect des normes juridiques* » : GAXIE D., « Le type idéal sous ses

satisfaire aux exigences de la performance et de l'efficacité. Apparaît alors dès le premier abord une certaine spécificité du concept d'externalisation administrative dans la mesure où il reposerait sur une conciliation équilibrée des préceptes stratégiques et des contraintes du droit administratif. Pour autant, il demeure encore aujourd'hui délaissé par les réflexions de fond prenant pour objet les mutations de l'action administrative. Paraphrasant les propos de Gilles Jacques Guglielmi relatifs à l'analyse théorique de l'Administration, il serait d'ailleurs possible d'affirmer qu'en la matière aussi, « *derrière ce fatras contentieux de circonstance, pêché sans difficulté au hasard de l'actualité, apparaît une béance dont on imagine qu'elle ne date pas d'hier* »¹⁴¹², une béance quant à l'approche managériale de la mise en œuvre contemporaine de l'action publique.

Deux achoppements majeurs et additionnels semblent en effet affleurer des réflexions menées par la doctrine sur la question de l'externalisation telle qu'employée dans la sphère du droit administratif. De deux ordres, elles convergent toutefois pour contribuer à renforcer le caractère lacunaire de l'existence conceptuelle de l'externalisation administrative. D'une part, car elle ne paraît pas, pour certains, devoir être détachée de la notion initiale élaborée dans le cadre de la stratégie d'entreprise et, d'autre part, parce qu'elle repose pour d'autres sur des outils traditionnels sans égards pour son essence économique qui aurait pourtant dû conduire à les envisager sous un angle différent. Un tel constat implique donc nécessairement de poursuivre la conceptualisation de l'externalisation administrative par une étude de son essence coopérative dont ni l'une ni l'autre des doctrines n'a pu suffisamment rendre compte. Qu'il s'agisse d'une dénaturation par l'intégration de l'externalisation au genre échangiste, ou d'une conceptualisation imparfaite de cette logique en droit administratif, le concept d'externalisation administrative permettrait de répondre à la nécessité de conférer à la coopération économique sa juste place dans la sphère juridique. Il s'agirait alors d'adopter une posture intermédiaire et dialectique conjuguant la dimension stratégique et la dimension administrativiste afin de préciser ce concept théorique singulier d'externalisation administrative¹⁴¹³. Pour en revenir au cadre de la réforme de l'État, il convient par ailleurs de

deux espèces », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 75.

¹⁴¹² GUGLIELMI G. J., « L'administration, une inexistence créative », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 86.

¹⁴¹³ François Ost et Michel Van de Kerchove appelaient d'ailleurs déjà à l'adoption d'une telle approche dans leur contribution pour une *théorie dialectique du droit*. Ils affirmaient en effet que « *le pluralisme des connaissances, des méthodes et des points de vue auquel nous nous sommes ralliés jusqu'à présent conduit à prolonger la réflexion en termes de disciplines, dans la mesure où celles-ci se constituent précisément en se fondant sur la spécificité de leurs objets, de leurs méthodes et de leurs points de vue respectifs. C'est donc bien*

rappeler que l'appréhension de ces politiques publiques confirme souvent la nécessité d'une amélioration des institutions administratives et du canevas de leurs interventions. Il a pu d'ailleurs être souligné que l'approche par les sciences administratives pouvait paraître ambiguë du fait de sa dualité caractéristique liée, d'une part, à la prise en compte de son objet, le droit administratif, et, d'autre part, à son prisme d'analyse, les sciences des organisations et du management¹⁴¹⁴. Sans trop y succomber, peut-être faudrait-il au moins accepter un tel alliage¹⁴¹⁵ afin de percevoir plus précisément les contours et le contenu de ce concept doctrinal encore en gestation. Avant de poursuivre la conceptualisation de l'externalisation administrative par une prise en compte de son essence coopérative, il convient néanmoins de s'arrêter quelques instants sur ces deux écueils rencontrés par la doctrine, et qui conduisent à appréhender son existence en droit administratif sous les traits d'un concept inachevé. Il est en effet permis de juger cette conceptualisation comme incomplète dans la mesure où elle est souvent non spécifique au droit administratif (1), ou alors déconnectée de son essence propre (2).

1. Une conceptualisation non spécifique au droit administratif

111. Une conceptualisation entravée d'une part par son origine managériale. Bien qu'elle fasse sa richesse, l'origine managériale de l'externalisation constitue le principal obstacle à sa conceptualisation en droit administratif. Philippe Yolka souligne d'ailleurs sur ce point la difficulté résultant d'un « *exercice de traduction, dès lors qu'il s'agit de faire parler dans la langue du droit un concept né ailleurs* »¹⁴¹⁶. Or les recherches doctrinales menées sur cette question souffrent pour la plupart de ce vilain défaut qu'est « *la paresse méthodologique* »¹⁴¹⁷. Se contentant de retranscrire des définitions élaborées par la littérature managériale, la doctrine ne parvient pas, en effet, à dégager la spécificité de l'externalisation

au niveau des savoirs théoriques que nous envisagerons la question du « décloisonnement des disciplines », et non pas au niveau des pratiques » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002, p. 466.

¹⁴¹⁴ « Dès lors s'instaure l'ambiguïté congénitale qui affecte encore aujourd'hui la science administrative. D'un côté elle est présentée comme la discipline académique qui prend l'administration publique pour objet ; de l'autre elle relève d'un savoir managérial à visée pratique, notamment dans le but d'amélioration des institutions publiques » : GUGLIELMI G. J., *op. cit.*, p. 89.

¹⁴¹⁵ Un alliage que la science administrative contemporaine ne renie pas lorsqu'elle s'érigea en une « discipline autonome, dotée de concepts propres et proposant une représentation originale de l'État, mais empruntant ses méthodes tour à tour au droit public, à la sociologie, au management, à l'histoire et à la science politique » : GUGLIELMI G. J., *op. cit.*, p. 90.

¹⁴¹⁶ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13 et 14.

¹⁴¹⁷ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 14.

administrative. Aussi Christophe Roux rappelle-t-il une fois de plus que, « *issue du discours économique et managérial, dérivée de l'anglais « out-sourcing » dont elle serait l'une des traductions, l'externalisation désigne le fait de confier à des agents économiques extérieurs certaines des activités qui étaient jusque-là exercées au sein de l'entreprise* »¹⁴¹⁸. Constatant alors que « *le terme a franchi les barrières économiques pour atteindre le pré juridique* »¹⁴¹⁹, ce dernier perd cependant de vue le changement qu'implique nécessairement un tel passage de l'économie vers le droit administratif. Il reprend alors les thématiques traditionnelles des motifs et des modalités de l'externalisation transposée en matière administrative.

L'explication du mouvement unanimement constaté de l'externalisation des activités publiques ne peut donc se contenter d'une simple transposition. Elle doit passer, comme le préconisait Philippe Yolka, par un « *exercice de traduction* » afin de la présenter comme un concept théorique nouveau propre au langage du droit administratif. Car si le terme demeure identique d'une discipline à l'autre, le concept, quant à lui, adopte toujours une part de spécificité à chacune de ces transpositions dans la mesure où elles lui impriment toutes leurs caractéristiques singulières. Dès lors, sans consensus de la doctrine sur la « l'acclimatation » de l'externalisation en droit administratif, elle court le risque d'en proposer une image qui, « *entendue de façon trop vague, a quelque chose du poumon dans Le Malade imaginaire, qui explique tout et donc n'explique rien* »¹⁴²⁰. Qui plus est, le « *décloisonnement des disciplines* »¹⁴²¹ auquel invitaient François Ost et Michel Van de Kerchove ne s'impose pas au prix d'une acculturation inévitable de chacune d'elles. Ils démontraient, bien au contraire, qu'il devait conduire « *à juxtaposer, à propos d'un objet d'étude censé commun, un ensemble de disciplines différentes développant leurs points de vue spécifiques* », pour finalement affirmer que « *de cette juxtaposition de savoirs ressortent évidemment autant d'objets différents que de perspectives mises en œuvre* »¹⁴²². Le fait pour la doctrine administrativiste de s'être majoritairement arrêtée à la seule prise en compte du terme externalisation et de la signification qui lui est attribuée en stratégie d'entreprise suffit donc pour constater son insuffisante conceptualisation. Certes, son origine managériale doit être prise en compte en droit administratif, mais elle ne doit pas en faire oublier les spécificités de fond et de méthode inhérentes à cette discipline. La circulation du concept d'externalisation entre le management,

¹⁴¹⁸ ROUX Ch., *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 290, 2015, p. 580.

¹⁴¹⁹ ROUX Ch., *Ibid.*

¹⁴²⁰ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 14.

¹⁴²¹ OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 466.

¹⁴²² OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 467.

l'économie, le droit civil et désormais le droit administratif ne se réduit donc pas, par conséquent, à une approche transdisciplinaire, mais plutôt interdisciplinaire dans la mesure où elle poursuit comme objectif la réalisation « *d'une véritable articulation de savoirs* » à travers un dialogue entretenu entre des champs théoriques différents, et non celui de l'élaboration d'une « *forme d'esperanto scientifique* »¹⁴²³ batti à partir d'un savoir dominant.

112. Une conceptualisation superficielle limitée à la transposition d'un vocable. En distinguant le nom et le concept qu'il désigne, Guillaume Tusseau invitait d'ailleurs la doctrine à admettre l'idée de la relativité des concepts ; c'est-à-dire de leur dépendance à l'égard du contexte dans lequel ils apparaissent ou dans lequel ils sont utilisés¹⁴²⁴. Certes le concept d'externalisation administrative révèle-t-il une évolution du droit administratif et du rôle des personnes publiques. Il ne faut cependant pas assimiler le terme au concept. Plus précisément, la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif ne peut se contenter de la simple reprise d'un lexique et de sa signification originelle. En d'autres termes, si la transposition de ce vocable managérial dans la sphère administrative constitue une étape, elle ne suffit pas pour considérer l'existence d'un concept administratif proprement dit. Dans la mesure où le discours doctrinal propre au droit administratif prend le droit pour objet, le concept administratif d'externalisation devient un méta-langage¹⁴²⁵ dont la signification devient spécifique à son objet : le droit administratif. De plus ce champ disciplinaire se caractérise, ne serait-ce qu'au sein des autres disciplines juridiques, par un certain nombre de différences majeures de logiques, de règles et de principes cardinaux liées au caractère éminemment singulier de son objet : l'action administrative. C'est donc à ce double titre que la simple transposition du vocable managérial ne peut en la matière suffire à reconnaître l'existence à part entière d'un concept d'externalisation administrative. Intimement attachée à l'exercice de la puissance publique au nom de la satisfaction de l'intérêt général, cette action ne peut être envisagée de la même manière que l'action des personnes privées et autres opérateurs économiques sur un marché. Des sujétions autant que des prérogatives jalonnent

¹⁴²³ OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 468.

¹⁴²⁴ « (...) affirmer qu'un même terme voit sa signification changer selon les acteurs qui l'emploient, les contextes, les intérêts en jeu, etc. Il en résulte que deux concepts se succèdent l'un à l'autre, même si le fait que chacun soit nommé par le même terme conduit à s'illusionner sur la persistance d'une unique réalité juridique » : TUSSEAU G., « Critique d'une métanotation fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 653.

¹⁴²⁵ « La dogmatique ou la science du droit prennent le droit objectif pour objet. Elles se situent donc vis-à-vis de lui à un niveau supérieur, c'est-à-dire dans un méta-langage vis-à-vis du langage-objet qu'est le droit positif » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 654.

en effet la marche des personnes publiques, et ce notamment lorsqu'elles décideraient de mettre en œuvre une stratégie d'externalisation.

L'externalisation administrative n'est plus dès lors un outil de gestion stratégique à la disposition des entreprises, ou une forme de contrat que l'on pourrait à tort assimiler au contrat d'entreprise. Elle devient un terme désignant un concept administratif doté d'une signification spécifique et propre. De la même manière qu'elle n'est pas tenue par le droit positif qu'elle étudie, la doctrine ne peut se sentir subordonnée à la signification managériale de l'externalisation¹⁴²⁶. Bien que la puissance publique tende aujourd'hui de plus en plus à se banaliser, et que la satisfaction de l'intérêt paraît être désormais à la portée de tous, l'action administrative demeure particulière malgré les nombreuses inflexions contemporaines que son exorbitance a pu connaître au nom de la démocratie, du néolibéralisme, de la mondialisation ou encore de la gouvernance issue de la réforme de l'État¹⁴²⁷. Pour autant une signification idiopathique de l'externalisation administrative fait défaut dans le discours doctrinal actuel, lequel ne semble pas vouloir énoncer sur ce point « *ses propres critères de vérité* »¹⁴²⁸ à propos de ce concept. Alors qu'il pourrait désigner et expliquer cette évolution de l'action administrative et de sa mise en œuvre, la doctrine fait par conséquent preuve d'un mutisme paradoxal en matière d'externalisation car, si elle le prend pour objet, elle reste muette quant à la détermination de sa signification, et plus largement de son essence propre en droit administratif.

2. Une conceptualisation sans essence propre en droit administratif

113. Une conceptualisation circonscrite d'autre part à des formules disparates. Contrairement aux travaux menés jusqu'alors par la doctrine, l'élaboration d'un concept administratif

¹⁴²⁶ Quand bien même le terme d'externalisation se retrouve aujourd'hui en droit administratif comme en management stratégique, il s'agit là de deux catégories désignées par le même terme mais elles n'en demeurent « *pas moins indépendantes sur le plan logique, puisque relevant de deux niveaux de langage hermétiques* » : TUSSEAU G., *Ibid.*

¹⁴²⁷ « *Il faut d'abord s'attacher à la recherche d'une conception autre de la puissance publique, non plus comme nécessairement identifiée à l'État et à ses dérivés bureaucratiques, mais à celle qui comprend la notion de « public », mais comme atteignant ce que l'on peut appeler le « commun », dans une immanence vivante du collectif se substituant à la transcendance mortifère de l'étatique* » : MAZÈRES J.-A., « Nouvelles réflexions sur la puissance publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 129.

¹⁴²⁸ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 656.

d'externalisation ne peut se contenter d'une innovation exclusivement lexicale¹⁴²⁹. En tant qu'il constitue, à l'instar des concepts juridiques, une représentation intellectuelle de la réalité, le concept d'externalisation administrative appelle nécessairement une essence propre afin de permettre la réalisation de sa fonction théorique, à savoir l'explication de la norme par « *son analyse par le dogmaticien ou encore le théoricien qui examine le travail du dogmaticien* »¹⁴³⁰ et ce, d'autant plus, qu'étudier un « *concept, c'est étudier la fonction que remplit cet instrument : pour quels besoins a-t-il été nécessaire de la forger ? Quelle réalité permet-il de décrire ?* »¹⁴³¹. Sur ce point, si Laure Tonnet-Mirepoix distingue l'externalisation fonctionnelle de l'externalisation matérielle, elle n'offre pas les clefs permettant d'en saisir l'essence. Alors que la première « *représente le processus par lequel les personnes publiques confient l'exécution d'activités dont elles ont la charge à des tiers* »¹⁴³², la seconde désigne « *le fait pour le titulaire d'un contrat public de confier l'exécution des prestations contractuelles à des tiers* »¹⁴³³.

Ce faisant, elle propose une taxinomie au sein de l'externalisation sans toutefois exposer une signification d'ensemble précise à l'externalisation en matière administrative, si ce n'est le fait de recourir à un tiers pour la réalisation d'une activité publique. Elle demeure en effet concentrée, à l'image de la doctrine, sur des questions traditionnelles telles que les motifs, les modalités ou encore les domaines de l'externalisation. Certes, son étude fournit des pistes pour faciliter son rattachement à des contrats publics identifiées¹⁴³⁴, mais elle ne précise pas la substantifique moelle de l'externalisation ; en d'autres termes, la signification propre qui serait susceptible de permettre de préciser et de justifier un tel rattachement¹⁴³⁵. Elle

¹⁴²⁹ « *Les concepts n'appartiennent pas au discours juridiques comme tels ; ils ne sont pas des identités linguistiques closes qu'une analyse sémantique révélerait* » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 46.

¹⁴³⁰ BIOY X., *Ibid.*

¹⁴³¹ TROPER M., « Libre administration et théorie générale du droit : le concept de libre administration », in *La libre administration des collectivités territoriales : réflexions sur la décentralisation*, Economica, PUAM, 1984, p. 56.

¹⁴³² TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 39.

¹⁴³³ TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 40.

¹⁴³⁴ Elle démontre effectivement que « *l'externalisation fonctionnelle s'exprime par la constitution de chaînes de contrats publics à dépendance temporelle (...) liés par une identité d'objet contractuel. De même, l'externalisation matérielle partielle se traduit par la formation de chaînes de contrats publics à dépendance unilatérale* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 245.

¹⁴³⁵ C'est seulement en précisant que la « *succession de contrats publics garantit l'exécution continue de la prestation de service dont la personne publique a besoin* » qu'elle conclue que « *se constitue la chaîne de contrats publics à dépendance temporelle résultant du processus d'externalisation fonctionnelle* » simplement définit le recours à un tiers pour l'exécution d'activités publiques : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 249.

s'intéresse finalement davantage à l'étude de types de chaînes de contrats publics¹⁴³⁶ qu'au processus d'externalisation en lui-même. Non dénuée d'intérêt, une telle démarche ne présente néanmoins qu'un intérêt subsidiaire lorsqu'il s'agit de présenter le concept d'externalisation administrative¹⁴³⁷, limitant sa portée théorique à « *l'influence des contrats publics d'externalisation sur le droit des contrats publics* »¹⁴³⁸.

114. Une conceptualisation déconnectée de toute essence. Si c'est par le prisme de l'externalisation que Salim Ziani analyse, pour sa part, en partie la fonction de l'obligation de service public dans le cadre de la réalisation de l'intérêt général¹⁴³⁹, il ne propose pas non plus une recherche approfondie portant de manière directe sur le concept d'externalisation¹⁴⁴⁰. Dans le même registre que Laure Tonnet-Mirepoix, il n'aborde l'externalisation qu'en tant qu'elle se réalise par l'intermédiaire des obligations de service public, lesquelles constituent à titre principal son objet d'étude¹⁴⁴¹. Son propos réside alors essentiellement dans la présentation de l'encadrement par l'obligation de service public des modalités de financement et de dévolution de ce dernier ; l'externalisation ne constitue en cela qu'une de ces modalités¹⁴⁴² dont il ne précise ni le sens, ni la portée ou la spécificité. Faisant de

¹⁴³⁶ Elle distingue alors essentiellement les « chaînes de contrats publics à dépendance temporelle » (TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 252) et les « chaînes de contrats publics à dépendance unilatérale » (TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 293) pour démontrer in fine l'existence d'une catégorie particulières de contrats publics d'externalisation : « résultats des processus d'externalisation, les groupes de contrats se déploient en droit public » : TONNET-MIREPOIX, *op. cit.*, p. 372.

¹⁴³⁷ Elle circonscrit en effet les conséquences de l'externalisation à une réorganisation de la matière des contrats publics estimant qu'elle « produit de nouveaux contrats publics : les contrats publics d'externalisation. Au contrat unique succède le groupe de contrats. Aux parties aux contrats succède un ensemble d'intervenants. **Le régime juridique comme contentieux des contrats publics se trouve bouleversé par le processus d'externalisation** » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 462.

¹⁴³⁸ TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 464.

¹⁴³⁹ Il prend effectivement pour point de départ de sa démonstration le postulat suivant selon lequel « l'obligation de service public n'est pas une notion inconnue du droit public français car c'est à partir d'elle que furent délimités les grands principes du service public et c'est grâce à elle que furent externalisées certaines missions d'intérêt général » : ZIANI S., *Service public et obligation de service public*, thèse dact., Université de Strasbourg, 2013, p. 263.

¹⁴⁴⁰ Alors même que l'on aurait pu légitimement le supposer dans la mesure où il formule l'intitulé de sa seconde partie en mettant en exergue le terme même d'externalisation : « *L'externalisation du service public par l'obligation de service public* » (ZIANI S., *op. cit.*, p. 261). Il ne s'attèle pas, in fine, à un travail de définition et d'approfondissement de la signification de l'externalisation.

¹⁴⁴¹ Elles sont en effet traitées comme constituant le « procédé permettant d'investir un tiers d'une mission spécifique qui peut être soumise au régime du service public », et donc servir d'instrumentum à la réalisation d'une stratégie d'externalisation : ZIANI S., *Ibid.*

¹⁴⁴² « Cet encadrement de l'externalisation s'effectue d'une part, par la généralisation de compensations financières strictes et circonstanciées des coûts du service assumé (...). D'autre part, l'encadrement de l'externalisation du service public se traduit par un régime particulier de dévolution des obligations de service public qui est un procédé similaire à celui de l'appel d'offres valable en matière de marchés publics » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 395.

l'externalisation la finalité des obligations de service public¹⁴⁴³, Salim Ziani élabore cependant une démonstration tout à fait pertinente et intéressante quant aux modalités de mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. Il permet notamment d'envisager un détachement de l'externalisation du carcan contractuel dans lequel la doctrine l'avait jusque-là partiellement enfermée. Mais en ne s'intéressant pas à la signification de l'externalisation, il ne participe pas, lui non plus, à la détermination de l'essence propre de l'externalisation administrative, et ce alors même que l'obligation de service public semblerait devoir s'imposer comme une des spécificités du concept d'externalisation administrative¹⁴⁴⁴. En cela, Étienne Muller se rapproche de la démarche adoptée par Salim Ziani, bien qu'il se montre toutefois plus prolixe que ce dernier lorsqu'il évoque le terme d'externalisation. Il adopte en l'occurrence le parti de considérer l'externalisation comme une tendance générale traduisant le tournant managérial emprunté par les personnes publiques¹⁴⁴⁵. Cependant, sans préciser davantage que cela n'avait déjà été fait l'essence même de cette tendance, il se concentre sur l'une des ses manifestations juridiques : les partenariats public-privé. Loin de consacrer le concept d'externalisation administrative, Étienne Muller emploie ce terme afin d'intégrer ces partenariats dans un contexte marqué par la recherche de la performance de l'action administrative. Dans une optique de conceptualisation de l'externalisation en droit administratif, l'analyse qu'il propose constitue néanmoins un préalable indispensable. Il précise effectivement le sens initial de l'externalisation tel que l'a conçue la stratégie d'entreprise, et en tire les conséquences dans le cadre de sa démonstration dont la finalité réside dans l'unification des partenariats public-privé¹⁴⁴⁶. Mais il ne fait qu'intégrer dans la sphère administrative l'essence managériale de l'externalisation.

¹⁴⁴³ L'obligation de service public, affirme-t-il, « n'implique pas la prestation directe d'une activité par l'autorité publique mais seulement sa délimitation et son externalisation » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 507.

¹⁴⁴⁴ C'est d'ailleurs peut-être parce qu'il a fait le choix d'aborder cette question en se focalisant sur l'obligation de service public qu'il ne perçoit pas que, dans l'autre sens, elle pourrait constituer le cœur même de la spécificité de l'externalisation administrative. Encore faut-il pour cela s'arrêter préalablement sur l'essence même de ce concept nouveau dans la mesure où c'est de cette essence que s'explique et se justifie une telle particularité.

¹⁴⁴⁵ « Le mouvement d'externalisation des activités publiques, dans lequel s'inscrivent les partenariats public-privé, est une des implications marquantes de la consécration de la performance comme principe de légitimation de l'action publique » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 48.

¹⁴⁴⁶ Apportant avec elle l'analyse économique qui constitue son fondement théorique, l'externalisation permet d'apporter un angle d'analyse nouveau, celui de la théorie des coûts de transaction. Dès lors, « considérés sous l'angle de la microéconomie des coûts de transaction, les partenariats public-privé apparaissent comme un type spécifique d'échanges économiques, dont la recherche de l'efficacité suppose qu'ils soient soustraits au cadre institutionnel du marché concurrentiel, pour relever de ce que les économistes appellent des « formes hybrides de gouvernance », qui se rapprochent de l'intégration verticale tout en préservant cependant l'indépendance des parties à l'échange » : MULLER É., *op. cit.*, p. 359.

Aussi riche soit-il d'enseignements en matière d'externalisation, le travail de la doctrine n'a donc, jusqu'alors, pas permis de dégager une essence propre à son existence en droit administratif. Il est par conséquent possible d'affirmer que sa conceptualisation est encore imparfaite malgré les travaux enrichissants menés en la matière. Le pas suivant à franchir consiste finalement à prendre en compte l'essence managériale de l'externalisation et à l'adapter aux spécificités et aux contraintes que son intégration dans la sphère administrative lui impose. Car s'il a été admis précédemment qu'il existait une circulation des concepts entre les disciplines, il faut toutefois préciser qu'elle ne constitue en rien un obstacle à l'autonomie de ces dernières¹⁴⁴⁷. Par conséquent, bien que le concept d'externalisation administrative soit l'idéal-type du concept « voyageur », il n'en demeure pas moins qu'en tant que concept administratif il doit nécessairement être doté d'une essence propre à ce champ disciplinaire. La circulation des concepts n'impose effectivement pas une transposition à l'identique dans chaque discipline. Bien au contraire, elle participe de leur richesse en les marquant chacune d'une spécificité nouvelle. Au-delà du fait qu'elle ne puisse être qu'une innovation de langage, l'externalisation ne peut non plus se contenter d'être simplement transposée en droit administratif. La conceptualisation de l'externalisation administrative impose donc la détermination de son essence propre, liée notamment aux spécificités du contexte dans lequel elle paraît devoir exister. La confrontation de l'externalisation au droit administratif ne doit alors pas se résumer en des termes conflictuels¹⁴⁴⁸. Passé à l'épreuve de l'externalisation, ce dernier ne sort ni vainqueur ni vaincu, il s'enrichit d'un concept nouveau dont l'essence devrait offrir une explication originale des mutations qu'il subit.

Conclusion de section. À défaut d'une incorporation par le droit positif sous la forme d'un instrument contractuel *sui generis*, l'externalisation administrative se présente à l'observateur attentif comme un concept élaboré par la doctrine et conforté par quelques tressaillements de la part du législateur et du juge. À la différence du droit civil, son existence est par conséquent tributaire du discours sur le droit et non du discours de droit. Un aperçu de celui-là révèle cependant une existence conceptuelle incomplète. La doctrine administrativiste s'étant intéressé à la question semble effectivement ne pas être parvenue à une

¹⁴⁴⁷ En cela, le concept « permet de dépasser un certain « localisme » des notions qui, sous couvert d'un terme commun à plusieurs champs fournissant un pavillon commun, cachent en définitive des marchandises tout à fait différentes dans leurs effets juridiques (...), son utilité se juge à l'aune de cet objectif » : BIOY X., *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁴⁸ Il est certes possible de constater que « l'externalisation est en effet un « puissant dissolvant » des structures administratives en encourageant leur démantèlement par la contractuelle » : ROUX Ch., *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 290, 2015, p. 590. Mais s'arrêter à cela revient à ne pas prendre la mesure de son utilité théorique pour le droit administratif.

conceptualisation suffisamment aboutie de l'externalisation administrative en n'en retenant le plus souvent qu'une acception tronquée : soit trop marquée par son origine managériale, soit dénaturée par une tentative d'intégration de force à des outils contractuels existants. Or l'appréhension de ce concept appelle une approche dialectique susceptible de fournir, par l'articulation des savoirs, un concept d'externalisation administrative permettant d'éclairer « *les orientations mais aussi les ambiguïtés des recompositions des rapports entre administration et politique en régime néo-managérial* »¹⁴⁴⁹.

Conclusion de Chapitre

Engagées dans un lent processus de managérialisation, les personnes publiques intègrent de plus en plus, et de mieux en mieux, la rationalité managériale en conditionnant en partie la légalité de leur action à leur performance, et en faisant reporter sur celle-ci une grande part de leur légitimation. C'est dans le cadre de ce tournant managérial que les personnes publiques semblent intégrer le concept d'externalisation dans la langue du droit administratif. Loin d'égaliser sur ce point le droit civil, ce dernier demeure cependant silencieux et n'emploie ce terme que dans une finalité politique, et dans un sens similaire à sa signification stratégique originelle. À l'inverse, le droit civil a quant à lui assimilé à tort, avec l'aide de la doctrine, l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise, lui permettant ensuite d'instaurer un cadre juridique en partie inadapté à cette pratique issue du management stratégique. Face à un tel mutisme du pouvoir normatif, la doctrine administrativiste a néanmoins pris exemple sur son homologue civiliste et a parfois tenté de procéder à un semblable ancrage de l'externalisation en droit administratif. Elle n'a cependant pas encore pris jusque-là le soin d'en proposer une définition et une essence propre à la matière administrative¹⁴⁵⁰. Certes le concept administratif d'externalisation existe grâce aux nombreuses recherches effectuées par la doctrine depuis le début des années 2000, mais il demeure encore trop vague et trop générique. Il est d'ailleurs possible de déceler dans cet échec de la doctrine une conceptualisation incomplète ne présentant pas le matériel nécessaire à la détermination précise du concept d'externalisation administrative : son essence propre. Il convient donc de suivre la voie tracée par ceux qui,

¹⁴⁴⁹ BEZES Ph., « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 410.

¹⁴⁵⁰ Elle se limite effectivement, dans la plupart des cas, de considérer que « *l'externalisation correspond en effet à une technique de management qui excède largement les catégories juridiques. Il est même possible que l'externalisation ne constitue en définitive que la reprise, sous une autre dénomination, de la doctrine économique de la division du travail* » : LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 77.

convaincus qu'il « *est difficile d'avoir les idées claires quand on ne sait pas vraiment de quoi l'on parle* »¹⁴⁵¹, ont esquissé les prémisses d'une définition de l'externalisation spécifique face au constat des « *difficultés d'une transplantation de l'externalisation en matière administrative* »¹⁴⁵².

Conclusion de Titre

Apparue dans un discours doctrinal transfiguré par l'influence du *New Public Management* sur le droit administratif, l'externalisation administrative présente une existence en tant que concept théorique dont l'utilité résiderait dans sa capacité à faciliter l'explication et la compréhension du réel observé. Le constat de sa seule existence ne peut toutefois suffire à la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif. Largement imparfaite et incomplète, celle-ci doit conduire à préciser, si ce n'est à élaborer, l'essence de l'externalisation administrative. Car si « *pour le concept, le prédicat recherché peut être extérieur, fourni par la théorie* »¹⁴⁵³, encore faut-il pouvoir percevoir son intérêt théorique. Renonçant à toute démarche essentialiste et platonicienne, l'adoption d'une posture existentialiste et kantienne conduit à ne pas se satisfaire de la réalité du concept théorique identifié. Car, si ces concepts sont « *des instruments dépourvus de signification intrinsèque et manipulés par les juristes au service de leurs objectifs théoriques ou pratiques* »¹⁴⁵⁴, alors le constat de l'existence du concept administratif d'externalisation doit conduire à la détermination de son essence ; c'est-à-dire de son contenu et de sa logique. Considéré comme une forme de langage, le discours doctrinal, et de manière générale le discours juridique, implique une attitude utilitariste de la part de ceux qui élaborent ou rénovent des concepts¹⁴⁵⁵. Il est donc impératif de ne pas s'arrêter à la dénomination du concept dont l'existence a pu être démontrée. Il s'agit de poursuivre son analyse en tâchant de déterminer sa signification. Si le terme externalisation est bel et bien présent dans le discours doctrinal en droit

¹⁴⁵¹ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, p. 14.

¹⁴⁵² YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 15. Citons également la démarche inspirante empruntée par Julien Boucher. Ce dernier insiste effectivement, après avoir tenté de le définir, sur la nécessité d'organiser le concept d'externalisation autour de critères d'identifications spécifiques : « *l'intervention d'un tiers* », « *la dévolution de l'une des missions de la collectivité ou d'une activité concourant à ces missions* » et « *une maîtrise de la collectivité* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4 à 6.

¹⁴⁵³ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 32.

¹⁴⁵⁴ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 650.

¹⁴⁵⁵ « (...) *l'idée que tout, dans la pratique juridique, est mouvant, indéterminé, variable, dépendant du propos, des intérêts ou du caprice de celui qui se trouve en situation d'employer – i. e. de manipuler – le langage juridique, c'est-à-dire en un mot de l'idée que « tout est fonctionnel »* » : TUSSEAU G., *Ibid.*

administratif, il ne correspond en aucun cas au sens qui a pu lui être attribué en dehors de la sphère administrative¹⁴⁵⁶. Dès lors, si les nombreuses études consacrées à l'externalisation ont pu à raison tenter jusque-là de l'identifier et de la déterminer à partir de son essence managériale, sa conceptualisation implique au préalable de lui conférer une essence propre en droit administratif. Appréhendé dans ce contexte particulier de l'exercice de la puissance publique au service de l'intérêt général, l'externalisation n'est en effet plus « *tout à fait la même* » que celle usitée par les managers. Enrichie, à l'aune du *New Public Management*, d'une dimension administrative elle doit désormais « *faire écho à la figure de l'« État-stratège », notamment à la séparation nette, dans l'État, entre les fonctions stratégiques, de pilotage et de contrôle et les fonctions opérationnelles de mise en œuvre et d'exécution* »¹⁴⁵⁷.

Une fois démontrée l'existence conceptuelle de l'externalisation en droit administratif et sa finalité théorique vouée à expliquer un droit dont la confrontation à un contexte évolutif impose des adaptations, il convient effectivement de poursuivre cette démarche en lui conférant une signification spécifique¹⁴⁵⁸. C'est d'ailleurs là que réside l'utilité hégélienne du concept ; c'est-à-dire la possibilité de rendre compte des institutions juridiques et de leur évolution¹⁴⁵⁹. Et si la méthode dialectique permet de dégager son existence des faits desquels il provient, elle doit permettre également d'approfondir son contenu. Il ressort d'ailleurs nettement de la démonstration de l'existence de l'externalisation administrative que si ce concept existe bel et bien dans le discours doctrinal, il demeure dénué de toute essence propre ; il demeure semblable à ces intuitions qui telles « *des pensées sans matières sont vides* »¹⁴⁶⁰. Georges Vedel¹⁴⁶¹ précisait en effet que le concept doit être doté d'une définition

¹⁴⁵⁶ Soulignant l'écueil méthodologique que peut constituer l'assimilation du nom et du concept, Guillaume Tusseau indique qu'un « *même nom peut désigner plusieurs concepts, ce qui n'est autre que la polysémie* » ; il en conclut alors que « *le concept et son nom sont radicalement indépendants* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 653 et 654.

¹⁴⁵⁷ BEZES Ph., « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 415 et 416.

¹⁴⁵⁸ De même que pour la philosophie, le but de la théorie du droit, « *comme chacun le sait, est de chercher à connaître la réalité profonde des choses, leur « vérité », cachée sous les apparences extérieures, superficielles, auxquelles nous nous attachons le plus souvent. Tel est l'objectif que Hegel se proposait d'atteindre dans ses Principes de philosophie du droit* » : BÉNOIT Fr.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 23.

¹⁴⁵⁹ Or, dans la mesure où il a pu être démontré que l'externalisation a un impact sur les « *principes généraux de l'organisation administrative* » décrits par Jacques Caillosse, alors elle doit être identifiée à la lumière du cadre juridique particulier de cette même organisation : CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2014, p. 154-157.

¹⁴⁶⁰ KANT E., *Critique de la raison pure*, PUF, 1980, p. 111.

¹⁴⁶¹ « *Le droit administratif, plus peut-être que toute autre discipline juridique, comporte à côté des notions proprement conceptuelles des notions fonctionnelles. Les premières peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes (...).*

rigoureuse¹⁴⁶². Il est également admis que le concept théorique voit son utilité essentiellement comprise dans sa signification. C'est à la fois par leur contenu et leur fonction que les concepts théoriques se concrétisent ; or, ils trouvent chacun leur racine dans l'essence conceptuelle. Il est par conséquent évident que le concept d'externalisation administrative ne peut faire l'économie de son essence sous peine de présenter une structure, par bien des aspects, lacunaire¹⁴⁶³. Il en perdrait son sens et son intérêt. La seule démonstration de sa qualité de concept théorique n'est en soi qu'une « *coquille vide* »¹⁴⁶⁴. Il convient par conséquent de ne pas se contenter de cette « étiquette » d'outil juridique intellectuel qui dispenserait en elle-même de toute explication approfondie¹⁴⁶⁵ car, « *plus que le simple constat des hésitations du vocabulaire juridique, c'est l'étude de ses causes – rapports de force entre acteurs juridiques, contexte historique et politique, culture juridique, etc. – qui importe pour saisir le fonctionnement de la machine du droit* »¹⁴⁶⁶. Dépassant le constat posé par Olivier Frot selon lequel l'externalisation ne correspondrait en droit administratif qu'à « *un moyen, un outil disponible dans ce contexte* »¹⁴⁶⁷ de réforme de l'État, il s'agit de poursuivre sa conceptualisation afin de l'envisager par le prisme inédit de la matière administrative ; c'est-à-dire de le passer à l'épreuve du droit administratif pour en déterminer son essence propre. C'est ainsi qu'il sera possible de proposer une définition administrative de l'externalisation ne reposant pas exclusivement sur sa signification managériale, et ce faisant d'en proposer des critères d'identification afin de poursuivre l'intuition de Julien Boucher selon laquelle « *l'externalisation se caractérise par trois éléments essentiels, sur lesquels il convient de revenir successivement afin de mieux percevoir l'étendue et les limites du phénomène dans la sphère publique* »¹⁴⁶⁸ ; à savoir, selon lui : l'intervention d'un tiers, la

L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation » : VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, p. 851.

¹⁴⁶² « *Les doutes qu'inspire la cohérence logique de la catégorie de voie de fait et la difficulté d'en offrir une définition rigoureuse à partir des décisions juridictionnelles empêchent de la considérer comme une notion conceptuelle* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 645.

¹⁴⁶³ « *Or une telle démonstration, qui livre un exemplaire de notion fonctionnelle sans identifier ses fonctions, peut sembler lacunaire. Elle s'arrête là où le problème commence à être intéressant* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 648.

¹⁴⁶⁴ À l'instar du concept théorique, « *le rattachement de la notion étudiée à la catégorie des notions fonctionnelles plutôt qu'à celle des notions conceptuelles ne peut que difficilement constituer un but en lui-même* » : TUSSEAU G., *Ibid.* L'expression est ici empruntée à Philippe Yolka lequel indique le risque de transformer « *l'externalisation en une coquille vide* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁶⁵ Il ne faudrait donc pas considérer que « *le simple fait d'accoler cette étiquette au problème situe ce dernier dans l'économie des outils intellectuels des juristes et, immédiatement, rassérène l'analyste tout en le dispensant d'une recherche approfondie d'explication* » : TUSSEAU G., *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ TUSSEAU G., *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ FROT O., *État régalién et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012, p. 115.

¹⁴⁶⁸ BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

dévolution de l'une des missions de la collectivité ou d'une activité concourant à ces missions et, pour finir, une maîtrise de la collectivité sur cette activité¹⁴⁶⁹. Ainsi serait-il alors envisageable de l'ériger en concept administratif à part entière en fonction justement de ces prémisses avancées par Julien Boucher. Il s'agit donc de penser désormais l'externalisation administrative au-delà de l'observation de son existence en droit administratif, et de s'engager sur la voie de la prise en compte de son essence coopérative. Dès lors, il apparaît que la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif constitue le reflet de la réalité économique par le miroir du droit civil¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁹ BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4 et s.

¹⁴⁷⁰ La raison de cette fonction d'intermédiaire du droit civil dans le processus de conceptualisation de l'externalisation en droit administratif est simple : « (...) du décret de Gratien au Précis de Maurice Hauriou, la science du droit, influencée par les méthodes de la scolastique médiévale, n'a cessé de reposer, pour son exposition méthodique et rationnelle, sur un remarquable processus de médiation juridique, au sens didactique de médiation, c'est-à-dire au sens de ce qui sert d'intermédiaire » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 288.

Titre 2 : La détermination de l'essence coopérative de l'externalisation

« La recherche s'applique à des choses qui ne sont pas, des notions,
des instruments de la pensée.

Des êtres qui n'ont pas de contours exacts donnés par avance,
mais dont il s'agit de fixer les contours, de les sculpter »

VILLEY M., *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, PUF, 1995, n° 92.

115. « *Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre* ». Emprunté au poète¹⁴⁷¹, ce vers illustre parfaitement l'écueil majeur rencontré lors des diverses tentatives doctrinales d'identification de l'externalisation en droit administratif. Assimilée tantôt aux contrats ou marchés de partenariat, tantôt aux diverses formes traditionnelles de concession de service public, l'externalisation administrative présente en l'occurrence une existence théorique approximative à travers l'étude de ce qui semblerait s'imposer comme ses manifestations en droit positif, confondant semble-t-il le genre et l'espèce. Il est toutefois possible d'expliquer l'échec de ces esquisses doctrinales en reprenant les linéaments méthodologiques de la pensée d'André de Laubadère. Convaincu que toute construction théorique doit partir d'un postulat dépassant le constat empirique des manifestations de l'objet analysée¹⁴⁷², ce dernier affirmait que la conceptualisation repose essentiellement sur la détermination du fondement du concept envisagé. Au-delà de l'établissement de son existence sémantique en droit positif¹⁴⁷³, André de Laubadère considérait effectivement que la portée de celui-ci ne peut être mesurée qu'à l'aune de l'appréciation de son essence¹⁴⁷⁴. Il conférait d'ailleurs à cette dernière « *une place*

¹⁴⁷¹ VERLAINE P., *Poèmes saturniens, Mon rêve familial*, Alphonse Lemerre, 1867, p. 24.

¹⁴⁷² Thomas Perroud note justement, en étudiant la part de conceptualisme et d'empirisme dans la pensée d'André de Laubadère, que « *la construction d'une théorie juridique ne peut débiter par un postulat qui manifesterait une « préférence d'observation » (...), il n'est pas possible de construire une théorie globale en choisissant les domaines de manifestation* » : PERROUD Th., « Conceptualisme et empirisme dans la pensée d'André de Laubadère », *RFDA*, 2010, p. 1225.

¹⁴⁷³ Précisons sur ce point que « *s'agissant des concepts théoriques, (...), il ne paraît pas nécessaire, pour affirmer que la nouveauté est entrée dans le droit positif, qu'elle ait été formellement reconnue et définie par celui-ci (...); encore moins n'est-il pas nécessaire qu'elle ait reçu une appellation qui serait entrée dans le vocabulaire habituel des tribunaux* » : DE LAUBADÈRE A., « Existe-t-il en France un droit administratif économique ? », *Revue de droit prospectif*, 1976, n°1, p. 17.

¹⁴⁷⁴ Appliquant cette méthodologie particulière à la détermination du principe du pouvoir de modification unilatérale de l'administration, il soulignait en effet que « *sans doute lui assigne-t-on un fondement général, à savoir les besoins du service public et le caractère changeant de leurs exigences. Mais ce fondement initial et général étant posé, le pouvoir de prescrire au cocontractant des changements dans ses prestations en apparaît ensuite une déduction qui joue désormais librement et sans plus être liée à une idée précise et par conséquent limitée par cette idée même* » : DE LAUBADÈRE A., « Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDPA*, 1954, p. 58.

essentielle »¹⁴⁷⁵ dans la construction logique d'un concept¹⁴⁷⁶. La détermination de l'essence administrative de l'externalisation présente alors cette autre difficulté également évoquée par André de Laubadère : la recherche du juste équilibre entre l'unité et la spécificité du concept¹⁴⁷⁷.

La pierre d'achoppement de l'étude doctrinale de l'externalisation en droit administratif se situe justement dans l'évaluation de la part respective que prennent, dans le processus de conceptualisation, ses fondements managériaux invariants et les particularismes que lui imprime le contexte administratif. La retranscription sur fond d'exorbitance d'un concept né ailleurs est une question à laquelle la doctrine ne s'est pas encore attelée à répondre, si ce n'est par touches éparses à la manière impressionniste¹⁴⁷⁸. Or, si son essence est identique, elle est nécessairement marquée d'une spécificité inhérente à tout concept et imposée par l'environnement dans lequel il est utilisé. Il est donc indispensable d'adopter un point de vue plus global de l'externalisation administrative. Négliger l'un ou l'autre de ces éléments conduirait à réduire la portée théorique et l'utilité d'une conceptualisation de l'externalisation en matière administrative. Les études doctrinales qui ont pu, jusque-là, lui être consacrées pèchent en effet par excès : de ne pas avoir suffisamment pris en compte la part d'invariant de l'externalisation d'une part¹⁴⁷⁹, ou d'avoir transposé purement et simplement le concept élaboré dans le cadre de la stratégie d'entreprise¹⁴⁸⁰ d'autre part. Dès lors, « *ni tout à fait la*

¹⁴⁷⁵ PERROUD Th., *op.cit.*, p. 1224.

¹⁴⁷⁶ « *En rattachant (...) le pouvoir de modification à des fondements plus précis, il est possible de lui assigner des limites qui s'accordent mieux avec les données de la jurisprudence* » : DE LAUBADÈRE A., *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁷⁷ « *Plus fondamentalement, André de Laubadère établit l'existence de deux règles qui président p la construction d'une théorie juridique : les règles de l'unité et de la spécificité de la théorie* » : PERROUD Th., *op. cit.*, p. 1225. L'auteur précise alors que « *unité et homogénéité d'une part ; spécificité, distinction de l'autre, président à l'élaboration théorique* ».

¹⁴⁷⁸ Évoquant le plus souvent les limites matérielles imposées à l'externalisation administrative par le principe de l'indisponibilité des compétences. Effectivement, il a très tôt été admis par la doctrine que l'externalisation devait nécessairement être circonscrite par ce principe impliquant « *l'impossibilité pour une autorité administrative de disposer de la compétence qui lui est dévolue et l'obligation corrélatrice de l'exercer personnellement* » : UBAUD-BERGERON M., « *Délégation de pouvoir et indisponibilité des compétences* », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 167. Ou encore, dans un autre registre, les modalités particulières de sa mise en œuvre marquées par le régime exorbitant des contrats administratifs.

¹⁴⁷⁹ Jean-Joël Governatori affirme effectivement que « *la thèse de la doctrine publiciste selon laquelle l'externalisation dans le secteur administratif peut prendre la forme du marché public ou de la convention de délégation de service public est à nuancer, ou alors le terme d'externalisation en droit administratif est parfaitement autonome par rapport aux conceptions travaillistes* » : GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université de Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 15.

¹⁴⁸⁰ Au risque alors de confirmer que « *si par externalisation le glossaire administratif français s'enrichit d'une expression « à la mode », il ne s'enrichit pas d'un concept au contenu pertinent* » : GOVERNATORI J.-J., *op. cit.*, p. 16. L'auteur précise également que « *c'est parce qu'il y a une contamination du droit administratif par des « notions ambiguës et des expressions impropres* », certains diront un mouvement tendant à laisser les

même, ni tout à fait une autre », l'externalisation administrative doit se voir attribuer un fondement théorique propre issu de la confrontation de sa substance aux spécificités du droit administratif ; en d'autres termes, sa conceptualisation implique de passer l'externalisation au crible de l'exorbitance¹⁴⁸¹. Cette dernière constitue en effet une grande part de cette « *identité propre* »¹⁴⁸² du droit administratif imprégnant nécessairement tout élément souhaitant s'y greffer.

Avant d'être ainsi mise à l'épreuve, il convient toutefois de l'évaluer à l'aune de sa réception en droit civil. Car s'il demeure effectivement dans la sphère administrative « *ce noyau dur totalement irréductible aux relations entre les particuliers* »¹⁴⁸³, l'externalisation ne peut être « *tout à fait la même* » en droit civil et en droit administratif. Ce serait cependant oublier que si « *les règles spéciales du droit administratif ne sont souvent pas bien différentes, dans leur contenu, de leurs équivalents dans le droit privé* »¹⁴⁸⁴, il devrait également en aller de même pour les concepts théoriques circulant entre ces disciplines. Elle ne peut donc pas non plus être « *tout à fait une autre* » dès lors qu'elle conserve nécessairement cette part d'unité propre à tout concept théorique¹⁴⁸⁵. Le maintien, voire même la préservation impérieuse de l'homogénéité du concept d'externalisation conduit alors à prendre en compte l'influence fondamentale exercée par le droit civil sur la détermination de son essence administrative. Tout l'enjeu de cette conceptualisation réside par conséquent dans la confrontation dialectique entre la logique coopérative, fondement de l'unité de l'externalisation, et l'exorbitance du droit administratif, ferment de sa spécificité. Détachée de l'exercice séculaire d'un pouvoir de commandement¹⁴⁸⁶, l'externalisation repose en effet sur un fondement étranger offrant la

catégories juridiques se dissoudre dans un magma informe et purement impressionniste, que nous utilisons la formule de « faire faire » et non le vocable d'externalisation : GOVERNATORI J.-J., *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁸¹ Bien qu'elle semble parfois souffrir de « *symptômes semés ici et là de la contestation de son particularisme* » au point de « *menacer l'identité propre du droit administratif* », cette exorbitance demeure cependant un invariant culturel tant « *l'acceptation d'un particularisme du droit applicable à l'administration est donc bien une constante, un invariant culturel* » : AUBY J.-B., « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 9 et 16.

¹⁴⁸² « *Ces moments de doute, dans lesquels les publicistes s'interrogent sur leur différence, scrutent leur particularisme, interrogent leur identité propre (...). Ces moments-là (...) sont ceux de l'exorbitance* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁸³ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 111.

¹⁴⁸⁴ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁸⁵ « *L'unité d'un régime juridique est synonyme pour lui (André de Laubadère) d'homogénéité dans les conditions ou les fondements* » : PERROUD Th., *op. cit.*, p. 1225.

¹⁴⁸⁶ Il est en effet admis que l'administration s'est essentiellement forgée à partir de l'usage traditionnel d'un « *pouvoir d'imposer au particuliers* » un comportement singulier attendu : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 111.

possibilité de « *renouveler la manière de théoriser* » cette exorbitance¹⁴⁸⁷ : l'essence coopérative¹⁴⁸⁸. L'intérêt de la détermination de cette essence réside alors également dans l'utilisation d'un concept au fondement théorique extérieur afin d'éclairer d'un jour nouveau le droit administratif, et d'envisager une extension de l'application de la coopération en cette matière.

116. Le fondement théorique de l'externalisation : une essence coopérative. La volonté de conceptualiser ce phénomène issu de la stratégie d'entreprise implique donc de parvenir à se le représenter juridiquement¹⁴⁸⁹. Il convient par conséquent de préciser l'essence propre à l'externalisation afin d'en offrir une représentation théorique en droit administratif. Mais dans la mesure où « *l'emploi du concept de « théorie » ne peut être fait à la légère, car il sous-tend une question fondamentale, celle de la spécificité douée d'une cohérence interne de l'objet d'étude* »¹⁴⁹⁰, alors sa détermination conduit à préciser l'élément de cette cohérence avant de pouvoir en appréhender plus nettement la singularité dans ce contexte juridique nouveau. Marqué par de nombreuses mutations¹⁴⁹¹ révélant une certaine crise identitaire au sein de la sphère administrative, il devrait pourtant pouvoir s'enrichir d'un concept original doté d'un fondement théorique particulier, inspiré à la fois du droit civil et du management stratégique, et envisagé comme une voie d'adaptation dont le « *processus transforme la logique du droit administratif* »¹⁴⁹². Loin de participer de la banalisation de l'action administrative, l'externalisation présente donc une « *physionomie empruntée aux règles de droit privé, d'une*

¹⁴⁸⁷ Jean du Bois de Gaudusson précise en effet que si « *l'exorbitance existe toujours pour des raisons de nécessité ; elle peut évoluer dans son contenu et dans la présentation qu'on en donne (...), la question n'est pas tant de savoir s'il convient ou non de nier l'exorbitance, mais de la resituer, de la repositionner, en tout cas de la ré-aborder et, (...), de renouveler la manière de théoriser l'exorbitance* » : DU BOIS DE GAUDUSSON J., « L'exorbitance du droit administratif en question(s). Évaluation », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 88.

¹⁴⁸⁸ Il est en effet aujourd'hui moins question de commandement ou d'intervention unilatérale et contraignante, mais davantage d'agir dans une logique de coopération répondant aux évolutions déstabilisatrices d'une société post-moderne. Or « *les stratégies d'adaptation visant à la consolidation du droit administratif ne suffisent pas à éradiquer les éléments de déstabilisation qui contribuent à son érosion ; et c'est de l'équilibre qui sera réalisé en fin de compte entre eux que dépendra l'évolution future* » : CHEVALLIER J., « L'évolution du droit administratif », *RDP*, 1998, p. 1795.

¹⁴⁸⁹ « (...), le conceptualisme est lié à la faculté de se représenter une chose et se propose pour objectif de créer des concepts » : PERROUD Th., *op. cit.*, p. 1215.

¹⁴⁹⁰ DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994, p. 659.

¹⁴⁹¹ La doctrine a effectivement pu souligner les « *fortes transfigurations du droit administratif français* » depuis la fin des années 1990 et le début des années 2000 : pour exemple : PEISER G., « Mort ou transfiguration du droit administratif en l'an 2000 », in *État, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, PU Nancy, 1999, p. 365.

¹⁴⁹² CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 1804.

tonalité privatiste »¹⁴⁹³, mais acclimatée au contexte administratif. Le contexte d'externalisation administrative pourrait ainsi traduire l'émergence d'une acception étendue de la coopération en droit administratif ; du moins, bien au-delà de ses applications ponctuelles contemporaines.

La reconnaissance de la logique coopérative et de sa traduction juridique constitue donc le premier temps incontournable de la détermination de l'essence de l'externalisation administrative dès lors qu'elle en constitue la substantifique moëlle, ce fondement propre à lui conférer sa cohérence. L'émergence de l'externalisation en droit administratif ne doit effectivement pas son salut à la seule prise en compte de la performance dans le cadre du tournant managérial emprunté par les personnes publiques. Ses racines stratégiques suggèrent d'ailleurs qu'elle constitue fondamentalement un mode de gouvernance hybride marquant une rupture avec les logiques patrimoniales traditionnelles d'échange ou de subordination. Elle s'est en effet imposée dans la littérature managériale en tant que mode de gestion des ressources de l'entreprise fondé sur une logique coopérative d'accès et non plus d'acquisition des éléments nécessaires à son fonctionnement. Transposée en matière administrative elle manifesterait donc un réaménagement¹⁴⁹⁴ des modalités traditionnelles de mise en œuvre de l'action administrative et illustrerait ce « *reflux du droit contraignant, auquel sont préférées les formes consensuelles, le contrat* »¹⁴⁹⁵. À travers la logique coopérative qui l'anime, l'externalisation emporte par conséquent avec elle une cohérence nouvelle dans la sphère administrative ; une cohérence dont il apparaît indispensable de saisir la teneur et la portée, et qui marque une fois de plus « *la pénétration croissante des rapports juridiques administratifs par le droit privé* »¹⁴⁹⁶.

Conservée depuis sa consécration par la littérature managériale, la logique coopérative est en l'occurrence invariablement présentée comme la quintessence de l'externalisation. La compréhension de l'externalisation administrative, aussi spécifique qu'elle soit, commande

¹⁴⁹³ SAILLANT É., *op. cit.*, p. 342.

¹⁴⁹⁴ Face à ce que nombre d'entre eux ont qualifié de crise du droit administratif, les membres n'ont tout simplement pas pu « *refuser de prendre en compte les éléments nouveaux. Elle procède maintenant à un constat, celui de l'échec des grandes constructions telles qu'elles ont été présentées initialement. Consécutivement à ce constat, un effort de réaménagement a été entrepris de la part des adeptes de chacune des deux grandes écoles : service public et puissance publique* » : FORTSAKIS Th., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 152, 1987, p. 128 et 129.

¹⁴⁹⁵ SAILLANT É., *op. cit.*, p. 339.

¹⁴⁹⁶ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 917.

donc de s'intéresser à son essence, laquelle résulte notamment de l'importation en droit administratif de sa traduction civiliste¹⁴⁹⁷. L'externalisation administrative offre ainsi à l'observateur la possibilité d'étudier et d'intégrer une logique nouvelle à la compréhension de cette discipline en empruntant des outils forgés par d'autres, quitte alors à se les approprier en les adaptant à son champ d'étude. Il convient donc de poursuivre l'œuvre de la doctrine en matière d'étude des modes de réalisation de l'intérêt général en passant par l'analyse de l'essence coopérative de l'externalisation administrative afin de contribuer à ce « *souci de clarifier des concepts nés d'un phénomène pérenne, à savoir la participation des personnes privées à l'action administrative* »¹⁴⁹⁸. Cela mènera par conséquent à la démonstration de ce que recouvre l'externalisation en droit administratif : une application étendue de la coopération envisagée comme un mode de réalisation de la compétence des personnes publiques.

Annonce de plan. L'identification de l'externalisation en droit administratif ne saurait se suffire de l'évocation de la performance, laquelle ne constitue que la finalité de sa mise en œuvre. Elle ne peut véritablement prendre corps que par l'analyse du fondement de sa cohérence : la logique coopérative. C'est ainsi par le prisme de cette logique que pourra être déterminée l'essence de l'externalisation en droit civil (chapitre 1), laquelle permettra alors de prendre toute la mesure de la portée de l'essence de l'externalisation en droit administratif (chapitre 2). Ainsi le processus de conceptualisation de l'externalisation administrative présente-t-il l'intérêt de recourir à des éléments théoriques initialement étrangers au droit administratif afin de proposer une explication inédite de ses mutations à travers le prisme d'une forme rénovée de coopération.

¹⁴⁹⁷ Car ce n'est finalement « *qu'à partir d'un certain degré d'unité et de spécificité qu'une catégorie peut être consacrée* » : PERROUD Th., *op. cit.*, p. 1227.

¹⁴⁹⁸ GOVERNATORI J.-J., *op. cit.*, p. 20.

Chapitre 1 : Recherche d'une essence coopérative en droit civil

« Mais la vision la plus belle qui nous reste d'une œuvre
est souvent celle qui s'éleva au-dessus des sons faux tirés par des doigts malhabiles,
d'un piano désaccordé »

PROUST M., *À la recherche du temps perdu. Du côté de chez Swann*, Gallimard,
coll. Folio Classique, 1988, p. 129

117. Une essence stratégique originelle : la coopération. Venant combler une littérature sur ce point lacunaire, Jérôme Barthélemy parvint à confirmer sur la plan du management l'externalisation en tant que mode de gouvernance situé entre le marché et la firme¹⁴⁹⁹, et fondé sur un changement de logique relationnelle¹⁵⁰⁰. Il n'était dès lors plus question de raisonner en terme d'échange ou de subordination, mais fondamentalement en terme de coopération¹⁵⁰¹. L'externalisation stratégique repose donc essentiellement sur une logique coopérative présentant à la fois une part d'échange et une part de subordination. Elle devrait trouver à s'exprimer juridiquement sous une forme contractuelle¹⁵⁰² associant l'une et l'autre dans le cadre général d'une relation de coopération¹⁵⁰³ par le contrat. Soulignant cette évolution des relations économiques, caractérisée par l'émergence d'une « *nouvelle manière de coordonner la spécialisation des tâches, qui ne passe plus nécessairement par la propriété des actifs* »¹⁵⁰⁴, ainsi que par une « *coopération inter-firmes en situation d'incomplétude contractuelle* »¹⁵⁰⁵, Olivier Sautel suggérait d'ailleurs que l'externalisation pourrait trouver

¹⁴⁹⁹ Convaincu non seulement que l'externalisation stratégique traduit une rupture avec la logique patrimoniale et ne doit par conséquent pas être assimilée à l'acquisition de simples prestations de service, Jérôme Barthélemy affirme également que l'externalisation doit être définie « *comme une structure de gouvernance hybride, comprise entre la firme et le marché* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 121.

¹⁵⁰⁰ Il poursuivait d'ailleurs cette démonstration en prescrivant de la considérer à part entière comme une « *structure de gouvernance hybride novatrice* » : BARTHÉLEMY J., *Ibid.*

¹⁵⁰¹ C'est ce à quoi invite notamment Éric Brousseau lorsqu'il constate que « *la mise en œuvre de telles relations coopératives s'avère être un bon moyen de gérer efficacement l'externalisation* » : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 35.

¹⁵⁰² Prolongeant les travaux entrepris par Ronald Coase, Oliver Williamson considéra très tôt que les formes hybrides de gouvernance empruntaient également, à l'instar du marché et de la firme, la forme du contrat marquant en cela « *le point de départ de la conception contractuelle de la firme* » : CORIAT B. et WEINSTEIN O., « *Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences »* », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 2010, p. 59, et l'assimilation de l'externalisation aux contrats de long terme ou aux contrats incomplets.

¹⁵⁰³ Car il est admis que seul « *le contrat reste le garant en dernier ressort de la pérennité de ce processus de coopération et d'ajustement mutuel* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁰⁴ SAUTEL O., « *L'évolution de la théorie des contrats incomplets face à la dé-intégration verticale* », *Revue d'économie industrielle*, vol. 1, n°117, 2007, p. 95.

¹⁵⁰⁵ SAUTEL O., *op. cit.*, p. 106.

une traduction juridique au moyen de la théorie des contrats incomplets¹⁵⁰⁶. La doctrine civiliste n'a toutefois pas accordé dans un premier temps à la coopération l'importance qu'elle méritait eu égard à son rôle croissant dans le monde des affaires. Qu'il s'agisse effectivement de la théorie des contrats incomplets, ou de celle des contrats relationnels proposée par Ian Macneil¹⁵⁰⁷, aucune n'a semble-t-il trouvé grâce au sein de la théorie générale du contrat afin de rendre compte de ces formes hybrides de gouvernance. Conscient de l'incapacité des modèles contractuels traditionnels à rendre compte des contrats incomplets, Ian Macneil proposa en effet une théorie focalisée sur l'aspect relationnel des rapports contractuels¹⁵⁰⁸. Ainsi la logique coopérative aurait-elle pu trouver une construction théorique susceptible de compléter l'arsenal contractuel d'un modèle susceptible d'en rendre compte¹⁵⁰⁹. Il aurait été dès lors concevable de distinguer les contrats impliquant une relation de coopération subjective, contrats relationnels¹⁵¹⁰, de ceux fondés exclusivement sur un échange objectif, contrats impersonnels. La doctrine civiliste française n'a cependant pas admis cette hypothèse, sauf à de rares exceptions près¹⁵¹¹. Préférant assimiler l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise en référence à la durée et à l'objet de la prestation, elle a commis l'erreur de ne pas tenir compte de son élément cardinal : son essence coopérative.

¹⁵⁰⁶ Jérôme Barthélemy affirme notamment que l'externalisation doit être envisagée « *comme une forme de contrat de moyen ou de long terme, nécessaire pour gérer les ressources externalisées et se protéger de l'opportunisme éventuel du prestataire* » dans le cadre général d'une relation de coopération : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 137. D'ailleurs, si d'un point de vue économique le lien entre cette théorie et les relations inter-firme ne constitue en rien une nouveauté, son utilisation afin de permettre la manifestation juridique d'une relation de coopération l'est davantage. Jérôme Barthélemy rappelle d'ailleurs qu'une « *deuxième interprétation de l'incomplétude des contrats consiste à y voir une opportunité plutôt qu'une menace* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁰⁷ Ian Macneil suggérait en effet que le contrat devait être appréhendé comme une forme de relation d'échange entre les contractants : « *Contract means relations among people who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future* » : MACNEIL I. R., « Relational contract theory as sociology : a reply to professors Lindenberg and de Vos », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, vol. 143, p. 273.

¹⁵⁰⁸ C'est-à-dire une théorie reflétant désormais « *le comportement réel des contractants et non ce qu'ils devraient être, contrairement à ce que fait la théorie classique* » : BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, p. 129.

¹⁵⁰⁹ « *Nous avons dit que la notion de contrat avait évoluée : plutôt que d'être une emprise sur l'avenir, le contrat devenait un lien entre des parties qui coopèrent. Cette évolution n'implique pas que le contrat traditionnel ait disparu, mais qu'est apparu à ses côtés un nouveau type de contrat* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 207.

¹⁵¹⁰ « *En résumé, lorsque les critères sont du côté relationnel de l'axe, les parties sont peu enclines à quitter la relation, et ce parce qu'elles obtiennent des avantages qu'elles ne pourraient pas obtenir avec un autre partenaire. C'est pourquoi nous considérons qu'un contrat sera relationnel lorsqu'il sera difficile pour au moins une partie de trouver un partenaire équivalent* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 166.

¹⁵¹¹ Au premier rang de ces thuriféraires de la théorie des contrats relationnels, Corinne Boismain adopte une position tranchée en affirmant que « *tous les contrats relationnels nécessitent une coopération entre les parties* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 446, et que à contrario la logique coopérative se traduit forcément par le contrat relationnel.

Longtemps ignorée par la théorie générale aussi bien que par la classification des contrats spéciaux, la coopération ne semblait effectivement exister qu'à travers le courant marginal du solidarisme contractuel, duquel émergeait « *une nouvelle conception du contrat, instrument de coopération, havre de fraternité, rencontre de deux intérêts qui coopèrent* »¹⁵¹². L'intégration inexacte de l'externalisation à l'espèce du contrat d'entreprise marquait donc la fidélité de la doctrine civiliste à l'égard d'une culture contractuelle fondée sur une logique d'échange¹⁵¹³. Loin d'être une gageure, la logique coopérative devait toutefois s'imposer progressivement au sein de la théorie générale du contrat non pas seulement en tant qu'avatar de la loyauté, mais plutôt comme un modèle à part entière, remède à l'inadéquation des outils traditionnels à l'égard de la pratique contractuelle des entreprises¹⁵¹⁴. L'intérêt de l'externalisation réside alors notamment dans la cristallisation, à travers son essence coopérative, de cette préoccupation doctrinale tendant à l'élaboration d'un nouveau modèle contractuel destiné à traduire juridiquement une logique économique désormais omniprésente¹⁵¹⁵, et à combler ainsi ce « *décalage avec la réalité contractuelle* »¹⁵¹⁶ dans laquelle elle jouait un rôle central.

118. Une traduction juridique originale : le contrat-coopération. Sans renier ses fondements séculaires, la doctrine civiliste est néanmoins parvenue à en déceler les brèches afin d'y intercaler un nouveau modèle entre les deux piliers que constituaient jusque-là le contrat-échange et le contrat-organisation¹⁵¹⁷. Dépassant la dichotomie proposée par Ian Macneil, elle privilégia une approche plus orthodoxe tout en rompant avec cette dualité traditionnelle. C'est ainsi que Juliette Sénéchal suggéra, tout d'abord, une nouvelle taxinomie des contrats prévus par le Code civil en distinguant le contrat-échange, le contrat-organisation et le contrat-souche¹⁵¹⁸. Il était alors envisageable de renoncer à l'identification de l'externalisation sous la

¹⁵¹² FRISON-ROCHE M.-A., « Volonté et obligation », *APD*, 2000, t. 64, p. 135.

¹⁵¹³ Il est en effet unanimement admis « *que les rédacteurs du Code civil ont élaboré le Titre III du Livre II à la lumière de l'échange et plus particulièrement de son archétype, la vente, imprimant ainsi au contrat une physionomie particulière* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 27, 2012, p. 4.

¹⁵¹⁴ « *En d'autres termes, il s'agirait non pas de reconstruire l'ordre contractuel sous la bannière d'une exigence morale de coopération mais de proposer un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹⁵ « (...), il faudrait « *penser le contrat autrement* » et admettre qu'il est un lieu non plus d'opposition mais de coopération » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 3.

¹⁵¹⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 1.

¹⁵¹⁷ « *Apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11.

¹⁵¹⁸ Adoptant une « *méthode d'ordonnancement des contrats spéciaux respectant l'esprit de système complet et ouvert inhérent au Code civil* » (SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats*

forme du contrat d'entreprise afin de lui préférer celle, plus compatible avec son essence économique, d'un modèle hybride empruntant à chacun des deux modèles traditionnels¹⁵¹⁹ et désormais compatible avec la théorie générale du contrat¹⁵²⁰.

Les efforts conjugués d'une partie de la doctrine ont permis par la suite d'assurer une transposition juridique pérenne de la logique coopérative. À ce titre, la recherche menée par Suzanne Lequette constitue à n'en pas douter l'aboutissement d'un mouvement initié à partir de la renaissance du solidarisme contractuel et du constat de l'influence grandissante du droit de la distribution sur la théorie générale du contrat. Poursuivant la démarche engagée par ses prédécesseurs, elle propose en effet une modélisation contractuelle de cette logique fondée sur une structure caractéristique permettant l'articulation d'une obligation finale avec une ou plusieurs obligations instrumentales et des obligations accessoires¹⁵²¹. Ainsi parvient-elle à démontrer l'existence du contrat-coopération en droit civil¹⁵²². L'assimilation par la théorie générale du contrat des réalités économiques a donc ouvert peu à peu la porte à une « *entreprise de conceptualisation et d'approfondissement de l'opération de coopération* »¹⁵²³ à travers laquelle a pu être élaboré ce réceptacle idoine pour l'externalisation stratégique : le contrat-coopération.

Annnonce de plan. La recherche de cette essence coopérative de l'externalisation en droit civil s'avère donc être un préalable indispensable. Elle révélera alors une essence perdue dans les modèles contractuels traditionnels (section 1), puis une essence retrouvée dans le contrat-coopération (section 2).

spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification en droit des contrats, PUAM, coll. Insitut de Droit des Affaires, 2008, p. 307), et s'appuyant sur « *le critère de la finalité économique, c'est-à-dire le critère de l'opération économique visée par le contrat* » (SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 339), elle s'engage effectivement sur la voie de l'élaboration « *d'une méthode de classification complète et ouverte des contrats spéciaux, détachée des aspects typologiques qui lui avaient été offerts par les rédacteurs du Code civil français en 1804* » (SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 257).

¹⁵¹⁹ L'auteur démontre effectivement l'existence de « *l'hybride du contrat-souche, c'est-à-dire le contrat portant sur l'établissement d'une organisation en vue de la naissance d'une succession d'échanges économiques* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 358.

¹⁵²⁰ Juliette Sénéchal procède en effet à l'intégration du contrat de coopération à la catégorie intermédiaire du contrat-souche située « *entre le contrat-échange et le contrat-organisation* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 357 et 362.

¹⁵²¹ Afin de parvenir à « *opérer la mise en relation d'actifs complémentaires et coordonner ainsi des intérêts économiques convergents mais différents* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 157.

¹⁵²² Assurant par la même occasion une solution à la question de la prise en considération juridique de l'essence coopérative de l'externalisation. À l'image des contrats de distribution, l'externalisation s'intègre parfaitement à ce modèle par lequel, « *en vertu d'une obligation instrumentale, une partie s'engage à procurer des moyens à une autre partie, laquelle, en vertu d'une obligation finale, s'engage à les exploiter dans leurs intérêts respectifs* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

¹⁵²³ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 15.

Section 1 : Une essence perdue dans les modèles traditionnels

119. Une traduction juridique complexe de la logique coopérative. La difficulté inhérente à la retranscription en droit civil de la logique coopérative est liée tout d'abord à l'indifférence dans laquelle elle fut longtemps laissée par la doctrine. Essentiellement développée dans le monde des affaires à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, elle ne pouvait initialement figurer au rang des principes ayant guidé les rédacteurs du Code civil en 1804, et encore moins dans l'esprit des constructions romanistes leur ayant servi de modèle. Or, si comme le soulignent de nombreux auteurs la lettre du texte est demeurée inchangée¹⁵²⁴, la pratique des affaires n'a aujourd'hui plus rien à voir avec ce qu'elle était à l'aube du XIX^e siècle. C'est ainsi que l'externalisation, manifestation évidente de la mise en œuvre de la logique coopérative dans le cadre de l'organisation des entreprises, a d'abord pu être assimilée explicitement à la figure du contrat d'entreprise. Par analogie, ce dernier devait donc s'imposer en tant que modalité contractuelle d'expression de la coopération. La pratique s'en est cependant rapidement détachée, proposant alors des formules contractuelles bien plus adaptées à la coopération inter-firmes. La théorie générale du contrat demeurait quant à elle figée sur une conception magnifiant la liberté contractuelle, encouragée en cela par le succès du libéralisme économique et une lecture exégétique de la lettre du Code civil¹⁵²⁵. Il était donc délicat d'y voir émerger une logique dont le fondement reposerait essentiellement sur la conciliation des intérêts particuliers, et donc finalement sur une forme de réduction du dogme de l'autonomie de la volonté¹⁵²⁶. Dès lors cependant que l'économie a semble-t-il abandonné ses oripeaux typiques de l'industrialisation de masse, il fut acquis qu'une place devait se libérer « *entre l'entreprise à structure hiérarchique et le marché* »¹⁵²⁷ ; c'est-à-dire entre le contrat-organisation et le contrat-échange.

La complexité a par ailleurs émergé du contraste sans cesse accentué entre une théorie générale du contrat et une classification des contrats spéciaux sclérosées d'un côté, et la

¹⁵²⁴ « (...) en une déconcertante stabilité, les textes du droit commun n'ont presque pas changé depuis 1804 » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

¹⁵²⁵ « C'est aussi au nom du respect du code civil que certains d'entre eux vantent les mérites de la liberté contractuelle. Les civilistes sont encore nombreux qui se prétendent les gardiens du titre que celui-ci consacre au contrat, tout en persistant à y voir un texte d'inspiration spiritualiste » : JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 457.

¹⁵²⁶ Car pour ces mêmes auteurs, « revenir sur la liberté contractuelle, c'est donc prendre le risque de porter atteinte à la dignité humaine en ravalant l'individu au simple rang d'incapable » : JAMIN Ch., *Ibid.*

¹⁵²⁷ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 458.

nécessité croissante d'une prise en compte de l'externalisation, et au-delà de la coopération, de l'autre. Si cet attelage ainsi formé relève de ce que les économistes désignent comme des formes hybrides de gouvernance, situées à mi-chemin du marché et de la firme, alors leur traduction juridique devrait nécessairement présenter cet aspect d'hybridation qui leur est propre. Il était donc envisageable de surmonter l'obstacle d'une discipline rétive à toute « troisième voie » par le recours au solidarisme contractuel ressuscité à l'aube du XXI^e siècle sous la plume de Christophe Jamin¹⁵²⁸. Il serait en effet possible d'envisager une telle traduction juridique dans le sillage de ce courant selon lequel les individus « *ne sont pas toujours les meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts* »¹⁵²⁹. Sans aller jusqu'à confondre la logique coopérative et le solidarisme, il convient néanmoins de passer par ce dernier pour parvenir à dégager progressivement un modèle contractuel propre. Si l'horizon juridique de la coopération ne correspond pas à la ligne de crêtes d'un solidarisme dont la finalité réside dans le rétablissement de l'équilibre contractuel, c'est en la franchissant que le point de vue pourrait utilement se dégager et laisser apparaître la perspective d'une traduction juridique de la logique coopérative¹⁵³⁰.

La complication résulterait enfin d'une confusion maintenue au sujet de la prise en compte juridique de la coopération. Une confusion entretenue paradoxalement par ce même solidarisme imposant¹⁵³¹ une intégration accrue des nécessités liées à la loyauté et à l'équité dans les relations contractuelles¹⁵³², ainsi qu'une amélioration de la coopération dans le

¹⁵²⁸ Tempérant le mythe individualiste et volontariste issu d'une lecture rousseauiste de l'ordre juridique, ce courant doctrinal souvent décrié servirait une vision protectrice du contrat, et garantirait un certain équilibre dans une relation contractuelle souvent inégalitaire. Il s'agit en effet d'une « *doctrine qui ne brille ni par son homogénéité, puisque sous son étendard sont réunis une poignée d'auteurs qui avancent en ordre dispersé, ni par ses succès en jurisprudence, puisque la Cour de cassation a pris, depuis quelques temps, le contre-pied de la plupart des propositions qu'elle a suggérées, et qui provoque des réactions doctrinales qui vont de la franche hostilité au mépris condescendant* » : MAZEAUD D., « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *Daloz*, 2005, p. 1828. Reprenant les propos d'Étienne Picard, Christophe Jamin considère effectivement que le contrat n'est pas seulement l'instrument exclusif de l'expression de la liberté contractuelle, et qu'il convient parfois d'admettre « *de protéger ou de restaurer cette liberté au profits des parties les plus faibles (...). La Justice n'est pas essentiellement contraire à la liberté* » : PICARD Ét., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 660.

¹⁵²⁹ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 456.

¹⁵³⁰ Une logique elle aussi fondée sur une rupture avec l'individualisme exacerbée, alors que Christophe Jamin en appelait également à un renouveau du solidarisme contractuel dans la mesure où, alors que « *l'industrie de masse est aujourd'hui en voie d'être supplantée par une autre forme d'économie* », il n'est « *pas certain que le discours individualiste, dont le contenu a profondément changé depuis la fin des années soixante, soit à nouveau en mesure d'y faire face* » appelant alors également à un renouveau du solidarisme contractuel : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 458.

¹⁵³¹ Dans « *un souci de rééquilibrage des impératifs et des principes qui fondent le modèle contractuel français* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1828.

¹⁵³² « *Car si, depuis deux siècles, la liberté, l'égalité et la stabilité contractuelles constituent les mamelles de notre droit des contrats, la part laissée à la loyauté et à l'équité, notamment, réduite à une peau de chagrin*

contrat. Son étude devrait toutefois pouvoir éclairer la possibilité d'une coopération par le contrat¹⁵³³. Rappelé par Denis Mazeaud¹⁵³⁴, le lien entre la logique coopérative irriguant de nombreuses opérations économiques et le solidarisme contractuel se matérialise en effet par la promotion doctrinale de certaines notions. Bien qu'insuffisantes pour rendre compte juridiquement de l'essence coopérative de l'externalisation, des notions telles que celles de contrat d'intérêt commun et de contrat-cadre¹⁵³⁵ témoignent effectivement d'une tendance doctrinale favorable à la prise en considération de la coopération par le contrat, spécialement en matière de distribution¹⁵³⁶. Il serait alors vraisemblable de penser aligner la théorie générale du contrat sur la réalité économique et la pratique contractuelle des affaires à partir de l'examen des évolutions en matière de contrats de distributions ; ainsi qu'à la lumière de la récente réforme du droit des contrats et des obligations¹⁵³⁷, laquelle apporte un éclairage nouveau sur la traduction juridique de la logique coopérative et, à travers elle, de l'externalisation stratégique qu'elle anime.

Annnonce de plan. Alors que les théories économiques ont connu de nombreux bouleversements durant le XX^e siècle, la théorie générale du contrat est demeurée jusque récemment enserrée dans le carcan confortable du Code civil de 1804 dominée par la logique échangiste. Le droit positif autant que la doctrine ont en effet tardé à prendre en considération

jusque dans ces trente dernières années, reste encore largement déficitaire en droit positif » : MAZEAUD D., *Ibid.*

¹⁵³³ Comme le suggérait d'ailleurs René Demogue lorsqu'il précisait que le solidarisme devait conduire « *le cocontractant (à) faire preuve d'un certain altruisme (...) et (à) prendre en considération non pas son seul intérêt égoïste, mais également celui de son partenaire, le contrat devant être un moyen de réaliser un objectif commun* » : DELPECH X., « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du « solidarisme contractuel » ? », *Dalloz*, 2001, p. 302.

¹⁵³⁴ « (...) *les idées classiques sur lesquelles a été, pendant deux siècles, édifié le droit des contrats, apparaissent, au regard de certaines situations contractuelles spécifiques, comme des leurres* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1828.

¹⁵³⁵ À l'aune du XX^e siècle, Raymond Saleilles envisageait d'ailleurs le contrat comme un « *procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques* » : SALEILLES R., *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901, p. 229. L'instrument contractuel pouvait dès lors être conçu comme un catalyseur de volontés permettant la réalisation coopérative d'un intérêt commun. Ces deux notions s'imposent aujourd'hui comme les manifestations contemporaines de cette vision particulière du contrat en tant qu'instrument de coopération et non simplement d'échange au service de la réalisation d'intérêts antagonistes.

¹⁵³⁶ Dans la mesure où, marquée par leur longue durée, les contrats de distribution demeurent « *sous-tendus par un projet commun et se traduisent par la dépendance, économique et juridique, d'un contractant par rapport à l'autre* » (MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1828), et appelle donc en vertu du solidarisme, une mise en œuvre des deux dimensions de la coopération : dans et par le contrat. Il est par ailleurs admis que la spécialisation croissante des contrats de distribution a pu conduire la doctrine à s'interroger sur la portée de la singularité de ces contrats de dépendance heurtant sur des points essentiels les principes de la théorie générale du contrat.

¹⁵³⁷ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°26.

la coopération (§1), pour finalement s'arrêter à une considération toute relative en la matière (§2).

§1 : Une considération tardive pour la coopération

120. Un mode d'organisation hybride longtemps ignoré par le droit. Maintenu bien trop longtemps à l'abri des évolutions économiques, la théorie générale du contrat est restée étrangère aux innovations, aussi bien théoriques que pratiques, proposées par les économistes et les managers¹⁵³⁸. Alors que la science économique a très tôt admis, à la suite de Ronald Coase puis d'Oliver Williamson, que l'échange sur le marché ne soit pas le seul mode de gouvernance de l'économie, le Code civil conservait quant à lui son intérêt pour la logique échangiste retranscrite juridiquement sous la forme d'un modèle contractuel typique recouvrant aussi bien la vente que le louage. Et, tandis que les entreprises adoptaient progressivement de nouveaux modes de gouvernance fondés sur l'échange, l'organisation ou la coopération, la théorie générale du contrat tardait à en tirer les conséquences d'un point de vue juridique. C'est ainsi avec un certain retard qu'elle a finalement intégré ces transformations économiques, du moins pour ce qui concerne le mode de gouvernance par la firme dont la logique relève de l'organisation hiérarchique et subordonnée des facteurs de production internes à l'entreprise¹⁵³⁹. Ainsi la doctrine civiliste associa-t-elle à la traduction du marché par le contrat-échange, celle de la firme par le modèle du contrat-organisation symbolisé par le contrat de société¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁸ La théorie générale du contrat est effectivement demeurée inchangée, très proche de ce qu'elle était lorsqu'elle fut élaborée par les rédacteurs du Code civil en 1804. Elle était alors animée par les principes de libéralisme et d'individualisme. Le courant solidarisme tend d'ailleurs en remettre en cause cet immobilisme, dénonçant le fait qu'elle soit restée au stade « *d'une adolescence baignée d'individualisme* » pourtant caractérisée par « *une forte crise de croissance marquée par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté qui l'avait dominée et expliquée jusque-là* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

¹⁵³⁹ Sur ce point de nombreux travaux donnent la mesure de cette évolution de la théorie générale dans la prise en compte du mode de gouvernance de l'économie par la firme : citons pour l'exemple ceux de Nicolas Ferrier consacré à la délégation de pouvoir en tant que mode d'organisation de l'entreprise : FERRIER N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 68, 2005 ; ou celui plus récent, et actant pour ainsi dire une telle prise en compte, mené par Jean-François Hamelin à propos de l'émergence du modèle du contrat-alliance : HAMELIN J.-Fr., *Le contrat-alliance*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012.

¹⁵⁴⁰ Rappelons que « *la distinction des contrats-échange et des contrats-organisation trouve son origine dans le malaise que la doctrine a toujours ressenti devant le contrat de société* » : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 635. « *Le contrat-organisation est donc un contrat qui, de manière explicite ou implicite, définit une tâche, la divise en parties élémentaires, et les répartit, d'une manière ou d'une autre, entre les contractants. De là résultent les différences qui distinguent les effets du contrat-organisation de ceux produits par un contrat-échange, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers* » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 637.

Le droit civil restait cependant toujours silencieux quant au dernier mode de gouvernance proposé par la littérature économique ; c'est-à-dire celui fondé sur la logique coopérative. Les modes de gouvernance hybride irrigués par la logique coopérative, au premier rang desquels figure l'externalisation, ne trouvaient par conséquent aucun moyen approprié d'expression juridique alors même que la pratique du monde des affaires tendait à révéler un accroissement considérable de leur usage. Il est donc raisonnable de reconnaître que le fossé précédemment évoqué entre la théorie générale du contrat et la réalité contractuelle s'élargit inexorablement, au point même de susciter de la part de doctrine des alertes chaque fois plus saisissantes¹⁵⁴¹. Elle devait donc, sous peine de courir à sa perte¹⁵⁴², intégrer en son sein la logique coopérative qu'elle avait si longtemps ignoré. Alors que l'assimilation erronée de l'externalisation à la figure du contrat d'entreprise apparaît comme un « pis-allé » de la doctrine civiliste face à son impéritie à rendre compte de cette logique nouvelle et singulière, l'externalisation animée d'une logique coopérative ne devrait pouvoir être identifiée qu'au travers de la traduction juridique de la coopération, laquelle ne semblait finalement importer qu'aux thuriféraires du solidarisme contractuel. Ainsi paraît-il inéluctable de débiter la recherche de cette essence en droit civil à partir des propositions solidaristes suggérant « *une nouvelle approche du contrat, non plus en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt fondée sur la collaboration* »¹⁵⁴³ et l'articulation des intérêts en présence ; une conception dès lors fidèle à l'esprit de coopération manifestement incontournable dans le monde des affaires. Typique de l'émergence de la coopération dans le monde des affaires, l'externalisation stratégique confirme l'importance de cette logique. Or il s'avère qu'à la voie royale qui lui est réservée dans la sphère économique répond une quasi-indifférence du droit, et plus particulièrement de la théorie générale du contrat (A). Il convient donc, afin de pouvoir envisager la traduction juridique de l'essence coopérative de l'externalisation, d'appréhender les tentatives indolentes de prise en considération de la coopération par la doctrine civiliste (B).

¹⁵⁴¹ S'interrogeant sur la crise de la théorie générale du contrat, Catherine Thibierge-Guelfucci se demandait finalement si elle devait être appréhendée comme « *une crise de vieillesse, prélude à la mort, comme tendraient à le laisser penser les cris d'alarme précédemment évoqués... ou d'une crise de croissance qui obligerait la théorie générale à mourir à elle-même pour renaître à une vie élargie* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 357.

¹⁵⁴² François Terré, Yves Lequette et Philippe Simler rappelaient ainsi dès 1996 que « *nombre d'auteurs appellent aujourd'hui de leurs vœux un approfondissement et un renouvellement de la théorie générale du contrat laquelle s'enrichirait de nouveaux principes déjà en germe dans certaines dispositions spéciales* », elles-mêmes inspirées par l'évolution de la pratique contractuelle : LEQUETTE Y., SIMLER Ph. et TERRÉ Fr., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Précis, 1996, n°41.

¹⁵⁴³ THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 357.

A. La dissonance de l'économie et du droit face à la coopération

121.L'appréhension essentielle de la coopération. Alors que Luc Boltanski et Ève Chiapello relevaient que le tissu productif avait « *été profondément restructuré sous le coup des mesures d'externalisation* » aboutissant à l'instauration de solides partenariats industriels, l'externalisation apparaissait comme une forme essentielle de mise en œuvre de la coopération économique afin d'améliorer l'efficacité des entreprises par l'application de certains préceptes issus de la division du travail. De plus, enrichissant la catégorie des modes hybrides de gouvernance, la littérature managériale a finalement participé, avec le renouvellement de l'esprit du capitalisme, à l'élaboration d'une structure particulière de l'économie à mi-chemin entre le marché et la firme : le réseau. Or l'émergence de ces réseaux paraît devoir être considérée comme consubstantielle à l'importance grandissante de la coopération dans les relations économiques, dans la mesure où elle implique la constitution de liens étroits entre les opérateurs économiques devenus partenaires par la voie contractuelle. D'un point de vue économique, le contrat n'était dès lors plus simplement envisagé comme un instrument d'échange, mais également comme un instrument de coopération à part entière. La doctrine civiliste a néanmoins pu souligner que, « *phénomène protéiforme, la coopération est difficile à enfermer dans une définition juridique abstraite* »¹⁵⁴⁴, offrant ainsi une première explication de son peu d'intérêt pour une notion ayant pourtant eu durablement les faveurs de la littérature économique et managériale. Confronté à un terme aujourd'hui central en économie, il convient dans un premier temps d'en rappeler la signification. Selon le dictionnaire le Littré, la coopération désigne l'action de coopérer¹⁵⁴⁵ ; c'est-à-dire « *d'opérer conjointement avec quelqu'un* » à la réalisation d'une action ou d'un projet, ou encore « *de contribuer* » à une telle œuvre¹⁵⁴⁶.

Il s'agirait alors d'une forme d'état d'esprit, d'une volonté de ne plus entretenir des relations conflictuelles ou concurrentielles avec les autres individus, notamment dans leurs échanges, en adoptant un comportement collaboratif afin de parvenir à des résultats acceptables pour tous, voire à des résultats recherchés par tous. De manière caricaturale, le sens commun a ainsi pu s'approprier la coopération envisagée par la théorie des jeux sous l'appellation du

¹⁵⁴⁴ PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 37, 2004, p. 3.

¹⁵⁴⁵ Du latin *cooperari* de *cum*, avec, et *operari*, opérer.

¹⁵⁴⁶ LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, t. 1, Hachette, 1873-1874, p. 799.

« gagnant-gagnant ». Ce bref rappel suffit par conséquent à admettre la coopération en tant que logique apte à améliorer l'efficacité et la performance de tout système dans lequel elle serait employée : jeu, science politique, relations internationales, ou encore économie et droit. Cependant, alors que traditionnellement « *le droit a pour fonction de chercher une juste proportion entre des intérêts contradictoires (...) et se préoccupe peu du phénomène de la coopération* »¹⁵⁴⁷, ce dernier a largement influencé les économistes dans leur façon de concevoir l'organisation de l'économie. La coopération fut d'ailleurs largement théorisée en tant que mode hybride de gouvernance qui, comme l'illustre l'externalisation, « *permet aux entreprises de réaliser des économies d'échelles et des effets de synergie grâce à la mise en œuvre de moyens complémentaires* »¹⁵⁴⁸. L'émergence du vocable de la coopération dans la sphère économique n'a ainsi pas manqué de bouleverser profondément la structure de cette dernière¹⁵⁴⁹. Motivée par un souci d'accroissement de la performance des entreprises, et confirmée par l'essoufflement relatif des modes de gouvernance traditionnels, la logique coopérative a pu servir de fondement à l'élaboration de nouveaux modes de gouvernance dont la manifestation n'a pas manqué de transformer le tissu productif et l'organisation de l'économie à l'instar de l'externalisation. Or, si la rencontre du droit et de la coopération économique n'y a pas abouti dans un premier temps (1), c'est par l'analyse des réseaux en matière de distribution que pourrait être envisagé un aperçu juridique de l'essence coopérative de l'externalisation (2).

1. Histoire d'un premier rendez-vous inabouti

122.L'émergence de la coopération en économie. L'émergence de la coopération économique ne peut être appréhendée sans lien avec son contexte marqué par de profonds « *changements idéologiques qui ont accompagné les transformations récentes du capitalisme* »¹⁵⁵⁰ jusqu'à bouleverser le fonctionnement des entreprises et, par ricochet, du droit qui l'encadre. Au-delà de l'affirmation d'inspiration libérale selon laquelle la satisfaction des intérêts particuliers

¹⁵⁴⁷ PIRONON V., *op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁴⁸ PIRONON V., *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁴⁹ Comme la firme avait déjà pu modifier le paysage économique du XIX^e siècle centré sur le seul marché.

¹⁵⁵⁰ BOLTANSKI L. et CHIAPPELLO È., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999, p. 35. Les deux auteurs émettaient effectivement l'hypothèse selon laquelle les modifications profondes du fonctionnement du capitalisme observées dès les années 1990 tirent leur origine des critiques idéologiques dont il a pu faire l'objet dès la fin des années 1960.

participe de la réalisation de l'intérêt général¹⁵⁵¹, le capitalisme aurait trouvé une assise nouvelle dans le management. Après l'individualisme exacerbé ayant caractérisé la toute puissance du marché¹⁵⁵² avant d'être bousculé par l'émergence de la firme, correspondant au souci de ménager l'organisation¹⁵⁵³, l'esprit du capitalisme a finalement intégré une voie médiane ménageant « la chèvre et le chou » ; c'est-à-dire l'individu et la structure¹⁵⁵⁴. S'inspirant de la littérature managériale¹⁵⁵⁵, l'esprit du capitalisme s'est effectivement enrichi d'une dimension nouvelle ayant conduit à la consécration d'un troisième mode de gouvernance aux côtés du marché et de la firme. Conscient des difficultés bureaucratiques liées à la taille considérable des entreprises¹⁵⁵⁶ et au caractère étouffant de la hiérarchie¹⁵⁵⁷, la science économique a intégré la nécessité de décentraliser les modes de production et de gestion des ressources pour finalement aboutir à un modèle d'entreprises en réseau liées les unes aux autres¹⁵⁵⁸, chacune demeurant dans son secteur de prédilection en vertu de la division du travail¹⁵⁵⁹. Rejoignant alors les préoccupations des économistes en termes de coûts de transaction et d'approche par les ressources et les compétences, une école

¹⁵⁵¹ Au point qu'il est majoritairement admis par les économistes que le progrès matériel individuel s'impose « *comme un, si ce n'est le, critère du bien-être social* », donnant ainsi une légitimité renforcée à l'idéologie capitaliste : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁵² Caractéristique de l'esprit du capitalisme à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, ce premier état était centré « *sur la personne du bourgeois entrepreneur (...), chevalier d'industrie (...)* avec l'accent mis sur le jeu, la spéculation, le risque, l'innovation » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁵³ Cette première vision cède alors la place à une deuxième « *entre les années 1930 et les années 1960 (...)* axée sur le développement, au début du XX^e siècle, de la grande entreprise industrielle centralisée et bureaucratisée, fascinée par le gigantisme » dans laquelle l'esprit du capitalisme est alors « *habité par la volonté de faire croître sans limite la taille de la firme (...)* de façon à développer une production de masse, reposant sur des économies d'échelle » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁵⁴ Cette évolution de l'esprit du capitalisme est en partie à mettre au crédit d'une critique récurrente dont il a pu faire l'objet par le passé et selon laquelle le capitalisme serait finalement une « *source d'oppression, en tant qu'il s'oppose à la liberté, à l'autonomie et à la créativité des êtres humains soumis (...), d'une part à la domination du marché comme forme impersonnelle qui fixe les prix, désigne les hommes et les produits-services désirables et rejette les autres, d'autre part aux formes de subordination de la condition salariale* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁵⁵ Celle-ci ayant elle-même connu une évolution fondamentale entre les années 1960 et 1990 entraînant avec elle l'esprit du capitalisme qui y trouvait déjà une importante source d'inspiration.

¹⁵⁵⁶ Commence à ce faire jour une nouvelle critique au sein de la littérature managériale selon laquelle « *dans la grande entreprise, le chef ne garde le contact qu'avec les chefs de service, mais perd le contact avec les exécutants ; ses ordres suivent la voie hiérarchique, transmis et retransmis un grand nombre de fois, dénaturés parfois lors de ces transmissions, en tout cas retardés* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁵⁷ À partir des années 1960, pour une part grandissante de la littérature managériale « *la hiérarchie est une forme de coordination à bannir en tant qu'elle repose sur une domination* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁵⁸ « *Les dispositifs proposés par les auteurs des années 90 (...)* forment une nébuleuse impressionnante d'innovations managériales que l'on peut néanmoins essayer d'articuler autour de quelques idées clés : des entreprises maigres travaillant en réseau avec une multitude d'intervenants » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 115 et 116.

¹⁵⁵⁹ « *L'organisation en réseau en réseau, grâce à laquelle il a été possible de se débarrasser d'une coûteuse hiérarchie (...), est en outre censé procurer, par rapport à l'organisation hiérarchique intégrée, un avantage économique lié à la spécialisation* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 118.

managériale renouvelée à l'aube des années 1990 impulsa un rejet de la hiérarchie et propose un nouveau modèle d'organisation¹⁵⁶⁰.

Si alors la dimension coopérative de cette nouvelle organisation managériale de l'économie n'est pas exprimée clairement, elle transparait sans difficulté à travers ce discours réformateur. Dès lors qu'il est désormais entendu que l'entreprise « *travaille en réseau* »¹⁵⁶¹, réclamant davantage une coordination inter-firmes qu'une subordination hiérarchique intra-firme, la coopération devient une logique constitutive de l'économie. Christophe Jamin précise d'ailleurs que « *substituant à l'apologie des grandes organisations à structure hiérarchique celle des réseaux susceptibles de combiner l'efficacité économique et l'épanouissement individuel* »¹⁵⁶², cette mutation appelle une évolution des structures de gouvernance, de la même manière que la firme elle-même s'était substituée en partie au marché à la suite des travaux effectués par Ronald Coase. Elle conduit alors inexorablement à la consécration d'un nouveau mode de gouvernance dont la coopération constituerait l'essence, et où l'organisation ne semblerait « *plus être faite que d'une accumulation de liens contractuels plus ou moins durables* »¹⁵⁶³. L'économie admet alors, sous l'influence du néo-management, que la production gagne en efficacité non exclusivement dans l'intégration et la gestion directe, mais également « *dans la capacité à tirer parti des connaissances les plus diverses, (...) à les combiner, à créer ou à faire circuler des innovations* »¹⁵⁶⁴; en d'autres termes dans la collaboration contractuelle par laquelle sont distribuées les tâches de conception et de réalisation. Rejetant le couple paradigmatique du dominant et du dominé dans l'entreprise, la coopération fonde alors un nouveau mode de gouvernance intermédiaire empruntant autant à l'initiative du marché, qu'à l'encadrement de la firme¹⁵⁶⁵.

123. Une parenté en apparence évidente entre coopération et droit. D'un point de vue économique et managérial, la coopération apparaît donc comme l'essence des modes hybrides

¹⁵⁶⁰ « *N'étant jamais seulement critiques, les auteurs de management des années 90 imaginent quantité de nouvelles formes d'organisation qui s'écartent au maximum des principes hiérarchiques, et promettent l'égalité formelle et le respect des libertés individuelles* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 113.

¹⁵⁶¹ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁶² JAMIN Ch., « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 459.

¹⁵⁶³ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁶⁴ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁶⁵ La littérature managériale s'accorde alors à encourager le développement de relations particulières fondées sur la confiance et non plus sur l'autorité. Elle précise toutefois que « *la référence à la confiance suggère enfin que les nouveaux modes d'organisation ne résultent pas seulement d'une entrée en force de la sphère marchande dans l'entreprise (...) sans nécessairement avoir la raideur de relations hiérarchiques instituées* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 130 et 131.

de gouvernance censés « *maintenir l'indépendance des agents propre au marché tout en instituant un ordre privé spécifique de l'entreprise* »¹⁵⁶⁶, et que l'on retrouve notamment dans les relations de distribution et d'externalisation. En termes de coûts de transaction, la logique coopérative repose alors sur l'idée d'un partage des risques, et donc des coûts qui leurs sont inhérents : coûts bureaucratiques du fait de la réalisation interne et du manque de compétence technique, coûts de production par manque de compétences techniques et de ressources propres. Mais d'un point de vue stratégique, elle indique également aux entreprises que, en dehors de relations marchandes traditionnelles, « *la mise en réseau de collaboration (...) suppose l'instauration entre les partenaires de relations qui possèdent un caractère relativement durable* »¹⁵⁶⁷ en sortant du cadre institutionnel stricte et rigide de la firme. L'organisation de l'économie autour de ce mode intermédiaire de gouvernance repose ainsi sur la mise en exergue de la logique coopérative « *de façon à rendre possible la coordination entre les différentes ressources qui concourent à la formation de la valeur ajoutée* »¹⁵⁶⁸.

L'entreprise voit alors apparaître un mode de gestion des ressources susceptible de modifier en profondeur son fonctionnement traditionnel ; ce qui ne pouvait alors laisser de marbre le droit civil en ce qu'il contribue à organiser ce fonctionnement par l'intermédiaire du contrat de société¹⁵⁶⁹, systématisé par la doctrine sous la forme du contrat-organisation dont le trait caractéristique réside dans l'*affectio societatis*¹⁵⁷⁰. Aux côtés du contrat-échange, typique du marché, émergeait ainsi un nouveau modèle contractuel destiné à gouverner le fonctionnement des entreprises, et donc différent « *du contrat marchand classique* »¹⁵⁷¹. Cependant, l'importance qui lui était accordée ne permettait pas de rendre compte de la logique coopérative, et ce alors même qu'elle s'imposait de plus en plus dans la sphère économique et managériale. Ainsi, alors que le droit, et plus particulièrement le contrat, semblait devoir trouver dans la logique coopérative un nouveau vecteur de son épanouissement tant il constitue le liant de ces réseaux de coopération, cette dernière lui

¹⁵⁶⁶ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 458.

¹⁵⁶⁷ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁶⁸ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* » tel qu'en dispose l'article 1832 du Code civil.

¹⁵⁷⁰ « *Depuis la fin du siècle dernier, la doctrine et la jurisprudence ne se satisfont plus, pour caractériser ce contrat, de la définition qu'en donne l'article 1832 progressivement modernisée, et elles avancent l'idée qu'il y aurait dans le contrat de société quelque chose de plus que la communauté d'apports et le partage des résultats. Ce quelque chose, elles l'appellent, faute d'un mot meilleur : affectio societatis* » : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 635.

¹⁵⁷¹ BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 130.

restait étrangère. Si le droit civil a cependant fini par admettre que le contrat-échange, et son idéal type le contrat de vente, ne constituait plus l'alpha et l'oméga de l'organisation économique et de la pratique des affaires, il demeurait encore imperméable à la coopération, lui préférant le modèle du contrat-organisation.

124. Une parenté écartée au profit du contrat-organisation. Du point de vue du droit, l'unique alternative au contrat-échange s'est en effet longtemps située dans le contrat-organisation obérant ainsi les chances d'émergence d'une traduction juridique pour la coopération. C'est en l'occurrence ainsi que le droit civil répondit à la distinction opérée par les économistes entre le marché et la firme¹⁵⁷². L'élaboration doctrinale de ce modèle pour rendre compte en droit du fonctionnement interne de l'entreprise renseigne toutefois grandement sur ce qui pourrait advenir de la coopération, si tant est que le droit civil soit un jour tenté de prendre en compte sa singularité. Conçu en opposition par rapport au modèle traditionnel du contrat-échange, ce dernier manifestait la volonté de traduire juridiquement l'esprit d'une intervention collective¹⁵⁷³ au sein d'une même structure, et codifiée à l'article 1844 du Code civil¹⁵⁷⁴, mais toujours réalisé à travers une relation contractuelle. La doctrine admettait donc au sein de la théorie générale du contrat un nouveau modèle esquissé « *en contraste avec (celui) du contrat-échange, que le prestige et l'ancienneté de la vente nous ont rendu plus familier* »¹⁵⁷⁵, afin de favoriser la réalisation d'une opération économique particulière : l'instauration d'une « organisation »¹⁵⁷⁶ en vue de la réalisation d'un intérêt commun. Ainsi le contrat-organisation présente-t-il une caractéristique majeure le distinguant à la fois du contrat-échange et de ce que devrait recouvrir juridiquement la coopération. La spécificité de son objet implique effectivement la création d'une institution dotée généralement de la

¹⁵⁷² Initialement fondée sur le marché, l'économie s'organisait traditionnellement par le jeu du contrat-échange « *ayant pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A* » (DIDIER P., *op. cit.*, p. 636.), mettant donc en présence deux intérêts opposés. Par la suite, le contrat-organisation est apparu, fondé sur le constat d'une disparition de la logique d'échange dans le cadre du contrat de société. Alors même que la doctrine a parfois tenter de le raccrocher à cette logique échangiste, par exemple « *en présentant l'apport en société comme un échange entre la société et ses associés* » alors même que cela n'est pas concevable dès lors qu'il est admis que « *la société n'existe qu'une fois les titres souscrits et les apports réunis* » : DIDIER P., *Ibid.*

¹⁵⁷³ « (...) *, le contrat de société a à voir avec toutes les situations ou les parties mettent quelque chose en commun et s'en partagent les produits. Et ainsi s'affermir peu à peu une frontière entre deux types de contrats que nous avons proposé d'appeler les uns, contrats-échange, et les autres, contrats-organisation* » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 636.

¹⁵⁷⁴ « *Tout associé à le droit de participer aux décisions collectives* ».

¹⁵⁷⁵ DIDIER P., *op. cit.*, p. 637

¹⁵⁷⁶ Nous rappellerons ici la définition ISO 9000 donnée au terme d'organisation en matière de management. Elle correspond alors à « *un ensemble de responsabilités, pouvoirs et relations entre les personnes* » afin « *d'établir une politique et des objectifs et d'atteindre ces objectifs* ».

personnalité juridique¹⁵⁷⁷. Il s'imposait néanmoins comme la seule prise en compte des opérations par lesquelles des opérateurs économiques poursuivent un intérêt commun ; en d'autres termes, une forme de coopération.

Empruntant à son tour « *la Voie Didier* » ayant conduit à sa consécration¹⁵⁷⁸, Jean-François Hamelin propose quant à lui de substituer à la catégorie du contrat-organisation celle du contrat-alliance afin de mettre davantage en évidence la volonté de collaborer à une œuvre commune qu'il traduit, et moins son aspect institutionnel¹⁵⁷⁹, écartant ainsi davantage encore l'éventualité d'une traduction juridique de la coopération. L'identification de ce nouveau modèle contractuel dépendrait en effet quasi-exclusivement de la détermination de « *l'objet commun et de l'intérêt commun* »¹⁵⁸⁰ qui le caractérisent. S'il ne faut pas négliger la voie de l'intérêt commun sur laquelle doit mener la prise en compte de la logique coopérative au-delà de la forme du contrat-organisation ou du contrat-alliance, il convient cependant également de s'y atteler avec prudence, tant elles ne doivent pas être confondues avec la coopération¹⁵⁸¹. De fait, si la distinction entre la logique de l'échange et la logique d'organisation paraît évidente, il n'en va pas de même, à première vue, de la différence pourtant essentielle à établir entre cette dernière et la logique coopérative¹⁵⁸² dans la mesure où elles relèvent chacune d'un mode de gouvernance propre, et que l'externalisation ne se fonde que sur la seconde. S'il est incontestable que le droit a dans un premier temps focalisé son attention sur la logique de l'organisation hiérarchique de l'entreprise aux détriments de la prise en compte de l'émergence en économie d'une logique fondée sur la coopération, cette attitude révèle un

¹⁵⁷⁷ Car « *tout contrat-organisation implique plus ou moins la mise en commun de quelque chose et toute mise en commun appelle nécessairement une séparation entre ce qui est commun à tous et ce qui est propre à chacun (...)* ce que l'on entend quand on dit que le patrimoine commun est personnifié (...). Et dès lors qu'il y a mise en commun licite, il y a, au moins virtuellement, personne morale » : DIDIER P., *op. cit.*, p. 640.

¹⁵⁷⁸ Préface de Nicolas Molfessis à la thèse de Jean-François Hamelin : HAMELIN J.-Fr., *Le contrat-alliance*, Economica, coll. Logiques juridiques, vol. 30, 2012, p. V, le préfacier désignant ainsi la voie ouverte par Paul Didier dans le sens d'une distinction du contrat-organisation et du contrat-échange.

¹⁵⁷⁹ Ainsi affirme-t-il que « *pour identifier le contrat-alliance, il faut rappeler que celui-ci tire sa spécificité du fait qu'il ne réalise pas un échange de biens ou de services, mais une mise en commun de biens ou de services. Or, lorsque des individus mettent en commun des prestations, il faut bien avoir conscience de ce que ceux-ci participent finalement à l'exercice d'une activité commune* » : HAMELIN J.-Fr., *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁸⁰ HAMELIN J.-Fr., *op. cit.*, p. 167. L'auteur précise alors que l'objet commun désignerait ce à quoi les parties se sont engagé, « *à savoir l'exercice d'une activité commune* », et l'intérêt commun renverrait à l'idée que l'activité entreprise s'exercerait « *dans l'intérêt de chacun des alliés* ».

¹⁵⁸¹ Il faut noter que la doctrine elle-même s'est montrée ambiguë lorsqu'elle a pu présenter le contrat-organisation comme instituant « *une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe* » (DIDIER P., *op. cit.*, p. 636), et le contrat-alliance comme imposant « *un véritable devoir de coopération ou de collaboration* » à la réalisation « *d'un intérêt commun* » (HAMELIN J.-Fr., *op. cit.*, p. 159).

¹⁵⁸² Paul Didier évoquait d'ailleurs à plusieurs reprises que le contrat-organisation instaurait « *un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents* » : DIDIER P., *Ibid.*

certain nombre d'enseignements utiles à l'appréhension juridique de l'essence coopérative de l'externalisation en ce qu'elle met en évidence les lacunes du droit sur cette question, et suggère des éléments qui devraient permettre de les combler. Bien que l'intégration de la gouvernance par la firme ait donc révélé une forme d'attrait pour la coopération, elle demeurerait inappropriée pour traduire l'émergence des modes de gouvernance hybrides. L'évolution de la structure de l'économie confirme d'ailleurs cette insuffisance dans la mesure où le droit a pu laisser de côté un pilier de l'organisation économique : le réseau, et ce plus particulièrement dans le domaine de la distribution¹⁵⁸³, avant finalement de lui consacrer une forme de « traitement de faveur » à travers lequel il est possible de déceler les prémises d'une véritable intégration juridique de l'externalisation à partir de son essence coopérative.

2. Histoire d'un second rendez-vous à venir

125.L'externalisation et la coopération apparentées à la distribution. La logique coopérative, dont l'externalisation constitue la mise en œuvre la plus évidente aujourd'hui, a fortement contribué à l'émergence de réseaux là où il n'y avait auparavant qu'échange simple ou intégration verticale¹⁵⁸⁴. Se substituant de plus en plus à l'organisation intégrée et hiérarchique de la firme, il s'impose en effet aujourd'hui à part entière comme un mode d'organisation de l'entreprise non plus interne mais externe¹⁵⁸⁵. Or, s'il est un domaine dans lequel une telle mutation de l'économie peut être constatée, c'est sans nul doute dans le secteur de la distribution qu'il est possible de la trouver le plus aisément. Soulignant l'inclination de ce secteur commercial à adopter une telle organisation, Laurence Amiel-Cosme envisageait ainsi l'hypothèse de l'émergence de véritables réseaux de distribution intégrés à travers lesquels s'instauraient de véritables relations de coopération, entendues dans son acception économique de mode de gestion des ressources. Elle démontrait alors comment le droit était parvenu à les transposer juridiquement afin de favoriser l'émergence d'une

¹⁵⁸³ Dans lequel a pu se développer la pratique de l'organisation des distributeurs et fournisseurs en réseaux englobant alors juridiquement « *tout autant les contrats de franchise, d'enseigne, d'approvisionnement, de licence de marque, de location-gérance, etc., que les statuts ou les règlements intérieurs, notamment dans le cadre des réseaux coopératifs* » : RAJA C., « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », *RTD Com.*, 2014, p. 1.

¹⁵⁸⁴ Fondée sur la coopération, le mouvement d'externalisation a effectivement permis d'assister « *à la naissance de nouvelles structures d'entreprise plus proches du réseau que de la grande entreprise de l'ère industrielle* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999, p. 297.

¹⁵⁸⁵ Caroline Raja définit d'ailleurs juridiquement le réseau comme « *un groupe de contrats conclus entre le promoteur du réseau et les exploitants, ayant un but commun aux parties, qu'elles connaissent et qu'elles ont voulu* » : RAJA C., *op. cit.*, p. 2. En d'autres termes un mode d'organisation fondé sur des relations contractuelles inter-firmes et non plus exclusivement intra-firmes.

logique coopérative au service du développement d'une œuvre commune, qu'il s'agisse de la concession exclusive, de la franchise ou de la distribution sélective. C'est ainsi à travers la coopération à la réalisation d'un intérêt commun qu'elle envisageait la traduction juridique des réseaux de distribution¹⁵⁸⁶. Il était donc admis que cette logique devait pouvoir trouver à s'appliquer en droit sous la forme d'une relation contractuelle singulière destinée à structurer ces réseaux¹⁵⁸⁷. Elle intégrait en conséquence la dimension contractuelle à son analyse et suggérait que leur canevas reposait finalement sur des contrats dont le critère d'identification résidait essentiellement dans l'existence d'un intérêt commun des parties¹⁵⁸⁸, les rapprochant ainsi davantage des contrats de société¹⁵⁸⁹. La notion d'intérêt commun était donc ainsi appelée à jouer un rôle premier dans la transposition juridique de la coopération dès lors qu'il peut être appréhendé comme « *l'expression de la volonté de collaborer en commun au réseau* »¹⁵⁹⁰ ; c'est-à-dire de coopérer dans le cadre de cette organisation économique particulière.

Un indice supplémentaire de cette parenté est également suggéré par la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Cette dernière est effectivement venue proposer une définition à une formule contractuelle propre au droit de la distribution : le contrat de coopération commerciale. La « messe » est dite, et le mot est posé : la coopération commerciale se définit en effet comme « *un service spécifique allant au-delà des obligations consacrées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs* »¹⁵⁹¹. Dépassant cette brève

¹⁵⁸⁶ Marie-José Grollemund-Loustalot-Forest affirmait d'ailleurs dès 1993 que « *l'efficacité de tout contrat de distribution passe (...) par un partenariat actif qui consiste : - en premier lieu, à définir un but commun ; - en second lieu, à cesser de se regarder avec suspicion ou en terme de rapport de force pour au contraire regarder ensemble dans la même direction. Alors le partenariat, base de toute distribution sera une réalité* » : GROLLEMUND-LOUSTALOT-FOREST M.-J., « L'obligation d'information entre contractants dans les contrats de distribution », *Revue de jurisprudence commerciale*, février 1993, n°24, p. 68.

¹⁵⁸⁷ « *En d'autres termes, il serait envisageable de démontrer que le but concret poursuivi par les parties au contrat est le développement du réseau de distribution, de sorte qu'il serait possible de voir dans le fondement contractuel la révélation de cette œuvre commune des parties* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁸⁸ « *En revanche, il est peut-être permis d'y voir un modèle de contrat conclu dans l'intérêt commun des parties (...). Tel est, par exemple, le cas, du contrat de société, perçu comme un modèle achevé de contrat d'intérêt commun* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁸⁹ « *Le contrat de distribution, tel le contrat de société, pourrait devenir au fil d'une construction législative, jurisprudentielle et doctrinale, « un nouveau modèle de contrat d'intérêt commun », incluant un intérêt commun des parties au contrat* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 93 et 94. Notons dès lors que selon cette conception des contrats de distribution en tant que structure des réseaux, le lien entre la coopération économique et le contrat de société peut-être établi, et plus précisément encore l'intégration de cette coopération au modèle du contrat-alliance proposé par Jean-François Hamelin lequel, rappelons-le, repose sur le critère de l'intérêt commun et de l'objet commun.

¹⁵⁹⁰ AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁹¹ Cass. com., 27 février 1990, n°88-12189, *Bull. civ.*, 1990, IV, n°59, p. 39. La circulaire Dutreil du 16 mai 2003 proposera par la suite la définition suivante de la coopération commerciale considérée alors comme « *un contrat de prestation de service dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un*

présentation jurisprudentielle, le rapport de la commission Canivet¹⁵⁹² proposait d'y apporter plus de précision, ainsi qu'un encadrement juridique singulier. Proposition que la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises¹⁵⁹³ vint finalement consacrer, et par laquelle le contrat de coopération commerciale « *accède à la vie juridique, elle devient un contrat à part entière, distinct du contrat de vente sur lequel elle se greffe* »¹⁵⁹⁴. Détachée de la vente en matière de distribution¹⁵⁹⁵, la coopération était donc dès lors destinée à s'émanciper du modèle du contrat-échange, de la même façon qu'elle devrait être distinguée du contrat-organisation. Un tel dégagement était notamment rendu possible par le même argument que celui déjà évoqué par la Chambre sociale pour identifier la coopération commerciale : son contenu présentant des prestations en principe absentes de la vente¹⁵⁹⁶. À tel point d'ailleurs qu'Yves Picod pouvait identifier dès 2005 « *un nouveau contrat nommé* »¹⁵⁹⁷ portant sur une fourniture associée à une prestation de services¹⁵⁹⁸, et séparé à la fois de la vente et du contrat d'entreprise¹⁵⁹⁹. Il évoquait alors à ce propos un rattachement, suggéré par le texte lui-même, avec la notion de contrat-cadre¹⁶⁰⁰. En cela le droit de la distribution semble donc bien offrir un terrain particulièrement propice à la prise en compte juridique de

fournisseur et un distributeur. Le contenu de ce contrat porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes (Cass. Com., 27 février 1990) ».

¹⁵⁹² Commission Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix*, La documentation française, 2005.

¹⁵⁹³ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petits et moyennes entreprises.

¹⁵⁹⁴ PICOD Y., « La coopération commerciale », in *Le nouveau régime des relations industrie-commerce (Loi du 2 août 2005)*, Litec, coll. Actualités du droit de l'entreprise, 2006, p. 40.

¹⁵⁹⁵ Il est alors intéressant de souligner ici qu'un tel détachement en droit fut en partie une réaction à celui ayant été révélé par la pratique commerciale dans laquelle a pu être observé « *un transfert progressif de la négociation de vente vers la coopération commerciale, devenue l'espace essentiel de la négociation entre fournisseurs et distributeurs, au détriment des conditions de vente* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 39. La réalité commerciale révélait ainsi que la concurrence ne se faisait plus sur les produits vendus par les distributeurs, mais sur les services rendus par ces derniers aux producteurs.

¹⁵⁹⁶ « *Ce régime doit être distinct de l'opération de vente qui ne recouvre pas par nature les services rendus au titre de la coopération commerciale, à savoir la promotion de la commercialisation du produit* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 40. L'article L. 447-1 du code de commerce les distingue ainsi nettement en précisant que « *les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente des produits ou services (...), tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* » : Article L. 447-1 alinéa 2 du code de commerce tel qu'issu de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁵⁹⁷ PICOD Y., *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁹⁸ En précisant bien que « *le service doit être détachable des obligations d'achat et de vente (...), rendu à un fournisseur par le distributeur (...), à l'occasion de la revente de produits ou services au consommateur (...), pour but de favoriser la commercialisation des produits ou services en question* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 42 et 43.

¹⁵⁹⁹ L'auteur confirmait d'ailleurs cette hypothèse quelques années plus tard à l'occasion d'une contribution aux mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau : PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 805 et s.

¹⁶⁰⁰ L'article L. 447-1 alinéa 1 du code de commerce dispose effectivement que le contrat de coopération commerciale se retrouve « *soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application* ».

la coopération tant cette activité commerciale se rapproche de l'externalisation, et plus largement même de la logique coopérative¹⁶⁰¹ mise en évidence par le management.

Qu'il s'agisse de la relation contractuelle structurant le réseau de distribution, ou de celle irriguant la coopération commerciale, ces formes d'expression de la coopération économique confirment en l'occurrence la fonction essentielle du contrat dans la transposition juridique de la logique coopérative¹⁶⁰². Les pratiques de la distribution semblent effectivement présenter une certaine parenté avec l'externalisation ; notamment en ce qu'elles partagent ensemble un fond commun de coopération. Définie le plus fréquemment comme « *l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et de consommateurs professionnels ou non professionnels* »¹⁶⁰³, elles recouvrent à la fois des formes juridiques traditionnelles du Code civil, telles que la vente, le mandat ou le contrat de louage. Mais aussi, et surtout, des contrats propres à cette activité économique particulière : la distribution sélective, la concession exclusive ou encore le franchisage. Elle se traduit donc par des contrats dont l'objet même serait de mettre en œuvre une relation de coopération¹⁶⁰⁴.

126. La traduction contractuelle de la coopération : des contrats de long terme... et de dépendance. Bien que les économistes aient pu affirmer que les modes hybrides de gouvernance se matérialisaient sous la forme de contrats de long terme, et que les juristes aient pu reconnaître leur existence jusqu'à leur consacrer parfois un régime propre, il est intéressant de souligner la tendance à ne plus les caractériser essentiellement par leur durée mais bien plutôt par un ensemble d'éléments destinés à assurer la réalisation de l'objet même

¹⁶⁰¹ Passant au crible le contrat de coopération commerciale consacré par la loi du 2 août 2005, Yves Picod remarquait que « *ce sont autant de vérités toujours bonnes à rappeler dans un contrat portant le notable nom, faut-il le rappeler, de contrat de coopération, évocateur d'une des manifestations les plus transcendantes de la bonne foi contractuelle* » : PICOD Y., « La coopération commerciale », in *Le nouveau régime des relations industrie-commerce (Loi du 2 août 2005)*, Litec, coll. Actualités du droit de l'entreprise, 2006, p. 46.

¹⁶⁰² Certains membres de la doctrine civiliste ont d'ailleurs pu affirmer que « *les contrats de franchise et de concession exclusive sont en grande partie nés d'un souci d'externalisation des coûts, comme disent les économistes (...) au lieu d'un réseau de succursales tenues par des salariés, le fabricant ou le franchiseur noue un contrat avec un partenaire juridique indépendant* » : BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 40.

¹⁶⁰³ FERRIER D., *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁰⁴ C'est-à-dire par des contrats présentant une anatomie particulière dont la structure serait tout entière consacrée à l'instauration d'une relation de coopération dont la finalité est de permettre la réalisation concomitante des intérêts convergents de chacune des parties sur le long terme, mais présentant paradoxalement une inégalité structurelle.

du contrat : l'instauration d'une relation de coopération¹⁶⁰⁵. Christophe Jamin affirmait d'ailleurs sur ce point que le « *contrat joue un rôle prépondérant afin de réaliser la coordination la plus efficace entre ces agents, précisément parce que leur indépendance est présumée* »¹⁶⁰⁶ au sein d'une relation de coopération située à mi-chemin entre le marché et la firme. C'est ainsi que la logique contractuelle a pu faire son apparition dans la pratique des affaires sous la forme « *de nombreuses formules intermédiaires entre le marché et l'entreprise* »¹⁶⁰⁷ ; et ce plus particulièrement en matière de distribution¹⁶⁰⁸. L'accent est alors situé davantage sur la nature hybride de la relation que sur sa durée, celle-ci ne permettant pas toujours d'identifier avec certitude une relation coopérative¹⁶⁰⁹.

Il est toutefois intéressant de noter que les contrats de distribution sont majoritairement appréhendés par l'analyse économique¹⁶¹⁰ comme des contrats de long terme¹⁶¹¹, participant de la survivance d'une corrélation entre la coopération et la durée. L'émancipation progressive du droit de la distribution à l'égard du contrat de vente a cependant pu être amenée à bouleverser quelque peu la théorie générale du contrat en prenant en compte, dans une certaine mesure, la logique coopérative¹⁶¹². Or un bref examen du droit civil conduit au constat de l'insuffisance d'une telle prise en compte. S'il est effectivement vrai qu'il n'ignore pas les contrats de long terme, il n'en propose néanmoins aucune systématisation et les appréhende uniquement au cas par cas, ainsi que par le prisme déformant de la durée et celui

¹⁶⁰⁵ Il serait alors tentant sur ce point d'adopter l'approche relationnelle privilégiée par Ian Macneil. Cependant, cela déboucherait de notre point de vue sur une impasse dans la mesure où la doctrine civiliste française n'a pour sa grande majorité pas admis cette hypothèse davantage adaptée aux droits anglo-saxons.

¹⁶⁰⁶ JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestion*, LGDJ, 2001, p. 458 et 459.

¹⁶⁰⁷ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 459.

¹⁶⁰⁸ « *Ce dualisme a peu à peu laissé apparaître de nombreuses structures hybrides qui ont pour particularité d'emprunter des formes contractuelles variées : sous-traitance, contrats d'affiliation commerciale (...), réseaux de concessionnaires, de franchisés ou d'agents commerciaux, etc* » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 458.

¹⁶⁰⁹ Ainsi en va-t-il par exemple des contrats à exécution successive s'étalant dans la durée dans une logique d'échange aussi bien que de coopération. De même le contrat de société est par nature vouée à se réaliser sur le long terme sans pour autant traduire exactement une démarche coopérative.

¹⁶¹⁰ « *Le droit de la distribution, placé à la jonction de l'analyse économique et de la pratique contractuelle, est créatif, puisqu'il vise non seulement à appliquer mais encore à mettre au point des formules contractuelles adaptées aux exigences changeantes autant de l'économie, dictées par le marché entendu au sens le plus large du terme, que du droit* » : FERRIER D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^e éd., 2012, p. 35 et 36.

¹⁶¹¹ « (...) *la complexité des prestations attendues, la présence d'actifs spécifiques, la lourdeur des investissements à réaliser, la nécessité de construire des compétences et des métiers nouveaux sont des facteurs essentiels si on veut penser l'efficacité en termes de croissance et de renouvellement des marchés. Tout ceci nécessite que l'on procède à la signature de contrats à long terme, parce que ces conditions créent des situations d'incertitude* » : BIENAYMÉ A., *GP*, 35.11

¹⁶¹² Ces formules contractuelles traduisent effectivement la mise en œuvre d'opérations complexes de distribution « *dans le cadre d'accords qui aménagent entre le fournisseur et le distributeur des relations durables parfois renforcées (...), et même parfois par une coopération dans la commercialisation des produits ou services* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 257.

plus discriminant de l'objet¹⁶¹³. Christophe Jamin pensait cependant pouvoir dégager une issue à cette impasse dans laquelle le droit civil semblait s'être engagé en ne prenant pas en compte singulièrement la logique coopérative. Décelant dans la jurisprudence récente une forme de « *logique solidariste qui l'anime peu ou prou depuis un siècle* », il identifiait un mouvement en faveur d'une telle prise en compte dans « *les rapports contractuels au sein de ce que les juristes appellent aujourd'hui – le mot est loin d'être neutre – des réseaux de distribution* »¹⁶¹⁴, suggérant ainsi un bouleversement à venir de la théorie générale du contrat dans la mesure où le réseau constituerait une organisation relationnelle intermédiaire entre l'échange et la hiérarchie fondée sur une logique de coopération¹⁶¹⁵.

L'étude de ces réseaux a effectivement permis de proposer une voie d'approche alternative de la coopération juridique. Détachée de la seule question de la durée, la doctrine civiliste a pu adopter une démarche relationnelle, et plus précisément encore organisationnelle¹⁶¹⁶. Sans basculer dans la confusion entre le contrat-organisation et la coopération, il est toutefois possible de déceler un certain nombre de points communs typiques de la nature hybride de cette dernière. La doctrine a d'ailleurs très tôt admis que les réseaux de distribution se structuraient essentiellement autour « *d'une pluralité de contrats qui reposent sur la volonté d'un organisateur et sur la poursuite d'une œuvre commune* »¹⁶¹⁷. Les réseaux sont ainsi aujourd'hui largement admis et intégrés par le droit sous la forme de groupes de contrats visant la réalisation d'un but commun aux parties¹⁶¹⁸. Au-delà de leur consécration législative et jurisprudentielle en la matière, ils ont également servi de modèle doctrinal afin d'en

¹⁶¹³ Caroline Raja notait d'ailleurs récemment sur un point particulier que, « *en dépit du fait que le contrat d'affiliation est donc bien connu du secteur du droit de la distribution, aucun régime spécifique ne lui est dédié en tant que tel, alors que les relations des parties au contrat, laissées en grande partie à la liberté, sont susceptibles de provoquer des situations de déséquilibre perturbatrices de la concurrence* » : RAJA C., « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », *RTD Com.*, 2014, p. 2.

¹⁶¹⁴ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 460.

¹⁶¹⁵ « *Les réseaux constitueraient ainsi une organisation intermédiaire en dessous du marché, entendu comme la confrontation en vue d'échanges entre des entités autonomes, et au dessus de la hiérarchie entendue comme l'intégration des échanges sous une autorité unique* » : FERRIER D., « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 95.

¹⁶¹⁶ Au-delà du sens commun, elle admet en effet que « *ce terme renvoie également au processus mis en œuvre comme la manière d'agencer les relations* » : TEXIER M., *La désorganisation. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. Études, 2006, p. 48.

¹⁶¹⁷ TEXIER M., *op. cit.*, p. 63.

¹⁶¹⁸ Didier Ferrier proposait ainsi dès 1998 d'assimiler effectivement les réseaux à la notion juridique de groupes de contrats considérée par Bernard Teyssié comme des ensembles de contrats visant « *un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure la connexité de leurs conventions* » : TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, p. 36. L'auteur précisait alors que « *le réseau serait donc le produit des contrats conclus entre le promoteur du réseau et les adhérents au réseau, poursuivant le même objectif et créant par là un effet de synergie* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 96.

proposer une systématisation autour de la notion d'intérêt commun¹⁶¹⁹ distinct des intérêts de ses membres, le plus souvent antagonistes. Il est donc tout naturel que la coopération par les réseaux de distributions ait pu être envisagée juridiquement sous la forme du contrat-cadre¹⁶²⁰.

Cet exemple de traduction juridique de la coopération, offert par le droit de la distribution, dévoile également une caractéristique supplémentaire liée à ce caractère relationnel. Évoquant les hypothèses de désorganisation de ces réseaux engendrées par la rupture ou la modification unilatérale de la relation contractuelle, Muriel Texier mettait en effet l'accent sur leur relative fragilité. Plus précisément encore, elle en soulevait un attribut essentiel, la dépendance, déjà mis en évidence par Laurence Amiel-Cosme¹⁶²¹ et par Georges Virassamy avant elle¹⁶²². Elle démontrait alors que si la coopération au sein des réseaux de distribution reposait sur un esprit égalitaire, la relation contractuelle manifestait toujours un déséquilibre structurel entre les parties. Apparaît alors une singularité propre à la coopération en matière de distribution, et contraire à l'esprit même de la théorie générale du contrat¹⁶²³. Loin de considérer qu'une telle inégalité condamnait toute possibilité de coopération, Laurence Amiel-Cosme s'attelait d'ailleurs à la démonstration de l'existence d'une formule contractuelle nouvelle fondée sur une relation dans laquelle « *l'égalité de droit constitue le principe et l'inégalité de pouvoir, un « mécanisme correcteur »* »¹⁶²⁴. Une singularité qui devait par la suite nécessairement conduire à un bouleversement de la théorie générale. C'est en l'occurrence à travers cette lente évolution du droit civil confronté à l'émergence des réseaux de distribution qu'il est possible d'évoquer une certaine apathie du droit civil dans la prise en compte de la logique coopérative se manifestant par l'évolution jurisprudentielle du traitement de la

¹⁶¹⁹ « *Le réseau étant défini comme un ensemble de contrats constitué et organisé pour la réalisation d'un objectif économique : commercialisation de produits ou services, production de biens..., l'essence du réseau pourrait tenir à la communauté des volontés ainsi regroupées* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 105.

¹⁶²⁰ « *Ce sont les contrats-cadres qui tiennent lieu de support à la distribution intégrée* », et donc aux réseaux de distribution : TEXIER M., *op. cit.*, p. 63.

¹⁶²¹ Elle rappelait en effet que « *la doctrine présente ces contrats comme des contrats de dépendance économique* » : AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995, p. 183.

¹⁶²² « (...), *il est donc possible de constater la place et le rôle importants des contrats de dépendance dans la vie économique et dans la vie contractuelle* », et notamment dans le secteur de la distribution comme le précisait l'auteur : VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance. Essais sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986, p. 127.

¹⁶²³ Théorie en vertu de laquelle « *l'égalité doit être l'âme de tous les contrats* » : POTHIER R ; J., *Traité des successions*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, Chapitre 4, article 6.

¹⁶²⁴ AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 186.

désorganisation¹⁶²⁵ de ces relations contractuelles frappées du sceau de la dépendance économique¹⁶²⁶.

B. L'apathie du droit civil face à la coopération

127. De la dépendance à la coopération : l'émergence de l'*affectio cooperandi*. L'existence d'un lien entre la coopération et les relations de dépendance était déjà sous-jacente lorsque Georges Virassamy suggérait que, « *présents dans tous les secteurs de l'activité économique, les contrats de dépendance traduisent une réalité, celle de l'inévitable collaboration entre les divers agents économiques* »¹⁶²⁷. Bien qu'il insistât fortement par la suite sur la nécessité de ne pas confondre coopération et dépendance, dans la mesure où la seconde était notamment caractérisée par une relation de subordination exclue de la première, il n'en demeurait pas moins que les contrats de dépendance semblaient être le terrain d'élection du développement juridique de la logique coopérative. Aussi bien au stade de sa formation que durant son exécution, le contrat de dépendance présente effectivement une dimension coopérative avérée : qu'il s'agisse de la volonté d'agir de concert à la réalisation d'un intérêt commun d'une part, ou qu'il s'agisse de ménager une bonne entente entre les parties au contrat au moment de sa mise en œuvre, d'autre part.

Ainsi les contrats de dépendance devaient-ils servir de point de départ à la prise en considération de la logique coopérative en dehors du cadre de la simple collaboration imposée par le devoir de loyauté animant l'ensemble des relations contractuelles. Il convenait cependant, une fois ce point de départ déterminé, de savoir vers où se diriger pour assurer sa promotion de façon autonome. Cette direction devait alors être suggérée par les contrats de dépendance dans la mesure où ils faisaient appel à la notion d'intérêt commun¹⁶²⁸. En effet, bien que d'un impact négligeable sur la jurisprudence des juges du Quai de l'Horloge autant

¹⁶²⁵ « *Cependant, cette souplesse d'appréciation des actes menant à la désorganisation tend à être tempérée par un courant jurisprudentiel qui appelle à plus de sévérité dans la reconnaissance des faits susceptibles de mener à une telle situation* » : TEXIER M., *op. cit.*, p. 277.

¹⁶²⁶ Qualifiées alors de contrats de dépendance définis comme « *des contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* » : VIRASSAMY G., *op. cit.*, p. 162.

¹⁶²⁷ VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance. Essais sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986, p. 163.

¹⁶²⁸ Georges Virassamy démontrait en effet que les assujettis aux contrats de dépendances « *ont porté leurs efforts sur cette notion relativement neuve qu'est l'intérêt commun, de nature à leurs yeux à leur assurer une meilleure protection* » : VIRASSAMY G., *op. cit.*, p. 227.

que sur le travail des élus siégeant aux Palais Bourbon ou du Luxembourg, « *l'influence de l'intérêt commun n'en est pas moins réelle* »¹⁶²⁹. Didier Ferrier proposa d'ailleurs, en écho à la jurisprudence de 1995, de parler « *de contrats liant les intérêts économiques des parties dans le développement d'une activité* » s'exprimant en matière de distribution à travers la notion « *d'affectio cooperandi* »¹⁶³⁰. Celle-ci manifestait en l'occurrence littéralement une « intention de coopérer » au service de la réalisation d'un intérêt commun au moyen d'un contrat¹⁶³¹. Semblables quant à leur nature¹⁶³², l'*affectio cooperandi* se distinguerait néanmoins de l'*affectio societatis* dans la mesure où elle induit la conservation par les parties de leur indépendance juridique tout en organisant une relation de collaboration non-institutionnelle permettant de différencier le contrat de société des contrats de distribution¹⁶³³; venant par là confirmer l'insuffisance du contrat-organisation à rendre pleinement compte d'une logique coopérative. Si la singularité de l'*affectio societatis* a pu conduire la doctrine civiliste à ériger le contrat de société en modèle contractuel sous la forme du contrat-organisation, il est tout à fait concevable que l'*affectio cooperandi* impose une telle évolution au sein de la théorie générale du contrat à partir de l'exemple des contrats de distribution. Ainsi ces derniers fourniraient-ils les linéaments de ce que devraient être la transposition juridique de la coopération, ainsi que ses prémisses à travers les notions de contrat d'intérêt commun (1) et de contrat-cadre (2).

1. Une transposition suggérée par la prise en compte de l'intérêt commun

128. Une affiliation suggérée aux contrats de distribution par le biais de l'intérêt commun.

Alors que René Demogue considérait que « *les contrats forment une sorte de microcosme (...) où chacun doit travailler dans un but commun (...) (et où) à l'opposition tend à se substituer*

¹⁶²⁹ HASSLER Th., « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 612.

¹⁶³⁰ FERRIER D., « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *RTD Com.*, 1997, p. 52.

¹⁶³¹ « *Là où l'on peut isoler un intérêt commun dans un contrat synallagmatique à exécution successive, existe corrélativement une affectio cooperandi postulant la reconnaissance de la volonté prolongée des parties à collaborer à une œuvre commune. En ce sens, il apparaît alors permis de concevoir l'existence d'une affectio cooperandi dans les contrats de distribution* » : AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995, p. 132.

¹⁶³² Similitude qui devrait conduire à intégrer les contrats de distribution au sein du modèle du contrat-organisation dès lors « *qu'une identité de nature apparaît de la même manière dans le contrat de société et dans les contrats de distribution* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 133.

¹⁶³³ « *En réalité, il existe bien, dans les contrats de distribution, une affectio cooperandi dont les manifestations, tenant à l'indépendance des membres de la collaboration, peuvent se révéler parfaitement distinctes. Ce qui autorise, en conséquence, la distinction avec l'affectio societatis* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 135.

une certaine union »¹⁶³⁴ en faveur d'un devoir de coopération fondé sur l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, la coopération apparaît aujourd'hui essentielle dans le cadre des relations de dépendance, et plus particulièrement de distribution, dans lesquelles elle permet la satisfaction d'un intérêt commun en bénéficiant d'une prestation de la part de son partenaire¹⁶³⁵. Il ne s'agit plus toutefois de l'altruisme solidariste invoqué par René Demogue. Effectivement, lorsque l'Assemblée plénière de la Cour de cassation impose au « maître » de la relation contractuelle, promoteur d'un réseau de distribution, de prendre en compte l'intérêt de son partenaire¹⁶³⁶, c'est autant, voire plus, dans un souci de fidélité à l'objet du contrat qu'au nom d'une forme abstraite de justice sociale¹⁶³⁷. Il est par ailleurs possible de suivre Denis Mazeaud lorsqu'il invitait à généraliser ce constat à l'ensemble des relations de distributions marquées par une dépendance structurelle entre les parties¹⁶³⁸, et ce afin de prendre en compte l'existence de « *leur intérêt commun* »¹⁶³⁹. Il semblerait donc que les contrats de distribution aient bien permis de prendre pleinement conscience d'une évolution majeure en ce qui concerne la coopération contractuelle, « *ainsi que de la petite révolution contractuelle qu'elle préfigure* »¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁴ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. VI, 1932, p. 5.

¹⁶³⁵ Précisons qu'elle peut même parfois aller jusqu'à commander que l'une des parties privilégie les intérêts de son cocontractant, et ce dans l'intérêt « commun » que revêt le contrat, voire si cela est nécessaire aux détriments de son propre intérêt.

¹⁶³⁶ Et ce afin que le prix puisse « être fixé à un niveau permettant à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne » : REVET Th., « La détermination des prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD Com.*, 1997, p. 41. Ce dernier poursuit d'ailleurs en précisant que le contractant dominant doit prendre en compte l'intérêt de son partenaire dans la détermination du prix dès lors que « le devoir de respecter son cocontractant, impliqué par la loyauté contractuelle, consiste, pour celui qui est en situation d'arrêter le prix que l'autre acquittera, dans l'obligation de tenir compte, dans sa décision, de l'intérêt de ce dernier » : REVET Th., *op. cit.*, p. 40.

¹⁶³⁷ Estimant que « le solidarisme cherche une voie intermédiaire entre le socialisme et le libéralisme » (JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 136), René Demogue affirmait d'ailleurs que « le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même... le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine » : DEMOGUE R., « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD Civ.*, 1907, p. 246.

¹⁶³⁸ Et d'affirmer ainsi qu'il incombe au « maître » du contrat « de prendre en considération les intérêts du contractant dépendant et dominé ». Denis Mazeaud démontrait effectivement que l'on « peut certainement généraliser l'idée émise à propos de la fixation unilatérale du prix par notre camarade Thierry Revet et affirmer que, lorsqu'un des contractants est devenu, par l'effet d'une clause engendrant un déséquilibre significatif des pouvoirs au sein de la sphère contractuelle, le maître du contrat, il lui incombe, au nom de la solidarité contractuelle, de prendre en considération les intérêts du contractant dépendant et dominé » : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 620.

¹⁶³⁹ Conclusions de Michel Jéol sur : Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *D.*, 1996, p. 15. Le quatrième recours ayant donné lieu aux décisions de l'Assemblée plénière de 1995 illustre parfaitement l'adoption de cette tendance par les juges du Quai de l'Horloge à propos des contrats de distribution.

¹⁶⁴⁰ MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 622.

Il est par conséquent envisageable de considérer que le droit de la distribution serait animé d'une forme de logique coopérative¹⁶⁴¹ à travers le délaissement d'une conception individualiste ayant trop longtemps succombé « *aux sirènes d'un libéralisme outrancier pour lesquelles le contrat est un combat qui oppose des intérêts antagonistes* »¹⁶⁴². S'inspirant de l'élaboration jurisprudentielle de la notion de mandat d'intérêt commun¹⁶⁴³, destinée à rendre moins précaire la situation contractuelle de celui qui « *s'est dépensé pour mettre en valeur la clientèle d'autrui* »¹⁶⁴⁴, la doctrine civiliste a d'ailleurs proposé de faire bénéficier certains contrats de distribution « *du statut de « l'intérêt commun »* »¹⁶⁴⁵. La Chambre commerciale n'a pas, quant à elle, fait la sourde oreille à cette revendication en admettant que si « *le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs* », il doit toujours « *respecter le délai de préavis* » et éviter tout « *abus du droit de résiliation* »¹⁶⁴⁶ afin de préserver l'intérêt commun des parties. Laurence Amiel-Cosme affirmait également que s'il existe des intérêts divergents dans le cadre des contrats de distribution, ces derniers se caractérisent notamment par « *l'existence d'une convergence d'intérêts* »¹⁶⁴⁷. À côté des intérêts propres au fournisseur¹⁶⁴⁸ et au distributeur¹⁶⁴⁹, lesquels sont parfois antagonistes¹⁶⁵⁰,

¹⁶⁴¹ Cela était d'ailleurs déjà envisagé dès le milieu des années 1980. Ainsi Georges Virassamy pouvait-il constater que « *le plus remarquable dans les rapports entre professionnels, c'est l'enchevêtrement grandissant de leurs situations contractuelles, trouvant son origine dans la nécessité pour les intéressés de collaborer entre eux* » : VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986, p. 9.

¹⁶⁴² MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 622.

¹⁶⁴³ Laquelle s'est progressivement établie en plusieurs étapes : « *la détermination d'un critère d'intérêt commun propre au contrat de mandat a permis de justifier l'élaboration d'une véritable théorie du mandat d'intérêt commun, ayant aboutit d'abord à sa consécration jurisprudentielle puis à sa consécration légale* » : AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995, p. 97. Dès les années 1970, la chambre commerciale a effectivement pu admettre que « *la réalisation de l'objet du mandat présentait (...) un intérêt commun justifiant la révocabilité de ce mandat (...) la Cour d'appel, après avoir écarté le statut des VRP et celui des agents commerciaux tel que défini par le décret du 23 décembre 1958, a pu retenir, en l'espèce, la qualification de mandat d'intérêt commun* » : Cass. com., 20 janvier 1971, *Bull. civ.*, IV, n°20, p. 19, ou encore : Cass. com., 30 octobre 1978, *D.*, 1978, p. 58.

¹⁶⁴⁴ GAUTIER P.-Y., « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD Civ.*, 1998, p. 130.

¹⁶⁴⁵ Arguant notamment qu'il « *n'y a pas que les mandataires qui développent des clientèles et se trouvent parfois à la merci d'une révocation ou d'un renouvellement de nature à les mettre dans une situation très difficile. Il y a aussi les concessionnaires, dont on peut se demander s'ils ne devraient pas eux aussi jouir du statut de « l'intérêt commun »* » : GAUTIER P.-Y., *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ Cass. com., 7 octobre 1997, *D. aff.*, 1997, p. 1284.

¹⁶⁴⁷ AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁴⁸ Lequel entend simplement pouvoir « *disposer, sans engager de capitaux ou avec un investissement minimum, d'une organisation commerciale existante* » et ainsi « *s'assurer que la distribution de ses produits sera effectuée dans des conditions conformes au respect de leur qualité, de leur technicité ou encore de leur notoriété* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 112 et 113.

¹⁶⁴⁹ Dont l'intérêt réside dans « *son intégration au réseau de distribution* » afin de bénéficier « *de la notoriété de la marque, de la rationalité et de l'efficacité que l'initiateur du réseau tente de promouvoir* » dans le but de faire prospérer sa propre activité commerciale : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁵⁰ Certains auteurs ont effectivement pu affirmer que dans les relations de distribution « *l'objectif du concédant est d'assurer la meilleure commercialisation possible de son produit ; celui du concessionnaire est d'attirer vers*

ces contrats dépassent la simple volonté commune de conclure un accord et présentent un véritable intérêt commun entendu « *en dépit des intérêts égoïstes de chacune des parties* » comme « *cette volonté de collaborer au développement d'une œuvre commune* »¹⁶⁵¹ profitable à chacun sous des formes différentes.

La notion d'intérêt commun n'était dès lors plus exclusive au mandat et désignait également d'autres formules contractuelles telles que le contrat de concession exclusive ou le contrat de franchise¹⁶⁵², corroborant alors une solution déjà consacrée par la Cour d'appel d'Amiens¹⁶⁵³. La jurisprudence comme la doctrine se rejoignaient donc pour consacrer la prise en compte de la singularité d'une relation contractuelle dont la finalité ne réside pas tant dans un échange ou dans une fusion d'intérêts, mais plutôt dans la réalisation coopérative d'un intérêt commun. Dès lors, il ne restait plus qu'à monter dans cette « *locomotive conceptuelle (...), de la consolidation d'une catégorie, le contrat d'intérêt commun, dont le réceptacle naturel est précisément le contrat de distribution* »¹⁶⁵⁴, afin de déterminer la traduction juridique de la coopération. Ainsi est-ce sur le fondement de la poursuite d'un intérêt commun que les contrats de distribution devaient permettre la prise en compte de la logique coopérative. Déjà évoquée par le législateur en 1989¹⁶⁵⁵, la notion d'intérêt commun est très vite apparue essentielle à la compréhension du fonctionnement des contrats de distribution¹⁶⁵⁶. La Cour de cassation demeura cependant inflexible, jugeant que le droit d'assistance ne pouvait être

son entreprise le plus grand nombre possible de clients et de les y fixer de façon durable par la qualité des services qu'il leur rend » : BUHAGIAR Th., « La concession exclusive dans la branche de l'automobile », *JCP G*, 1980, II, 13438. Le contrat, qu'il soit de distribution ou non, présente donc toujours une certaine divergence d'intérêts confirmant les propos empruntés de subjectivisme de Rémy Cabrillac selon lequel : « *autant d'individus, autant de motifs différents* » : CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990, p. 40.

¹⁶⁵¹ AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 117.

¹⁶⁵² Pierre-Yves Gautier considérait d'ailleurs que cette solution offerte par la Cour de cassation entérinait l'hypothèse selon laquelle « *transcendant le critère de l'intérêt commun, on devrait le faire sortir du mandat pour l'appliquer à la catégorie plus vaste du contrat* » : GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁵³ Une solution selon laquelle « *le contrat de concession, de par l'assujettissement économique quasi total du concessionnaire au concédant, doit en dernière analyse, être considéré comme un véritable contrat d'intérêt commun* » : CA Amiens, 13 décembre 1973, *D.*, 1973, p. 452.

¹⁶⁵⁴ GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁵⁵ « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document fournissant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* » : article 1^{er} de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

¹⁶⁵⁶ Et plus particulièrement de la nécessité d'assurer une la protection de la partie faible. Certains concessionnaires s'estimant lésés dans leur relation contractuelle avec le concédant invoquaient effectivement sur le fondement de cette disposition législative la reconnaissance de certains droits, notamment d'un droit au paiement d'une indemnité compensatrice au nom d'une méconnaissance de l'intérêt commun.

reconnu qu'en cas d'abus commis par le cocontractant dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat¹⁶⁵⁷. C'est néanmoins par le développement de la notion d'abus que l'intérêt commun fut progressivement reconnu par la jurisprudence inspirant alors le renouveau de la relation contractuelle¹⁶⁵⁸ irriguée par l'esprit de coopération.

129. Une affiliation imparfaite aux contrats de distribution par le biais de l'intérêt commun.

Malgré un rôle essentiel dans le rapprochement des contrats de distribution et de la logique coopérative, la notion d'intérêt commun « *ne fait pas l'objet d'une acception claire et, bien sûr, univoque* »¹⁶⁵⁹. Convaincu qu'elle traduisait le passage d'une conception individualiste du droit civil à une conception collective¹⁶⁶⁰, Théo Hassler croyait pouvoir déterminer la véritable substance de l'intérêt commun par l'analyse de la théorie du mandat d'intérêt commun¹⁶⁶¹. Il le détachait cependant déjà de la seule forme du mandat, suivant en cela les recommandations de Jean Carbonnier¹⁶⁶², et l'appliquait à toute forme de contrat ayant pour objet la réalisation collaborative d'une œuvre commune¹⁶⁶³. Dès lors la notion de contrat d'intérêt commun trouverait une description relativement détaillée permettant de les considérer en tant que traduction juridique de la logique coopérative dans la mesure où il n'apparaîtrait que « *dès lors qu'il existe une convergence d'intérêts entre les parties* »¹⁶⁶⁴. Le flou résidait cependant dans le risque de confusion entre la coopération et l'intégration au sein d'un groupement commun tel que le contrat de société, dévoilant alors un écueil identique inhérent à son utilisation. La notion d'intérêt commun suggère en effet, d'une part, un enchevêtrement au sein d'un même ensemble contractuel du mandat et d'autres contrats de distribution¹⁶⁶⁵. Elle associe, d'autre part, la coopération à la logique d'organisation fondée

¹⁶⁵⁷ Cass. com., 5 avril 1994, *D.* 1995, p. 69.

¹⁶⁵⁸ « *Le contrat devrait donc désormais être conclu, exécuté et résilié par chaque partie en considération des intérêts de l'autre. L'équilibre dans les relations entre contractants, ignoré par le code civil, est-il appelé à devenir le nouvel impératif de l'ordre contractuel* » : FERRIER D., « Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun », *Dalloz*, 1998, p. 333.

¹⁶⁵⁹ FERRIER D., *Ibid.* Théo Hassler soulignait d'ailleurs que, « *comme ces gens que l'on côtoie sans les connaître, l'intérêt commun est pour le juriste un concept familier mais encore énigmatique* » : HASSLER Th., « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 582.

¹⁶⁶⁰ « *Ce faisant, l'intérêt commun s'oppose à l'esprit qui présidait au code civil et à l'interprétation qui en fut donnée par les exégètes : « le code civil est le triomphe de l'individualisme libéral »* » : HASSLER Th., *Ibid.*

¹⁶⁶¹ « *Pour éclaircir les brumes, force est de chercher ailleurs le sens profond de l'intérêt commun. Celui-ci nous est révélé par la théorie prétorienne du mandat d'intérêt commun* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 583.

¹⁶⁶² « *(...), l'intérêt commun se mesure comme l'intérêt à ce que soit accomplis les actes juridiques pour lesquels le mandat a été donné* » : CARBONNIER J., *RTD Civ.*, 1953, p. 718.

¹⁶⁶³ « *Puisque ce sont les contrats objet du mandat et non le mandat lui-même qui cristallisent l'intérêt commun, il en résulte que l'intérêt commun peut, logiquement, s'appliquer à tous les actes juridiques ; tout contrat, quelle que soit sa nature juridique, peut devenir d'intérêt commun* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 584.

¹⁶⁶⁴ HASSLER Th., *op. cit.*, p. 585.

¹⁶⁶⁵ Et ce alors même que le distributeur agit le plus souvent pour son propre compte ; c'est-à-dire sans qu'il y ait lieu d'identifier une forme de représentation du concédant. Ainsi la Cour de cassation tient-t-elle par exemple

également sur l'existence d'un intérêt commun, de nature certes identique, mais de degré différent¹⁶⁶⁶. Théo Hassler identifiait d'ailleurs la prise en compte de l'intérêt commun dans le droit des groupements ; en d'autres termes, il la confondait en partie à la notion d'*affectio societatis* propre au droit des sociétés¹⁶⁶⁷. Il offrait cependant une échappatoire à ce chausse-trappe en précisant que l'intérêt commun correspondait plus particulièrement à « *la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »¹⁶⁶⁸. Il demeurait néanmoins de nombreuses imprécisions de nature à priver d'utilité ce concept pourtant propice à la prise en compte de la logique coopérative en droit civil sauf « *à ce que l'on projette l'intérêt commun hors de son lit traditionnel* »¹⁶⁶⁹ que constitue le droit des sociétés ou le mandat d'intérêt commun. L'assimilation de la logique coopérative aux contrats de distribution par le seul biais de la notion d'intérêt commun¹⁶⁷⁰ serait donc insatisfaisante.

Au-delà du manque de systématisation et de la confusion de la notion de contrat d'intérêt commun, un second écueil se présente à une telle entreprise. Il réside dans l'attitude traditionnellement rétive de la Chambre commerciale à la consacrer dans le secteur particulier des contrats de distribution. Bien qu'il soit admis par la doctrine que le « *critère de l'intérêt commun tel que dégagé pour l'agent commercial serait particulièrement favorable au distributeur intégré* »¹⁶⁷¹ dont la dépendance appelle une protection¹⁶⁷², cela n'a pas empêché

pour acquis que le concessionnaire ne se situe pas, vis-à-vis du concédant, dans une situation de représentation telle qu'elle existe entre le mandataire et son mandant : exemple : Cass. com., 7 octobre 1997, *D. aff.*, 1997, p. 1284 : « *le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun... le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation* », cf. dans le même sens : Cass. com., 13 mai 1970, *JCP*, 1971. II.16891.

¹⁶⁶⁶ Si elle souligne effectivement que l'*affectio cooperandi* et l'*affectio societatis* présentent une identité de nature dans la mesure où elles désignent toutes deux une volonté commune, Laurence Amiel-Cosme affirme qu'elles doivent être distinguées sur le fondement d'une différence de degré. Alors que l'*affectio societatis* subordonne les parties à l'autorité hiérarchique du groupement créé, l'*affectio cooperandi* reposerait quant à lui sur « *l'indépendance des membres à la collaboration (...) ce qui autorise, en conséquence, la distinction avec l'affectio societatis* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁶⁷ Le Code civil dispose en effet dès 1804 à son article 1833 que « *toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

¹⁶⁶⁸ Il indiquait effectivement que « *le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 585.

¹⁶⁶⁹ HASSLER Th., *op. cit.*, p. 586.

¹⁶⁷⁰ Théo Hassler détachait en effet de tout automaticité l'association de ces contrats à la notion d'intérêt commun. Il indiquait d'ailleurs que « *Pour autant, les contrats de collaboration ne sont pas nécessairement des contrats d'intérêt commun* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 606. Il précisait alors son propos en démontrant qu'il « *y a collaboration, mais non pas intérêt commun, car la réalisation de l'objet du contrat ne satisfait que les intérêts du débiteur du prix* ».

¹⁶⁷¹ AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁷² Certains auteurs proposant en effet « *d'étendre le régime du mandat d'intérêt commun à tous les contrats dits d'intérêt commun, permettant ainsi de faire bénéficier les franchisés ou encore les concessionnaires des dispositions protectrices instaurées aux profits des agents commerciaux* » : AMIEL-COSME L., *Ibid.*

son rejet par les juges du Quai de l'Horloge, soutenus en cela par une partie de la doctrine¹⁶⁷³. Alors que certains juges du fond avaient pu retenir la qualification de contrat d'intérêt commun pour des concessions dès lors que le but poursuivi était « *de réaliser dans l'intérêt des parties, un chiffre de plus en plus important d'affaires* »¹⁶⁷⁴, la Cour de cassation s'y est toujours farouchement opposée. Confirmant la consécration du mandat d'intérêt commun¹⁶⁷⁵, elle demeurait inflexible quant à son refus de l'étendre aux contrats de distribution¹⁶⁷⁶. La doctrine en tira alors les conclusions en affirmant que ces contrats ne devaient pas se voir appliquer une théorie élaborée pour encadrer une situation bien spécifique marquée par la représentation¹⁶⁷⁷. Et Didier Ferrier de suggérer en outre que « *l'intérêt commun s'exprimerait non plus dans le cadre d'un contrat d'intégration emportant la qualité de mandataire pour le concessionnaire, mais dans celui d'un contrat de collaboration préservant son indépendance juridique et sa qualité de commerçant indépendant* »¹⁶⁷⁸. La logique de coopération doit donc finalement être affranchie de la notion de contrat d'intérêt commun¹⁶⁷⁹ pour rechercher une traduction juridique directement dans les contrats de distribution¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷³ Selon elle, « *la notion de mandat serait totalement étrangère aux contrats de distribution exclusive, notamment aux contrats de concession et aux contrats de franchisage puisque le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, tandis que le concessionnaire achète et revend pour son compte* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁷⁴ CA Lyon, 24 janvier 1964, *D.*, 1965, 185, ou parce qu'elles impliquaient « *l'assujettissement économique quasi total du concessionnaire* » : Trib. com. Paris, 14 février 1979, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1979, n°6, p. 14.

¹⁶⁷⁵ Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ.*, IV, n°90, p. 61.

¹⁶⁷⁶ Cass. com., 2 mai 1965, *Bull. civ.*, III, n°177, p. 173 : estimant alors qu'en dehors des cas où la qualification de mandat d'intérêt peut être reconnue, « *la Cour d'appel n'avait pas en conséquence à faire application des principes concernant la révocation du mandat d'intérêt commun* ». Ou encore que, en qualifiant de mandat d'intérêt commun un contrat de distribution exclusive, « *la Cour d'appel n'a pas justifié la qualification de mandat d'intérêt commun donnée par elle au contrat* » : Cass. com., 12 février 1968, *Bull. civ.*, IV, n°68, p. 59, solution confirmée d'ailleurs en matière de contrat de concession : Cass. com., 30 novembre 1982, *Bull. civ.*, IV, n°383, p. 320.

¹⁶⁷⁷ Théo Hassler affirmait par exemple que « *l'extension du domaine de l'intérêt commun à tous les contrats ne doit pas se faire au détriment de l'efficacité du concept* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 584. Laurence Amiel-Cosme adoptait quant à elle le point de vue des contrats de distribution pour indiquer que « *l'intérêt commun du mandat commercial ne s'applique pas dans les contrats de distribution (...), si l'on doit rechercher un véritable intérêt commun, il apparaît préférable d'élaborer une théorie compatible avec le contrat qui lui donne naissance, sans réduire alors à néant le statut juridique de commerçant indépendant* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷⁸ Observations sous Cass. com., 30 novembre 1982, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1983, n°2, p. 25 ; obs. FERRIER D., n°43.

¹⁶⁷⁹ La Chambre commerciale a effectivement pu refuser récemment de prendre en compte la spécificité de la coopération à travers la notion de contrat d'intérêt commun dans la mesure où « *l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration* »¹⁶⁷⁹ : Cass. com., 8 janvier 2002, n°98-13142. La doctrine a d'ailleurs pu noter à cette occasion que « *même si les contrats de concession et de franchise reposent sur l'intérêt commun de ceux qui l'ont conclu, il n'en reste pas moins que le concessionnaire, comme le franchisé, est un commerçant indépendant, titulaire d'une clientèle propre* » : MAZEAUD D., « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution... », *Dalloz*, 2013, p. 2619.

¹⁶⁸⁰ Dans la mesure où il est admis de longue date que « *le droit de la distribution constitue, tout particulièrement, un terrain favorable à l'éclosion de convergences d'intérêts* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 605.

Alors que la doctrine pouvait identifier, dès les années 1980, des contrats de collaboration relevant de la notion de contrat d'intérêt commun¹⁶⁸¹, parfois même désignés sous l'appellation de contrat de coopération¹⁶⁸², elle reconnaissait concomitamment l'existence d'une logique dépassant l'obligation de bonne foi et caractérisée par l'émergence d'une *affectio cooperandi* dans le cadre du développement des réseaux de distribution¹⁶⁸³. De fait, s'il existe une voie pour la transposition de la logique coopérative en droit civil, elle doit par conséquent être recherchée à travers l'étude des contrats de distribution, au-delà même de leur association à la notion de contrat d'intérêt commun¹⁶⁸⁴, laquelle reste finalement une théorie « *qui n'est pas encore parvenue à maturité* »¹⁶⁸⁵ et que la jurisprudence continue de négliger¹⁶⁸⁶. Il ne faut toutefois pas omettre que cette notion constitue une « *évolution dans l'influence que la théorie peut exercer dans notre système juridique* »¹⁶⁸⁷ et qui conduit alors, par le biais de la reconnaissance de l'*affectio cooperandi* à l'assimilation des contrats de distribution à la notion de contrat-cadre et, par là, à la reconnaissance d'un nouveau modèle contractuel : le contrat-coopération, traduction juridique de la logique coopérative.

L'auteur précise également qu'il s'agit « *de situations dans lesquelles l'accomplissement de l'objet du contrat satisfait les intérêts, non seulement du débiteur du prix, mais aussi du créancier* ».

¹⁶⁸¹ Allant même jusqu'à affirmer que « *c'est dans la catégorie des contrats de collaboration que l'intérêt commun trouve le plus à s'épanouir* » : HASSLER Th., *op. cit.*, p. 606.

¹⁶⁸² DUBISSON M., « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », *Droit et pratique du commerce international*, 1984, p. 297 et s.

¹⁶⁸³ « *Parce que les membres du réseau sont unis par un intérêt commun, il apparaît logique que cette volonté, inhérente à l'acte d'adhésion, se manifeste par la présence d'une affectio cooperandi* » : AMIEL-COSME L., *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁸⁴ Didier Ferrier soulignait en effet la posture inébranlable de la chambre sociale en la matière considérant que « *le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun* », rendant ainsi en partie inopérante la notion de contrat d'intérêt commun pour rendre compte juridiquement de la logique coopérative : FERRIER D., « Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun », *Dalloz*, 1998, p. 333.

¹⁶⁸⁵ HASSLER Th., *op. cit.*, p. 611.

¹⁶⁸⁶ Ainsi la Cour de cassation admet-elle son existence, sans pour autant apporter un soin particulier à son édification, préférant la maintenir en tant que « *catégorie, au demeurant floue (...) qui ne sauraient, par cette seule qualification, appeler une indemnisation au cas de rupture normale* » : FERRIER D., « L'intérêt commun est sans incidence sur les conditions de rupture du contrat », *Dalloz*, 2002, p. 3009. On pourrait également évoquer le fait que « *sauf exception, la rupture du contrat de distribution n'est pas réglementée. On lui applique donc le droit commun, qui, lui-même, a été forgé au fil des temps à partir de l'application des textes incomplets du Code civil, que la jurisprudence a complétés ou fait évoluer au hasard des espèces révélant de nouveaux aspects ou de nouveaux besoins du droit* » : BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37.

¹⁶⁸⁷ HASSLER Th., *op. cit.*, p. 611.

2. Une transposition insatisfaisante par le recours au contrat-cadre

130.L'émergence de la notion floue de contrat-cadre. Les contrats de distribution ont longtemps présenté un fort degré de complexité dont le droit positif ne prenait compte qu'au cas par cas, et par le prisme des principes inhérents au droit commun des contrats¹⁶⁸⁸. Or, la théorie générale du contrat n'apparaît pas dans ce cas à même de rendre compte d'une telle singularité, comme l'illustre parfaitement la question de leur modification ou de leur rupture. Considérés comme des contrats à durée indéterminée, la Cour de cassation les a effectivement envisagés de la même manière que pour les contrats relevant du modèle échangiste ; en d'autres termes, elle a considéré, en application du principe de la liberté contractuelle, qu'ils pouvaient être modifiés ou résiliés à tout moment dès lors que l'exercice de ce droit ne constituait pas un abus. La doctrine n'a alors pas manqué de souligner que « *ce système ne (...) paraît pas adapté à la spécificité économique de ces types de contrats* »¹⁶⁸⁹. Rappelant qu'ils sont en effet « *fondamentalement des contrats de coopération ou de collaboration commerciale faits pour durer* »¹⁶⁹⁰, elle a poussé la jurisprudence à prendre en considération « *la spécificité économique de ces contrats* »¹⁶⁹¹ afin de parvenir à imposer une autre forme de protection de la partie faible¹⁶⁹². Elle n'a dès lors pas caché sa volonté de proposer un modèle contractuel propre à rendre compte de cette spécificité à partir de la notion de contrat-cadre¹⁶⁹³. Cette dernière permettrait effectivement de distinguer les contrats à exécutions successives de contrats instaurant une forme de coopération¹⁶⁹⁴ afin de permettre « *la*

¹⁶⁸⁸ C'est-à-dire à travers la distinction traditionnelle entre le contrat-échange et le contrat-organisation.

¹⁶⁸⁹ BEAUCHARD J., *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁹⁰ BEAUCHARD J., *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁹¹ BEAUCHARD J., *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁹² « *L'application de ce droit commun, par la Cour de cassation et les juridictions du fond, a marqué ces dernières années une évolution notable, qui conduit à se demander si c'est encore le droit commun que l'on applique vraiment* » : BEAUCHARD J., *Ibid.*

¹⁶⁹³ « *Invoquée aujourd'hui dès qu'il est question de relations contractuelles s'inscrivant dans la durée, (...), la notion de contrat-cadre est pourtant apparue il y a peu, à la faveur du débat sur la détermination du prix dans les contrats de distribution* » : POULLAUD-DULIAN Fr. et RONZANO A., « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD Com.*, 1996, p. 179. Voir par exemple pour une reconnaissance jurisprudentielle : Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, *Bull. civ.*, I, n°83. La doctrine présente effectivement « *une tendance générale à ramener la notion de contrat-cadre aux contrats de distribution* » : GATSI J., *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 273, 1996, p. 9

¹⁶⁹⁴ Laurent Aynès indiquait effectivement que cette notion permettait à la jurisprudence de renforcer « *l'opposition entre les contrats d'approvisionnement exclusif, qui ne seraient pas des contrats-cadre, et ceux qui comportent « un ensemble d'obligations réciproques tendant à l'écoulement maximum du produit » du fabricant, qui le demeureraient* » dans la mesure où ils poursuivent ainsi la réalisation de l'intérêt conjoint du distributeur et du producteur : AYNÈS L., « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *Dalloz*, 1993, p. 26.

satisfaction réciproque des parties »¹⁶⁹⁵, dépassant la seule prise en compte de la durée de ces relations de long terme.

Il s'agissait de se focaliser en l'occurrence sur l'élément relationnel afin de prendre en compte la logique coopérative. La notion de contrat-cadre est alors apparue appropriée pour traduire juridiquement « *une véritable coopération par la formation d'un contrat* »¹⁶⁹⁶. Ainsi le contrat-cadre poserait-il les bases d'une relation coopérative que les parties entretiendraient dans le futur¹⁶⁹⁷ en procédant notamment à une imputation distributive des risques¹⁶⁹⁸. Il laisserait toutefois nécessairement subsister des incertitudes appelant l'intervention ultérieure de contrats futurs¹⁶⁹⁹. Dès lors le contrat-cadre présente à l'observateur une structure singulière associant au contrat-cadre proprement dit une multitude de contrats d'application¹⁷⁰⁰. Une structure consacrée par la jurisprudence pour la première fois en 1966¹⁷⁰¹, et confirmée par la Chambre commerciale en 1968¹⁷⁰² en tant que contrat innommé, au point d'avoir été également consacrée par le projet de réforme du droit des contrats au nouvel article 1111 du Code civil¹⁷⁰³. Les implications jurisprudentielles de la notion de

¹⁶⁹⁵ VOGEL L., « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *Dalloz*, 1995, p. 155.

¹⁶⁹⁶ GATSI J., *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 273, 1996, p. 2.

¹⁶⁹⁷ « Dans l'élaboration de leur projet, les partenaires modèlent, alors, les obligations sur ce que chacun estime pouvoir être fait par lui-même et par son vis-à-vis et tiennent, déjà, compte d'un certain nombre de variations, prévoyant des calendriers d'évolution de prix, des délais indicatifs, des possibilités de substitution et adjonction de contractants ; ils établissent, en quelque sorte, des systèmes d'amortisseurs pour permettre l'adaptation immédiate et forfaitaire de leur projet à toutes sortes de perturbations légères » : MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.*, 1988, p. 483. Permettant ainsi de « répondre à tous les objectifs des différents partenaires, en créant un véritable cadre pour les relations futures » : GATSI J., *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁹⁸ « Très tôt dans son élaboration, le contrat apparaît comme un instrument d'imputation des risques liés à une opération économique. Les contractants vont, ainsi, chercher à imputer les risques contractuels, qu'ils tiennent à l'état de la chose ou à celui des prestations dues, voire même à celui des résultats obtenus » : MOUSSERON J.-M., *op. cit.*, p. 494.

¹⁶⁹⁹ Le contrat-cadre correspond effectivement au contrat « visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement, dans le futur » : MOUSSERON J.-M. et SEUBE A., « À propos des contrats d'assistance et fourniture », *Dalloz*, 1973, p. 197.

¹⁷⁰⁰ Structure par ailleurs déjà identifiée par Pierre Voirin dans une clause d'exclusivité d'approvisionnement dans un contrat de bière : il distinguait effectivement une obligation d'abstention destinée à permettre la réalisation d'une seconde ayant pour objet de « préparer la conclusion de contrats plus nombreux et plus importants » : VOIRIN P., note sous Cass., 17 février 1931, *Dalloz*, V, p. 41. Notons qu'il s'agissait alors déjà d'une forme de contrat de distribution. Ce constat fut par la suite confirmé par Pierre Coulombel, lequel estimait que cette convention « précise les conditions dans lesquelles se dérouleront les achats futurs du débitant » et « organise des ventes à venir » : COULOMBEL P., « Les obligations spéciales de l'acheteur », in *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 322.

¹⁷⁰¹ CA Paris, 26 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 294, également à l'occasion d'un litige né d'une relation de distribution : il s'agissait alors d'un contentieux lié à la détermination du prix du carburant concernant plusieurs distributeurs d'une société pétrolière.

¹⁷⁰² Cass. com., 29 janvier 1968, *D.*, 1968, p. 341.

¹⁷⁰³ « Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution » : article

contrat-cadre se limitent cependant à l'encadrement des conditions de détermination du prix et de rupture dans les contrats de dépendance tel qu'a pu le prévoir l'Assemblée plénière à partir de 1995¹⁷⁰⁴, et que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a pu le codifier au nouvel article 1164¹⁷⁰⁵. Malgré cette consécration, la notion de contrat-cadre demeure néanmoins toujours imprécise¹⁷⁰⁶. Il semblerait donc que, exception faite de la résolution de problèmes sporadiques inhérents à certains contrats, la théorie du contrat-cadre ait finalement peine à sortir des conditions de son émergence, limitant d'autant son utilité et son influence sur la théorie générale du contrat, alors même qu'elle aurait pu servir à « *préserver liberté et indépendance dans la coopération* »¹⁷⁰⁷. Demeurant un contrat nébuleux au champ aussi vaste que vague¹⁷⁰⁸, le contrat-cadre a en effet soulevé certaines questions ayant sans nul doute conduit à la prise de conscience qu'une voie intermédiaire existait en droit civil afin de traduire juridiquement la logique coopérative.

131.L'inaptitude de la notion de contrat-cadre à rendre compte de la coopération. Dès les préambules d'une intervention qui leur était consacrée, Christophe Jamin confessait qu'il n'existait pas de catégorie juridique proprement dédiée au contrat-cadre en droit positif¹⁷⁰⁹. Il peinait d'ailleurs à en offrir une définition suffisamment précise¹⁷¹⁰. En 1995, bien qu'elle en évoqua l'existence, l'Assemblée plénière n'avait finalement retenu que sa dimension structurelle ; c'est-à-dire une convention par laquelle est prévue la conclusion de contrats

1111 du Code civil tel que prévu par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations.

¹⁷⁰⁴ Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *D*, 1996, p. 13 et s. Notons que la Cour de cassation avait déjà reconnu l'existence du contrat-cadre et de ce mécanisme particulier distinguant le contrat initial de ceux intervenant dans le cadre qu'il fixe : Cass. com., 11 octobre 1978, *Bull. civ.*, n°7, 8 et 9, p. 3 et s.

¹⁷⁰⁵ « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* » : article 1164 du Code civil tel que prévu par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations.

¹⁷⁰⁶ Notons que la Cour de cassation elle-même n'est jamais allé plus loin qu'une définition vague de cette notion. « *Aussi n'est-il guère surprenant qu'aucune définition véritable du contrat-cadre ne soit parvenue à s'imposer. Il est vrai que longtemps la conception que l'on s'en est faite a tenu à la position que l'on entendait défendre sur la question du prix* » : POULLAUD-DULIAN Fr. et RONZANO A., *op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁰⁷ POULLAUD-DULIAN Fr. et RONZANO A., *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁰⁸ « *La notion de contrat-cadre s'est affirmée et s'est imposée dans notre droit depuis plus d'un quart de siècle. Il n'en reste pas moins qu'elle reste encore dans l'ombre* » : GATSI J., *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁰⁹ Il précisait en effet qu'il n'existait « *pas aujourd'hui un « droit des contrats-cadre » qui soit constitué, en dépit des efforts louables de certains pour faire de la notion de contrat-cadre une catégorie juridique à part entière* » : JAMIN Ch., « *La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre* », *RTD Com.*, 1997, p. 19. Il précisait d'ailleurs d'une notion « *à vrai dire à peine cernée et le régime encore moins défini* ».

¹⁷¹⁰ Il soulignait justement « *qu'il n'est pas possible de tirer un enseignement particulier d'une définition qui ne permet guère d'affiner les réflexions en cours sur le sujet* » : JAMIN Ch., *Ibid.*

ultérieurs¹⁷¹¹. Trop imprécise, la notion de contrat-cadre était également trop vaste pour rendre compte de la logique coopérative¹⁷¹². Sa structure en elle-même se révélait, en outre, en dernière analyse incapable d'une telle retranscription. Fondée sur la combinaison duale d'un contrat initial et de contrats d'application, la théorie du contrat-cadre constitue notamment un obstacle à l'élaboration d'un modèle contractuel qui permettrait de rendre compte juridiquement de la logique coopérative sous la forme d'un seul et unique contrat. Elle semblerait à travers elle condamnée à s'exprimer par la voie de groupes de contrats aux régimes hétérogènes¹⁷¹³, amplement développés par Bernard Teyssié¹⁷¹⁴.

La notion de contrat-cadre présente par conséquent un certain nombre d'inconvénients rendant finalement difficile son utilisation en tant que traduction juridique de la logique coopérative. L'étude menée par Jean Gatsi mettait d'ailleurs également en évidence une cause propre à la notion de contrat-cadre : la poursuite d'une *affectio modulus*¹⁷¹⁵ comprise comme l'intention des parties de prévoir à l'avance une pluralité d'applications standardisées du contrat-cadre. Ainsi existe-t-il en l'occurrence une divergence de fond entre la logique coopérative et le contrat-cadre. Cette notion renseigne cependant sur l'endroit où rechercher la coopération en droit civil, et sur la figure à identifier. L'*affectio cooperandi* et la structure duale singulière du contrat-cadre orientent en effet l'entreprise de détermination de la coopération juridique vers une voie intermédiaire qui correspondrait parfaitement à sa nature hybride. Une voie dans laquelle l'externalisation trouverait une traduction juridique organisée autour d'un agencement des prestations destinées à imposer aux partenaires une relation de coopération afin de parvenir à la réalisation d'un intérêt commun.

¹⁷¹¹ « Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs (...) » : Cass. com., 1^{er} décembre 1995, *D.*, 1996, p. 17.

¹⁷¹² Dans la mesure où elle réunit de nombreuses catégories de contrats, ainsi que des logiques différentes ; notamment la logique coopérative dont il s'agit ici de déterminer la forme juridique, et la logique de l'exécution successive de laquelle il est nécessaire de la distinguer tant elle relève d'une logique d'échange.

¹⁷¹³ La solution du 1^{er} décembre 1995 dégagée par l'Assemblée plénière a effectivement par la suite fait la preuve de son inadaptation à l'ensemble des contrats relevant potentiellement de la notion de contrat-cadre. Ainsi convient-il d'interpréter le propos de Christophe Jamin relatif à ce nouveau régime selon lequel « *il est d'abord assez peu probable qu'il puisse convenir à la totalité des contrats-cadre* » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 21.

¹⁷¹⁴ Ce dernier démontra effectivement, entre autre, qu'il existait des chaînes de contrat par diffraction ; c'est-à-dire des contrats unis par une identité de nature et d'objet : « *Une chaîne de contrats par diffraction est, par hypothèse, composée de conventions de nature identique (...), il convient d'autre part, que les accords successifs s'organisent autour d'une même prestation essentielle, soient unis par une identité d'objet* » : TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975, p. 70.

¹⁷¹⁵ GATSI J., *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 273, 1996, notamment p. 199 et s.

132. Quand la lumière semble finalement jaillir d'« un tout petit éclair solidariste ». Alors qu'il souligne le caractère providentiel¹⁷¹⁶ de la décision rendue par la Chambre commerciale le 8 octobre 2013¹⁷¹⁷ à propos des contrats de distribution, Denis Mazeaud évoque une voie possible pour l'épanouissement juridique de la logique coopérative¹⁷¹⁸. Les juges du Quai de l'Horloge semblent effectivement vouloir, à travers cette jurisprudence singulière¹⁷¹⁹, assurer la pérennité des relations contractuelles lorsqu'il est possible d'identifier une croyance légitime dans la stabilité de ce lien née de l'attitude de l'un ou l'autre des contractants¹⁷²⁰. La Chambre commerciale avait cependant toujours refusé, par le passé, de consacrer l'existence d'obligations complémentaires qui manifesteraient la reconnaissance d'une coopération essentielle au fonctionnement de ces relations d'affaires si particulières poursuivant la réalisation d'un projet commun¹⁷²¹. Assurant désormais une protection accrue de la partie faible¹⁷²², elle procède toutefois au rééquilibrage relatif d'une relation fondée sur l'égalité, la confiance et la loyauté¹⁷²³. La Cour de cassation adopte ainsi une posture finalement « néo-solidariste » à l'égard des contrats de distribution qui doit inspirer la doctrine afin de permettre la prise en compte de la coopération économique par la théorie générale du contrat.

¹⁷¹⁶ « On s'est suffisamment incliné, hier, devant les défaites jurisprudentielles subies par le solidarisme contractuel depuis le début du XXI^e siècle pour ne pas attirer, aujourd'hui, l'attention sur l'arrêt rendu, le 8 octobre 2013, par la chambre commerciale de la Cour de cassation » : MAZEAUD D., « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution... », *Dalloz*, 2013, p. 2617.

¹⁷¹⁷ Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-22952.

¹⁷¹⁸ Fustigeant l'attitude traditionnelle de la jurisprudence à l'égard du solidarisme, il manifestait ainsi son insatisfaction en soulignant qu'une telle posture faisait « *illégitimement fi du devoir de coopération s'imposant dans ce type de relations contractuelles qui se caractérise, outre sa durée et la situation de dépendance d'un des contractants, par l'intérêt commun que poursuivent les contractants* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 2618.

¹⁷¹⁹ Singulière mais pas inédite. Il est effectivement possible de relever un petit nombre de décisions rendues par la chambre commerciale allant déjà dans ce sens : exemple : Cass. com., 5 avril 1994, n°92-17278.

¹⁷²⁰ « *Que ces circonstances de fait et de droit n'ont pu que créer chez les appelants une confiance légitime dans le maintien de la relation commerciale les unissant à l'intimé (...); que, par suite, la société FIAT AUTO a contrevenu au principe de l'exécution de bonne foi de toute convention* » : Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-22952.

¹⁷²¹ Ainsi refusa-t-elle de consacrer pleinement l'obligation de motivation en cas de révision unilatérale du prix, voire même de rupture de la relation contractuelle : Cass. com., 25 avril 2001, n°98-22199. Elle refusa également, dans le même esprit, de consacrer l'obligation d'assistance à la reconversion du concessionnaire en cas de rupture d'un contrat de concession : Cass. com., 3 novembre 2004, n°02-17919.

¹⁷²² La Cour de cassation venant ainsi restreindre les hypothèses dans lesquelles il était admis de « *permettre si facilement à un des partenaires de se débarrasser de l'autre lorsqu'il n'a pas démérité ou nui par son incompétence à l'intérêt commun* » : BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 50.

¹⁷²³ La Cour de cassation affirme effectivement que s'il n'existe pas à proprement parler d'obligations de motivation ou d'assistance, le concédant « *ne s'était pas correctement acquitté de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation* » : Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-22952.

Une telle intégration peut dès lors être envisagée au prix d'une réinterprétation de l'esprit de cette théorie¹⁷²⁴ et de certains de ses principes cardinaux¹⁷²⁵.

S'agit-il alors d'un arrêt d'espèce à la portée limitée¹⁷²⁶ qui serait favorable à la transposition de la logique coopérative en droit civil ? La seule promotion de l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 à un rang égal à celui de l'alinéa 1 ne pouvait en effet suffire à lui seul à constituer une telle amorce. Cependant, son articulation avec l'ancien article 1135 élargissait quant à elle considérablement le champ des possibles. Ainsi le « néo-solidarisme » s'imposait-il sans nul doute comme un passage obligé pour « *appréhender certaines des évolutions du droit contractuel que la conception classique avait fatalement occultées ou pour lesquelles elle se révélait inadaptée* »¹⁷²⁷, au premier rang desquels figurent les problèmes soulevés par les contrats de distribution. Il convenait toutefois d'approfondir ce point de vue en dépassant le caractère jusque-là subsidiaire et accessoire de la coopération contractuelle afin de l'imposer à part entière en tant qu'objet principal de ces contrats¹⁷²⁸ ; au point de faire de cette forme de coopération¹⁷²⁹ une catégorie à part entière au sein de la théorie générale du contrat¹⁷³⁰. La considération de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'égard de la logique coopérative par le prisme du solidarisme présentait cependant le risque d'en retenir une vision tronquée, déformée par l'exigence omniprésente et consacrée de bonne foi et de loyauté dans le contrat.

¹⁷²⁴ Car la Cour de cassation semble considérer l'atteinte au devoir de bonne foi dans le cadre de la rupture du contrat comme « *une négation pure et simple du devoir de coopération qui déploie ses effets lors de la fin des relations de distribution* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 2619.

¹⁷²⁵ Denis Mazeaud note ainsi que la protection jurisprudentielle de la partie faible dans les contrats de distribution ne repose pas sur un nouveau principe que la chambre commerciale aurait consacré, mais « *au nom du devoir de bonne foi qui rayonne lors de la rupture du contrat, un devoir d'abstention qui consiste à ne rien faire qui puisse affecter sa reconversion* » : MAZEAUD D., *Ibid.*

¹⁷²⁶ En d'autres termes un « *simple frémissement de la Cour de cassation, dont l'arrêt ne serait que d'espèce, ou (d'une) amorce d'un changement de la politique contractuelle de la Cour de cassation en matière de rupture des contrats de distribution* » : MAZEAUD D., *Ibid.*

¹⁷²⁷ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 633 et 634.

¹⁷²⁸ Car « *c'est bien à propos de ces contrats de dépendance, qui s'inscrivent dans la durée et qu'irrigue un intérêt commun, qu'une poignée d'auteurs solidaristes, qui sévissaient alors en doctrine..., avaient entrepris, non pas comme on l'a écrit de révolutionner l'univers contractuel de fond en comble, mais simplement d'élaborer, sur une base sociale, un régime qui tienne compte de leurs spécificités, lesquelles les rendent difficilement solubles dans le droit commun* » : MAZEAUD D., « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution... », *Dalloz*, 2013, p. 2617.

¹⁷²⁹ « *En bref, dans ce domaine contractuel spécifique, des propositions avaient été émises qui reposaient contractuellement sur un devoir de coopération et qui se traduisaient par une série d'obligations, à la charge du contractant dominant et au profit de son partenaire dépendant, incorporées à tous les stades du processus contractuel, de la négociation jusqu'à la rupture de ces contrats (information, motivation, cohérence, renégociation, aide, réparation, etc.)* » : MAZEAUD D., *Ibid.*

¹⁷³⁰ Dans la mesure où les contrats de distribution présentent effectivement « *un régime de relations contractuelles spécifiques, sans que le modèle contractuel français soit frappé d'un big bang qui emporterait sa disparition pure et simple* » : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 633 et 634.

La considération des juges du Quai de l'Horloge pour la coopération économique devait donc souffrir d'une vision altérée par la notion même qui en permettait l'expression. Révélée par le solidarisme, la logique coopérative s'émanciperait nécessairement de la seule bonne foi afin de pouvoir bénéficier d'une consécration autonome. L'admission d'une coopération dans le contrat (A) à partir des revendications solidaristes de la doctrine servirait en l'occurrence à remédier à l'omission d'une coopération par le contrat (B) dans la théorie générale.

A. L'admission d'une coopération dans le contrat

133. La logique coopérative en droit civil : « l'arlésienne » du solidarisme. Parler d'« arlésienne » à propos de la coopération en droit civil peut sembler au premier abord surprenant, voire même incongru. Pourtant l'attitude du droit civil à son égard y fait penser. Que dire d'autre en effet lorsque résonnent encore les propos de René Demogue selon lequel le contrat pourrait être envisagé comme une « *union d'intérêts équilibrés, un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance* »¹⁷³¹, ouvrant ainsi la voie au développement d'une « *philosophie largement conspuée durant de nombreuses années* »¹⁷³². Ainsi le solidarisme contractuel aurait-il facilité l'explication de certaines évolutions contemporaines du droit des contrats en faveur de « *la coopération entre les parties* »¹⁷³³. Loin d'en appeler à l'angélisme contractuel, ce courant minoritaire propose néanmoins d'atténuer la toute puissance de l'individualisme animant le Code civil, et le degré d'abstraction trop élevé de la théorie générale du contrat, en prenant en compte la réalité économique et sociale du monde qu'elle entend encadrer. Suggérant de ne pas confondre le solidarisme contractuel contemporain avec le solidarisme de la fin du XIX^e siècle, Christophe Jamin proposait d'ailleurs une nouvelle dimension de ce courant doctrinal auquel il deviendrait logique de rattacher la logique coopérative tant il ambitionne « *de faire du contrat individuel, au lieu du choc désordonné de deux égoïsmes, un principe d'union et de solidarité* »¹⁷³⁴.

Pendant longtemps toutefois ce courant ne trouva qu'un écho limité en droit des contrats, toujours focalisé sur l'opposition des intérêts individuels. Il fallu finalement attendre le développement du droit de la distribution, et des relations de dépendance, pour que le

¹⁷³¹ DEMOGUE R., *Traité des obligations*, t. III, 1931, n°3.

¹⁷³² JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.

¹⁷³³ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 442.

¹⁷³⁴ GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse dact., Dijon, 1912, p. 376.

solidarisme permette « *de façonner certains concepts techniques du droit contemporain des contrats* »¹⁷³⁵, et tout particulièrement en ce qui concerne les contrats de distribution¹⁷³⁶ à travers les notions de contrat d'intérêt commun et de contrat-cadre¹⁷³⁷ qui structurent « *juridiquement de nombreux réseaux* »¹⁷³⁸. Dès lors, il envisage une prise en compte incomplète de la logique coopérative qui conduirait à un bouleversement relatif de la théorie générale du contrat¹⁷³⁹ dans la mesure où elle implique une façon nouvelle d'articuler et de concilier les intérêts des parties dans le cadre d'une relation contractuelle, et ce au-delà de l'obligation générale de bonne foi et de loyauté. Plus de conflit et d'opposition, comme dans la logique échangiste, ni de fusion et d'unification, comme dans la logique d'organisation, la logique coopérative procéderait, pour sa part, à une conciliation contractuelle des intérêts rendant possible la satisfaction de chacun au bénéfice de tous. Malgré l'ampleur grandissante de ce courant doctrinal, le solidarisme demeure cependant une « arlésienne » attendue par certains¹⁷⁴⁰ mais qui peine encore à s'imposer en droit positif¹⁷⁴¹ au nom du sacro-saint dogme de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle¹⁷⁴², et ce en dépit de l'évolution de la réalité contractuelle et de certaines tentatives ponctuelles de la jurisprudence d'y déceler une forme de coopération par le contrat. Rejeté par une majorité de la doctrine, le solidarisme semble toutefois devoir s'imposer comme la porte d'entrée de la coopération dans l'édifice séculaire d'une théorie générale du contrat coupée de la réalité de la pratique. S'il ne peut en effet être question de le faire s'écrouler, il convient de « *transformer l'outrage de*

¹⁷³⁵ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 450.

¹⁷³⁶ Soulignons effectivement que Christophe Jamin s'appuie alors essentiellement sur la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 pour pouvoir identifier un tel renouveau d'inspiration solidariste : « *je songe en premier lieu aux arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995 à propos de la détermination du prix* » par laquelle des contrats d'un nouveau type semblent être découverts par les juristes français « *en ajoutant au modèle cognitif classique du contrat-échange censé être de nature égalitaire celui du contrat organisation* » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 460.

¹⁷³⁷ Que l'on devrait retrouver codifiée à l'article 1164 du Code civil après la ratification de l'ordonnance relative à la réforme du droit des contrats.

¹⁷³⁸ JAMIN Ch., *Ibid.*

¹⁷³⁹ Catherine Thibierge-Gelfucci notait d'ailleurs que « *le législateur et la jurisprudence multiplient les dispositions et solutions spéciales incompatibles avec la théorie générale du contrat* », et que le droit de la distribution participe largement de ces « *atteintes que le droit contemporain avait commencé à porter à la théorie générale* » : THIBIERGE-GELFUCCI C., « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

¹⁷⁴⁰ Illustrant cette attente, Christophe Jamin composait à l'aube des années 2000 un vibrant « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 441 et s.

¹⁷⁴¹ L'article 1164 du Code civil tel que l'envisage le projet d'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats laisse cependant penser, comme nous le verrons par la suite, à une possible consécration de la coopération lorsqu'il dispose, à droit constant, que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé ultérieurement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* », de même d'ailleurs que pour les contrats de prestation de services.

¹⁷⁴² Au nom duquel il est toujours majoritairement admis que « *l'individu soit perçu comme le meilleur défenseur de ses propres intérêts lorsqu'il exprime sa volonté* » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 444.

l'atteinte en un aiguillon d'évolution »¹⁷⁴³, et d'envisager le solidarisme comme un élément par lequel la logique coopérative pourrait obtenir une traduction juridique dans le cadre du « *renouveau solidariste de la technique contractuelle* »¹⁷⁴⁴ et de la théorie générale. Il faut toutefois avancer avec réserve et prendre garde à ne pas diluer la coopération dans le courant solidariste. Car si l'admission de la coopération en droit civil a pu être encouragée par le solidarisme (1), ce dernier pourrait également être à l'origine d'une nouvelle appréhension déformée de celle-ci (2).

1. Une admission encouragée par le solidarisme

134. Une prise en compte jurisprudentielle discrète du solidarisme. Dès la fin des années 1990, Denis Mazeaud prononçait aux côtés de Christophe Jamin un vibrant appel en faveur d'une réflexion sur le solidarisme¹⁷⁴⁵. Partagés sur la question de l'évolution contemporaine du droit des contrats, ces deux auteurs suggéraient alors une vision à bien des égards différente de l'orthodoxie libérale dominante. Ressuscitant d'une certaine manière la pensée de René Demogue¹⁷⁴⁶, Christophe Jamin considérait ainsi que l'individualisme ne pouvait épuiser l'esprit de la théorie générale du contrat¹⁷⁴⁷. Il convoquait alors la dimension sociale, ou plutôt solidariste, qui pourrait la compléter. Soulignant, à l'instar de son illustre prédécesseur l'importance de la jurisprudence¹⁷⁴⁸, il y constatait en effet avec Denis Mazeaud un certain frémissement allant dans le sens du solidarisme contractuel¹⁷⁴⁹. Le solidarisme qu'il ressentait ne semblait toutefois pas devoir être circonscrit au devoir de coopération issu de la seule

¹⁷⁴³ THIBIERGE-GELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

¹⁷⁴⁴ JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 410.

¹⁷⁴⁵ « (...), voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel » : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 608.

¹⁷⁴⁶ Selon lequel il était nécessaire « de fonder l'étude du droit sur « les nécessités pratiques, les besoins économiques, les situations de fait, en un mot l'expérience » : JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 130.

¹⁷⁴⁷ Il s'agissait pour Christophe Jamin de s'éloigner comme ses pères de la méthode exégétique et de « vouloir substituer « à ces essais individualistes et archaïques d'une justice d'équité... les bases objectives scientifiques et sociologiques de la justice sociale » » : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 131.

¹⁷⁴⁸ Il insistait également en effet sur la nécessité « d'étudier le droit vivant en s'appuyant plus spécialement sur la jurisprudence » : JAMIN Ch., *Ibid.*

¹⁷⁴⁹ Et ce plus particulièrement depuis les décisions rendues par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 : Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, *D.*, 1996, p. 13.

bonne foi¹⁷⁵⁰. Ce « néo-solidarisme » serait en effet détaché des théories solidaristes développées par Léon Bourgeois, et davantage orienté vers la sphère économique, dénué alors d'ambition exclusivement moralisatrice¹⁷⁵¹. Le contrat ne devrait plus être considéré uniquement comme « *un instrument de coopération sociale* »¹⁷⁵² mais également de coopération économique, le laissant apparaître comme un lien vivant entre les parties en ce qu'il instaure une relation et tend à substituer l'articulation des intérêts à leur opposition¹⁷⁵³. Dépassant les « *devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants* », le solidarisme contemporain s'engagerait désormais dans le « *creuset de l'intérêt commun* » où « *le contrat serait alors animé par un esprit de collaboration, de coopération* »¹⁷⁵⁴ au-delà de la seule lecture dynamique de l'ancien article 1134 alinéa 3 ancien du Code civil.

Cette opinion ne reflétait pourtant pas la pensée majoritaire suscitée par cet alizé jurisprudentiel. Si certains ne manquèrent pas de souligner l'émergence, à côté de la traditionnelle liberté contractuelle¹⁷⁵⁵, d'une forme d'*affection cooperandi*¹⁷⁵⁶, la doctrine civiliste demeurait essentiellement opposée à ce qu'elle considérait encore comme un « *fantasme doctrinal* »¹⁷⁵⁷. Campée sur une conception stricte de la liberté contractuelle¹⁷⁵⁸, elle œuvra dès 1995 à le restreindre à sa portion congrue¹⁷⁵⁹ afin de préserver l'esprit libéral

¹⁷⁵⁰ L'article 1134 alinéa 3 du Code civil imposant que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹⁷⁵¹ Il ne serait dès lors plus seulement question, avec le solidarisme, de vouloir simplement rééquilibrer toutes les relations contractuelles mais davantage d'en rendre certaines plus performantes selon les besoins de l'économie et de la pratique des affaires, dépassant ainsi la seule « *vision morale et sentimentale du droit des contrats* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 603.

¹⁷⁵² JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 137.

¹⁷⁵³ Catherine Thibierge-Guelfucci analysant les transformations du droit des contrats notait en effet que « *le lien contractuel tend peu à peu à substituer au conflit d'intérêts, l'union des intérêts* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », *RTD Civ.*, 1997, p. 358.

¹⁷⁵⁴ MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 617.

¹⁷⁵⁵ Selon laquelle la relation contractuelle reposerait sur « *le choc frontal de deux intérêts individuels antagonistes momentanément compatibles lors de l'échange des consentements* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ C'est-à-dire d'une « *volonté des parties de collaborer de bonne foi à l'œuvre commune* » : AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995, p. 135, ajoutant à l'obligation de bonne foi issue de l'article 1134 du Code civil l'existence d'une œuvre commune à la réalisation de laquelle chacun participe traduisant alors « *la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer (...) dans une convergence d'intérêts avec l'autre partie, au service d'une œuvre, d'une création commune* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 358.

¹⁷⁵⁷ MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 604. Et l'auteur de préciser que le solidarisme était essentiellement envisagé comme une « *tendance tout à fait discutable dans son principe et contestable dans sa portée, et qui, au pire, constitue le support d'un manifeste finalement anticontractuel* ».

¹⁷⁵⁸ Selon laquelle il ne doit pas être possible d'imposer aux parties de prendre en charge un autre intérêt que le leur, et par ailleurs qualifiée par les tenants du solidarisme de « *vision désincarnée de la liberté contractuelle et en faveur d'un libéralisme à peine tempéré* » : MAZEAUD D., « *Mais qui a peur du solidarisme contractuel ?* », *Dalloz*, 2005, p. 1829.

¹⁷⁵⁹ C'est-à-dire à une interprétation limitée de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil imposant un devoir de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles.

du Code civil d'une extension du domaine de la bonne foi. Plus retenue, la jurisprudence n'est pas restée de marbre. Alors que l'Assemblée plénière lui avait auparavant ouvert la porte en proposant une lecture combinée des anciens articles 1134 et 1135 destinée à protéger les contractants dépendants¹⁷⁶⁰, les juges du Quai de l'Horloge ont par la suite manifesté leur réticence¹⁷⁶¹ à prendre en compte une telle logique¹⁷⁶². Ils affirmaient alors que la relation contractuelle ne saurait connaître d'« *instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* »¹⁷⁶³ telle que l'obligation de motivation en cas de modification unilatérale du prix d'un contrat de dépendance à durée indéterminée¹⁷⁶⁴. Son rejet au nom d'un libéralisme hermétique¹⁷⁶⁵ coupé des réalités du monde des affaires est donc la conséquence de la défense d'une dimension particulière de cette liberté envisagée comme une partie et non comme un tout ; c'est-à-dire de la défense d'une liberté contractuelle fondée au préalable sur le principe de l'autonomie de la volonté et reposant sur l'égalité abstraite des contractants¹⁷⁶⁶.

135. Une prise en compte bénéfique pour la coopération. À confondre la solidarité coopérative et la solidarité sociale, la doctrine a finalement mené pendant un temps une lutte acharnée contre la reconnaissance de ce courant novateur en affirmant, à la suite de Jean Carbonnier, que le contrat reposait toujours essentiellement « *sur un « antagonisme d'intérêts » et doit*

¹⁷⁶⁰ Lecture que les juges du fond avaient d'ailleurs pu par la suite reprendre à leur compte comme se fut le cas pour la Cour d'appel de Paris par son arrêt rendu le 24 octobre 2001 en matière de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres présentant une forte inégalité structurelle. Les juges avaient en effet reconnu qu'en la matière une lecture combinée des articles 1134 et 1135 du Code civil imposait que « *l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans l'intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire* » : CA Paris, 24 octobre 2001, *D.*, 2001, p. 3236 et s.

¹⁷⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *BNP Paribas c/ Hutin*, n°01-00475.

¹⁷⁶² Principalement « au nom de la défense de l'idéal de liberté contractuelle » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1829.

¹⁷⁶³ REVET Th., *RDC*, 2004, p. 579.

¹⁷⁶⁴ Approuvant cette décision, certains auteurs sont allés jusqu'à reconnaître que la Cour de cassation avait professé ici une « *bonne leçon de liberté contractuelle* » (Note sur Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *BNP Paribas c/ Hutin* ; *Contrats, concurrence, consommation*, n°11, 2004, comm. n°151, obs. Laurent Leveneur), alors que l'admission du courant solidariste pourrait également être appréhendée comme un élément de son renforcement. Et Denis Mazeaud de préciser alors que « *les pièces clefs d'un droit des contrats qui conjuguerait harmonieusement les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent être conciliées et doivent, à cet effet, être réconciliées, plutôt que d'être appréhendées, non sans manichéisme, dans une logique de confrontation et d'irréductible opposition* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1828.

¹⁷⁶⁵ Car quelle « bizarre appréhension de la liberté que celle qui se réduit, pour un des contractants, à ne pas avoir d'autre choix que de ne pas prolonger le contrat s'il ne se soumet pas, bon gré, mal gré, à la volonté unilatérale de son partenaire » ; MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 1829.

¹⁷⁶⁶ « Il s'en suivait nécessairement, que la vie contractuelle devait se dérouler dans la plus grande liberté, quels qu'en fussent les aspects, choix du cocontractant, moment de la conclusion du contrat, forme et contenu des conventions... » : VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986, p. 5.

permettre simplement de faire des bonnes affaires »¹⁷⁶⁷. Il s'avère par conséquent que si l'horizon nuageux qui était promis au solidarisme¹⁷⁶⁸ a perduré, cet horizon manifeste en cela une forme d'impéritie du droit civil à assimiler la coopération. Une analyse approfondie de cette apathie révèle néanmoins que, non seulement elle ne serait pas si franche que cela, mais qu'elle correspondrait de plus à une lecture erronée de la liberté contractuelle laquelle impliquerait davantage que dans toute relation contractuelle « *chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* »¹⁷⁶⁹. La jurisprudence et une majeure partie de la doctrine n'ont toutefois pas adhéré à cette conception du solidarisme en tant que « *ligne force et idée directrice de notre droit contractuel contemporain* »¹⁷⁷⁰ dans lequel le déséquilibre quant aux rapports de forces paraît désormais admis, voire même consacré¹⁷⁷¹. Or c'est justement la prise en compte réciproque des intérêts des parties, ainsi que leur articulation, qui doivent se situer au centre de la logique coopérative¹⁷⁷² dont l'intégration en droit pourrait passer par le solidarisme, mais ne doit pas pour autant s'y réduire.

Si le solidarisme a pu servir de « tremplin » à l'admission juridique de la coopération, celle-ci doit s'en défaire pour être mieux perçue. D'ailleurs, l'évolution de la pratique contractuelle a pu mettre en évidence l'impuissance de cette posture jurisprudentielle à l'égard du solidarisme contractuel, alors même que les situations de dépendance y paraissaient de plus en

¹⁷⁶⁷ Propos repris essentiellement par Philippe Delebecque : DELEBECQUE Ph., *Répertoire Defrénois*, 1996, p. 1374.

¹⁷⁶⁸ Denis Mazeaud estimait effectivement dès la fin des années 1990 que la défense du courant solidariste pouvait être perçue comme le fait de « *contribuer à l'entreprise de déstabilisation qui ébranle les colonnes du temple contractuel, et de promouvoir le déclin de la liberté contractuelle et l'affaiblissement de la sécurité juridique* » : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 604

¹⁷⁶⁹ Article 1 : 202 des principes du droit européen des contrats élaborés dans le cadre de commission Lando dans sa version de 1998.

¹⁷⁷⁰ Denis Mazeaud insiste d'ailleurs sur « *la défiance de la doctrine majoritaire* » et « *la relative timidité de la jurisprudence contemporaine* » à son endroit : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 608.

¹⁷⁷¹ La jurisprudence issue des décisions rendues par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 semble effectivement avoir rompu avec la conception traditionnelle du contrat qui reposait jusque-là sur « *le postulat libéral d'égalité des contractants* » : JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 460.

¹⁷⁷² S'agissant de la prise en compte et de l'articulation de l'intérêt des parties dans le cadre des relations contractuelles, Dominique Bureau et Nicolas Molfessis affirmaient, à la suite des décisions rendues en la matière par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1995, que l'abus dans la détermination unilatérale d'un prix se caractérise principalement par l'égoïsme dont fait preuve le cocontractant en question « *dès lors que le prix qu'il fixera sera pris en considération de ses seuls intérêts* » : BUREAU D. et MOLFESSIS N., « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, p. 11.

plus fréquentes¹⁷⁷³. Il semble néanmoins que cette inertie du droit civil ait pu être enrayée en partie dans le cas particulier des contrats de distribution. Empruntant effectivement la voie proposée par le courant solidariste, les juges du Quai de l'Horloge auraient finalement proposé une façon d'envisager de manière coopérative la relation contractuelle¹⁷⁷⁴. Il fut parfois admis depuis 1995 que la logique coopérative contribuerait effectivement au renforcement de la liberté contractuelle dans la mesure où elle participerait au rétablissement d'un certain équilibre dans les relations de dépendance économique¹⁷⁷⁵. Éclairée par le solidarisme, la jurisprudence fondatrice du 1^{er} décembre 1995 laissait en effet entrevoir l'éventualité d'une intégration de la coopération par la prise en compte imposée à chacune des parties des intérêts de son partenaire¹⁷⁷⁶, et ce dans l'intérêt commun du contrat¹⁷⁷⁷. Ainsi est-il encore possible d'affirmer aujourd'hui que, si l'Assemblée plénière est venue consacrer l'inégalité structurelle des contrats de distribution, c'est pour mieux pouvoir assurer la protection de la partie faible par le biais de la théorie de l'abus et de la bonne foi issue de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil¹⁷⁷⁸. Chacune des parties à une relation contractuelle ne serait donc plus, en vertu de cette lecture solidariste, l'unique maître de ses intérêts, ni même le maître de ses seuls intérêts.

136. Une prise en compte cependant sibylline. Mais au-delà de cette vision d'une coopération solidaire fondée sur l'ancien article 1134 alinéa 3, les contrats de distribution se présentent de

¹⁷⁷³ Georges Virassamy affirmait alors que « *sous peine de laisser se développer des situations choquantes tant sur le plan moral que juridique, (...), le droit positif se devait de dépasser la vision archaïque des contrats libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* » : VIRASSAMY G. J., *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁷⁴ On verra d'ailleurs plus loin que la traduction juridique de la logique coopérative que propose Suzanne Lequette repose essentiellement sur la distinction entre les obligations essentielles et les obligations accessoires posée par Marie-Élodie Ancel en se fondant justement sur une telle articulation des anciens articles 1134 et 1135.

¹⁷⁷⁵ « (...) restaurer une liberté que la réalité contractuelle avait rangé au rayon des illusions perdues » : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 630. Alors que la « *vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perd peu à peu du terrain* » (MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 609), la logique coopérative apparaît aujourd'hui pour certains comme « *l'avenir même du droit des contrats* », et ce dans la mesure où « *elle restaure les fondations et préfigure ou traduit la mutation profonde* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 630.

¹⁷⁷⁶ C'est désormais par l'abus dans la détermination du prix que la Cour de cassation envisage désormais d'imposer à chacun le respect et la prise en compte de l'intérêt de son partenaire ainsi que l'affirme Thierry Revet : « *La prise en compte de l'intérêt du contractant qui ne détermine pas le prix est assurée par la réserve de l'abus : on ne voit pas d'abus dans la fixation du prix hors du cas où celui-ci aura été arrêté dans le seul intérêt de celui qui le fixe* » : REVET Th., « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendances », *RTD Com.*, 1997, p. 39.

¹⁷⁷⁷ La jurisprudence postérieure, et notamment celle relative à l'exercice du pouvoir unilatéral de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, viendra confirmer cette interprétation solidariste possible de la position de la Cour de cassation.

¹⁷⁷⁸ Thierry Revet affirmait effectivement que « *la consécration du caractère inégalitaire des relations de dépendance officialise le besoin de protection du contractant dépendant (...) par l'obligation faite au partenaire dominant de prendre en charge des intérêts de celui qu'il domine : telle est la contrepartie de sa domination* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 47 et 48.

plus en plus comme un lieu de coopération fondé sur la poursuite de l'intérêt commun des parties¹⁷⁷⁹. Alors que le solidarisme contractuel reste encore aujourd'hui rangé parmi ces illusions qui, si elles ne sont pas encore perdues, demeurent hypothétiques, la coopération semble y avoir trouvé un moyen pour sa réalisation juridique en matière de distribution. En invitant la Cour de cassation à admettre l'existence d'un abus dans la fixation du prix dès lors que le contractant en situation de domination n'exécute pas son obligation de coopération, la doctrine solidariste est effectivement parvenue à imposer en droit une forme de coopération contractuelle dépassant le simple devoir de bonne foi et de loyauté. Plus précisément, c'est par une lecture combinée des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil que la Cour de cassation a pu assurer une telle protection de la partie faible¹⁷⁸⁰. Le courant solidariste propose en l'occurrence, avec cette nouvelle lecture, un fondement juridique à la coopération contractuelle qui se manifeste en particulier par une obligation singulière imposée à la partie dominante de prendre en compte l'intérêt de la partie faible dans l'exercice de ses pouvoirs sous peine de commettre un abus désormais envisagé sous l'éclairage nouveau du solidarisme et des propos de Louis Josserand¹⁷⁸¹.

Il serait par conséquent possible de ne plus confondre juridiquement la coopération économique, objet du contrat, et la coopération loyale, devoir inhérent à tout contrat au nom de la seule bonne foi. Qu'il s'agisse de l'ancien article 1134, de l'ancien article 1135, ou encore, plus certainement, d'une lecture combinée de ces deux dispositions, une telle obligation « *de prendre en charge l'intérêt du partenaire dépendant* »¹⁷⁸² révèle, au-delà du simple devoir de bonne foi, l'existence d'une relation étroite entre des parties poursuivant la réalisation d'un intérêt commun. Existence d'ailleurs confirmée dans le cadre de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats dans la mesure où cette obligation est traitée séparément

¹⁷⁷⁹ La conception solidariste du contrat ne conduit donc plus seulement à le penser comme « *une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance* » : RÉMY Ph., « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 281.

¹⁷⁸⁰ Visant à la fois les anciens articles 1134 et 1135 du Code civil, les décisions du 1^{er} décembre 1995 imposaient donc sur ce double fondement « *au partenaire dominant de prendre en charge l'intérêt du partenaire dépendant* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 40. C'est-à-dire au nom d'un esprit de coopération qui serait inhérent aux contrats de dépendance¹⁷⁸⁰ et à leur finalité. Précisions également sur ce point que l'ancien article 1135 évoqué dès 1995 par l'Assemblée plénière ouvre la porte à l'extension de cet esprit de coopération à d'autres situations que la seule détermination du prix.

¹⁷⁸¹ Envisagée sous l'angle solidariste, la théorie de l'abus de droit selon ce dernier impose que « *chacune des parties doit conformer sa conduite à l'idéal commun ; elle doit respecter et assurer l'équilibre contractuel* » : JOSSERAND L., « Sur la relativité des droits », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1927-1928, p. 152.

¹⁷⁸² REVET Th., *op. cit.*, p. 40.

de la bonne foi, au nouvel article 1163¹⁷⁸³ relatif au contenu du contrat. Toutefois, la frontière est toujours bien mince entre la traduction de la logique coopérative économique et la mise en œuvre d'un simple devoir de coopération né de l'exigence de bonne foi et de loyauté dans les relations contractuelles. C'est bien pour cela que l'émergence du courant solidariste dans la jurisprudence civile¹⁷⁸⁴ ne peut constituer que le point de départ d'une réflexion plus large favorable à la prise en compte en droit civil d'une coopération par le contrat.

2. Une admission déformée par le solidarisme

137. Une coopération solidaire dans le contrat imposée par l'ancien article 1134. Alors qu'ils tenaient compte de l'inégalité intrinsèque aux relations de distribution¹⁷⁸⁵, les juges du Quai de l'Horloge furent en mesure d'assurer une meilleure appréhension de la dépendance de la partie faible à l'égard de son partenaire¹⁷⁸⁶. Le constat d'un abus de la part du « maître » du contrat devint alors la clef de la protection de la partie faible, assurant que son intérêt serait bien pris en compte par celui-là. Il est alors pertinent de souligner qu'une telle lecture, fidèle au réalisme du droit contemporain des contrats, s'exprime tout particulièrement en matière de distribution où les contrats présentent structurellement une forte dépendance entre les parties. Il est dès lors cohérent de croire pouvoir y déceler les premiers sursauts d'émancipation « *des vieilles lunes sur lesquelles reposait l'utopie contractuelle d'antan* »¹⁷⁸⁷ essentiellement

¹⁷⁸³ Alors que la bonne foi serait désormais inscrite au nouvel article 1104, lequel dispose que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

¹⁷⁸⁴ Thierry Revet notait d'ailleurs que les décisions du 1^{er} décembre 1995 rendues par l'Assemblée plénière traduisait une évolution profonde de la conception du contrat ; en d'autres termes, il soulignait « *l'ampleur du changement opéré par les décisions de l'Assemblée plénière et les allures coperniciennes de la révolution en cours* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁸⁵ Thierry Revet soulignait à ce propos qu'il ne devait pas être compris de ces décisions que « *la Haute juridiction aurait renoncé à toute politique d'intervention en faveur des contractants en situation de dépendance dans les contrats-cadre, pour laisser la régulation s'opérer par la seule loi contractuelle. L'objectif de protection demeure. Mais il se réalise désormais dans le respect de la prééminence d'une partie sur l'autre, car l'inégalité structurelle des relations de dépendance est clairement consacrée par les arrêts considérés* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁸⁶ Effectivement, « *la consécration du caractère inégalitaire des relations de dépendance officialise le besoin de protection du contractant dépendant : elle vaut reconnaissance de sa position de faiblesse, et de la nécessité d'une intervention destinée à en limiter les effets, car l'inégalité ne saurait être absolue, mais risquerait de le devenir en l'absence de bornes. L'interventionnisme protecteur est donc légitimé par l'admission de l'inégalité entre les parties à la relation de dépendance* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 40. En d'autres termes, la protection de la partie faible serait assurée en partie par l'obligation de loyauté et de bonne foi, laquelle confine à la coopération des parties dans la mesure où elle impose au partenaire dominant de prendre en charge les intérêts du contractant dépendant. Ainsi en va-t-il non seulement en ce qui concerne la détermination du prix durant l'exécution des contrats de distribution (Dans ce cas « *le pouvoir du contractant dominant de fixer le prix des contrats d'application implique par lui-même la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant* » : REVET Th., *Ibid*), mais également en cas de rupture unilatérale de ces contrats.

¹⁷⁸⁷ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 610.

focalisée sur la liberté. Le tournant marqué par les décisions de 1995 entraîne effectivement une nouvelle façon de concevoir les contractants « *comme des partenaires et non comme des proies* », ou des « *dindons* »¹⁷⁸⁸, pour les situations dans lesquelles il existe par la force des choses un « maître » de la relation contractuelle. Au-delà de la question de l'instauration d'un équilibre minimum au sein de toute relation contractuelle de distribution¹⁷⁸⁹, celle de la juste mesure dont il doit faire preuve tout au long de l'exécution du contrat se présente comme un élément essentiel de la coopération passant par l'instauration d'un contrôle de l'abus dans l'usage qu'il fait de ses pouvoirs au mépris des intérêts de son partenaire¹⁷⁹⁰.

Par ailleurs, la coopération ne se manifeste pas seulement par l'encadrement de l'exercice de ces pouvoirs, mais également par celui de l'attitude même des parties, lesquelles doivent demeurer cohérentes eu égard à la confiance légitime que leurs actions passées ont pu susciter chez leur partenaire, et assurer la stabilité de la relation contractuelle¹⁷⁹¹. Elle conduit par exemple à restreindre le pouvoir de modification unilatérale du contenu du contrat aux détriments de la liberté contractuelle, et notamment, pour ce qui concerne les contrats de distribution, s'agissant de la question de la détermination du prix¹⁷⁹². Une telle protection pouvait cependant révéler simplement une tendance à la moralisation des relations de distribution¹⁷⁹³. Elle présenterait d'ailleurs en cela un lien de filiation avec la lecture doctrinale traditionnelle de l'ancien article 1134 alinéa 3 en vertu duquel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Imprégnée du solidarisme, elle envisage

¹⁷⁸⁸ LE TOURNEAU Ph., « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 9.

¹⁷⁸⁹ Ainsi en va-t-il par exemple du bannissement progressif de la clause abusive du paysage du droit contemporain des contrats, ou encore, de manière plus topique, de l'émergence de l'idée de proportionnalité au sein des contrats de distribution : la célèbre jurisprudence *Macron* ayant effectivement fondé le rejet de la disproportionnalité du contrat de l'exigence de loyauté : Cass. com., 17 juin 1997, *D.*, 1998, p. 308.

¹⁷⁹⁰ Denis Mazeaud affirmait effectivement que le maître du contrat était tenu d'exercer « *de bonne foi son pouvoir exorbitant, afin que le contrat, unilatéralement et inégalement conçu, ne soit pas confisqué dans son intérêt exclusif, au mépris total de l'intérêt du contractant dépendant* » : MAZEAUD D., *op. cit.*, p. 614.

¹⁷⁹¹ Alors que pendant longtemps la jurisprudence affichée des juges du Quai de l'Horloge privilégiait la précarité du lien unissant le producteur et son distributeur en favorisant la liberté contractuelle du concédant dominant, certaines décisions récentes semblent devoir juguler cette faculté du concédant de mettre fin à la relation contractuelle sur le fondement de la liberté d'organisation de son réseau de distribution : déjà dans ce sens, fondée sur la notion d'abus dans la rupture de la relation contractuelle : Cass. com., 5 avril 1994, *D.*, 1995, p. 69 et s., ou encore Cass. com., 4 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 355 : il s'agit plus précisément de situation dans lesquelles le concessionnaire avait effectué de lourds investissements dans l'espoir de conserver le lien contractuel l'unissant au producteur, lequel l'en avait par ailleurs incité faisant naître une confiance légitime au maintien du contrat.

¹⁷⁹² Ce que consacre le projet de réforme du droit des contrats au nouvel article 1163.

¹⁷⁹³ Caroline Raja soulignait d'ailleurs que, dans la même veine, la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation s'inscrivait également dans un « *mouvement d'encadrement des relations contractuelles entre professionnels (...) dans la continuité d'un phénomène de « moralisation » des relations de distribution* » : RAJA C., « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », *RTD Com.*, 2014, p. 1.

effectivement cette disposition du Code civil comme instaurant au nom de la bonne foi une norme de comportement à suivre dans le cadre de toute relation contractuelle¹⁷⁹⁴. Une attitude à la fois passive et active¹⁷⁹⁵, animée de l'esprit de loyauté transcendant le contrat qu'évoquait Yves Picod¹⁷⁹⁶. Ainsi l'obligation de coopération relevait-elle pour ce dernier exclusivement d'une directive d'exécution du contrat, et non d'une directive d'interprétation liée à « *l'idée de but contractuel* »¹⁷⁹⁷. Considérée comme un moyen, la coopération ne devait donc pas être envisagée comme une fin en soi recherchée par les parties, objet de leur volonté et de leur consentement¹⁷⁹⁸.

Ainsi demeurait-elle appréhendée à la seule lumière de la bonne foi, et exclusivement comme un comportement imposé à tout contractant engagé dans une relation contractuelle¹⁷⁹⁹. La coopération recouvrait alors cette tendance à contraindre chacune des parties à collaborer activement à l'exécution du contrat, au-delà de ce qui y est exprimé afin de parvenir à maximiser son utilité pour chacune des parties¹⁸⁰⁰. Avant même la jurisprudence d'Assemblée de 1995, l'auteur identifiait déjà une forme de consécration de cette obligation de coopération

¹⁷⁹⁴ « *En ce sens, il apparaît que l'article 1134, ali. 3 concerne au premier chef le comportement actif des contractants* » : JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 46, 2005, p. 308. Bertrand Fages affirmait également dans sa thèse que « *l'exigence de bonne foi, c'est clair, est une affaire de comportement* » : FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 552.

¹⁷⁹⁵ Effectivement, « *un accord doctrinal s'établit pour considérer que la bonne foi de l'article 1134, ali. 3 engage les contractants à une exécution active et qu'elle intéresse la qualité de leur comportement* » : JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 308.

¹⁷⁹⁶ Yves Picod démontrait en effet que « *exécuter loyalement, c'est exécuter en recherchant la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction, au-delà des stipulations contractuelles* » : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, p. 97.

¹⁷⁹⁷ PICOD Y., *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁹⁸ S'appuyant sur cette disposition, Yves Picod affirmait au contraire que « *la jurisprudence française a progressivement consacré une obligation de coopération entre les parties (...), (qui) s'affine et se renforce sensiblement au point de modifier notre approche classique du contrat* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁹⁹ Ainsi l'auteur rappelle-t-il que « *M. Carbonnier, pour qui le contrat est aussi un acte de foi, admet que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil implique un devoir de collaboration entre les parties. C'est d'ailleurs l'opinion de la doctrine dominante pour qui le concept de bonne foi débouche sur une obligation de coopération ayant elle-même pour corollaire une obligation de renseignement* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 101. Il proposait également une présentation détaillée du concept de coopération contractuelle ainsi entendu au sens de conséquence du devoir de loyauté. Le lien avec la loyauté et la bonne foi devenait sous sa plume inaltérable dans la mesure où, « *dénuée de tout fondement, l'obligation de coopération risque d'être mal comprise, mal absorbée par notre droit et de devenir une simple abstraction (...), sinon l'obligation continuera d'être perçue par le juge davantage comme une conciliation d'intérêts antagonistes que comme l'expression d'une réelle solidarité entre les parties* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 107.

¹⁸⁰⁰ « *En collaborant avec le créancier, il lui procurera une exécution plus complète. Son devoir de loyauté l'oblige à dépasser le cadre d'une simple exécution fidèle des prévisions contractuelles, alors que le créancier doit faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations en lui offrant toute l'aide nécessaire. En coopérant, le créancier exécutera à son utilité* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 104.

issue de la bonne foi, et dégagée sur fond de solidarisme contractuel¹⁸⁰¹. Bien que convaincu par cette conception restreinte de la coopération contractuelle telle que fondée sur l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, Yves Picod concluait cependant sur une note d'espoir lorsqu'il prophétisait que « *l'obligation de coopération a sans doute un avenir prometteur* »¹⁸⁰². Il demeurait néanmoins certain qu'elle ne pourrait s'extraire du carcan de cette disposition, et ne pourrait s'imposer en tant qu'objet du contrat à part entière, et de la volonté des parties, au grand « dam » de Jacques Mestre¹⁸⁰³.

138. Une coopération économique par le contrat négligée à l'ancien article 1135. Alors qu'à l'instar d'Yves Picod la doctrine dominante semblait vouloir en conserver une vision déformée et limitée à l'application de l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles¹⁸⁰⁴, Jacques Mestre pouvait effectivement identifier les prémisses d'une nouvelle forme de coopération à partir de l'analyse de certains contrats créés par la pratique commerciale¹⁸⁰⁵. Il existerait par conséquent une autre manifestation possible de la coopération par le contrat se détachant de la bonne foi, laquelle masquait jusque-là sa dimension économique. Dans la mesure où il était admis que « *l'exigence de bonne foi de l'article 1134, al. 3 plonge ses racines au cœur de ce qui fait le contrat et de ce qui est contractuel* »¹⁸⁰⁶, il était cohérent de lier la coopération à la finalité du contrat, voire même à

¹⁸⁰¹ « *En l'absence de dispositions légales ou de prévisions contractuelles expresses, notre jurisprudence a consacré une obligation de coopération aussi bien à la charge du créancier que du débiteur* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 107. Il citait alors, parmi les plus notables : l'obligation faite à l'auteur, en matière de contrat d'édition, de corriger les épreuves : Trib. civ. Seine, 15 avril 1863, Pataille, 1865, p. 47 ; ou encore l'obligation de faciliter le travail de l'autre dans le cadre du développement d'une activité commune : CA, Aix-en-Provence, 2 décembre 1983, Bull. civ. Aix, 1983, n° 138.

¹⁸⁰² PICOD Y., *op. cit.*, p. 110.

¹⁸⁰³ Ce dernier affirmait effectivement qu'au « *souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral* » : MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 102.

¹⁸⁰⁴ Philippe Stoffel-Munck affirmait effectivement que le droit contemporain des contrats conservait une approche selon laquelle, « *dans un cas, il assimile l'article 1134 al. 3 et l'article 1135 c. civ., dans l'autre il utilise la bonne foi contractuelle pour indiquer aux parties que leur situation contractuelle ne les exempte pas de se comporter l'une envers l'autre avec honnêteté et urbanité* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat. Essai pour une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, p. 81

¹⁸⁰⁵ Yves Picod précisait en effet en évoquant les recherches de ce dernier que « *certaines contrats créés par la pratique commerciale, reposant sur une sorte d'« affectio contractus », constituent une terre d'élection de l'obligation de coopération* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 106, en référence à : MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 53 et s. Certains avaient même pu affirmer bien avant lui que « *si l'idée de collaboration entre les contractants connaît un certain essor, on peut estimer qu'elle se justifie par des considérations pratiques, indépendantes de la loyauté contractuelle* » : VOUIN R., *La bonne foi, Notion et rôles actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, p. 136.

¹⁸⁰⁶ JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 313.

son contenu¹⁸⁰⁷. Quand bien même la coopération serait inhérente à la bonne foi, en tant que norme de comportement, elle ne pourrait être appréhendée sans lien avec le contrat dont elle transcende l'exécution¹⁸⁰⁸. Elle aurait donc dû s'exprimer également dans les dispositions du Code civil relatives au contenu du contrat, et notamment à l'ancien article 1135¹⁸⁰⁹. en vertu duquel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Il est alors possible que la bonne foi et l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles conduisent sur la voie de l'économie du contrat¹⁸¹⁰. Il existerait en effet un lien entre la coopération contractuelle et le contenu du contrat dès lors qu'elle doit être envisagée à l'aune de la finalité du contrat, de son économie¹⁸¹¹. Elle trouverait d'ailleurs dans l'ancien article 1135 un fondement nouveau qui devrait lui permettre d'être appréhendée à part entière comme un objet du contrat, et non plus exclusivement comme une conséquence de la bonne foi¹⁸¹². Yves Picod ne condamnait d'ailleurs pas cette hypothèse lorsqu'il envisageait cette disposition comme un complément de l'ancien article 1134¹⁸¹³ associant à la bonne foi utilitariste une référence à ce que l'équité exigerait également en terme de loyauté de

¹⁸⁰⁷ Philippe Jacques remarque d'ailleurs « *que la loyauté ne peut justement être envisagée « isolément », pour et par elle-même, indépendamment de la convention qui, seule, lui donne sa raison d'être* » : JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 311.

¹⁸⁰⁸ « (...), *on retiendra essentiellement de ce qui précède que cet article emporte une règle de comportement et que le comportement qu'elle saisit n'a de sens que pris en situation contractuelle* » : JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 314.

¹⁸⁰⁹ En vertu duquel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

¹⁸¹⁰ Philippe Stoffel-Munck démontrait en effet que, « *dès lors, la loyauté contractuelle se présente comme une fidélité (fides) à l'opération que les parties ont entendu réaliser par leur convention. Dans cette optique, le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 83, et donc de la coopération par le contrat dans la mesure où elle pourrait imprimer « *aux relations des parties une direction, une orientation qui n'est autre que la réalisation du but qui les a fait s'unir* » : JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 310.

¹⁸¹¹ Ainsi Philippe Stoffel-Munck pouvait-il affirmer que l'obligation de coopération dégagée de l'ancien article 1135 du Code civil devait servir notamment à ce « *que le matériel soit opératoire, c'est-à-dire que le but économique soit atteint* », associant alors l'équité à la bonne foi énoncée à l'ancien article 1134 alinéa 3 entendue dans son acception utilitariste telle que présentée par Yves Picod ; c'est-à-dire lorsque ce dernier « *place ainsi le concept de loyauté contractuelle sous l'égide de l'exécution utile du contrat* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 83

¹⁸¹² Admettant que « *réduire la raison d'être de l'article 1135 du Code civil à une directive d'interprétation, c'est méconnaître sa lettre et sa portée historique* » (préface de Rémy Cabrillac et Christian Atias à la thèse de Clémence Mouly-Guillemaud : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. VII), une doctrine minorant tachait de retourner aux origines de cette disposition du Code civil en l'envisageant à part entière comme un texte autorisant « *l'appréciation judiciaire du contenu contractuel en des perspectives outrepassant les volontés originelles* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. 1.

¹⁸¹³ Visant l'ancien article 1135 il indiquait alors que « *cet article est toutefois considéré par la doctrine classique et moderne comme supplétif (...). L'article 1135 doit, à notre sens, être considéré comme une règle d'exécution au même titre que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil. La doctrine associe du reste fréquemment ces deux articles* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 92 et 93.

comportement¹⁸¹⁴. Philippe Jacques semblait pour sa part offrir un second souffle à cette disposition en parvenant à démontrer que si « *l'article 1134, al. 3 est relatif au comportement des parties, il se distingue fondamentalement de l'article 1135, en ce que ce dernier ne tend qu'à la détermination du contenu des conventions, et spécifiquement à l'enrichissement du contenu d'un accord de volontés en considération de son type ou de sa finalité* »¹⁸¹⁵.

Alors qu'il invitait à envisager l'ancien article 1135 du Code civil comme le point névralgique de l'enrichissement de la volonté exprimée des parties en considération de la finalité qu'elles poursuivent¹⁸¹⁶, Philippe Jacques lui conférait une dimension propice à l'émergence d'une coopération par le contrat ; c'est-à-dire qui permettrait la prise en compte de la coopération comprise à part entière comme l'opération économique envisagée par les contractants¹⁸¹⁷. Il s'agissait toutefois d'une lecture originale que ne partageait pas, jusque-là, la majorité de la doctrine civiliste¹⁸¹⁸. Poursuivant l'objectif d'assurer la bonne fin de l'opération économique envisagée par les parties, et afin de déterminer précisément ce qu'elles ont explicitement et implicitement convenu d'exécuter dans cette finalité, cette disposition du Code civil autoriserait une prise en considération juridique de la coopération entendue à part entière comme une opération économique que les contractants projeteraient de réaliser. Ainsi Philippe Jacques et Philippe Stoffel-Munck évoquaient-ils la résurgence possible d'une

¹⁸¹⁴ Dans la mesure où l'auteur affirme notamment que « *leur rôle peut être complémentaire, toutes les immixtion du juge dans le contrat ne se justifiant pas par la loyauté contractuelle. Ainsi, l'obligation de sécurité que le juge a découverte dans certains contrats peut difficilement se fonder sur la bonne foi de l'article 1134 du Code civil, à moins de faire de cette notion un concept totalement élastique* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 93 et 94. Il apportait cependant une forte limitation à la portée de l'ancien article 1135 en la matière. Il affirmait en effet que « *si l'équité de l'article 1135 du Code civil peut trouver une certaine place dans notre droit des obligations, son rôle doit être résiduel* » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 94, précisant alors que « *c'est en l'absence d'autres dispositions plus précises, plus techniques, qu'elle pourra jouer un rôle. En général, l'équité permet davantage de régler des situations individuelles que de fonder ou de justifier des obligations à la charge des contractants* ».

¹⁸¹⁵ JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 315.

¹⁸¹⁶ Il indique en effet que « *son objet est d'étendre ce contenu afin de retrouver l'intégralité des effets du modèle de convention auquel ces accords correspondent au mieux ou, au moins, les effets que la finalité de ces accords commande d'ajouter aux prévisions des parties* » : JACQUES Ph., *Ibid.*

¹⁸¹⁷ Ainsi affirmait-il que l'on « *ne peut, partant, tenir qu'un contractant qui se comporte de bonne foi, conformément aux exigences de l'article 1134, al. 3, satisfait ainsi aux prescriptions de l'article 1135 : la détermination du contenu des conventions ne se confond pas avec la qualité attendue de leur exécution* » : JACQUES Ph., *Ibid.*

¹⁸¹⁸ Traditionnellement dégagées au titre de la bonne foi et du solidarisme, il est parfois admis que les obligations de coopération et d'information soient parfois évoquées au titre des suites que l'équité ou la nature du contrat imposent aux parties. Philippe Jacques rappelait d'ailleurs que, « *selon la plupart des auteurs, les applications de l'article 1134, al. 3 prendraient les traits d'obligations ou de devoirs* » alors que « *l'accroissement du contenu d'une convention, considéré comme l'effet d'une disposition générale, ne peut résulter que de l'article 1135* » : JACQUES Ph., *op. cit.*, p. 319 et 321. Philippe Stoffel-Munck précise par ailleurs que « *nos magistrats confirment ce point de vue, visant alternativement les articles 1134 al. 3 et 1135 c. civ. pour des espèces analogues, et les juxtaposant parfois, lorsqu'il s'agit de compléter la convention par des obligations ad hoc* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 82. Et ce dernier de préciser que « *la plupart des devoirs dérivés de la bonne foi pourraient d'ailleurs relever de l'article 1135 c. civ.* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 83.

fonction essentielle attachée à cette disposition en vertu de laquelle la « *coopération contractuelle ne nous paraît donc pas né d'un ferment moral (...), non seulement elle est économique, mais elle l'est exclusivement* »¹⁸¹⁹. La recherche d'une prise en considération de la logique coopérative en droit civil pouvait conduire alors à dépasser la lecture solidariste donnée à l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, et incidemment à l'ancien article 1135. Il s'agirait en l'occurrence de rendre à ce dernier sa fonction longtemps négligée par la doctrine¹⁸²⁰. Fondement essentiel de l'enrichissement du contenu du contrat au-delà de la seule volonté exprimée par les parties, cette disposition permettrait en effet de préciser l'esprit de coopération dégagé par le solidarisme en le distinguant davantage des exigences de loyauté et de bonne foi¹⁸²¹. Il n'y a effectivement qu'un pas à faire depuis le devoir de coopération jusqu'à la coopération proprement dite¹⁸²². Cette disposition permettrait alors d'enjamber le fossé entre la théorie générale et la pratique contractuelle, que les juges du Quai de l'Horloge tentent en vain de combler, afin de « remettre les pendules à l'heure de la coopération ».

B. L'omission d'une coopération par le contrat

139.L'impéritie du droit civil face à la coopération. Il a pu être démontré que l'identification de l'existence de l'externalisation en droit civil, à travers l'espèce du contrat d'entreprise, fondée sur une logique échangiste¹⁸²³, emportait nécessairement une dénaturation de son essence coopérative. L'erreur ainsi commise par la doctrine civiliste révèle néanmoins l'impéritie du

¹⁸¹⁹ STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 84.

¹⁸²⁰ Rappelons que cette fonction d'enrichissement du contenu du contrat au-delà de la volonté exprimée des parties conférée à l'ancien article 1135 du Code civil trouvait déjà une expression à travers les propos de Domat, considéré par beaucoup comme le père de cette disposition. Ce dernier affirmait en effet que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention : et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré. De sorte que l'on peut distinguer trois sortes d'engagements dans les conventions. Ceux qui sont exprimés : Ceux qui sont des suites naturelles des conventions : Et ceux qui sont réglés par quelque loy, ou quelque coutume* » : DOMAT J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public. Legum delectus*, Michel David, 1713, p. 24.

¹⁸²¹ C'est-à-dire de rechercher un contrat élaboré dans l'esprit de la coopération et ayant la coopération pour objet et non simplement comme une manifestation de la loyauté et de la bonne foi évoquées à l'ancien article 1134 du Code civil.

¹⁸²² C'est en effet sur ce fondement que, rappelant les propos de René Demogue, Christophe Jamin évoque la réinterprétation de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil afin d'en « *faire le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants* » : JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 451.

¹⁸²³ « *L'article 1710 du Code civil est certes l'un des articles les plus mal rédigés et les plus mal situés du Livre III du Code civil. Cependant, il est une chose qu'il n'est pas possible de lui ôter, c'est la structure d'échange symétrique d'un facere contre un prix qu'il instaure au profit du contrat d'entreprise. La structure d'échange symétrique du contrat d'entreprise est peut-être d'ailleurs la seule propriété déterminée de ce contrat* » : SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 379.

droit civil à rendre compte de la logique coopérative dès lors qu'il reposait sur une classification fondée sur une distinction binaire entre les logiques d'échange¹⁸²⁴ et d'organisation. Cette nouvelle logique se traduirait davantage au sein d'un modèle contractuel intermédiaire encore ignoré par le droit positif¹⁸²⁵. Juliette Sénéchal démontrait d'ailleurs qu'il devrait être « *possible de découvrir trois finalités contractuelles, sous-tendues par trois structures bien distinctes : la finalité du contrat-échange, la finalité du contrat-organisation et la finalité hybride du contrat-souche* »¹⁸²⁶. Une telle finalité hybride ferait alors écho aux modes hybrides de gouvernance fondés eux-mêmes sur une logique coopérative, et pourrait ainsi accueillir cette forme nouvelle d'organisation de l'économie dont l'externalisation fait partie.

Bien qu'il s'en rapproche, le contrat-organisation ne repose pas non plus sur une logique coopérative mais sur une logique organisationnelle destinée à fédérer au sein d'une même structure l'intervention de plusieurs acteurs au service de la réalisation d'un but commun¹⁸²⁷. Une distinction s'impose alors entre la coopération et l'organisation dans la mesure où la première ne s'articule pas autour de la poursuite d'un intérêt identique pour tous mais autour d'une relation dans laquelle chacun participe à la réalisation de l'intérêt de l'autre, et *in fine* d'un intérêt commun. Cette divergence se retrouve ensuite nécessairement en ce qui concerne leur traduction juridique, ce que participe à mettre en évidence les contrats de distribution. Il est en effet admis que si la logique organisationnelle se manifeste en droit par la subordination hiérarchique, la logique coopérative implique quant à elle l'autonomie des partenaires, et ce quand bien même ils noueraient des relations de dépendance. Il s'avère d'ailleurs que ce serait à travers la prise en compte de ce type de relations que la doctrine civiliste, ainsi que la jurisprudence, semblent aujourd'hui enclines à prendre en considération la logique coopérative au-delà de la seule bonne foi¹⁸²⁸, ouvrant alors la voie à la consécration

¹⁸²⁴ Le modèle du contrat-échange était d'ailleurs présentée par Paul Didier comme recouvrant les contrats ayant pour objet et pour but une finalité de « *permutation des biens et des services* » : DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, Revue de jurisprudence commerciale, 1995, p. 75.

¹⁸²⁵ Juliette Sénéchal proposait ainsi de ranger les formules contractuelles reposant sur une logique coopérative au sein d'un modèle inspiré des propos de Jean Carbonnier : le contrat-souche.

¹⁸²⁶ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 354.

¹⁸²⁷ « (...), la structure du contrat-organisation est une structure de fusion, d'union qui produit une agrégation des valeurs (...), la structure du contrat-organisation aboutit à la naissance d'un agrégat, un tout imbriqué de structure et d'éléments : une organisation, une institution stable et pérenne » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 356 et 357.

¹⁸²⁸ « Le droit de la distribution est devenu un univers où le rapport de forces prime sur le rapport : quelle est alors la pertinence du consensualisme – auquel obéit par principe le contrat d'entreprise – et de l'autonomie de la volonté dans des rapports en rupture d'équilibre » : PICOD Y., « La coopération commerciale », in *Le*

d'un nouveau modèle contractuel dans lequel l'externalisation trouverait un point d'ancrage définitif et approprié inspiré par une volonté doctrinale non seulement « *de reconstruire l'ordre contractuel sous la bannière d'une exigence morale de coopération mais de proposer un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* »¹⁸²⁹. L'identification erronée de l'externalisation à l'espèce du contrat d'entreprise ainsi que l'impérialité du droit civil à rendre compte de la logique coopérative pourtant dominante en matière économique conduit au constat de l'insuffisance des modèles contractuels traditionnels en matière de coopération. Concentrée sur une acception solidariste de cette dernière, la doctrine civiliste dominante ignorait ainsi un courant minoritaire par lequel l'existence d'une coopération par le contrat pourrait être admise à travers l'émergence d'une voie intermédiaire entre l'échange et l'organisation, matérialisée par la théorie des groupes de contrats (1), puis celle des actes conjonctifs (2)

1. L'émergence d'une voie intermédiaire par les groupes de contrats

140.L'inspiration tirée des groupes de contrats. « *À la tendresse pour le grain succède la ferveur pour la grappe* »¹⁸³⁰ : à ces quelques mots prononcés par Jean-Marc Mousseron, la doctrine, en quête d'une traduction juridique de la coopération, est nécessairement invitée à s'inspirer des travaux de Bernard Teyssié relatifs aux groupes de contrats. Il est vrai que la structure singulière du contrat-cadre y renvoie¹⁸³¹. Dès lors qu'il est admis qu'il doit être compris comme un ensemble contractuel composé d'un contrat-cadre et de contrats d'application, la parenté est évidente. Un bref retour sur cette théorie développée par Bernard Teyssié devrait par conséquent faciliter la compréhension de ce mécanisme, ainsi que la démonstration du fait qu'il pose les jalons d'une retranscription juridique adéquate de la coopération. Se détachant d'une vision individualiste en vertu de laquelle le contrat était « *considéré non comme un simple moyen mais comme un acte qui porte sa fin en lui-même* »¹⁸³², Bernard Teyssié engageait une réflexion renouvelée sur l'outil contractuel. Aux

nouveau régime des relations industrie-commerce (Loi du 2 août 2005), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 2006, p. 41.

¹⁸²⁹ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 27, 2012, p. 12.

¹⁸³⁰ Préface de Jean-Marc Mousseron à la thèse de Bernard Teyssié : TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975, p. XV. Le préfacier précisait alors que « *le culte de l'individuel a marqué le XIXe siècle comme le culte de l'ensemble paraît dominer le XXe siècle vieillissant* ».

¹⁸³¹ Rappelons simplement que cette structure est consacrée par la jurisprudence elle-même, et en passe de l'être dans le Code civil comme le prévoit la réforme du droit des contrats.

¹⁸³² TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 2.

groupements de personnes matérialisés par l'essor des sociétés, il associait les groupements de contrats en tant qu'ils révéleraient l'interdépendance et la coopération considérés comme une réalité économique¹⁸³³. Mais, alors que les premiers devaient finalement se voir consacrer un modèle contractuel propre, les seconds étaient toujours délaissés par la théorie générale. Bernard Teyssié avançait néanmoins l'hypothèse d'un espace intermédiaire entre les contrats à structure simple reposant sur une logique d'échange, et les contrats de sociétés fondés sur une logique d'organisation. Ainsi les groupes de contrats offraient-ils selon lui une grille de lecture propre à rendre compte des situations où « *la réalisation d'une opération complexe impose de recourir à plusieurs agents, chacun exécutant une fraction de la tâche* »¹⁸³⁴.

Dans la mesure où l'évolution des activités économiques révélait un accroissement de leur complexité ainsi que la nécessité d'une coopération entre opérateurs, il était clair qu'un « *seul contrat ne saurait en régler toutes les modalités* »¹⁸³⁵ ; le domaine de la distribution devait d'ailleurs confirmer ce constat¹⁸³⁶. Sans remettre en cause la pertinence des contrats à exécutions successives, Bernard Teyssié proposait d'envisager, à côté des contrats complexes uniques¹⁸³⁷, des complexes de contrats¹⁸³⁸. Au-delà du critère de la pluralité de parties¹⁸³⁹, il proposait alors d'assurer la pérennité des groupes de contrats à travers la question de l'interdépendance contractuelle fondée sur une identité d'objet ou une identité de cause¹⁸⁴⁰. Distinguant alors les chaînes de contrats, unies par un même objet, des ensembles de contrats, unies par une même cause, Bernard Teyssié élaborait une nouvelle typologie des groupes de

¹⁸³³ « *Le groupe constitue une réalité socio-économique à laquelle le Droit, de plus en plus fréquemment, accorde son investiture* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 2 et 3. Il ajoutait d'ailleurs que « *l'efficacité de l'action passe, bien souvent, par le rassemblement des énergies. Ce qu'une personne, physique ou morale, ne peut accomplir seule, sera réalisable en association avec d'autres* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³⁴ TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 8.

¹⁸³⁵ TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 9.

¹⁸³⁶ Claude Champaud remarquait en effet qu'il devenait de plus en plus fréquent qu'une entreprise, « *par un ensemble de contrats identiques passés avec un grand nombre de détaillants, constitue autour de sa marque un réseau de distribution intégrée, parfaitement soumis à sa direction et à sa puissance* » : CHAMPAUD Cl., « *Les méthodes de groupements des sociétés* », *RTD Com.*, 1967, p. 1037.

¹⁸³⁷ « *Si, entre deux personnes, ou plus, pour la réalisation de plusieurs opérations, une offre unique est formulée, une acceptation unique donnée ; c'est un contrat unique à structure complexe car il couvre diverses opérations, qui est alors formé* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 33.

¹⁸³⁸ « *Si plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun, de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être, ils constituent un véritable groupe* » ou complexe de contrats : TEYSSIÉ B., *Ibid.*

¹⁸³⁹ La distinction entre ces deux catégories, ni même l'unité de chacune d'elle, ne pouvaient en effet résider dans ce critère dans la mesure où « *deux personnes peuvent être unies par plusieurs contrats, tandis que la pluralité des participants se conjugue, parfois, avec l'unité du contrat* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁴⁰ « *Lorsque plusieurs accords interviennent successivement sur un même objet, une première catégorie de groupes se dessine, authentiques chaînes de contrats. Conclus pour assurer la réalisation d'un même objectif, à l'initiative du promoteur de l'opération, des conventions, soudées par une identité de cause, se conjuguent au sein de véritables ensembles de contrats* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 36.

contrats. Il précisait cependant que si les premières poursuivaient la réalisation successive d'une même prestation, les seconds organisaient à proprement parler la réalisation d'un but commun aux parties¹⁸⁴¹. Ainsi entendus, les ensembles de contrat paraissent donc devoir participer de la traduction juridique de la coopération dans la mesure où dans ce cadre « *tout accord assure non seulement la réalisation d'un objectif particulier, directement visé par les parties, mais contribue aussi à l'exécution d'autres buts, plus lointains, qui en constituent la véritable raison d'être* »¹⁸⁴². Cette théorie élaborée par Bernard Teyssié pourrait donc servir de point de départ pertinent à la doctrine civiliste cherchant un instrument juridique propre à retranscrire la logique coopérative dès lors que, par une identité de cause, il devient possible de coordonner et d'organiser la réalisation d'un intérêt commun par plusieurs contractants.

141. Une théorie appliquée à la distribution. De fait, lorsqu'il soulignait que « *la recherche d'un but commun constitue un critère essentiel* »¹⁸⁴³ de l'identification d'un ensemble de contrats unis par une identité de cause¹⁸⁴⁴, Bernard Teyssié précisait que, si les parties poursuivent toujours une cause immédiate qui leur est propre, chacune participe également de la réalisation d'une cause lointaine unique¹⁸⁴⁵ constituant la cause de l'ensemble. Aussi dotait-il l'appareil doctrinal d'un mécanisme contractuel destiné à permettre la réalisation d'opérations économiques complexes pour lesquelles un contrat unique ne saurait suffire, et au premier rang desquelles devrait figurer la coopération économique. La notion de contrat-cadre admise par la jurisprudence, et développée par la même doctrine afin de parvenir à la modélisation des réseaux de distribution¹⁸⁴⁶, semble d'ailleurs emprunter ce mécanisme proposé par Bernard Teyssié. Qu'ils soient dépendants ou interdépendants, la structure des ensembles de contrats se retrouve en effet à travers celle du contrat-cadre. S'il admettait en l'occurrence l'existence d'une volonté commune des parties d'organiser leurs relations contractuelles futures, Jean Gatsi éclairait d'ailleurs la conception jurisprudentielle du contrat-cadre par cette identité de cause en vertu de laquelle « *le contrat-cadre est un accord sur certains éléments du contrat d'application (...), le second consentement sert ainsi à préciser les modalités*

¹⁸⁴¹ Il affirmait en effet que dans un ensemble de contrats, « *les diverses conventions réunies en un ensemble participent (...), à titre principal ou accessoire, à la réalisation d'un même objectif* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁴² TEYSSIÉ B., *Ibid.*

¹⁸⁴³ TEYSSIÉ B., *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ Entendue comme une identité de cause subjective ; c'est-à-dire la réalisation d'un intérêt commun aux parties, par opposition à la cause objective évaluée à l'aune des contreparties des obligations de chacune.

¹⁸⁴⁵ « *Si les conventions ont, chacune une causa proxima différente qui les caractérise, leur confère une originalité au sein du groupe, elles sont unies par une causa remota identique* » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 96.

¹⁸⁴⁶ Dans la mesure où il est de mise de considérer que « *la distribution constitue le domaine d'élection des contrats-cadre* » : GATSI J., *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 273, 1996, p. 9.

d'exécution du contrat-cadre »¹⁸⁴⁷. En d'autres termes, c'est bien à partir d'une identité de cause, *l'affectio modulus*¹⁸⁴⁸, que la structure duale du contrat-cadre a pu trouver une justification.

Outre le fait que le contrat-cadre ait été clairement distingué du contrat-échange et du contrat-organisation, c'est essentiellement à travers l'analyse de sa structure que son utilité se trouve affirmée. Empruntée à celle des ensembles de contrats, elle permet en effet, à travers l'articulation d'un contrat-cadre et de contrats d'applications, de laisser « *à d'autres contrats le soin de réaliser enfin l'objectif des contractants* »¹⁸⁴⁹. Reposant sur une application contemporaine de la théorie des groupes de contrats¹⁸⁵⁰, la notion de contrat-cadre participe ainsi de la modélisation juridique de la coopération dans la mesure où elle manifeste « *l'esprit de collaboration imprégnant les contrats de durée* »¹⁸⁵¹ qui se retrouvent majoritairement dans le fonctionnement des réseaux de distribution. La jurisprudence relative à la détermination du prix dans les contrats de durée permet d'ailleurs d'affirmer l'existence d'un lien de parenté entre les contrats de distribution et le contrat-cadre, dès lors qu'elle distingue le contenu du contrat-cadre et celui des contrats d'application ce qui traduit sur la question un effacement du premier¹⁸⁵², et donc le passage « *de la formation du contrat-cadre à son exécution par le biais de contrats d'application* »¹⁸⁵³. Pourtant cette structure, et à travers elle le mécanisme propre à la théorie des groupes de contrats, pourraient être encore enrichis afin de parvenir à la modélisation de la coopération. Il serait par conséquent possible d'envisager sa traduction juridique sous la forme d'un contrat unique prévoyant la réalisation de l'objectif commun des parties à travers un ensemble d'obligations principales et complémentaires. La

¹⁸⁴⁷ GATSI J., *op. cit.*, p. 148.

¹⁸⁴⁸ Entendue nous le rappelons comme l'existence partagée d'une « *volonté préalable de standardisation des relations des contractants* » : GATSI J., *op. cit.*, p. 303.

¹⁸⁴⁹ GATSI J., *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁵⁰ Application à la fois doctrine et jurisprudentielle dès lors que la notion de contrat-cadre se situe au cœur du raisonnement de l'Assemblée plénière dans ses décisions rendues le 1^{er} décembre 1995. Il est effectivement notable que la Cour de cassation ait décidé d'appliquer un régime particulier aux contrats-cadre dans le cas des relations de distribution. Elle affirme en effet que la détermination ultérieure du prix bénéficie d'un régime singulier propre aux conventions-cadre¹⁸⁵⁰ reposant sur une lecture combinée des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil par laquelle elle parvient à sécuriser les relations de distribution, et se différencie dès lors profondément du mandat, du contrat d'entreprise ou pis encore de la vente, dans la mesure où il manifeste « *l'esprit de collaboration imprégnant les contrats de durée* » qui se retrouvent majoritairement dans le fonctionnement des réseaux de distribution : AYNÈS L., *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁵¹ AYNÈS L., *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁵² « *Alors que la Cour de cassation s'intéressait de fort près – si ce n'est de trop près – au contenu du contrat initial (...), elle ne s'y intéresse plus aujourd'hui, au point qu'il n'est même pas nécessaire qu'une clause relative au prix figure dans ce contrat initial (...) ce qui intéresse la Cour de cassation : l'abus lors de la fixation du prix, sous entendu au moment de la conclusion de chacun des contrats d'application* » : JAMIN Ch., « *La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre* », *RTD Com.*, 1997, p. 19.

¹⁸⁵³ JAMIN Ch., *Ibid.*

théorie élaborée par Bernard Teyssié, adaptée en matière de distribution sous la forme du contrat-cadre, conduit donc finalement à envisager la traduction juridique de la coopération par le biais de l'hypothèse d'une conjonction d'obligations au sein d'un seul contrat¹⁸⁵⁴.

2. L'émergence d'une voie intermédiaire par les actes conjonctifs

142. Une inspiration complétée par la théorie des actes conjonctifs. Bien que la théorie des groupes de contrats ait conduit à admettre l'existence de complexes de contrats dont l'unité repose sur l'identification d'une prestation essentielle partagée¹⁸⁵⁵, ou d'un but commun qu'il s'agit de poursuivre, elle présente un inconvénient de taille : la nécessité d'une pluralité de contrats permettant la réalisation de l'opération économique envisagée. Ainsi la coopération serait-elle condamnée à se matérialiser juridiquement par la conclusion de plusieurs actes. Il faut néanmoins tâcher de dépasser ce « plafond de verre ». C'est d'ailleurs ce à quoi encourageait Pierre Catala lorsqu'il se demandait « *comment reconnaître que les diverses personnes concourant à une même opération adhèrent tantôt à un acte unique mais conjonctif et composent tantôt un groupe de contrats distincts mais simples* »¹⁸⁵⁶. Se résigner à la retranscription de la coopération sous la forme de groupes de contrats reviendrait par conséquent à nier que « *le groupe est un moyen détourné de retrouver l'unité* »¹⁸⁵⁷. Il conviendrait donc de déterminer un moyen plus direct pour y parvenir. Or, quoi de plus direct en la matière que de veiller à ne pas perdre l'unicité du contrat. C'est justement ce que permet la notion d'acte conjonctif développée par Rémy Cabrillac afin de compléter la démarche de Bernard Teyssié visant à améliorer la modélisation juridique des opérations économiques complexes telles que la coopération, et donc de l'externalisation.

Caractérisée à la fois par une unité de partie et d'acte, la notion d'acte conjonctif reposerait notamment sur une « *communauté d'intérêt reliant les membres d'une partie* »¹⁸⁵⁸ comme le ciment relie les pierres d'un même mur. En écho à la notion d'intérêt commun¹⁸⁵⁹ déjà

¹⁸⁵⁴ En d'autres termes en envisageant qu'il soit possible « *qu'une opération à deux personnes se ramifie sans perdre son unité : (que) de simple, l'acte devient conjonctif, mais demeure un* » : CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990, p. XIII.

¹⁸⁵⁵ « *Divers contrats ont un même objet, dès lors qu'ils s'organisent, à propos d'une même chose, autour d'une prestation essentielle* » : TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975, p. 34.

¹⁸⁵⁶ Préface de Pierre Catala à la thèse de Rémy Cabrillac : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. XIII.

¹⁸⁵⁷ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁵⁸ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁵⁹ Dont il a pu être démontré plus haut qu'elle participe de l'identification juridique de la coopération.

présente dans les ensembles de contrats à travers l'identité de cause, Rémy Cabrillac associait cependant l'unité d'intérêt à une identité d'objet typique des actes conjonctifs¹⁸⁶⁰. L'élément caractéristique de l'acte conjonctif résiderait par conséquent dans la détermination d'une obligation principale propre au contrat en question. Alors qu'il abandonnait en partie la classification proposée par Jean-François Overstake fondée sur l'objet du contrat déterminée par rapport à l'opération économique envisagée¹⁸⁶¹, Rémy Cabrillac suggérait une qualification reposant sur l'identification de l'obligation caractéristique du contrat. L'acte conjonctif devait donc permettre de pallier cette insuffisance de la théorie des groupes de contrats dans la mesure où il ne concevait pas « *comment l'unité d'objet de l'obligation principale découlant de la solidarité ou de l'indivisibilité n'entraînerait pas l'unité du contrat* »¹⁸⁶². Œuvrant indirectement à la traduction juridique de la coopération sous la forme de l'externalisation, Rémy Cabrillac ajoutait aux groupes de contrats, réunis par l'unicité de l'opération réalisée, la notion d'acte conjonctif permettant l'association de plusieurs parties à la réalisation d'un but commun, son obligation caractéristique, et soumise à une obligation de coopération¹⁸⁶³.

La coopération économique rejoindrait donc, à travers la notion d'acte conjonctif, l'unique conception que s'en faisait jusque-là le droit : une obligation de coopération au nom de la bonne foi. Elle acquiert toutefois une dimension supplémentaire dès lors que l'unité de l'acte conjonctif impose une identité de l'obligation caractéristique du contrat à la réalisation de laquelle chacune des parties contribue, et qui peut consister en une opération de coopération économique. Il faut cependant noter que cette analyse conduite par Rémy Cabrillac ne portait pas directement, à la différence de celle de Bernard Teyslié, sur de telles hypothèses présentes en droit de la distribution¹⁸⁶⁴. La distinction de l'acte conjonctif et du modèle du contrat-organisation devait donc nécessairement en pâtir¹⁸⁶⁵, et avec elle la singularité de la

¹⁸⁶⁰ Il précisait que, pour pouvoir identifier des parties à un acte conjonctif, « *il suffit qu'elles concourent toutes à la réalisation de l'objet de l'acte* » : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁶¹ Et qui avait conduit à considérer à tort le contrat d'entreprise en tant que figure juridique de l'externalisation au mépris de son essence coopérative : cf. *supra* dans le chapitre 1 du titre 1.

¹⁸⁶² CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁶³ Dans la mesure où « *la réalisation d'une prestation en commun oblige les membres d'une partie plurale à collaborer et à ne pas se nuire* » : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 382.

¹⁸⁶⁴ Droit et la famille et des successions¹⁸⁶⁴, et surtout droit des sociétés occupaient l'essentiel de sa démonstration : Ainsi était-il affirmé par exemple que « *la donation-partage (...) nécessite une pluralité de descendants. Elle ne peut qu'être conjonctive* » : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 142, ou bien l'exemple topique de l'indivision.

¹⁸⁶⁵ Dans la mesure où Rémy Cabrillac démontrait effectivement que « *les différents participants à la formation d'une personne morale passent un acte unilatéral car un seul intérêt est créé. Cet acte est toujours conjonctif*

coopération eu égard à l'organisation. « *Fragile* » et « *inachevée* »¹⁸⁶⁶, la construction doctrinale proposée par Rémy Cabrillac n'en ouvrait toutefois pas moins une voie nouvelle à la coopération juridique en expliquant, « *mieux qu'une analyse purement volontariste, que plusieurs personnes puissent être réunies dans un même intérêt* »¹⁸⁶⁷ autour de la réalisation d'un but commun. Approfondissant alors cette hypothèse avancée par Rémy Cabrillac, Marie-Élodie Ancel allait encore plus loin et proposait une tentative d'unification de la coopération contractuelle par l'identification de la prestation caractéristique. Ce faisant, elle franchissait alors une étape incontournable du passage du groupe de contrats à l'élaboration du modèle du contrat-coopération.

143. Une concrétisation par la prestation caractéristique. En guise de conclusion Rémy Cabrillac se demandait, à lui-même autant qu'à ses successeurs, si la notion d'acte conjonctif ne pourrait pas « *éclairer d'un jour nouveau d'autres pans du droit des obligations* »¹⁸⁶⁸. Marie-Élodie Ancel répondait alors à cette invitation en précisant la notion de prestation caractéristique du contrat. Alors que l'étude menée par Rémy Cabrillac ne pouvait s'appuyer que sur des exemples épars¹⁸⁶⁹, elle lui fournissait néanmoins une assise plus globale propre à l'intégrer à la théorie générale. Au-delà du cas particulier du mandat, et s'appuyant sur l'obligation de coopération inhérente à l'acte conjonctif, Marie-Élodie Ancel démontrait en effet qu'une lecture combinée des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil¹⁸⁷⁰ devrait pouvoir servir de fondement à une distinction entre la prestation caractéristique du contrat, évoquée à l'ancien article 1134, et les prestations accessoires, découlant d'une lecture dynamique de l'ancien article 1135. Soulignant que « *la mode est aujourd'hui en doctrine à découvrir une obligation de collaboration entre co-contractants* »¹⁸⁷¹, Rémy Cabrillac démontrait déjà que l'absence d'une *affectio societatis* devait rendre plus prégnant le devoir

car il rassemble nécessairement plusieurs participants » (CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 145), l'acte conjonctif se rapproche du contrat de société bien qu'il ne présente pas la moindre *affectio societatis*.

¹⁸⁶⁶ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 383.

¹⁸⁶⁷ CABRILLAC R., *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ CABRILLAC R., *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ Il reconnaissait d'ailleurs lui-même n'avoir fait que poser les jalons nécessaires à « *la construction d'une théorie générale de l'acte conjonctif* » : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 383.

¹⁸⁷⁰ Notons que la combinaison doctrinale de ces deux articles ne constituent en rien une nouveauté. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les propos de Philippe Rémy selon lequel « *il semble que la régulation judiciaire des contrats spéciaux, depuis une vingtaine d'années, doit plus aux articles 1134 al. 3, 1135 et 1156 du Code civil qu'aux règles propres à chaque grand contrat nommé* », et donc que « *les règles les plus générales doivent les règles propres aux contrats spéciaux* » : RÉMY Ph., « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 111.

¹⁸⁷¹ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 231.

de coopération *inter partes*¹⁸⁷². Il se détachait néanmoins de l'analyse traditionnelle de cette obligation en gestation pour identifier au sein de l'acte conjonctif une forme de coopération inspirée de la logique irriguant le modèle du contrat-organisation¹⁸⁷³. Ainsi pouvait-il affirmer que, dans l'acte conjonctif, si « *l'agencement de l'exécution des différentes prestations rend nécessaire une coopération de tous* », alors chaque contractant est nécessairement « *tenu envers les autres d'une obligation de collaboration distincte des obligations des parties* »¹⁸⁷⁴. Il suggérait par conséquent la possibilité d'identifier différentes obligations au sein d'un même contrat. Bien qu'il parvienne à en poser ainsi les bases, il concédait que « *la distinction entre l'obligation de collaboration (...) et les obligations entre les parties est parfois délicate* »¹⁸⁷⁵ dans la mesure elles sont souvent confondues. Il parvenait toutefois à en fixer les contours à partir de l'évocation de quelques exemples tel que celui du devoir de coopération animant les participants à une œuvre commune¹⁸⁷⁶. Plus que cela, il proposait également un fondement nouveau à cette obligation qu'il identifiait dans « *la réalisation de l'objet de l'acte conjonctif* »¹⁸⁷⁷ ; c'est-à-dire également dans la réalisation de sa cause, et donc de son obligation caractéristique.

La déstructuration de la prestation, typique des groupes de contrats selon Bernard Teyssié, devait par conséquent pouvoir être appliquée au sein d'un même contrat en articulant une prestation caractéristique et des prestations accessoires participant à sa réalisation, le tout dans une relative interdépendance¹⁸⁷⁸. Cela devait en l'occurrence conduire Marie-Élodie Ancel à finalement émettre l'hypothèse que la notion de prestation caractéristique devait exprimer « *l'unité fonctionnelle du contrat, l'objet central de l'accord des parties* »¹⁸⁷⁹. Rebondissant à

¹⁸⁷² Ainsi affirmait-il que, « *contrairement à l'idée parfois défendue selon laquelle les partenaires contractuels seraient de farouches adversaires, des auteurs, suivis par les tribunaux, ont relevé qu'ils doivent collaborer ensemble pour la meilleure formation et la meilleure exécution possible du contrat* » : CABRILLAC R., *Ibid.*

¹⁸⁷³ « *L'affectio societatis est la forme la plus poussée et la plus élaborée de collaboration, mais d'autres existent, notamment au sein de la partie plurale à un acte conjonctif* » : CABRILLAC R., *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 231 et 232.

¹⁸⁷⁵ CABRILLAC R., *Ibid.*

¹⁸⁷⁶ Effectivement, dans la mesure où « *une telle œuvre n'est pas la simple juxtaposition de la contribution de chacun des coauteurs* » et que « *la spécificité d'une œuvre littéraire ou artistique rend indispensable l'agencement des différentes contributions* », alors « *le devoir de collaboration est inscrit dans l'appellation même de l'œuvre exécutée par différents co-auteurs* » : CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 233.

¹⁸⁷⁷ CABRILLAC R., *op. cit.*, p. 260.

¹⁸⁷⁸ C'est d'ailleurs ce que relevait déjà René Demogue lorsqu'il suggérait que « *plusieurs personnes se trouvant dans une situation identique vis-à-vis d'un même créancier, il peut y avoir avantage à admettre entre elles une certaine interdépendance* » : DEMOGUE R., *Notions fondamentales de droit privé*, Rousseau, 1911, p. 499.

¹⁸⁷⁹ Préface de Laurent Aynès à la thèse de Marie-Élodie Ancel : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. V.

son tour sur la remise en cause de la classification établie par Jean-Francis Overstake¹⁸⁸⁰, elle proposait alors de dépasser les notions d'objet et de cause afin d'imposer l'identification de la prestation caractéristique en tant qu'élément déterminant de la qualification des contrats. Elle précisait toutefois qu'une telle identification ne pouvait trouver à s'appliquer, en particulier, que pour la catégorie, « *en quelque sorte emblématique de la société contemporaine, des contrats de fourniture rémunérée de biens ou de services* »¹⁸⁸¹ ; en d'autres termes, par l'exclusion des formules contractuelles de type échangiste et organisationnel¹⁸⁸². Ainsi la prestation caractéristique devenait-elle irrémédiablement l'élément « caractéristique » d'un modèle contractuel en devenir : le contrat-coopération, réceptacle idoine de l'externalisation.

Conclusion de section. Indiscutablement animée d'une essence coopérative dans la mesure où elle se classe parmi les modes de gouvernance hybride, l'externalisation exprime clairement l'instauration d'une relation de coopération destinée à améliorer le fonctionnement et la gestion des ressources des entreprises. Sa prise en compte juridique appelle donc une analyse de la traduction, par le droit civil tout d'abord, de la logique coopérative, laquelle s'avère bien plus délicate que sa prise en compte par la stratégie d'entreprise. Favorisée, mais aussi entravée, par le solidarisme la coopération a finalement tardé à être prise en considération par la théorie générale du contrat. Cependant l'évolution des réflexions doctrinales autour des contrats de distribution et de l'exigence de bonne foi a pu conduire progressivement à l'émergence d'une voie contractuelle intermédiaire entre le contrat-échange et le contrat-organisation. Une voie ayant favorisé par la suite l'élaboration doctrinale d'un modèle propre à la mise en œuvre de la logique économique de coopération : le contrat-coopération.

¹⁸⁸⁰ Dans ce sens évoquons la « charge » menée contre elle par Judith Rochfeld, laquelle considérait que « *la notion d'objet à laquelle se reporte M. Overstake n'est efficace que parce qu'elle prend les attributs de la cause c'est-à-dire parce qu'elle intègre le but, la raison de l'engagement de chacun, voire « l'opération économique » à réaliser* » : ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 134.

¹⁸⁸¹ ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁸² Elle affirmait en effet que la prestation caractéristique était par nature « *absente de la figure de l'échange au sens large et, ajoutera-t-on, de celle des contrats associatifs, au premier rang desquels se présente le contrat de société* » : ANCEL M.-É., *Ibid.*

Section 2 : Une essence retrouvée dans le contrat-coopération

144. Une essence économique retranscrite dans le contenu du contrat. Alors qu'elle admettait l'existence d'une coopération contractuelle inhérente aux exigences de loyauté et de bonne foi, la doctrine civiliste dominante demeurait convaincue qu'elle devait se limiter aux relations nées du contrat, et non aux relations coopératives justifiant son existence¹⁸⁸³. Entendue exclusivement à la lumière du solidarisme, elle s'exprimait finalement sous la forme d'une coopération dans le contrat¹⁸⁸⁴ et non de manière autonome¹⁸⁸⁵, comme un instrument contractuel à part entière. Il était néanmoins progressivement admis que « *les parties n'ont pas nécessairement des intérêts opposés ; elles peuvent avoir des intérêts communs* »¹⁸⁸⁶. Dépassant la simple collaboration active des parties à l'exécution la plus utile du contrat, la coopération s'imposait peu à peu comme relevant de sa nature même, de son essence¹⁸⁸⁷. Émergeait alors, à partir d'un solidarisme enrichi des théories relationnelles, une nouvelle conception du contrat permettant de pallier cette « *distorsion entre la théorie et les faits du droit contractuel* »¹⁸⁸⁸. Dès lors que la démonstration du caractère incomplet des contrats devenait un constat indiscutable¹⁸⁸⁹, l'ancien article 1135 était alors appelé à retrouver sa substantifique moelle en tant que principe d'appréciation du contenu des contrats au-delà de la seule volonté exprimée des parties¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸³ Cette doctrine dominante concevait en effet la coopération exclusivement comme un moyen d'assurer des entre les parties des « *rappports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 358.

¹⁸⁸⁴ « *Le solidarisme contractuel consiste essentiellement (...), en une exigence de civisme contractuel qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant. Cette éthique contractuelle s'exprime concrètement, entre autres par les idées d'altruisme, de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme* » : MAZEAUD D., « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études Juridiques, 2004, p. 57.

¹⁸⁸⁵ Le solidarisme contractuel préconisait effectivement « *d'ériger en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité et de bonne foi qui doivent conduire les contractants à collaborer entre eux* » : GRYNBAUM L., « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. Études Juridiques, 2004, p. 25.

¹⁸⁸⁶ BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, p. 19.

¹⁸⁸⁷ « *Il est, en effet, de plus en plus commun que la bonne exécution d'un contrat dépende de la coopération active des parties (...). Dans tous les cas c'est la nature même des contrats qui impose aux parties de coopérer* » : BOISMAIN C., *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ VILLEY M., « Historique à l'étude des notions de contrat », *APD*, 1968, vol. 13, p. 1.

¹⁸⁸⁹ « *Le droit des contrats serait en crise notamment parce que le principe du contrat complet est trop souvent valorisé par la théorie classique. En effet, la pratique montre que ces derniers peuvent être incomplets pour différentes raisons* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁹⁰ Effectivement, une partie de la doctrine appréhende cette disposition afin de permettre « *l'appréciation judiciaire du contenu contractuel en des perspectives outrepassant les volontés originelles, et de combler les déficiences de leur absence d'anticipation ou de leur insuffisante prévision* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 1.

Intemporellement considéré à l'aune de « *la tentation la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »¹⁸⁹¹, le contrat était traditionnellement envisagé comme un acte d'anticipation des faits par les parties afin d'en mieux maîtriser les conséquences à venir¹⁸⁹². Il ne pouvait cependant tout prévoir, notamment dans un environnement économique marqué par la précarité, l'instabilité et l'accroissement de sa durée. Ainsi Ian Macneil proposa-t-il pour cette raison une alternative à cette conception classique du contrat fondée non plus sur la force de la volonté des parties, mais sur les relations entretenues entre elles à partir de contrats incomplets¹⁸⁹³. En limitant de la sorte le rôle du consentement initial¹⁸⁹⁴, la théorie des contrats relationnels encourageait en conséquence la détermination des éléments essentiels et accessoires du contrat au-delà de la seule volonté exprimée par les parties¹⁸⁹⁵. Dépassant ainsi la stricte recherche de leur commune intention conformément à l'ancien article 1156¹⁸⁹⁶, ce nouveau courant préférait mettre l'accent sur la relation instaurée entre elles¹⁸⁹⁷. Il s'agissait donc de déterminer toutes les suites que l'économie du contrat, telle que voulue par les parties, imposait à chacun des contractants. L'importance dès lors accordée à l'ancien article 1135 du Code civil relevait par conséquent de l'évidence. Ce dernier s'émancipait finalement de la bonne foi pour s'affirmer comme une disposition à part entière participant de l'appréciation du contenu du contrat¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹¹ HAURIOU M., *Principes de droit public*, Larose, 1^{ère} éd., 1910, p. 206.

¹⁸⁹² Il s'agissait effectivement d'un « *moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 359.

¹⁸⁹³ Entendus comme des contrats ne définissant pas précisément les obligations réciproques des parties, les contrats incomplets laissent une grande place à l'interprétation de leur volonté.

¹⁸⁹⁴ « *En effet, dans ce type de contrat les parties s'accordent sur la structure de la relation et non sur ses termes exprès. Toutefois, le consentement des parties est toujours nécessaire pour qu'un contrat soit conclu* » aussi bien pour ce qui concerne l'acceptation de l'offre que l'acceptation du contenu contractuel : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 331.

¹⁸⁹⁵ « (...) *il est fréquent dans ces derniers (les contrats relationnels), que les parties aient laissés volontairement des blancs* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 397.

¹⁸⁹⁶ « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » ; formulation reprise peu ou prou par le nouvel article 1188, lequel dispose désormais que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

¹⁸⁹⁷ « *L'étendue des obligations dans les contrats relationnels dépend, en principe, de la relation qui liait les parties, c'est-à-dire des attentes légitimes qu'avaient les contractants en ce qui concerne l'exécution du contrat* » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 439.

¹⁸⁹⁸ Didier Ferrier affirmait en effet, en préfaçant la thèse de Clémence Mouly-Guillemaud, que « *l'article 1135 est à considérer comme « une nouvelle source du contenu contractuel »* » reposant dès lors à la fois sur « *la volonté déclarée* » et sur « *le rôle de l'équité, de l'usage ou de la loi non pas comme sources du droit mais comme « sources justificatives de l'essence contractuelle de la suite »* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. V.

Corinne Boismain précisait d'ailleurs¹⁸⁹⁹ que l'ancien article 1135 s'imposait nécessairement comme le fondement essentiel de l'appréciation de l'économie du contrat en tant qu'élément déterminant de la relation contractuelle¹⁹⁰⁰. Alors qu'elle offrait une possibilité de prise en considération de l'économie par le droit, la théorie des contrats relationnels participait ainsi de la promotion de cette disposition au rang qui aurait dû être le sien au sein de la théorie générale¹⁹⁰¹. Par l'association d'une approche à la fois matérielle et fonctionnelle, cette disposition favorisait en effet la mise en évidence de l'importance de l'économie du contrat dans la mesure où il s'avérait qu'elle participait grandement à l'enrichissement de son contenu au-delà de la seule volonté exprimée par les parties. Aussi permettait-il également d'envisager l'existence d'un modèle contractuel dont la structure serait déterminée par sa fonction économique¹⁹⁰², elle même consistant en la réalisation d'une opération économique singulière : la coopération. L'attention peu à peu accordée par la doctrine à cette notion, ainsi que son regain d'intérêt pour cette disposition, constituent en l'occurrence une clef essentielle pour la détermination d'une traduction juridique adéquate de la coopération¹⁹⁰³ et, à travers elle, de l'externalisation¹⁹⁰⁴. Ainsi devait-elle favoriser l'émergence d'un nouveau modèle contractuel apte à rendre compte de cette relation économique particulière qu'est la coopération.

Annnonce de plan. Prenant pour point de départ ce regain d'intérêt de la doctrine civiliste pour des notions nouvelles ou trop longtemps négligées, il sera possible d'appréhender un modèle contractuel adapté à la prise en compte en droit de l'essence coopérative de l'externalisation. L'analyse détaillée du contrat-coopération révèle alors une double convergence avec cette

¹⁸⁹⁹ « La doctrine lorsqu'elle justifie les ajustements imposés par le juge utilise indifféremment l'équité ou l'obligation de bonne foi » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 441. Précisons toutefois le caractère relativement minoritaire de cette hypothèse dans la doctrine civiliste.

¹⁹⁰⁰ « L'article 1135 du Code civil parle d'équité, d'usages, nous pouvons donc considérer qu'il explicite la manière de déterminer l'étendue (le contenu) des obligations » : BOISMAIN C., *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁰¹ « Par son biais, l'acceptation du contrat n'est plus celle d'une loi individuelle, intangible car réfractaire à tout contrôle susceptible d'en moduler la rigueur, asservissant le contractant à la stricte observance d'un engagement dont les lacunes et omissions n'en arrêtent pas moins la mesure » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 1 et 2.

¹⁹⁰² « L'observation du contenu que la jurisprudence prête à l'économie du contrat permet de l'analyser techniquement comme un rapport de droit global fait d'un ensemble de créances et de dettes ; elle est la norme contractuelle » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 160.

¹⁹⁰³ Et ce notamment dans la mesure où la notion d'économie du contrat est « une pièce essentielle de sa structure juridique globale » : préface de Jean Beauchard à la thèse de Sébastien Pimont : PIMONT S., *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁰⁴ Sébastien Pimont affirmait d'ailleurs à propos de la première que, « ainsi définie, l'introduction d'une telle notion en droit privé interne peut répondre à un premier besoin pratique clairement identifiable : analyser le contenu d'opérations contractuelles nouvelles irréductibles aux modèles de contrats connus » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 24.

dernière : une convergence matérielle dans l'économie du contrat (§1) d'une part, et une convergence structurelle liée à la fonction du contrat (§2), d'autre part.

§1 : Une convergence matérielle dans l'économie du contrat

145. De l'économie à l'économie du contrat. Bien que fondamentalement présente au cœur même de la notion de contrat, son économie fut longtemps envisagée par la doctrine civiliste comme « *un sujet fantôme, fuyant et insaisissable* »¹⁹⁰⁵. Cependant, outre sa fonction d'instrument de contrôle ou de redressement du contrat, elle exprime avant tout « *la nature juridique profonde du contrat (...). C'est le ciment de la cohérence du contrat, c'en est véritablement la clé* »¹⁹⁰⁶. S'il est alors surprenant qu'elle fût ainsi délaissée par la doctrine¹⁹⁰⁷, il est également nécessaire qu'elle soit désormais mise en lumière afin d'éclairer d'un jour nouveau la conception du contrat dans la mesure où elle apporte une vision globale et unifiée du quoi, du comment et du pourquoi. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que l'économie et le droit trouveraient ainsi utilement à se rencontrer¹⁹⁰⁸. Entendue à l'origine comme désignant une science de l'organisation et de la gestion¹⁹⁰⁹, l'économie décrit relativement bien ce que pourrait être le contenu global du contrat ; c'est-à-dire, l'organisation harmonieuse de l'ensemble des obligations découlant de la volonté explicite et implicite des parties¹⁹¹⁰.

Inspirée par son utilisation par le Conseil d'État¹⁹¹¹, la doctrine civiliste se contenta dans un premier temps de recevoir partiellement cette acception organique de l'économie du contrat

¹⁹⁰⁵ Préface de Jean Beauchard à la thèse de Sébastien Pimont : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 9.

¹⁹⁰⁶ PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ Jusqu'aux thèses proposées par Philippe Jacques et Clémence Mouly-Guillemaud, le constat était effectivement que « *l'article 1135 du Code civil inchangé depuis 1804 a, malgré ses fréquentes et multiples applications par la jurisprudence, été largement négligé par la doctrine* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. V.

¹⁹⁰⁸ « *L'économie et le droit du contrat entretiennent des rapports naturels issus d'un double mouvement. C'est d'abord l'économie qui a fertilisé le droit en lui offrant l'un de ses piliers : l'échange de valeur dont le contrat forme la traduction juridique. C'est ensuite le droit qui est venu en aide à l'économie en offrant à l'échange une stabilité et une efficacité civilement sanctionnées* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁰⁹ L'économie peut en effet être définie comme le fait de « *gérer les ressources d'un ménage, de conduire une maison, d'administrer un capital ou un revenu* », et comme « *l'harmonie existant entre les différentes parties d'un corps organisé, tendant à en assurer le bon fonctionnement* » : Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., version informatisée.

¹⁹¹⁰ En effet, ainsi envisagé d'un point de vue organique, « *l'emploi du terme « économie » appliqué au contrat vient combler un manque qui s'explique par l'assimilation faite par le Code civil entre « convention » et « obligation* » » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 15.

¹⁹¹¹ Il est en effet notable de préciser que l'économie du contrat fut maniée initialement par la jurisprudence administrative afin de justifier l'application de la théorie de l'imprévision en cas de « *bouleversement de*

comme désignant l'équilibre contractuel et non comme un fondement de l'application de la théorie de l'imprévision¹⁹¹². En ce sens, l'admission progressive de l'économie du contrat au sein de la théorie générale manifeste désormais une profonde mutation de la conception du contrat, notamment par la prise en compte de la dimension économique de son contenu ; d'analytique, cette conception tend en effet à devenir globale, et guidée par l'opération économique que les parties envisagent de réaliser¹⁹¹³. De plus, alors qu'une nouvelle lecture de l'ancien article 1135 se faisait jour, laissant l'économie du contrat déterminer les suites à donner aux obligations initialement formulées¹⁹¹⁴, la Cour de cassation procédait également à une subjectivisation de la cause entendue désormais comme « *l'intérêt économique raisonnablement attendu par l'un des contractants ; l'intérêt très concret conforme à l'opération économique globale que veulent réaliser les parties* »¹⁹¹⁵. Le législateur devait quant à lui procéder, bien plus tard, à une forme d'admission, en creux, de la théorie de l'imprévision au nouvel article 1195 du Code civil¹⁹¹⁶. Dès lors que la notion d'économie du contrat est envisagée aujourd'hui par les juges du Quai de l'Horloge afin d'appréhender l'unité d'une opération économique concrétisée par un seul et unique contrat, elle se présente comme le meilleur outil permettant de transposer juridiquement la dimension économique de

l'économie du contrat » : CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125, concl. Chardenet ; S. 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note Hauriou ; RDP, 1916, p. 206 et 388, note Jèze ; RTD Civ. 1916. 517, obs. Demogue.

¹⁹¹² « *Dans cette approche, l'économie du contrat est une traduction juridique de l'équilibre du contrat telle que l'ont voulue, et précisément définie, les parties et apparaît, en cela, comme une représentation tangible et globale de la matière même de l'accord des volontés dont le juge tente d'apprécier les limites prévisibles* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 16. Il convient toutefois de préciser que jusque récemment les civilistes manifestaient une forte défiance à l'égard d'une notion servant ainsi de pivot à l'application d'une théorie que les juges du Quai de l'Horloge s'étaient invariablement refusés à admettre en vertu d'une révérence quasi-mystique à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle : cf. par exemple : Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876. 1. 193, note Giboulot. La Cour de cassation affirmait alors sans ambage, et pour le siècle à venir et une partie d'une suivant, « *que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable qu'elle puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* », sauf à méconnaître la lettre des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil.

¹⁹¹³ « *Le terme d' « économie du contrat » n'est donc pas neutre du point de vue méthodologique ; il incite à prêter plus d'attention à la cohérence de l'ensemble des éléments du contrat qu'à la force de chacune des obligations ; autrement dit, l'économie du contrat n'est pas conforme à l'approche analytique ou « élémentaire » de la convention que promeut le Code civil aux articles 1108 et suivants* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 16.

¹⁹¹⁴ La Cour de cassation a effectivement pu, à plusieurs reprises, admettre que l'économie du contrat puisse fonder l'existence de suites que les parties n'avaient pas expressément prévues : Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21631 ; ou encore dans le même sens : Cass. com., 15 février 1994, Bull. Joly 1994. 508, note Velardocchio.

¹⁹¹⁵ PIMONT S., *op. cit.*, p. 19, en référence bien évidemment à la jurisprudence *point club vidéo* : Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 286 ; RTD Civ. 1996. 901, obs. Mestre.

¹⁹¹⁶ « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie (...), celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant (...). En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* ».

la coopération. Elle permet effectivement de déterminer l'économie du contrat-coopération (A), et facilite ainsi l'identification juridique de l'économie de l'externalisation (B).

A. Détermination de l'économie du contrat-coopération

146. Un plexus multiple : du subjectif et de l'objectif, du juridique et de l'économique. Alors qu'il envisageait les rapports entretenus par la volonté et son environnement dans le cadre contractuel, Pierre Hébraud proposait de poursuivre l'œuvre entreprise par Jacques Maury afin de déterminer leur point de rencontre dans le contrat ; c'est-à-dire le plexus contractuel du subjectif et de l'objectif, du juridique et de l'économique¹⁹¹⁷. Si le subjectif avait pu, à travers la sacro-sainte autonomie de la volonté, trouver une place prépondérante dans la théorie générale du contrat, l'objectif resta quant à lui cantonné aux domaines que le contrat voulut bien lui laisser : loi, ordre public, et sphère administrative. Longtemps donc, volonté et contrat se maintinrent en retrait de la vie sociale et économique. Les travaux menés par Maurice Hauriou guidèrent cependant la doctrine civiliste sur les chemins de leur appréhension conjointe à travers le contrat dès lors qu'il le définissait comme un acte de prévision permettant « *une domination de la volonté humaine sur les faits* »¹⁹¹⁸. Bien que la volonté demeurait toujours prépondérante, elle devait prendre en compte l'environnement dans lequel elle s'exprimait afin de mieux pouvoir le maîtriser¹⁹¹⁹. Ainsi le contrat devenait-il un point de rencontre du subjectif et de l'objectif dans la mesure où il permettait de concrétiser juridiquement la volonté des parties dans un contexte socio-économique existant¹⁹²⁰. Au-delà des limites et contraintes objectives qui ont pu progressivement être imposées au contrat, cette conciliation de la volonté et des éléments extérieurs a pu alors prendre un autre aspect¹⁹²¹. La lecture renouvelée des anciens articles 1134 alinéa 3 et 1135

¹⁹¹⁷ « C'est dans cette perspective que nous voudrions esquisser ici quelques observations sur un point particulier, les rapports entre la volonté, facteur subjectif caractéristique et déterminant, et les éléments extérieurs qui forment le milieu dans lequel elle se développe et avec lesquels elle se combine » : HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Sirey, 1960, p. 420 et 421.

¹⁹¹⁸ HAURIOU M., *Principes de droit public*, Larose, 1^{ère} éd., 1910, p. 206.

¹⁹¹⁹ « La puissance de la volonté trouve essentiellement à s'employer en agissant à la manière d'un démiurge, tout en conservant la possibilité d'atteindre exceptionnellement, et en quelque sorte à la limite, celle d'un créateur » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 424.

¹⁹²⁰ « On voit ainsi se dessiner une liberté concrète, qui crée du nouveau en s'appuyant sur la réalité existante. Le milieu dans lequel elle agit conditionne son efficacité, en l'orientant, voire en la limitant. Mais en même temps, il l'alimente, en lui fournissant des matériaux qu'elle utilisera pour édifier sa construction » : HÉBRAUD P., *Ibid.*

¹⁹²¹ Pierre Hébraud affirmait en effet que les contraintes extérieures exercées sur le contrat « apportent des éléments nouveaux qui se combinent avec lui ou s'y substituent ; elles se rattachent aux institutions, dont elles

du Code civil a en effet permis de consacrer l'enrichissement du contenu du contrat par des éléments étrangers à la volonté initialement exprimée par les parties ou, à tout le moins, déduit de cette volonté.

Le contenu du contrat devenait donc lui-même à la fois subjectif, car déterminé par la volonté, et objectif, car enrichi d'éléments extérieurs. Il ne manquait plus dès lors qu'à systématiser cette évolution à travers la notion d'économie du contrat. Associant une approche objective et subjective du contrat, cette notion envisage en l'occurrence l'instrument contractuel de manière plus globale, et en relation avec un élément auparavant négligé : l'opération économique que les parties souhaitent réaliser, la cause du contrat. Elle recouvre également le lien nécessaire entre cette volonté exprimée et sa matérialisation juridique ; en d'autres termes l'objet du contrat¹⁹²². Ainsi marque-t-elle nécessairement une rupture avec l'approche analytique traditionnelle qui conduisait la doctrine civiliste à envisager le contrat uniquement sous l'angle subjectif de l'échange des consentements, ce que Jean Carbonnier désignait sous l'appellation de « *contrat-obligation* »¹⁹²³. La notion d'économie du contrat traduit alors pleinement ce changement de perspective en s'intéressant désormais à « *l'opération économique globale et concrète* »¹⁹²⁴ que les parties souhaitent réaliser par l'intermédiaire du contrat. Dès lors, appréhendé en tant que « *contrat-opération* », il devient possible d'examiner sous un jour nouveau les mobiles contractuels existants, et plus particulièrement les mobiles économiques. La volonté individuelle et égoïste de chaque contractant n'apparaît donc plus au centre de cette conception contractuelle renouvelée par la notion d'économie du contrat, laquelle promeut plutôt l'étude du but concret poursuivi par les parties. Toujours subjective, la conception du contrat s'objectivise en effet par la référence à l'opération économique que le contrat sert. Offrant alors un nouvel essor à une théorie classique en crise, du fait de sa

procèdent, ou qu'elles tendent à édifier, et prennent ainsi un caractère objectif » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 425.

¹⁹²² Notons que si Jean-François Overstake envisageait déjà une telle approche du contrat, il ne faisait néanmoins que l'évoquer dans sa dimension méthodologique sans en tirer pleinement les conséquences à travers la classification nouvelle des contrats spéciaux qu'il proposait. Alors qu'il affirmait que, « *au fond, un contrat c'est généralement la transposition juridique d'une opération économique et réglementer le contrat c'est mettre sous la forme d'une équation juridique un problème économique* » (OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 17), il distinguait les contrats en fonction de leur objet (translatifs-non translatifs) et de leur cause (onéreux-gratuits) en délaissant finalement l'opération économique qu'il considérait pourtant comme essentielle.

¹⁹²³ « *Dans les articles 1108 et 1131, comme dans presque tout le titre des obligations conventionnelles, le Code civil a raisonné sur un contrat à l'image de la stipulatio romaine, contrat unilatéral, c'est à peine assez dire ; il faudrait dire contrat-obligation* » : CARBONNIER J., *Les obligations. Droit civil, Tome 4*, 22^e éd., 2000, n^o 64.

¹⁹²⁴ « *Avec l'économie du contrat, le « contrat-obligation » fait place au « contrat-opération » ; il se dote d'une matière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire ; ni cause, ni objet de l'obligation, le contenu de la convention s'entend d'une opération économique globale et concrète* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 23 et 24.

« *majestueuse simplicité* »¹⁹²⁵, le contrat-opération ouvre le champ des possibles en matière contractuelle, et plus particulièrement pour une meilleure appréhension du monde des affaires avec lequel l'écart tendait sans cesse à se creuser. Instrument essentiel de la vie juridique, le contrat devient également un instrument essentiel de la vie économique. Traduisant ainsi une conception rénovée du contrat (1), la notion d'économie du contrat favorise la détermination du contrat-coopération à partir de son contenu finalisé (2).

1. L'économie du contrat, une conception contractuelle rénovée

147. Un dépassement du solidarisme vers le finalisme économique. Mêlant l'objectif et le subjectif, l'équilibre et la volonté, la notion d'économie du contrat puise notamment sa sève dans celle « *d'équivalent voulu* » développée par Jacques Maury¹⁹²⁶. Originellement proche de la bonne foi autant que de l'équilibre contractuel¹⁹²⁷, cette notion désignerait, à la lumière du nouvel article 1194 du Code civil, autant la volonté initiale des parties, la volonté exprimée, que les suites que lui donnent l'équité, l'usage et la loi¹⁹²⁸ ; en d'autres termes, la volonté implicite des parties déterminée à l'aune de l'opération économique envisagée¹⁹²⁹. Toujours attachée à la volonté des parties, la notion d'économie du contrat s'en est cependant progressivement éloignée pour favoriser la prise en compte des exigences liées à la bonne foi et à la loyauté, puis de manière plus globale pour embrasser une dimension fonctionnelle du contrat prenant « *la forme de l'opération économique que veulent concrètement réaliser les*

¹⁹²⁵ « *Les juristes qui s'interrogent sur les destinées du contrat éprouvent parfois un sentiment de nostalgie au souvenir de la forte et majestueuse simplicité qu'avait atteinte, après une longue maturation, la théorie classique* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 420.

¹⁹²⁶ Notamment dans sa thèse : MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse dact., Université de Toulouse, 1920.

¹⁹²⁷ Évoquant l'utilisation de l'ancien article 1135 par la jurisprudence et la doctrine, Clémence Mouly-Guillemaud dénonçait l'importance alors accordée à la notion d'équité aux détriments des suites envisagées par cette disposition. Elle précisait qu'elle « *se présente, dès lors, comme un sentiment que l'on prône, dans cette quête noble qu'est la recherche du juste par l'équilibre* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 7 et 8.

¹⁹²⁸ Ayant fait disparaître a référence à la nature de l'obligation que prévoyait l'ancien article 1135 du Code civil, la rédaction du nouvel article 1194 prévoit en effet que « *les contrats obligent nons seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

¹⁹²⁹ Partageant la lecture proposée par Philippe Jacques, Clémence Mouly-Guillemaud démontrait en effet que, au-delà de la recherche d'un équilibre contractuel juste et optimum, l'ancien article 1135 devait être entendu également indépendamment de l'article précédent comme une source à part entière du contenu du contrat : « *cette suite, complément implicite de la volonté exprimée, se manifeste par l'adjonction d'une obligation nouvelle au contrat à raison de la nature de l'obligation initiale. Cette obligation nouvelle, bien que non issue de la volonté exprimée, n'est pas moins contractuelle* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. 363.

parties »¹⁹³⁰. La notion d'économie du contrat se place par conséquent au premier rang de ces « transformations du contrat (qui), s'adaptant aux nécessités du monde moderne, ont ainsi contribué à éclairer d'un jour nouveau les éléments permanents qui forment sa structure technique »¹⁹³¹. Elle n'est bien évidemment pas destinée à remplacer la cause ou l'objet¹⁹³², mais propose de les envisager ensemble afin d'identifier la fonction globale du contrat¹⁹³³, sa finalité ; en d'autres termes, ce qui le caractérise dans la mesure où cela lui donne sa justification eu égard à l'opération attendue par les parties.

La notion d'économie du contrat offre par conséquent une explication nouvelle du contrat, aussi bien sur le plan technique que philosophique¹⁹³⁴. Appuyée en partie sur la pensée de Maurice Hauriou, une partie de la doctrine civiliste a effectivement pu élaborer une conception contractuelle originale fondée sur une prise en compte contextualisée de la volonté des parties ; une conception dont l'aboutissement semble se présenter sous les traits de la notion d'économie du contrat, reprise aujourd'hui par le législateur sous la forme du contenu du contrat. Fidèle aux intuitions de Jacques Maury puis de Pierre Hébraud¹⁹³⁵, la doctrine a finalement admis que si la volonté est bien à l'origine du contrat, la théorie générale

¹⁹³⁰ « Le fait qu'elle ne soit pas totalement détachée de la volonté des parties ne l'empêche pas d'être plutôt objective, puisqu'elle prend la forme de l'opération économique que veulent concrètement réaliser les parties » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 23.

¹⁹³¹ HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, T. II, Sirey, 1960, p. 420.

¹⁹³² Bien qu'elle s'y substitue formellement dans la rédaction du nouvel article 1128 du Code civil selon lequel « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ». De fait, si la notion de cause n'apparaît plus dans la lettre du texte, certains auteurs affirment qu'elle ne devrait pas pour autant disparaître, et ce notamment eu égard à sa fonction cardinale au sein de la théorie générale du contrat ; citons dans ce sens : MAZEAUD D., « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 8 ; MEKKI M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *Dalloz*, 2016, p. 499 ; GRIMALDI C., « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *Dalloz*, 2015, p. 814 et s. Le rapport du Président de la République précise d'ailleurs sur ce point que « l'apport de cette réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées » : Rapport du Président de République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016. S'agissant de la référence à l'objet, l'affaire est encore plus évidente tant il demeure présente dans d'autres dispositions du Code civil.

¹⁹³³ Ce même rapport précise en effet que « le contenu du contrat, (...), inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause » : Rapport du Président de la République, *Ibid.*

¹⁹³⁴ Désignant les rapports entre l'objectif et le subjectif au sein du contrat, Pierre Hébraud affirmait en effet qu'ils « s'expriment dans maints détails techniques, (et) reflètent aussi des conceptions générales de la philosophie sociale et juridique, dont l'évolution a, peu à peu, fait apparaître et précisé les données du problème » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p.421, un nouvel éclairage du contrat né de l'hypothèse d'une articulation possible, si ce n'est souhaitable, de la volonté subjective et des éléments objectifs extérieurs.

¹⁹³⁵ Selon lesquelles la volonté ne trouverait son expression utile qu'au moyen d'une prise en compte du contexte dans lequel elle s'inscrit et non pas seulement dans une exécution de bonne foi des obligations contractuelles. Pierre Hébraud affirmait en effet que « cette puissance (de la volonté) est précisément caractérisée par son emprise sur les faits, par ses relations avec le monde extérieur » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 424.

contemporaine devait admettre et consacrer l'influence considérable des éléments extérieurs tout au long de son exécution par un enrichissement permanent de son contenu eu égard à la finalité poursuivie par les parties. Or, au premier rang de ses éléments exogènes figure essentiellement l'économie dont l'impact sur l'évolution de la physionomie du contrat n'est plus à prouver¹⁹³⁶.

Alors que la volonté était traditionnellement envisagée comme « *la racine subjective du contrat* »¹⁹³⁷, il est désormais admis qu'elle s'y combine également avec des éléments objectifs extérieurs. Ainsi le fait économique est-il, à présent, pris en compte par et dans le contrat, au point d'ailleurs qu'il devienne une fin contractuelle en soi¹⁹³⁸. Le contrat est dès lors instrumentalisé, non plus au service de la bonne foi, de la loyauté ou de la solidarité, mais à celui d'une utilité matérielle consistant en la réalisation d'un fait voulue par les parties ; ici, la réalisation d'une opération économique à travers l'organisation d'une opération juridique dédiée. Un exemple illustre d'ailleurs cette évolution fondamentale typique du droit contemporain des contrats : en l'espèce, l'influence exercée par les régimes des contrats spéciaux sur la théorie générale du contrat. Intéressé par la prise en compte par le droit de la réalité concrète, Jean Carbonnier affirmait effectivement qu'il devait exister autant de contrats que d'opérations ayant cours dans la vie économique¹⁹³⁹. Utilisé au service de l'économie, le contrat devait nécessairement subir les conséquences des évolutions de celle-ci, et le contenu du contrat devait donc traduire ces changements¹⁹⁴⁰. Toujours considéré à part entière comme un instrument juridique, le contrat cessait dès lors d'être envisagé comme un contrat-obligation appréhendé exclusivement à travers chacune des obligations le composant, mais davantage dans sa dimension économique ; c'est-à-dire de manière globale à travers

¹⁹³⁶ Longtemps sclérosée dans une vision principalement subjective pour laquelle le seul élément objectif ayant droit de citer se limitait à la prise en compte partielle des revendications solidaristes, une nouvelle conception doctrinale autorise son émancipation et son rapprochement avec l'économie.

¹⁹³⁷ HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 425.

¹⁹³⁸ Le contrat étant alors « *constitué d'une structure matérielle recouverte d'un manteau juridique* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 426.

¹⁹³⁹ « *Le juriste est de plus en plus préoccupé de saisir la réalité concrète ; et M. Carbonnier a noté, au seuil d'une étude sociologique du contrat que la vie économique ne nous présente pas cette entité abstraite qu'est le contrat en soi, mais des ventes et des baux, des contrats de travail ou de société* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 435. Il a également très tôt été souligné par la doctrine que la multiplication des formes de contrats spéciaux ne répondait pas tant à la seule expression de la liberté contractuelle des opérateurs économiques qu'à la diversité croissante des opérations imposées par leurs activités. Il précisait effectivement que « *les contrats y trouvent leur but et leurs moyens de réalisation ; la vente est l'instrument des échanges, le mandat utilise le mécanisme juridique de la représentation* ».

¹⁹⁴⁰ « *La substance que le contrat puise dans l'institution qu'il met en œuvre confère à chaque type sa relative stabilité, n'est pourtant pas immuable ; les institutions évoluent, puisque c'est en elles que se traduit l'évolution de la société. Les variations du contrat y ont leur source* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 437.

l'opération économique dont il permet la réalisation devenant ainsi un contrat-opération¹⁹⁴¹. La notion d'économie exprime par conséquent cette nouvelle conception du contrat selon laquelle il ne serait plus question de l'envisager comme un entrelacs d'obligations désincarnées, mais plutôt de l'analyser à la lumière de sa finalité essentielle : la réalisation d'une opération économique. Auparavant accessoire, le contenu du contrat acquiert finalement une importance fondamentale¹⁹⁴², consacrée d'ailleurs par le législateur au nouvel article 1128 du Code civil.

148. La nature composite du contenu du contrat. Cette conception nouvelle du contrat participe toujours, d'une certaine manière, du solidarisme dans la mesure où elle permet, sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil et du nouvel article 1194, d'adjoindre aux obligations essentielles issues de la volonté des parties des éléments accessoires parfois inspirés par l'équité et la morale, mais le plus souvent dictés par la finalité économique poursuivie par les contractants. Il convient alors de délimiter plus en détail ce qui relèverait strictement de l'économie du contrat afin de parvenir à mieux déterminer son véritable contenu à la lumière de l'opération économique envisagée¹⁹⁴³. En tant que plexus contractuel, la notion d'économie du contrat exprime d'ailleurs sa nature composite. Cependant, affirmer que l'approche par l'économie du contrat révèle cette nature particulière nécessite une démonstration afin d'en confirmer la pertinence. Une telle allégation selon laquelle, « *matérialisée par l'économie du contrat, la loi des parties change de sens* »¹⁹⁴⁴, ne serait en effet pas sans conséquence sur la théorie générale du contrat jusqu'alors dominée par le dogme séculaire de l'autonomie de la volonté. Il serait néanmoins possible d'y déceler une tendance par laquelle « *d'autres horizons s'ouvrent* »¹⁹⁴⁵, parmi lesquels l'appréhension juridique et contractuelle de la coopération économique. Mais avant de pouvoir prendre la mesure de l'influence de l'économie du contrat sur la nature composite de son contenu, il convient d'en préciser la teneur et le sens.

¹⁹⁴¹ La prise en compte par le juge « *de la réalité de l'échange économique est significative d'une évolution contemporaine recentrant les fonctions du contrat autour de son rôle originel : être l'instrument exclusif du commerce des hommes* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 25.

¹⁹⁴² Sébastien Pimont souligne sur ce point « *l'existence d'une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention* », marquant ainsi l'ampleur de cette conception finaliste du contrat : PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁴³ « *Une étude de l'économie du contrat doit permettre de fixer avec précision les limites de son influence ; ce qu'elle exprime et ce qu'elle n'explique pas ; ce qui relève de la fonction économique du contrat d'un côté, et ce qui ressortit à la bonne foi, à la justice et à l'équité de l'autre* » : PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ PIMONT S., *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁴⁵ PIMONT S., *Ibid.*

Présentée simplement par Sébastien Pimont comme « *la traduction juridique de l'opération économique formant la substance du contrat* »¹⁹⁴⁶, la notion d'économie du contrat concilie en l'occurrence parfaitement la cause subjective et l'objet objectif et rejoint celle de contenu du contrat. Elle trouve donc en ce sens une forme de confirmation dans la formulation retenue pour le nouvel article 1128 du Code civil¹⁹⁴⁷. Réunissant la cause et l'objet au sein du contenu du contrat, cette notion rejoint effectivement ce vers quoi tendait la lecture rénovée de l'ancien article 1135 que proposaient Philippe Jacques et Clémence Mouly-Guillemaud. Déterminé et enrichi à l'aune de sa fonction économique, le contenu du contrat serait d'autant plus composite qu'il admettrait l'existence d'obligations contractuelles accessoires destinées à compléter l'accord de volonté initial des parties ; c'est-à-dire les obligations essentielles¹⁹⁴⁸. Par cette approche nouvelle de l'ancien article 1135, cette disposition suggérait en effet une nouvelle source au contenu du contrat, en complément du contenu originel dont la force obligatoire était assurée également par l'ancien article 1134. L'ancien article 1135 conférait en outre à la fonction du contrat une importance essentielle à son appréciation dans la mesure où « *le libellé de ce texte localise, en effet, l'origine de la suite, non pas dans l'équité, mais dans la nature de l'obligation* » essentielle¹⁹⁴⁹, laquelle dépend notamment de la finalité économique poursuivie ; en d'autres termes, de l'économie du contrat¹⁹⁵⁰. Désignant ce que d'autres envisageaient déjà sous le terme d'objet du contrat¹⁹⁵¹, la notion d'économie du

¹⁹⁴⁶ PIMONT S., *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁴⁷ Dans lequel il est prévu que le contenu du contrat « *reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et condense certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été – plus ou moins artificiellement – rattachées à la notion de cause* » : Rapport du Président de République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

¹⁹⁴⁸ « *L'article viserait à compléter la teneur d'accords de volontés lacunaires. L'obligation complétive dont il pose le principe n'aurait ainsi pas d'autre but* » : JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 46, 2005, p. 730.

¹⁹⁴⁹ MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 165.

¹⁹⁵⁰ Clémence Mouly-Guillemaud démontrait en effet que les obligations complémentaires dégagées sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil devaient présenter un objet en conformité avec la cause du contrat, déterminée selon la fonction de l'obligation essentielle, et donc par extension du contrat : « *L'acception téléologique du contenu du contractuel (...) impose que l'obligation secondaire, c'est-à-dire non essentielle, soit stipulée en conformité avec sa fonction (la fonction du contrat)* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. 240.

¹⁹⁵¹ Citons de manière non-exhaustive : LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005, p. 279, selon laquelle l'objet du contrat désignerait « *l'effet juridique global et immédiat du contrat, lequel peut être un échange, la fourniture d'une ou plusieurs prestations, ou une opération spéciale qui procède à l'association des prestations* » ; OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 24 : « (...) *, l'objet du contrat serait l'opération juridique envisagée par les parties* » ; ou encore TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll., Précis, 8^e éd., 2002, p. 270 : selon lesquels l'objet du contrat « *permet de désigner l'opération juridique réalisée par les parties, en la considérant, non plus dans ses éléments, mais dans son tout* ».

contrat traduit par conséquent une évolution de la conception contractuelle traditionnelle, et plus précisément de l'appréciation de son contenu et des effets obligatoires entre les parties, une appréciation finalement éclairée par la dimension économique de la finalité poursuivie.

Alors que la cause était considérée comme un élément essentiel à l'identification de la fonction économique du contrat¹⁹⁵², et incidemment de son contenu¹⁹⁵³, l'objet du contrat était envisagé quant à lui comme la finalité objective assignée au contrat par les parties¹⁹⁵⁴. Ces deux notions devaient donc se rejoindre non pas dans le sens d'une assimilation de l'une à l'autre, mais dans celui d'une convergence dans la détermination du contenu du contrat guidée par sa finalité économique¹⁹⁵⁵. Suivant sur ce point une partie de la doctrine, l'ordonnance du 10 février 2016 a pu d'ailleurs consacrer cette convergence en substituant la notion de contenu du contrat à celles de cause et d'objet auparavant présentes dans la rédaction de l'ancien article 1108 du Code civil¹⁹⁵⁶, mettant alors un point final à la concrétisation du « *contenu du contrat, lequel était jusqu'alors demeuré dans l'ombre* »¹⁹⁵⁷. Présentée par Éric Savaux comme « *l'une des innovations majeures du projet, l'une des plus problématiques aussi* »¹⁹⁵⁸, cette notion acquiert en l'occurrence une importance par delà la cause et l'objet. Véritable notion juridique à part entière, complétée par celle d'économie du contrat, le contenu du contrat s'entendrait donc comme désignant une composante de la structure contractuelle, et surtout de la représentation juridique objective de la volonté des parties¹⁹⁵⁹. Ainsi la nature composite de son contenu est-elle mise en lumière à la fois par la

¹⁹⁵² Laurent Aynès affirme en effet que la cause ne devait plus être « *un instrument de contrôle de la qualité de la volonté individuelle* » mais « *un instrument de contrôle de l'utilité sociale économique du contrat* » : AYNÈS L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, coll. Droit Civil, 1984, p. 87.

¹⁹⁵³ Dans la mesure où « *la cause, loin d'être le motif ou le mobile individuel, original et caché, qui suscite la volonté, se nourrit d'éléments objectifs permettant d'apprécier l'utilité du contrat* » : AYNÈS L., *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁵⁴ Dans la mesure où, « *notion téléologique (...), l'objet traduit toujours une finalité* » : LUCAS-PUGET A.-S., *op. cit.*, p. 167.

¹⁹⁵⁵ À l'instar de la cause, l'objet connaissait donc une évolution fonctionnelle faisant de lui aussi un élément essentiel du contenu du contrat dans la mesure où « *elle reflète le contenu du contrat* » et que « *le contenu du contrat est directement tributaire de la fonction économique qu'il remplit* » : OVERSTAKE J.-Fr., *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁵⁶ « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : (...); Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation* ».

¹⁹⁵⁷ TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 269.

¹⁹⁵⁸ SAVAUX É., « Le contenu du contrat », *JCP*, 2015, suppl. n° 21, p. 20.

¹⁹⁵⁹ S'appuyant notamment sur les recherches menées en la matière par Frédéric Rouvière (ROUVIÈRE Fr., *Le contenu du contrat. Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005), Valerio Forti précise que « *le lien entre la volonté subjective et la réalité objective est établi par le contenu du contrat* » : FORTI V., « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *LPA*, 2014, p. 13. Clémence Mouly-Guillemaud affirmait en effet que « *le contenu contractuel (...) serait constitué, tout d'abord, par « ce qui y est exprimé », énonçant la primauté de la volonté déclarée (...), encore faut-il ajouter les suites qui prolongent l'obligation* », exprimant quant à elles la volonté implicite des parties : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135*

notion d'économie du contrat et par la nouvelle lecture de l'ancien article 1135 proposée par une partie de la doctrine. Composite, au regard de l'articulation du subjectif et de l'objectif, elle l'est également au regard du principe de l'enrichissement du contenu du contrat au-delà de la seule volonté exprimée des parties eu égard notamment à l'opération économique envisagée. Sébastien Pimont indiquait d'ailleurs que l'économie du contrat reflète son contenu dans la mesure où elle recouvre à la fois la cause et l'objet¹⁹⁶⁰ ; en d'autres termes, elle réunit à la fois le quoi et le pourquoi du contrat et des engagements réciproques des parties. Poursuivant les nombreux et riches travaux consacrés aux notions de cause et d'objet afin d'en faire des facteurs de l'unité globale du contrat, l'économie permet de dépasser les critiques adressées à ces recherches valorisant l'opération globale davantage que chacune des obligations prises séparément. Alliant toutes les dimensions du contrat, elle désignerait « *l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties ; elle représente sous une forme objective le point de convergence des volontés* »¹⁹⁶¹ subjectives des contractants afin de permettre la réalisation d'une fonction économique déterminée.

2. L'économie du contrat-coopération, un contenu contractuel finalisé

149.L'apparition d'une conception finaliste à travers l'économie du contrat. La doctrine moderne semble bien avoir délaissé son approche traditionnelle du contrat fondée sur l'analyse technique et abstraite des obligations qui le composent. Évoquant l'appellation de contrat-obligation¹⁹⁶², Jean Carbonnier critiquait d'ailleurs la conception analytique du contrat¹⁹⁶³ dans la mesure où elle prenait essentiellement pour modèle la *stipulatio* romaine en vertu de laquelle le contrat reposerait sur une seule obligation, niant de ce fait qu'il puisse être un complexe d'obligations reliées les unes aux autres par une même finalité. Il ne pouvait finalement être qu'un agrégat d'obligations éparses exprimant chacune la volonté des parties.

du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 229 et 230.

¹⁹⁶⁰ Ce dernier démontre effectivement qu'elle emprunte « *un peu de la cause, un peu de l'objet* » et est ainsi « *presque la cause, presque l'objet* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 31.

¹⁹⁶¹ PIMONT S., *op. cit.*, p. 183.

¹⁹⁶² « *Dans les a. 1108 et 1131 s., comme dans presque tout le titre des obligations conventionnelles, le C.C. a raisonné sur un contrat à l'image de la stipulatio romain, contrat unilatéral, c'est à peine assez dire ; il faudrait dire : contrat-obligation* » : CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, Tome 4, 22^e éd. refondue, 2000, p. 134 et 135.

¹⁹⁶³ Il affirmait également que cette conception analytique du contrat était en partie à l'origine du décalage entre la réalité économique du monde des affaires et la théorie générale du contrat. Il soulignait notamment le caractère désincarné de cette vision du contrat tel qu'encadré par le Code civil, lui-même dominé par l'autonomie de la volonté.

Parmi d'autres propositions doctrinales articulées autour de la notion de cause, Jean Carbonnier suggérait toutefois d'envisager une finalisation de cette dernière à partir de sa fonction sociale¹⁹⁶⁴. Le contrat devait alors acquérir une certaine unité à travers l'émergence d'une dimension économique objective¹⁹⁶⁵, emportant avec elle l'espoir d'un renouvellement de cette conception subjective.

Car, s'il a pu être démontré que le contenu du contrat présentait désormais une nature composite du fait de la conjonction de multiples facteurs, cette nature est paradoxalement à l'origine d'une forme d'unité du contrat. À l'instar des groupes de contrats étudiés par Bernard Teysse, identifiables par une unité de cause ou d'objet, les contrats appréhendés du point de vue de leur économie présentent également une unité liée à l'opération économique dont ils permettent la réalisation. Le contenu composite du contrat présente en effet une certaine homogénéité dans la mesure où il découle, soit de la volonté exprimée par les parties, soit de ses suites déterminées à l'aune de l'opération économique envisagée. Dans les deux cas, le contenu du contrat est donc toujours fidèle à un substrat commun, celui de la finalité économique de l'instrument contractuel. Clémence Mouly-Guillemaud confirmait d'ailleurs cette unité dans la mesure où elle parvenait à démontrer que les suites fondées sur l'ancien article 1135 du Code civil étaient à la fois le prolongement et le complément de l'obligation essentielle¹⁹⁶⁶ ; c'est-à-dire de la volonté déclarée des parties. Philippe Jacques participait également de cette conception, affirmant pour sa part que l'obligation complétive au sens de l'ancien article 1135 présentait nécessairement un caractère à la fois complémentaire et accessoire dès lors qu'elle venait enrichir le contenu initial issu de la volonté exprimée par les parties¹⁹⁶⁷.

Mais au-delà de l'influence de cette lecture de l'ancien article 1135 du Code civil, l'hypothèse d'une unité du contrat assurée par sa finalité économique est également confirmée par l'une

¹⁹⁶⁴ Il invitait alors à l'appréhender comme exprimant « *la fonction économique-sociale du contrat, hors de laquelle celui-ci serait indifférent au droit* » : CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁶⁵ « *Cependant, en France, aujourd'hui, toute idéologie exorcisée, l'appel à l'économie peut servir à asseoir une conception vigoureuse et revigorante du contrat, en réaction aux tendances molles de la fin du siècle* » : CARBONNIER J., *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ « *Cette suite, complément implicite de la volonté exprimée, se manifeste par l'adjonction d'une obligation nouvelle au contrat à raison de la nature de l'obligation initiale* » et peut recouvrir à la fois « *les suites prolongeant la nature de l'obligation initiale* », que celles « *complétant la nature de l'obligation* » : MOULY-GUILLEMAUD Cl., *op. cit.*, p. 363 et 366.

¹⁹⁶⁷ « *L'obligation complétive est inexprimée, croyons-nous pouvoir affirmer. Par conséquent, puisqu'elle figure dans le contenu de la convention alors qu'elle est absente de celui de l'accord à l'origine de cette convention, elle participe d'un complément apporté par cet accord* » : JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 46, 2005, p. 723.

des fonctions attribuées à la notion d'économie du contrat. Attestant que « *l'économie du contrat permet de comprendre le contrat comme un tout* »¹⁹⁶⁸, Sébastien Pimont ne cachait pas sa conviction en l'existence d'une fonction unificatrice du cadre contractuel de cette notion¹⁹⁶⁹. Il partait alors du postulat selon lequel l'économie du contrat demeurerait nécessairement étrangère aux conditions de validité, et devait essentiellement servir à la détermination ou à l'interprétation de son contenu¹⁹⁷⁰. Dans la mesure où, exprimant la volonté initiale des parties ainsi que leur commune intention, la notion d'économie du contrat permet d'établir précisément le contenu du contrat en tant que loi des parties tel que le prévoyait l'ancien article 1134 du Code civil, elle constitue à la fois une directive d'interprétation au sens du nouvel article 1188¹⁹⁷¹, ainsi qu'un élément d'appréciation des effets du contrat au sens de l'ancien article 1135¹⁹⁷² et du nouvel article 1194¹⁹⁷³. Dans les deux cas elle permet par conséquent d'évaluer subjectivement, en référence à la commune intention des parties, ou objectivement, par le recours complémentaire à des éléments étrangers, la substance du contrat. Qu'elle soit ainsi correctrice ou complétive, l'interprétation du contrat à l'aune de son économie apporte une vision globale d'ensemble de l'instrument juridique employé par les parties afin de parvenir à la réalisation d'une opération économique déterminée. Pilastre de la critique adressée par la doctrine à la notion d'économie du contrat¹⁹⁷⁴, cette fonction interprétative se distingue notamment par son caractère finaliste dès

¹⁹⁶⁸ PIMONT S., *op. cit.*, p. 187.

¹⁹⁶⁹ Il affirmait d'ailleurs, en écho à nos développements précédents, que, « *grâce à elle, on se détache de l'approche analytique du Code civil et du support technique de la majorité de ses règles : l'obligation* », et de préciser que « *pour appréhender la matière d'un acte, l'économie du contrat a donc vocation à entrer en concurrence avec les notions connues du Code, ce qui ne manque pas d'interroger* » : PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ « (...) : à la différence de la cause et de l'objet, jamais l'économie du contrat ne sera condition de validité de l'acte juridique ; figuration de la matière du contrat, sa fonction essentielle est interprétative-déterminative » : PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁷¹ En vertu duquel « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral des termes* ».

¹⁹⁷² Sébastien Pimont affirme d'ailleurs à ce sujet que l'ancien article 1135 du Code civil « *est une terre d'élection pour l'économie du contrat* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 198.

¹⁹⁷³ Selon lequel « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

¹⁹⁷⁴ À l'instar de la critique adressée par Jacques Mestre en vertu de laquelle la notion d'économie du contrat devrait être appréhendée avec méfiance dans la mesure où « *introduire la notion, nécessairement subjective et floue, d'économie du contrat, ce serait donc, à notre sens, sacrifier à l'air et au langage du temps l'impératif si fondamental de la sécurité contractuel, en ouvrant la porte aux solutions les plus inattendues* » (MESTRE J., « L'économie du contrat », *RTD Civ.*, 1996, p. 901), Jacques Moury a également pu souligner que « *l'idée d'économie du contrat ne peut répondre à l'exigence de stabilité et de permanence d'une notion-cadre et le concept, si la notion devait y tendre, faillirait ipso facto au regard de l'une des lois essentielles de la construction juridique que formulait Gény et selon laquelle cette construction doit être homogène et cohérente* », alors que son caractère finaliste devrait appeler au contraire, du fait de son pragmatisme, une diversité certaine : MOURY J., « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *Dalloz*, 2000, p. 384.

lors que « *la détermination du contenu du contrat se fait en contemplation de la fonction économique précise du contrat* »¹⁹⁷⁵, laquelle participe donc de son homogénéité.

Désormais largement empruntée par le juge¹⁹⁷⁶, la voie de l'interprétation guidée par l'économie du contrat aboutit nécessairement à une objectivation de « *l'union des volontés en lui prêtant les traits de la fonction économique précise du contrat* »¹⁹⁷⁷. Il est par conséquent possible d'affirmer qu'elle permettrait tout autant de « *rationaliser le contenu du contrat* »¹⁹⁷⁸ que de l'unifier autour de sa fonction économique à travers une lecture finaliste de ce même contenu¹⁹⁷⁹. Le contenu du contrat peut dès lors être appréhendé de cette manière¹⁹⁸⁰ dans la mesure où il a pu être démontré que l'opération économique envisagée par les parties participe à sa détermination ; notamment par le recours à la notion d'économie du contrat. La possible appréhension par le droit de la coopération économique au moyen du modèle du contrat-coopération semble donc devoir passer par une analyse de l'économie du contrat, sésame de l'entrée de la coopération dans le temple de la théorie générale. Il paraît en effet que si la coopération constitue aujourd'hui, à n'en pas douter, une opération économique à part entière¹⁹⁸¹, elle devrait nécessairement figurer aux rangs de ses finalités, ou fonctions, que peut revêtir le contrat, et dont dépend son contenu. Elle pourrait dès lors être envisagée juridiquement sous les traits d'un modèle particulier dédié : le contrat-coopération.

¹⁹⁷⁵ PIMONT S., *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁷⁶ Cf. pour exemple : Cass. com., 18 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 196, p. 139, ou encore de manière encore plus évidente : Cass. civ. 1^{er}, 3 juillet 1996, *RTD Civ.* 1996. 901, obs. Mestre : le caractère finaliste du contrat transparait alors explicitement de l'économie du contrat par la juge dans la mesure où ce dernier considère que l'exécution du contrat doit se faire « *selon l'économie voulue par les parties* ». Ainsi adopte-t-il clairement une démarche téléologique dans son interprétation du contenu du contrat dont la substance dépend finalement de la finalité poursuivie par les parties.

¹⁹⁷⁷ PIMONT S., *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁷⁸ PIMONT S., *op. cit.*, p. 217.

¹⁹⁷⁹ « *C'est donc parce qu'il est très vraisemblable que l'objet minimum de l'accord de volontés s'entende de la réalisation d'une opération économique que le juge, lorsqu'il fait application de l'économie du contrat, n'utilise que la seconde – fonction économique – dans le but de déterminer les conséquences probables du premier – accord des volontés* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 207. Ainsi le contrat présente-t-il une unité certaine éclairé qu'il est par une source unique : sa fonction économique.

¹⁹⁸⁰ Rappelons alors que, proche du fonctionnalisme (défini par le dictionnaire Robert comme « *la théorie qui accorde à la fonction des éléments d'un système la primauté sur le classement des éléments* »), le finalisme « *explique le droit à travers ses finalités* » et qu'il « *suppose une corrélation ou un rapport d'adéquation entre moyens et fins* » : TARDIVEL B., *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, thèse dact., Université Montpellier I, 2002, p. 10.

¹⁹⁸¹ Alors que, « *selon la vision bipolaire classique, on oppose traditionnellement deux sphères d'activités économiques : le marché et la firme* », il est usuel de remarquer qu'une « *réalité économique nouvelle – la coopération – vient aujourd'hui perturber ce tableau d'ensemble* » et que, bien que « *familier aux économistes, le phénomène ne s'impose pas avec la force de l'évidence lorsqu'il s'agit de la constater du point de vue de l'analyse juridique* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 89.

150. La finalité particulière du contrat-coopération. Sébastien Pimont parvenait également à démontrer que la notion finaliste d'économie du contrat participait de sa qualification¹⁹⁸² dans la mesure où, confondue avec son obligation essentielle, elle « *aide à présenter une classification des éléments de tous les contrats* » tout en « *respectant l'originalité de certaines opérations économiques* »¹⁹⁸³. La modernité juridique doit donc répondre aujourd'hui à celle de l'économie aux yeux de laquelle l'échange n'est désormais qu'une forme parmi d'autres de relations nouées par les opérateurs économiques. Il convient d'ailleurs de souligner que la pratique contractuelle n'a pas tardé à en prendre conscience en s'émancipant peu à peu d'une théorie générale du contrat figée sur une lecture traditionnelle du Code civil. Sont alors apparus un nombre croissant de contrats complexes nouveaux ne correspondant à aucun modèle traditionnel connu, ni à aucun motif prévu par la lettre du texte, et dont la systématisation impliquait l'adoption d'une approche économique du contrat¹⁹⁸⁴. Elle ouvre par conséquent la porte à l'élaboration d'un nouveau modèle fondé sur une catégorie essentielle de relations économiques : la coopération. Elle permet en effet d'appréhender globalement une structure contractuelle jusque-là envisagée de façon désorganisée comme un ensemble d'obligations éparses.

Dès lors que la coopération constitue une opération économique, il paraît effectivement incontournable qu'elle puisse servir de substrat à une catégorie de contrat, voire même à un modèle contractuel de référence pour leur qualification juridique¹⁹⁸⁵. Il ne fait donc pas de doute que la coopération économique doive finalement conduire à la qualification d'un contrat dont l'objet reflèterait une commune intention de réaliser une opération de coopération qui marquerait alors son contenu, et sa structure¹⁹⁸⁶. L'emprunt à Judith Rochfeld de sa démonstration relative à la notion de type de contrat, rapprochée de celle d'économie du contrat, permet d'ailleurs de confirmer cette hypothèse. Effectivement, alors que cette

¹⁹⁸² Comme avait d'ailleurs déjà pu l'affirmer précédemment Jean-François Overstake : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

¹⁹⁸³ PIMONT S., *op. cit.*, p. 232.

¹⁹⁸⁴ « *Les montages contractuels constitués pour des raisons inconnues de nos Codes, les ensembles de contrats et les contrats liés à des activités n'existant pas il y a encore quelques années, oblige le juge à trouver des ressources en droit commun* » éclairé par l'économie : PIMONT S., *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁸⁵ Faisant notamment référence à une jurisprudence de la chambre sociale de 1994 (Cass. com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 375 ; voir dans le même sens : Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 153), Alain Bénabent pouvait ainsi affirmer que « *les juges doivent s'attacher non pas à la dénomination affichée par les parties, mais à l'analyse de l'économie réelle de leur accord* » lorsqu'ils procèdent à sa qualification : BÉNABENT A., *Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 3^e éd., 1997, n° 8.

¹⁹⁸⁶ Dans la mesure où l'économie du contrat, qui serait constituée ici par la coopération, « *représente l'opération globale que veulent réaliser les parties – ses éléments et sa structure – ; subjectivement, elle donne corps à l'union des volontés dont on cherche le sens réel* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 105.

dernière suggère que le type de contrat « *propose un modèle, un cadre rigide, une forme, où la volonté peut se couler, et qui fera référence lors de son appréhension par le droit* »¹⁹⁸⁷ et dont la cause permet la détermination, l'économie du contrat constitue elle aussi une représentation « *de la structure d'éléments matériels permettant de réaliser une fonction précise (...), de ce que, classiquement, on désigne par l'expression de « nature du contrat* » »¹⁹⁸⁸. Sébastien Pimont mettait d'ailleurs en évidence l'intérêt particulier de cette dernière en matière de contrats atypiques¹⁹⁸⁹. Or c'est justement dans cette hypothèse que les juges du Quai de l'Horloge ont pu essentiellement y faire référence afin d'assurer la bonne exécution de l'obligation essentielle d'un contrat¹⁹⁹⁰. La notion d'économie du contrat permettrait ainsi, en admettant des finalités jusque-là ignorées par les types de contrat prévus par le Code civil, d'en identifier de nouveaux dédiés à des opérations économiques nouvelles¹⁹⁹¹.

Cette approche largement téléologique des contrats atypiques amène ainsi à déterminer le contenu du contrat et à les qualifier essentiellement à l'aune de la volonté des parties¹⁹⁹², et plus précisément de l'opération économique envisagée ; en d'autres termes, de « *la fin économique rattachée à l'opération juridique* »¹⁹⁹³. C'est d'ailleurs ainsi que Suzanne Lequette justifie l'épure du contrat-coopération à partir de la finalité recherchée par les parties¹⁹⁹⁴. Elle s'appuie en effet explicitement sur la notion d'économie du contrat¹⁹⁹⁵ pour

¹⁹⁸⁷ ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 42.

¹⁹⁸⁸ PIMONT S., *op. cit.*, p. 109.

¹⁹⁸⁹ C'est-à-dire de contrats ayant pour finalité la réalisation d'opérations économiques non prévues par le Code civil, comme la coopération. Il affirmait en effet qu'il « *faut admettre que l'économie du contrat ne peut jouer un rôle qu'en matière de contrats atypiques, c'est-à-dire là où la volonté des parties ne peut se couler dans un moule préexistant déterminé par la loi, le juge ou la pratique* » : PIMONT S., *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ Citons respectivement pour l'exemple les deux ensembles de jurisprudences incontournables en la matière : la jurisprudence *point club vidéo* : Cass. civ. 1^{er}, 3 juillet 1996, *RTD Civ.* 1996. 901, obs. Mestre ; et la jurisprudence *Chronopost* : Cass. com., 22 octobre 1996, *Contrat, Conc., Cons.* 1997, comm., n° 24, obs. Leveneur.

¹⁹⁹¹ « *Voilà ce qui fait l'originalité de la notion d'économie du contrat qui, sans ressortir à une prise en compte des contrats spéciaux – de leurs éléments essentiels –, permet d'offrir une vision globale et concrète du contrat* » ; dans ce cas « *l'économie d'un contrat joue le rôle de son type ; comme le juge l'affirme, elle permet de déterminer la nature de la cause de l'obligation* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁹² Judith Rochfeld parvenait en effet à démontrer que dans le cas des contrats atypiques, il pouvait être utile de recourir à une telle vision du contrat dès lors qu'elle permettait de faire ainsi référence « *aux mobiles expressément manifestés par les parties, mais également en rapport avec sa finalité et les intérêts de chaque contractant (...). Une obligation s'imposera donc comme causale, si elle est indispensable au but poursuivi par le contrat et les parties* » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 254.

¹⁹⁹³ CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, p. 231.

¹⁹⁹⁴ Fondant ce dernier sur la particularité de l'objet de ce contrat (Suzanne Lequette précisait en effet que « *l'analyse de l'objet du contrat permet d'envisager celui-ci du point de vue de l'opération économique qu'il organise* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 132), elle affirme qu'il constitue « *un outil d'analyse irremplaçable de la structure du contrat et révèle le lien qu'il tisse entre les obligations contractuelles pour unir les intérêts économiques des parties* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

mettre en évidence la singularité de « *l'économie du contrat-coopération* » à la lumière de « *la finalité du contrat, comprise comme les intérêts que poursuivent les parties* »¹⁹⁹⁶. Ainsi Suzanne Lequette fonde-t-elle une partie de la justification du modèle du contrat-coopération sur son économie¹⁹⁹⁷, et donc sa finalité propre consistant à opérer « *un transfert de valeurs le temps pour celui qui en bénéficie de l'exploiter dans l'intérêt des deux parties* »¹⁹⁹⁸. Ayant conduit à la découverte du modèle du contrat-coopération, la notion d'économie du contrat devrait donc faciliter l'identification de l'externalisation à partir de son essence coopérative.

B. Identification de l'économie de l'externalisation

151.L'appréhension de l'externalisation par l'économie coopérative du contrat. Débarrassée du carcan d'une vision contractuelle analytique, focalisée sur l'examen abstrait des obligations, la théorie générale du contrat adopte désormais une approche globale à partir de l'opération envisagée par les contractants, et à la réalisation de laquelle chaque obligation contribue¹⁹⁹⁹. Le contrat n'est alors plus une somme d'engagements traditionnellement dédiés à l'organisation d'une opération d'échange réciproque, une permutation de valeurs où l'un gagne ce que l'autre perd, ou bien d'une opération de commutation, de concentration de valeurs au service d'un intérêt collectif identique. Il se présente également comme un ensemble organisé d'obligations destinées à assurer la concrétisation d'une opération particulière souhaitée par les parties. La dimension subjective du contrat, jusque-là prépondérante, s'abouche avec une dimension objective sous la forme d'une opération, essentiellement économique, considérée comme « *la représentation objective et juridique de la volonté commune* »²⁰⁰⁰, et généralement appréhendée par le biais de la notion d'économie du contrat²⁰⁰¹. L'association « intime » de l'économie et de la volonté, à travers la notion d'économie du contrat, trouve d'ailleurs une résonance encore plus marquée dans le cadre du

¹⁹⁹⁵ Entendue alors de la même façon qu'Alain Bénabent ; c'est-à-dire comme « *pris dans son ensemble, c'est-à-dire l'objet de l'opération contractuelle* » : BÉNABENT A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 14^e éd., 2010, p. 111.

¹⁹⁹⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁹⁷ En affirmant notamment que « *l'économie du contrat-coopération épouse étroitement les formes de la coopération économique* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁹⁸ LEQUETTE S., *Ibid.*

¹⁹⁹⁹ « *Avec l'économie du contrat le « contrat-obligation » fait place au « contrat-opération » ; il se dote d'une matière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire ; ni cause, ni objet de l'obligation, le contenu de la convention s'entend d'une opération économique globale et concrète* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 23 et 24.

²⁰⁰⁰ PIMONT S., *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁰¹ « *L'économie du contrat est une appréhension réaliste et objective du phénomène volontaire par le juge* » : PIMONT S., *Ibid.*

contrat-coopération. De cette association de l'objectif et du subjectif naît en effet une nature hybride et composite du contrat présentant une double dimension finaliste : la volonté commune des parties de participer à la réalisation d'une opération économique déterminée à l'aune de la satisfaction de leurs propres intérêts.

Au-delà de cette conception finaliste qu'elle favorise, la notion d'économie du contrat entraîne également une rationalisation du contenu contractuel permettant d'envisager la structure particulière du contrat-coopération, et donc d'offrir une traduction de l'essence coopérative de l'externalisation en droit civil. Une fois acquis le lien entre l'économie et la structure du contrat, l'appréhension et la découverte de la prestation caractéristique du contrat se trouvent nécessairement facilitées. C'est d'ailleurs à partir de celle-ci que Suzanne Lequette a pu élaborer le modèle du contrat-coopération par lequel toute opération économique inspirée d'une logique coopérative pourrait dès lors trouver à s'exprimer juridiquement²⁰⁰². Sébastien Pimont suggérait effectivement qu'elle servirait d'élément cardinal à l'organisation du contenu du contrat, et donc à sa structure. Non seulement l'économie du contrat s'impose en tant que norme de référence finaliste permettant d'évaluer la pertinence de son contenu eu égard à l'opération économique envisagée²⁰⁰³, mais elle sert également de pivot à l'articulation structurante des obligations, essentielles et accessoires, afin d'assurer la réalisation de la fonction économique du contrat²⁰⁰⁴. Les travaux menés par Suzanne Lequette tendent dès lors à démontrer qu'au-delà d'une finalité coopérative justifiant l'existence d'un modèle contractuel dédié, le modèle du contrat-coopération présente également une structure singulière dictée essentiellement par cette finalité particulière²⁰⁰⁵. La notion composite d'économie du contrat constitue alors à la fois un des fondements justificatifs évoqués par Suzanne Lequette pour élaborer le modèle du contrat-coopération,

²⁰⁰² L'auteur pouvait en effet affirmer que, identifiée à la prestation caractéristique, « *la prestation finale est celle qui incarne le mieux la communauté des intérêts qui sous-tend l'opération de coopération* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 316.

²⁰⁰³ Sur cette question, les jurisprudences précédemment évoquées telles que *point club vidéo* ou *chronopost*, offrent un exemple topique de cette dimension de la notion d'économie du contrat.

²⁰⁰⁴ Focalisé sur le cas particulier du contrat de joint venture, Valérie Pironon précisait d'ailleurs que « *son originalité ne provient pas véritablement des obligations qu'il fait naître mais de leur combinaison particulière et de l'esprit dans lequel elles sont conçues* », largement emprunt de la logique coopérative : PIRONON V., *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, p. 48.

²⁰⁰⁵ Évoquant le contenu du contrat-coopération, Suzanne Lequette parvient effectivement à démontrer que son « *originalité tiens moins à l'objet des obligations qu'à leur agencement* » particulier dans la mesure où il est composé non seulement des « *obligations principales (qui) s'enchaînent selon un lien de complémentarité ordonnancée, épousant en cela étroitement les formes de l'opération de coopération* », mais également des « *clauses (qui) agissent sur les conditions de l'opération de coopération et renforcent l'efficacité de la mise en relation des actifs complémentaires* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300 et 317.

mais aussi un élément déterminant de son contenu structurel. Alors qu'elle apporte un éclairage finaliste, elle suggère une solution au problème posé par la prise en considération de l'essence coopérative de l'externalisation par le droit. Il s'agit par conséquent d'appréhender dans un premier temps la finalité coopérative de l'externalisation (1), afin de mieux pouvoir présenter sa structure coopérative (2).

1. Une économie irriguée par la coopération

152. Une finalité inévitablement coopérative dans l'économie de l'externalisation. Par une analyse de son économie, Suzanne Lequette parvient à démontrer la pertinence de l'existence du modèle du contrat-coopération dès lors que « *seule, en effet, cette approche globale pourrait permettre de s'émanciper du cadre strict de l'échange en inscrivant au sein du contrat différents types d'opérations économiques* »²⁰⁰⁶, au premier rang desquelles figure la coopération. Rémy Libchaber soulignait d'ailleurs à ce propos qu'il était effectivement nécessaire de réfléchir à une « *rupture dans l'analyse contractuelle* »²⁰⁰⁷ traditionnelle, centrée sur l'objet ou sur la cause afin de rendre compte de manière globale de la réalité de la pratique des affaires²⁰⁰⁸. Au-delà de la prise en considération de la coopération par le droit sous la forme d'une obligation davantage liée à la bonne foi qu'à la logique coopérative²⁰⁰⁹, cette dernière s'impose également comme une finalité contractuelle à part entière à laquelle un modèle contractuel serait exclusivement dédié. Il est ainsi flagrant de noter une évolution dans la prise en compte juridique de la coopération. Celle-ci n'est dès lors plus réduite à une obligation accessoire favorisant l'exécution la plus utile de l'obligation essentielle, bien qu'elle persiste encore sous cette forme au sein du modèle du contrat-coopération. Il ne s'agit donc plus seulement d'une coopération dans le contrat, mais bien aussi d'une coopération par le contrat dans la mesure où elle en constitue l'économie, et donc la finalité.

²⁰⁰⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 132 et 133.

²⁰⁰⁷ LIBCHABER R., *RTD Civ.*, 2012, p. 589.

²⁰⁰⁸ « *Depuis les dernières années du 20^e siècle, l'inventivité des contractants s'est développé dans d'autres directions ; encore fallait-il parvenir à canaliser des poussées pertinentes, aptes à dévoiler le panorama des contrats contemporains, à rendre compte des fonctions qu'ils assurent* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 588.

²⁰⁰⁹ Comme pouvait en effet le préciser Yves Picod, la coopération était jusque-là envisagée comme une obligation accessoire dérivée du devoir de loyauté dans les relations contractuelles. Ainsi affirmait-il que « *le devoir de coopération, tel qu'il existe dans notre droit positif, n'implique aucun sacrifice particulier. Il est l'expression d'un minimum de loyauté entre les parties consistant à prendre en considération l'intérêt de son cocontractant, à lui faciliter les choses (...). Le devoir de loyauté débouche ici sur une obligation de coopération accrue* » : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, p. 102 et 103. Point de vue par ailleurs partagé par une majeure partie de la doctrine affirmant, tel Philippe Le Tourneau, qu'il « *existe un véritable devoir de coopération entre les parties* », mais limité exclusivement aux relations contractuelles ayant une finalité autre : LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2012-2013, p. 3677.

Dépassant le cadre strict de devoir inhérent à toutes relations contractuelles en vertu de l'exigence de bonne foi et du devoir de loyauté, la coopération se démarque irrémédiablement sous l'éclairage apporté par l'analyse économique du contrat²⁰¹⁰. La doctrine civiliste a de ce fait pu intégrer à la théorie générale du contrat une forme approfondie de coopération contractuelle²⁰¹¹ pour admettre finalement la consécration d'une coopération autonome par le contrat²⁰¹². Elle se présente donc désormais comme « *l'exigence de comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »²⁰¹³ ; en d'autres termes, elle repose alors « *sur « l'animus cooperandi » qui transforme finalement les parties en véritables partenaires occupés à réaliser une tâche commune* »²⁰¹⁴. L'obligation de coopération, telle qu'envisagée en fonction de la bonne foi comme une norme de comportement à adopter dans le cadre de toute relation contractuelle²⁰¹⁵, évolue progressivement pour devenir une norme substantielle déterminant le contenu même du contrat²⁰¹⁶. Or, si une telle finalité coopérative irrigue ainsi l'économie du contrat-coopération, il serait cohérent de la retrouver dans l'économie contractuelle de l'externalisation. Comme pouvait d'ailleurs l'annoncer François DIESSE ; cette dernière a effectivement pu profiter du fait que « *le droit et la pratique du contrat ont découvert aujourd'hui dans le devoir de coopération le chemin de l'épanouissement* »²⁰¹⁷.

²⁰¹⁰ « (...), au-delà d'une exigence morale de loyauté, (les économistes) y voient un impératif économique indispensable à l'utilité sociale du contrat » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013, p. 210.

²⁰¹¹ Une coopération contractuelle qui était envisagée jusque-là, dans le sillage de la lecture doctrinale des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil, comme « *un corollaire du principe de l'exécution de bonne foi* » : DIESSE Fr., « Le devoir de coopération, comme principe directeur du contrat », *APD*, 1999, vol. 43, p. 263.

²⁰¹² Coopérer par le contrat ce ne serait donc « *pas, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore : c'est s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement* » : MERCADAL B., « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *DPCI*, 1984, n° 3, p. 319.

²⁰¹³ MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 101.

²⁰¹⁴ DIESSE Fr., *op. cit.*, 265.

²⁰¹⁵ « (...) c'est d'ailleurs l'opinion de la doctrine dominante pour qui le concept de bonne foi débouche sur une obligation de coopération » : PICOD Y., *op. cit.*, p. 101.

²⁰¹⁶ « *En plus d'être une norme comportementale, la bonne foi influe sur la substance du contrat. Elle emporte des effets sur le contenu des engagements ; elle modifie l'étendue des droits et des obligations* », et ce plus particulièrement lorsqu'elle prend la forme de la coopération : TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2012, p. 187. Une telle mutation de la coopération contractuelle était d'ailleurs sinon encouragée, du moins favorisée, par la rénovation de la lecture téléologique de l'ancien article 1135 du Code civil proposée conjointement par Philippe Jacques et Clémence Mouly-Guillemaud.

²⁰¹⁷ DIESSE Fr., *op. cit.*, p. 259.

Point de départ incontournable et irréductible de la coopération²⁰¹⁸, la bonne foi n'est pas en l'occurrence un élément déterminant inspirant la pratique de l'externalisation dans le cadre de la stratégie d'entreprise, voire ne serait même uniquement qu'une conséquence accessoire de sa mise en œuvre. L'analyse de ses origines managériales participe d'ailleurs de la démonstration de son fondement irrigué essentiellement par la coopération économique en tant qu'elle y est conçue comme un mode hybride de gouvernance. Une telle affirmation provient notamment de l'hypothèse avancée par Jérôme Barthélemy associant une approche par les coûts de transaction à une démarche fondée sur les ressources. Or, elles ont toutes deux pu conduire à proposer aux entreprises un nouveau mode de gestion des ressources nécessaires à leur fonctionnement qui reposerait sur un partage des risques²⁰¹⁹ entre des partenaires associés dans un même réseau²⁰²⁰. Dès lors le tissu productif de l'économie a pu ainsi être remis sur le métier, subissant cette transformation néo-managériale fondée sur la coopération et non plus la subordination hiérarchique, et encore moins l'échange marchand. Au même titre que ces deux logiques économiques déjà intégrées à la théorie générale du contrat, l'essence coopérative de l'externalisation devait donc présenter une économie susceptible d'irriguer sa propre traduction contractuelle et non servir exclusivement à titre accessoire en tant que traduction des exigences de bonne foi et de loyauté dans les relations contractuelles.

153. Une finalité inévitablement coopérative approchant l'économie du contrat-coopération.

Le lien indéfectible établi par la stratégie d'entreprise entre l'externalisation et la logique coopérative devait nécessairement se poursuivre sur le terrain juridique, et conduire à un

²⁰¹⁸ Récemment encore, Rémy Cabrillac rappelait effectivement que la bonne foi demeurait le noyau constitutif de la coopération : « *Le développement de la bonne foi dans la jurisprudence, dans les projets européens ou dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations illustre de manière emblématique l'essor d'une nouvelle éthique contractuelle. L'altruisme devient une vertu contractuelle qui se concrétise par exemple par un devoir de coopération à la bonne exécution du contrat* » : CABRILLAC R., « Droits fondamentaux et notion de contrat », in *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 125.

²⁰¹⁹ Marie-Laure Morin pouvait en effet affirmer que « *les phénomènes de filialisation ou d'externalisation sont assurément un moyen de transférer sur d'autres entreprises (...) les risques* » : MORIN M.-L., « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, 2005, volume 144/n° 1, p. 14.

²⁰²⁰ « *L'un des axes principaux de la nouvelle stratégie des entreprises a été un accroissement important de ce que l'on a appelé la flexibilité, qui permet notamment de reporter sur les salariés, mais aussi sur les sous-traitants et autres prestataires de services, le poids de l'incertitude marchande (...), qui suppose une organisation du travail dite en réseau, dans laquelle des entreprises « maigres » trouvent les ressources qui leur font défaut auprès d'une sous-traitance abondante* », laquelle correspond par abus de langage à l'externalisation : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999, p. 292. Au point d'ailleurs que « *l'image type de l'entreprise moderne est aujourd'hui un cœur svelte entouré d'une nébuleuse de fournisseur, de sous-traitants, de prestataires de services (...), d'entreprises amies* » : BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *op. cit.*, p. 116 et 117.

rapprochement de l'économie de l'externalisation et de celle du contrat-coopération. Les propos avancés par Yves Lequette en faveur de ce dernier permettent d'ailleurs de confirmer cette corrélation. Affirmant que « *les entreprises qui détiennent des compétences spécifiques complémentaires peuvent choisir de les mettre en relation et de coopérer, sans renoncer à leur indépendance* »²⁰²¹, Yves Lequette évoquait effectivement à mots couverts les raisons du recours croissant à l'externalisation dans le cadre des activités économiques, dans la mesure où il admettait que cela permettait aux entreprises d'accéder « *ainsi aux compétences spécifiques dont elles ont besoin, sans être obligées de les acquérir ou de les internaliser, minimisant ainsi leurs coûts* »²⁰²². Bien qu'une partie de la doctrine civiliste ait pu finalement émettre des doutes quant à la pertinence de ce modèle en arguant notamment du fait que la coopération ne pouvait constituer en elle-même une opération économique suffisamment singulière pour être envisagée comme une finalité contractuelle autonome²⁰²³, Yves Lequette ainsi que Suzanne Lequette en démontraient l'importance au point de proposer de rendre compte juridiquement de cette fonction économique à part entière que la théorie générale du contrat ne pouvait plus ignorer²⁰²⁴. En faisant indéniablement partie de cette « *panoplie d'accords hybrides qui empruntent leurs caractéristiques à la fois au marché et à la firme* »²⁰²⁵, l'externalisation puise nécessairement sa sève de la coopération au point de voir se confondre son économie avec celle du contrat-coopération.

Un tel rapprochement ne serait d'ailleurs pas pour surprendre dans la mesure où certaines formules contractuelles consacrées par le droit positif ont pu connaître une telle fortune²⁰²⁶.

²⁰²¹ LEQUETTE Y., « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 895 et 896.

²⁰²² LEQUETTE Y., *Ibid.* Il confirmait d'ailleurs le lien étroit entre l'externalisation et le contrat-coopération en indiquant que « *se fait jour un « modèle économique hybride » qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme et qui a son ressort dans la coopération* » : LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 896.

²⁰²³ Jacques Ghestin affirmait effectivement que « *admettre que ces hybrides, passablement disparates, aient une suffisante unité pour former, par leur réunion, un troisième modèle, économique ou juridique, à partir de l'existence d'une coopération qui est en fait économiquement nécessaire dans tous les contrats, c'est une autre affaire et elle mérite réflexion* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 242.

²⁰²⁴ Ces deux auteurs affirmant au contraire que, « *entre le marché et la firme les économistes ont dégagé un troisième modèle, la coopération* » (LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 879), en précisant d'ailleurs que la littérature économique identifiait majoritairement l'émergence de nombreuses formes hybrides de gouvernance qui, bien que « *difficilement saisissables, ont cependant en commun de procéder du même phénomène : la coopération* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 10.

²⁰²⁵ MIGNOT M., « De la solidarité en général et du solidarisme en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité », *Droit prospectif, RJJ*, 2004, n° 4, p. 2173. Sur le terrain managérial, une telle intégration de l'externalisation à l'ensemble des formes hybrides de gouvernance fut déjà amplement démontrée : cf. sur ce point les travaux précédemment cités de Jérôme Barthélemy ou de Bertrand Quélin.

²⁰²⁶ Plus particulièrement d'ailleurs dans le domaine du droit de la distribution au sein duquel ont pu être reconnues des pratiques explicitement apparentées à de l'externalisation. Jean Beauchard affirme en effet que

Ainsi le contrat de franchise pourrait-il servir de confirmation à cette hypothèse. Considéré comme un outil de mise en œuvre d'une stratégie particulière de gestion de l'entreprise, il semble revêtir en effet une fonction économique proche de l'externalisation alors que, dans le même temps, la doctrine civiliste l'envisage en tant que contrat type du modèle du contrat-coopération²⁰²⁷. Les nombreux points de convergence juridique qu'il serait possible de souligner entre ces deux opérations économiques auraient donc notamment pour origine, et pour explication, le partage d'une même économie du contrat : l'économie coopérative. À l'instar de la franchise, et plus généralement du modèle du contrat-coopération, l'externalisation devrait par conséquent être caractérisée par une économie irriguée par la logique coopérative selon laquelle « *les parties ont toutes deux intérêt à la réalisation de la prestation finale, tant le prestataire final, qui est l'exploitant en première ligne, que le prestataire instrumental qui a droit à un pourcentage des recettes ou qui récupère, au terme du contrat, un bien ou une position améliorés* »²⁰²⁸.

Il convient toutefois de préciser que la doctrine civiliste demeure toujours partagée sur la question de l'existence d'une fonction de coopération économique suffisamment autonome pour justifier qu'elle soit associée à un modèle contractuel à part entière. Jacques Ghestin reproche en effet aux thuriféraires de cette hypothèse de ne pas proposer ainsi « *la meilleure façon de prendre en considération la coopération dans le contrat, qui est essentielle, mais ne peut être limitée à une catégorie contractuelle aux contours aussi incertains* »²⁰²⁹. Il est toutefois possible d'objecter à cette remarque l'adoption d'une conception trop restreinte de la prise en considération juridique de la coopération. Ainsi limitée à une mise en œuvre dans le contrat, la coopération ne justifierait effectivement pas l'élaboration d'un modèle contractuel dédié, ce qui conduirait alors à souscrire pleinement à cette critique. Il a pu être démontré

« *les contrats de franchise ou de concession exclusive sont en grande partie nés d'un souci d'externalisation des coûts, comme disent les économistes. Au lieu d'un réseau de succursales tenues par des salariés, le fabricant ou le franchiseur noue un contrat avec un partenaire juridique indépendant* » : BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 40.

²⁰²⁷ Rappelant que Rémy Libchaber soulignait que « *l'intérêt du franchiseur et du franchisé s'unissent si étroitement que l'objet du contrat est réalisé par une coopération qui est comme inscrite dans les gènes du contrat* » (LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 230), Suzanne Lequette parvenait à démontrer que la finalité économique du contrat de franchise est essentiellement irriguée par la logique coopérative dans la mesure où « *le franchisé et le franchiseur s'engagent non dans la perspectives de permuter mais plutôt dans celle de concourir à la production d'un effet synergique qui profite à chacun* », et qu'il permettait d'établir la réalité du contrat-coopération : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 102.

²⁰²⁸ ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 261.

²⁰²⁹ GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 259.

néanmoins que la coopération en droit ne pouvait plus être circonscrite à cette seule fonction et qu'elle devait au contraire s'étendre à ce qui relève également de la coopération économique par le contrat²⁰³⁰. Dès lors, le grief soulevé par Jacques Ghestin perd de sa justesse dans la mesure où il ne prend pas en compte le fait que la coopération pourrait constituer une fonction économique du contrat à part entière²⁰³¹. S'il est évident que la coopération dans le contrat « *n'est pas et ne doit pas être l'apanage d'une catégorie particulière de contrats* »²⁰³², il en va tout autrement de la coopération par le contrat dont la structure singulière serait finalement en grande partie dictée par la logique coopérative : le contrat-coopération²⁰³³, et pourrait servir à la traduction juridique de l'externalisation.

2. Une économie dictée par la coopération

154. Une économie coopérative structurant l'essence de l'externalisation. Alors que Suzanne Lequette peut affirmer sans ambages que « *l'économie du contrat désigne couramment « l'organisation d'ensemble » de l'opération contractuelle* »²⁰³⁴, il est possible d'en déduire que l'essence coopérative de l'externalisation implique par conséquent une organisation particulière de son vecteur contractuel ; c'est-à-dire une organisation dictée par son économie coopérative, et donc proche de celle structurant le modèle du contrat-coopération dont elle semble de plus en plus devoir être rapprochée. Suzanne Lequette n'est d'ailleurs pas le seul auteur civiliste à avoir établi un lien étroit entre l'économie et la structure du contrat. Démontrant le caractère fondamental de la notion d'économie du contrat, Sébastien Pimont affirmait en effet qu'elle ne manifestait pas seulement la volonté des parties²⁰³⁵, mais

²⁰³⁰ Suzanne Lequette assure d'ailleurs qu'il « *s'agirait non pas de reconstruire l'ordre contractuel sous la bannière d'une exigence morale de coopération mais de proposer un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 12.

²⁰³¹ Une telle hypothèse ne serait d'ailleurs pas si extravagante dans la mesure où il est possible de rappeler que Jean-François Overstake en évoquait déjà la possibilité lorsqu'il indiquait que, « *en utilisant le contrat, l'homme cherche à réaliser une opération rentrant dans le cadre de son activité économique générale. Le contrat c'est l'instrument technique qui va permettre d'atteindre le résultat recherché au sein de cette activité* » : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 17.

²⁰³² GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 259.

²⁰³³ Dans la mesure où il est admis que « *l'originalité structurelle du contrat coopération apparaît, en cela, comme étant le reflet exact de sa fonction économique* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 141, c'est-à-dire d'une coopération envisagée comme une finalité économique irriguant l'économie de tout un ensemble de contrats au rang desquels figurerait la mise en œuvre de l'externalisation.

²⁰³⁴ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 135.

²⁰³⁵ « (...) : *l'économie du contrat est une représentation jurisprudentielle de la loi des parties, une matérialisation de la volonté commune* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 189.

également sa traduction juridique en termes d'obligations²⁰³⁶. Elle participe donc non seulement activement à la détermination de l'obligation essentielle, ou prestation caractéristique du contrat, mais elle contribue également, dans une large part, à la détermination et à l'agencement des suites telles qu'évoquées par l'ancien article 1135²⁰³⁷ et le nouvel article 1194 du Code civil ; en d'autres termes à l'agencement des obligations accessoires. Dès lors que « *la coopération est devenue partie intégrante de la stratégie des entreprises pour trois raisons essentielles étroitement imbriquées : le temps, le coût, le risque* »²⁰³⁸, l'économie coopérative devrait en conséquence imprimer au contrat-coopération, et, par extension à la traduction juridique de l'externalisation, une structure particulière en prévoyant notamment une organisation particulière de ces trois éléments. Instrumentalisé au service de la mise en œuvre de l'ensemble des pratiques irriguées peu ou prou par une logique coopérative, le contrat-coopération présente une structure nécessairement dictée par cette fonction économique singulière.

Bien qu'il existe incontestablement de nombreuses formes de coopération, il demeure toujours un invariant, un « *élément premier et constant (qui) résiderait dans cette volonté de collaborer sur un pied d'égalité dans l'intérêt commun des partenaires* »²⁰³⁹. Cette fonction économique constitue en l'occurrence l'essence coopérative de l'externalisation, à l'instar de formules contractuelles consacrées telles que la coopération commerciale, le franchisage, la joint venture. L'analyse de l'économie du contrat facilite d'ailleurs l'appréhension de ces nouvelles pratiques contractuelles qui présentent un fort degré de complexité et que les schémas traditionnels proposés par la théorie générale du contrat ne paraissent plus à même d'éclairer. Ainsi cette analyse permet-elle à Valérie Pironon d'expliquer, par exemple, la structure si particulière du contrat de *joint venture*. Prescrite principalement par sa fonction coopérative, ses « *caractéristiques ressortent de l'exposé synthétique des droits et obligations des parties* »²⁰⁴⁰. Proche sous bien des aspects du contrat-cadre, cette formule largement employée dans le commerce international devait finalement être associée au contrat-

²⁰³⁶ Ainsi affirmait-il qu'elle devait permettre « *de déterminer les éléments subjectivement essentiels et, corrélativement, de rendre possible une adaptation des structures juridiques abstraites à la spécificité de certaines opérations économiques* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 227.

²⁰³⁷ Préfigurant la lecture proposée par Philippe Jacques et Clémence Mouly-Guillemaud, Sébastien Pimont soulignait que « *l'application de l'article 1135 permet au juge d'user cumulativement de deux sortes de pouvoir* » parmi lesquels celui de « *compléter le contrat en créant des obligations nécessaires à la réalisation pratique du but économique* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 199.

²⁰³⁸ PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, p. 1.

²⁰³⁹ PIRONON V., *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁴⁰ PIRONON V., *op. cit.*, p. 55.

coopération dans la mesure où elle semblait dépasser la mise en œuvre du simple devoir de coopération inhérent à toute relation contractuelle²⁰⁴¹. Davantage encore qu'en égard à sa finalité, le contrat de *joint venture* doit donc y être associé du fait de sa structure, et ce alors même qu'elle aurait très bien pu être explicitée à l'aune de la théorie du contrat-cadre. Au-delà de l'agencement complexe de ce dernier, proche du groupe de contrats associant le contrat-cadre proprement dit à un ou plusieurs contrats d'application, Valérie Pironon précisait qu'il se composait notamment de deux types de clauses distincts : les clauses d'*intuitu personae*, nécessaires à l'instauration d'une relation de coopération²⁰⁴², et les clauses inhérentes à l'*animus cooperandi*, caractéristiques de la mise en œuvre d'une telle relation²⁰⁴³. Suzanne Lequette confirme en outre ce rattachement structurel du contrat de *joint venture* au modèle du contrat-coopération²⁰⁴⁴, suggérant incidemment qu'il devrait pouvoir en aller de même pour l'externalisation.

Cette adaptation de la structure contractuelle à toute opération de coopération s'exprime *prima facie* à travers la prestation caractéristique. Présentée par Philippe Jestaz comme désignant « l'essentiel du contrat »²⁰⁴⁵, la notion d'économie participe logiquement de la détermination de son obligation essentielle, ou prestation essentielle²⁰⁴⁶. Entendue comme celle « qui donnera au reste du contrat son sens, sa mesure, et au contrat tout entier l'homogénéité de son régime »²⁰⁴⁷, la prestation caractéristique s'impose donc, d'une part,

²⁰⁴¹ « Cette relation de coopération s'induit de façon générale des motifs qui ont présidé à la conclusion du contrat, en particulier, la complémentarité des parties et des obligations acceptées par elles pour atteindre un même objectif » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 72.

²⁰⁴² Tirant les conséquences de la complémentarité, et finalement de l'interdépendance des parties, ces clauses assurent un lien étroit entre les contractants, par exemple en prévoyant une cause d'exclusion ou de résiliation du contrat dès lors qu'un événement modifie en substance la qualité ou la personnalité de l'une des parties.

²⁰⁴³ Tirant cette fois les conséquences de la volonté des parties de coopérer, ces clauses assurent quant à elle la réalisation la plus utile possible de cette coopération en organisation notamment un renforcement de l'obligation de bonne foi. Valérie Pironon notait en effet que « le contrat de *joint venture* vise sans conteste à privilégier l'intérêt commun des parties. D'où l'insertion de clauses de coopération qui imposent une obligation de bonne foi renforcée lors de la conclusion du contrat, en cours d'exécution, mais aussi à l'extinction » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 76 et 77.

²⁰⁴⁴ Au point de le prendre en exemple afin d'illustrer l'épure complexe du contrat-coopération : « À l'évidence, la structure de la *joint venture* ne saurait se laisser enfermer dans un cadre juridique typique (...). Il n'en reste pas moins que l'on a, avec cette figure, l'illustration que l'épure du contrat-coopération est susceptible de se décliner sur un mode complexe » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 157 et 163.

²⁰⁴⁵ JESTAZ Ph., « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 279.

²⁰⁴⁶ C'est-à-dire de la prestation qui, « dans le plexus d'obligations que produit le contrat », s'impose comme étant « plus importante que les autres » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 219. En ce qui concerne le contrat de *joint venture*, Valérie Pironon affirmait par exemple que si ce dernier ne pouvait bien évidemment se réduire à une prestation caractéristique, il n'en demeurait pas moins toujours composé d'une obligation principale imposant à chacun de participer à sa façon à la réalisation de l'œuvre commune.

²⁰⁴⁷ ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 212.

comme la clef de voute de la structure contractuelle et, d'autre part, en tant que telle comme l'expression de l'économie du contrat²⁰⁴⁸. Ainsi par exemple l'économie du contrat a-t-elle pu justifier la protection par le juge de l'obligation essentielle contre toute clause susceptible de la priver d'effet dans la mesure où elle constitue la substance juridique de la commune intention des parties²⁰⁴⁹. Obligation ou prestation, essentielle ou caractéristique, il n'en reste pas moins qu'elle manifeste et permet juridiquement l'expression de la fonction économique insufflée au contrat par les parties. Proche de la cause typique développée par Judith Rochfeld²⁰⁵⁰, elle sera symptomatique d'une catégorie de contrat guidée par une même économie²⁰⁵¹. À l'instar de toute forme contractuelle, l'externalisation devrait par conséquent présenter une prestation caractéristique inspirée par son essence coopérative ; en d'autres termes, proche de celle du contrat-coopération.

155. Une économie coopérative structurant singulièrement l'essence de l'externalisation. La traduction juridique de l'essence coopérative de l'externalisation devrait par conséquent présenter une structure particulière dédiée à la réalisation de cette fonction économique attribuée par les parties. Première manifestation de cette singularité, la prestation caractéristique endosse à plein son rôle et permet de distinguer l'obligation essentielle

²⁰⁴⁸ Marie-Élodie Ancel précisait d'ailleurs que « la découverte de la prestation caractéristique implique donc que les parties se soient accordées sur les éléments qu'elles jugent essentiels ainsi que sur les liens qui unissent ceux-ci, c'est-à-dire sur la structure de leur contrat » : ANCEL M.-É., *Ibid.*

²⁰⁴⁹ L'affaire *Chronopost* constitue sur ce point une illustration parfaite de protection de l'obligation essentielle : Cass. com., 22 octobre 1996, *Contrat, Conc., Cons.* 1997, comm., n° 24, obs. Leveneur. Les juges du Quai de l'Horloge affirmaient effectivement que « la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société *Banchereau* dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite » ; voir dans le même sens : Cass. com., 15 février 2000, *RTD Civ.* 2000. 325, obs. Mestre et Fages. Notons également que l'ordonnance du 10 février 2016 procède à une codification de cette jurisprudence en disposant, au nouvel article 1170 du Code civil, que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Il est d'ailleurs également aujourd'hui admis par la doctrine civiliste qu'une « obligation absorbe l'utilité économique du contrat » : l'obligation essentielle : PIMONT S., *op. cit.*, p. 220.

²⁰⁵⁰ « La cause typique représente donc le constat de l'alignement des motivations elles-mêmes. La même finalité recherchée à l'identique va se figer et induire la cristallisation de la structure contractuelle propre à l'atteindre » : ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 141.

²⁰⁵¹ De la même façon que la cause typique, la prestation caractéristique participerait de la spécification d'un type de contrat à partir de la finalité qu'elle poursuit : « c'est la fonction de modèle de la cause typique, et plus amplement du type : le choix d'un intérêt à satisfaire, et d'une structure adéquate, entraîne automatiquement la présence des éléments nécessaires, les diverses causes typiques, et plus généralement de l'ensemble du modèle (...). Les parties en adoptant un type de contrat, pour sa correspondance avec les intérêts que chacune recherche, s'en remettent ainsi à une structure globale, à un modèle de référence, qu'elles trouvent dans la loi, dans la jurisprudence ou dans la pratique » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 146.

inhérente à l'opération économique envisagée²⁰⁵², des obligations accessoires qui participent également de sa réalisation. Précisant davantage le lien entre l'économie et la structure du contrat, Sébastien Pimont indiquait d'ailleurs qu'est « *essentiel ce sans quoi la réalisation de la fonction économique du contrat est impossible, ce qui « est conforme à l'économie voulue »* »²⁰⁵³ pour reprendre la formulation retenue dans la jurisprudence *point club vidéo*²⁰⁵⁴. Aussi la prestation caractéristique rejoint-elle l'obligation intrinsèque à l'opération économique envisagée par les parties²⁰⁵⁵. Elle constitue en cela un critère de qualification et de classification des contrats dans la mesure où elle participe en tout premier lieu à la définition juridique de la fonction économique du contrat²⁰⁵⁶.

Marie-Élodie Ancel parvenait en l'occurrence habilement à démontrer la prégnance de la prestation caractéristique sur les autres prestations agencées dans le contrat, ainsi que son lien avec le modèle contractuel²⁰⁵⁷. Elle en dessinait dès lors les contours, s'agissant des contrats d'intérêt commun, laissant alors présager de ce à quoi devrait ressembler celle du contrat-coopération, et donc celle de l'essence de l'externalisation. Elle suggérait effectivement qu'il ne pouvait s'agir, eu égard à leur obligation essentielle, ni « *de contrats de société à proprement parler* », ni de « *l'archétype de la fourniture d'un bien ou d'un service contre rémunération, ni même à un banal échange de prestations réelles* »²⁰⁵⁸. Il convient par ailleurs de préciser qu'à la différence de ces dernières, pour lesquelles le législateur a pu

²⁰⁵² La doctrine civiliste reconnaît en effet que « *la définition de l'effet essentiel ne va jamais sans une référence à « l'opération économique », « l'opération juridique » ou « l'équilibre économique » qui forme la matière de l'accord* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 222.

²⁰⁵³ PIMONT S., *op. cit.*, p. 222 et 223.

²⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{er}, 3 juillet 1996, *RTD Civ.* 1996. 901, obs. Mestre.

²⁰⁵⁵ Notons sur ce point que Robert-Joseph Pothier définissait déjà les choses contractuelles essentielles en relation avec l'espèce du contrat, ou avec les contrats romains typiques.

²⁰⁵⁶ Sébastien Pimont affirmait sur ce point que « *le critère de l'obligation essentielle ou de l'effet essentiel du contrat est son économie* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 232. Marie-Élodie Ancel ne s'étonnait d'ailleurs pas « *de voir apparaître les concepts d'obligation essentielle ou de prestation caractéristique, prétendant incarner la finalité économique propre à une catégorie contractuelle* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 96. Cette opinion avait par ailleurs été précédemment dégagée par Louis Boyer, lequel avait pu affirmer qu'il existait dans chaque contrat une cause catégorique composée d'éléments « *qui ont un « caractère permanent et constant », qui sont « inhérents à la nature même du contrat et qui permettent de le caractériser* » : BOYER L., *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse dact., Université de Toulouse, 1947, p. 196. Jacques Ghestin assure enfin que « *ce sont donc les obligations principales qui, une fois qualifiées, conditionnent la nature juridique du contrat tout entier* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., p. 101, pour préciser que « *c'est l'obligation principale qui détermine la qualification du contrat* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *op. cit.*, p. 102. Marie-Élodie Ancel accentuait davantage cette hypothèse lorsqu'elle indiquait que « *les catégories tirent leur substance et prennent leur sens dans les résultats, dans les prestations objectives que leurs éléments permettent de réaliser, dans les prestations objectives qu'ils procurent aux parties* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 103.

²⁰⁵⁷ « *Projetée sur le plan des catégories contractuelles, la prestation réelle rémunérée se désigne comme prestation caractéristique* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 107.

²⁰⁵⁸ ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 124.

prévoir et énumérer les prestations caractéristiques, l'externalisation et les autres formes de coopération ne correspondent pas à un contrat nommé. Il revient donc à la doctrine, ou à la jurisprudence au cas par cas, de déterminer pour chacune l'obligation essentielle dictée par la logique coopérative. Jacques Ghestin indiquait également qu'une telle appréciation avait déjà pu être proposée par la doctrine, spécialement dans le domaine de la distribution²⁰⁵⁹. En accord avec les propos de Marie-Élodie Ancel, il convient donc de partir de la prestation caractéristique des contrats d'intérêt commun pour finalement parvenir à définir les contours de celle de contrats également animés d'un esprit de coopération²⁰⁶⁰ pour parvenir *in fine* à l'identification d'une traduction juridique éventuelle de l'externalisation en droit civil.

S'agissant du contrat de franchisage, la prestation caractéristique se présente comme celle établissant une relation particulière fondée sur le partage d'un savoir-faire dans le but d'exploiter conjointement, et le plus efficacement possible, une part de marché²⁰⁶¹. De même, typique de cette pratique, la prestation caractéristique du contrat de *joint venture* suggère un certain nombre d'éléments qui devraient se retrouver dans celle de la traduction juridique de l'externalisation. Désignant l'obligation faite aux parties d'affecter toutes formes « *de ressources à l'entreprise commune, qu'il s'agisse de ressources financières, matérielles, intellectuelles, techniques ou même humaines* »²⁰⁶², elle manifeste incontestablement un esprit coopératif ayant pour finalité la réalisation d'un intérêt commun défini par les

²⁰⁵⁹ « *La doctrine, pour sa part, n'émet que des propositions qui sont parfois consacrées par la jurisprudence. Par exemple, en droit de la distribution, les auteurs ont distingué le contrat de concession et le contrat de distribution agréée, aussi appelé contrat d'agrégation* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *op. cit.*, p. 99.

²⁰⁶⁰ Car le contrat d'intérêt commun serait une forme moins aboutie de contrat-coopération dans la mesure où tous deux projettent l'instauration « *d'une relation contractuelle nouée dans l'intérêt commun des parties* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 239. L'auteur précise alors que, « *unis par leur intérêt commun, les contractants y sont, davantage que des parties, des partenaires animés d'un animus cooperandi qui oeuvrent à la réalisation d'un projet commun* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 239 et 240. Philippe Le Tourneau mettait d'ailleurs explicitement en évidence cette parenté entre les contrats d'intérêt commun et les contrats de distribution, plus particulièrement encore avec le contrat de franchise entraînant l'application de certaines règles à ce dernier dès lors que « *l'intérêt commun implique une collaboration plus poussée que dans les contrats ordinaires (...). Cet animus cooperandi particulier est une émanation de l'intuitu personae, dont il garantit l'effectivité* » : LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de franchisage*, Litec, coll. Litec professionnels, 2^e éd., 2007, p. 104.

²⁰⁶¹ Le franchisé est en effet celui des contractants sur lequel repose la charge du développement de l'affaire à partir du savoir-faire, de la marque et éventuellement des moyens mis à sa disposition par le franchiseur : « *Le franchisage comprend un droit d'utiliser la marque et l'enseigne, une communication d'un savoir-faire et une assistance technique. De tous les contrats de distribution, le franchisage est celui dans lequel le droit d'utiliser la marque occupe la plus grande place ; il est assorti du droit d'utiliser l'enseigne* » : LE TOURNEAU Ph., *op. cit.*, p. 3. Ainsi l'obligation de commercialiser efficacement un savoir-faire ou une marque répond-elle à l'obligation de le mettre à la disposition du franchisé par le franchiseur.

²⁰⁶² PIRONON V., *op. cit.*, p. 56.

contractants²⁰⁶³. Il convient néanmoins de préciser une fois de plus que, s'il existe une obligation essentielle, il doit également y avoir des obligations accessoires participant de la réalisation de la première²⁰⁶⁴ et dont l'agencement particulier contribue pour une grande part à la spécificité économique des contrats, et donc nécessairement du contrat-coopération.

Valérie Pironon démontrait en effet que gravitent autour de la prestation caractéristique, à laquelle chacun des partenaires contribue, un ensemble d'obligations accessoires facilitant la réalisation de l'obligation essentielle²⁰⁶⁵. Moins spécifiques de l'opération économique réalisée que la prestation caractéristique²⁰⁶⁶, elles sont cependant utiles à sa bonne exécution²⁰⁶⁷. Appréhendée de manière globale, la réunion des obligations essentielles et accessoires découle de l'économie du contrat et présente une structure dédiée à l'accomplissement de sa fonction²⁰⁶⁸. Au-delà de ces obligations accessoires, la spécificité du contrat-coopération résulte donc également de leur articulation entre elles et avec la prestation caractéristique. Dictée par l'économie coopérative, et organisée autour de l'obligation essentielle, la structure juridique de l'essence coopérative de l'externalisation se distingue par conséquent par un agencement particulier des obligations constituant le contenu du contrat. À l'instar de tout modèle, le contrat-coopération repose nécessairement sur une structure déterminée à l'aune de l'opération économique qu'il sert. Alors que sa prestation caractéristique se distingue par sa dualité associant l'obligation essentielle de chacun des

²⁰⁶³ Elle se distingue effectivement nettement d'une prestation purement permutative, inhérente à la logique échangiste, ainsi que de manière plus nuancée d'une prestation commutative, inhérente à la logique d'organisation. Valérie Pironon indique d'ailleurs que « *l'objet du contrat de joint venture ne se limite pas à un simple échange de prestations et les intérêts des partenaires ne sont pas opposés, mais du moins parallèles lorsqu'ils ne sont pas identiques. Contrat d'intérêt commun d'un type particulier, le contrat de joint venture se distingue du contrat synallagmatique comme du contrat de société* » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁶⁴ « (...) il est possible de distinguer au sein de l'instrumentum deux sortes de clauses, les unes sont capitales dans l'économie du contrat, les autres sont simplement subordonnées ou accessoires d'après l'économie du contrat » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 230. Marie-Élodie Ancel affirmait quant à elle qu'il est possible « *de distinguer une prestation principale et une ou des prestations accessoires, n'existant qu'en raison de la prestation principale* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 116.

²⁰⁶⁵ Elle démontrait en effet que l'obligation principale pouvait donner « *naissance à tout un faisceau d'obligations accessoires* » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁶⁶ « *En elles-mêmes, elles ne présentent pas une spécificité très marquée et on les retrouve dans de nombreux contrats commerciaux plus classiques* » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 57. Jacques Ghestin précise d'ailleurs que « *ces obligations accessoires à l'obligation principale sont insusceptibles de modifier la qualification du contrat (...), les obligations accessoires à l'obligation principale n'ont aucun effet sur la qualification du contrat car elles sont objectivement neutres* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *op. cit.*, p. 105.

²⁰⁶⁷ Marie-Élodie Ancel pouvait en effet affirmer que ces prestations accessoires « *ne peuvent se justifier que dans la mesure où elles permettent l'exécution efficace de la prestation caractéristique, sans dénaturer le contrat, sans risque d'altérer la qualification, (...). Ces prestations sont donc ce qu'exige la bonne fin de la prestation caractéristique* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 254.

²⁰⁶⁸ Notons que Marie-Élodie Ancel parvenait à démontrer que la structure du contrat devait permettre de s'assurer « *que les parties, prestataires instrumental et final, collaborent à une œuvre d'utilité commune* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 261.

contractants, celle-ci rejaillit nécessairement sur sa structure associant ces obligations essentielles à une ou plusieurs obligations accessoires permettant ou facilitant leur réalisation²⁰⁶⁹. Si la prestation caractéristique constitue incontestablement un élément cardinal de la singularité de l'essence coopérative de l'externalisation dictée par l'économie coopérative, son rattachement au modèle du contrat-coopération repose fondamentalement sur une convergence structurelle liée la fonction économique qu'ils partagent tous deux. Une telle convergence structurelle, liée à la fonction du contrat, peut d'ailleurs trouver une confirmation à travers l'étude des suites inhérentes à la nature du contrat telles que les prévoit l'ancien article 1135 du Code civil. À la manière des obligations accessoires²⁰⁷⁰, ces suites découlent également de la fonction économique attribuée initialement au contrat par les parties²⁰⁷¹. Clémence Mouly-Guillemaud affirmait d'ailleurs que la nature de l'obligation à laquelle se référerait l'ancien article 1135 renvoyait « à la prestation concrète que l'instrument juridique qu'est l'obligation a pour but d'imposer »²⁰⁷². Dès lors, « l'économie du contrat est un instrument d'analyse qui, d'une manière générale, permet au juge de déterminer objectivement le contenu du contrat à l'aune de la réalité de l'opération que veulent réaliser les parties »²⁰⁷³; en d'autres termes, c'est elle qui dicte au contrat son obligation essentielle et, plus globalement, sa structure générale lui associant un certain nombre d'obligations accessoires. En ce qu'elle partage avec lui une même essence coopérative, l'externalisation présenterait donc une structure juridique proche de celle du contrat-coopération.

§2 : Une convergence structurelle liée à la fonction du contrat

156.E pluribus unum... une histoire de convergence fonctionnelle. Le contrat n'est plus exclusivement cet instrument de l'échange qu'il était depuis 1804, il est désormais conçu plus

²⁰⁶⁹ Car « dans le contrat-coopération, l'originalité tient moins à l'objet des obligations qu'à leur agencement. Les obligations principales s'enchaînent selon un lien de complémentarité ordonnancée épousant en cela étroitement les formes de l'opération de coopération » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300.

²⁰⁷⁰ Évoquant ces obligations accessoires, Sébastien Pimont suggérait en effet que « si ces stipulations partagent avec les effets essentiels du contrat une source formelle commune – une prévision expresse –, elles sont beaucoup plus proches, par leur fonction, des suites naturelles du contrat (...). Comme elles, leur utilité réside dans le rôle de complément des éléments essentiels » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 231.

²⁰⁷¹ Effectivement, à l'instar de toute obligation, elles constituent « un procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique » : PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947, p. 7.

²⁰⁷² MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source contractuelle du contenu du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006, p. 172. Dans la même veine, Philippe Jacques considérait quant à lui que « l'obligation complétive est inexprimée et qu'elle est complétive d'un accord de volontés » conclu dans la perspective de réaliser une opération économique déterminée : JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 46, 2005, p. 807.

²⁰⁷³ PIMONT S., *op. cit.*, p. 278.

largement comme celui de l'instauration de relations économiques diverses entre les parties²⁰⁷⁴. Or, si la relation conduit au réseau, comme l'illustre le droit de la distribution, il convient de se référer à l'étymologie pour comprendre comment elle peut également conduire au multiple. Elle désigne effectivement « *l'état d'une chose qui tient à une autre* »²⁰⁷⁵, et n'est en cela pas étrangère à la relativité, laquelle désigne l'idée de contingence²⁰⁷⁶. Marquées ainsi du sceau de la relativité, les relations de coopération contractuelle, permettant notamment la réalisation d'opérations d'externalisation, sont donc différentes les unes des autres, ce qui explique la diversité contractuelle évoquée par Gérard Cornu²⁰⁷⁷. Aboutissant à l'un comme au multiple, le caractère relationnel des contrats instaurant une telle coopération n'est pas pour autant paradoxal. Il est en effet possible de réduire cette multitude contractuelle à l'unité. Il s'agit dès lors de parvenir à la détermination d'un élément de convergence entre ces formes juridiques diverses et variées d'externalisation. Or, chacune de ces opérations est animée par l'esprit et la logique de coopération qui les sous-tend toutes ; c'est-à-dire leur finalité coopérative. Dans le domaine du droit comme dans le domaine économique, l'essence coopérative de l'externalisation constitue donc son identité, et autorise ainsi son unité. Cette convergence fonctionnelle va dès lors permettre de faire « De plusieurs, un » en ce qui concerne la réalisation contractuelle de l'externalisation, et l'identification de sa traduction juridique.

Le contrat d'entreprise, parfois le louage voire même la vente, le contrat de franchisage, de distribution exclusive, de concession, de *joint venture* etc., sont autant de configurations contractuelles empruntées par les juristes praticiens afin de permettre la réalisation d'opérations d'externalisation décidées par les managers. S'il ne faut pas succomber à la tentation de voir de l'externalisation partout, il convient cependant de ne pas nier non plus son existence, et de considérer qu'en l'absence d'instrument dédié cette dernière n'aurait finalement pas d'existence juridique. Et si elle a sans nul doute précédé son essence, il faut compter sur celle-ci pour parvenir enfin à en déterminer précisément les contours. L'opération

²⁰⁷⁴ Faisant écho à la théorie de Ian Macneil, Didier Ferrier affirme ainsi que, « *pour le juriste, le contrat est l'instrument de l'échange et plus largement de l'établissement d'une relation* » : FERRIER D., *Ibid.*

²⁰⁷⁵ LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Hachette, 1873-1874, p. 1578.

²⁰⁷⁶ De « *variable par opposition à l'absolu* » : LITTRÉ É., *Ibid.*

²⁰⁷⁷ Rappelons que ce dernier envisage l'externalisation comme le « *nom donné dans le jargon des affaires à une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle des activités ordinairement intégrées dans une même entreprise afin de profiter au maximum des ressources extérieures du marché et de consacrer à celles des activités qu'il se réserve* », précisant alors que sa « *réalisation juridique s'inscrit dans la durée moyennant le truchement des contrats les plus divers* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 2016, p. 442 et 443.

est certes complexe, mais son essence est simple : instaurer une relation de coopération afin d'optimiser la gestion des ressources des entreprises. L'identification de l'externalisation en droit civil doit donc être simplifiée par un retour à son essence coopérative. Cette fonction économique de l'externalisation est une évidence, et constitue en cela, pour ses diverses traductions juridiques, un formidable vecteur de convergence. Il est donc possible d'identifier une externalisation juridique dans la mesure où il existe une convergence fonctionnelle entre les multiples voies empruntées en pratique pour sa réalisation. Contribuant à structurer d'une façon nouvelle la gestion des ressources, l'externalisation imprime une structure nouvelle au contrat en lui insufflant son essence coopérative. Davantage influencée par Monet et Cézanne que par David et Delacroix, la pratique contractuelle était bien plus moderne et impressionniste que classique et académique. Elle présentait toutefois un trait commun tiré de la théorie des coûts de transaction considérant que ce « *contrat est une forme d'organisation hybride, entre le marché (circuit dit « traditionnel ») et la hiérarchie (circuit dit « intégré »)* »²⁰⁷⁸. Il s'agit alors de procéder désormais à la détermination de la structure juridique du contrat-coopération (A), laquelle participera de la détermination de celle de l'essence coopérative de l'externalisation en droit civil (B).

A. Détermination de la structure juridique du contrat-coopération

157. Une identification commune par la prestation caractéristique. Avant de pouvoir envisager l'évocation du modèle du contrat-coopération, il convient d'aborder quelques éléments préliminaires indispensables, en écho aux divers éléments doctrinaux évoqués précédemment. Certes les notions de contrat d'intérêt commun et de contrat-cadre ont pu être considérées comme insuffisantes pour rendre compte juridiquement de la logique coopérative. Il n'en demeure pas moins qu'elles ne doivent pas être négligées tant elles ont pu toutes deux contribuer à son émergence. Alors qu'elle développait une conception objective du contrat, Marie-Élodie Ancel proposait en effet de mettre au centre de son analyse l'effet contractuel déterminé par le droit objectif et non seulement par la volonté des parties²⁰⁷⁹ ; en d'autres termes, la prestation caractéristique en ce qu'elle désigne « *l'instrument adéquat pour faire*

²⁰⁷⁸ FERRIER D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^e éd., 2012, p. 33.

²⁰⁷⁹ Elles retenait alors « *l'effet contractuel voulu par les parties et sélectionné par le droit objectif pour devenir la pièce maîtresse du régime de nombreux contrats* » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 7.

respecter la cohérence et l'unité du contrat »²⁰⁸⁰. Il était dès lors envisageable d'identifier et de distinguer les formules contractuelles, et de les réunir à partir de l'analyse de leur fonction économique s'exprimant juridiquement à travers la prestation caractéristique. Cette notion pouvait par conséquent servir d'outil propre à favoriser l'unification des formules contractuelles que la théorie générale, focalisée sur une conception analytique du contrat, conduisait jusque-là à traiter distinctement. Il aurait toutefois été possible de s'arrêter à la figure du contrat d'intérêt commun pour rendre compte de la manifestation en droit des opérations de coopération économique²⁰⁸¹.

Dans la mesure où la prestation caractéristique désigne en fin de compte l'obligation essentielle qui, à l'instar de la cause-typique, détermine le contenu du contrat par rapport à l'opération économique envisagée, la coopération ne semblait pouvoir exister qu'à travers des contrats constitués d'un complexe de prestations d'importances diverses. Exclue dès lors du contrat-organisation, marqué par une prestation unique d'institutionnalisation de la relation économique, et du contrat-échange, marqué par la stricte équivalence des prestations, la prestation caractéristique s'impose en tant que « caractéristique » potentielle des contrats dans lesquels une ou plusieurs prestations instrumentales servent la réalisation d'une prestation finale²⁰⁸². Or, dans la mesure où, « à l'égard des contrats dits d'intérêt commun, cette prestation finale constitue la prestation caractéristique »²⁰⁸³, et que ces contrats traduisent une forme de coopération, alors l'unification des formes juridiques et contractuelles de coopération doit pouvoir être approfondie à partir de cette notion, laquelle imprime une structure duale singulière au contrat-coopération associant à la prestation finale caractéristique certaines prestations instrumentales participant à sa réalisation. Approfondie par Juliette Sénéchal, et enrichie par la notion de contrat-cadre, la prestation caractéristique justifiait d'ailleurs déjà l'émergence d'une catégorie intermédiaire de contrats élaborée en fonction

²⁰⁸⁰ Et ce notamment dans la mesure où elle « se décline aussi selon de vastes figures contractuelles et, au sein de celles-ci, selon des qualifications plus resserrées, elle constitue le point d'appui d'un régime diversifié des contrats » : ANCEL M.-É., *Ibid.*

²⁰⁸¹ « Cette nouvelle figure, qui sera dite être celle des contrats d'intérêt commun, recouvre des contrats en apparence aussi divers que le métayage, le bail à construction ou les contrats de distribution intégrée. Il s'agit toujours de contrats dans lesquels une partie doit contribuer à la réalisation de la prestation du cocontractant chacun d'eux étant intéressé à cette réalisation » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁸² Pour démontrer ceci, l'auteur prenait appui sur un exemple tiré du droit de la distribution : « ainsi le fournisseur doit-il fournir à son distributeur les « moyens de pratiquer des prix concurrentiels », chacun ayant intérêt à ce que les marchandises du premier soient écoulées dans les meilleures conditions par le second. **Cet exemple montre qu'il existe donc, dans ce cas, une prestation « instrumentale » - le fournisseur doit donner les moyens d'être concurrentiel - dans la perspective d'une prestation « finale » - le distributeur doit conquérir ou accroître une part de marché** » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 6 et 7.

²⁰⁸³ ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 7.

d'une opération économique particulière animée par la coopération : le modèle du contrat-souche²⁰⁸⁴. Explicitement envisagé comme un instrument²⁰⁸⁵ dédié à la matérialisation juridique de la coopération, ce modèle théorique situé à mi-chemin du contrat-échange et du contrat-organisation²⁰⁸⁶ constitue un prélude à l'élaboration d'un modèle spécialement consacré à la mise en œuvre concrète d'une coopération juridique par le contrat. Fondée à partir de la notion de contrat d'intérêt commun lui empruntant sa finalité, et à partir de la notion de contrat-cadre s'inspirant de son articulation de deux types de contrats, la structure du contrat-coopération présente une spécificité liée à la nature hybride de l'opération économique dont il permet la réalisation. Répondant à une finalité coopérative complexe, il doit permettre d'une part, dans une logique d'échange²⁰⁸⁷, la réalisation d'une succession de prestations participant à la l'accomplissement d'une prestation caractéristique commune et, d'autre part, dans une logique organisationnelle²⁰⁸⁸, d'assurer à l'avance la pérennité de cette relation durable. Il convient donc, afin de percevoir l'essence coopérative de l'externalisation en droit civil, de présenter les contours complexes du contrat-coopération (1), avant d'en présenter la structure duale singulière (2).

1. Présentation des contours complexes du contrat-coopération

158. Un modèle contractuel particulier fondé sur une logique coopérative. Conscients de l'apparition d'un mode de gouvernance hybride entre la firme et le marché, les économistes ont très tôt identifié son fondement coopératif²⁰⁸⁹. Aux idées d'échange ou d'intégration

²⁰⁸⁴ Notons que Juliette Sénéchal empruntait cette dénomination à Jean Carbonnier, lequel y avait eu recours pour désigner des contrats à exécutions successives présentant une unité relative à leur acte d'origine ; c'est-à-dire « une sorte de droit-souche, de contrat-cadre, à partir duquel se noueront des accords d'application » afin d'organiser les échanges à venir des parties : CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, Tome 4, 22^e éd. 2000, p. 272.

²⁰⁸⁵ « Le plus souvent, la finalité contractuelle, visée dans le terme initial du contrat, est l'opération économique souhaitée par les parties contractantes » : SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 327.

²⁰⁸⁶ Ainsi Juliette Sénéchal présentait-elle ce modèle comme « leur hybride (...), le contrat hybride d'échange et d'organisation » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 353.

²⁰⁸⁷ « (...), cet hybride possède, à l'instar du contrat-échange, une seconde finalité contractuelle : la réalisation d'une succession d'échanges entre les cocontractants, dont la teneur est encore partiellement ou totalement indéterminée. La réalisation de ces échanges est comprise dans la finalité de cet hybride » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 361.

²⁰⁸⁸ « (...), par le premier morceau de la finalité de cet hybride : l'aspect organisationnel, les contractants visent la pérennité de leur relation – la durée, le temps est donc une conséquence de cette première finalité – en vue de réaliser une succession d'échanges dont le contenu est encore incertain au jour de la conclusion du contrat-cadre » : SÉNÉCHAL J., *Ibid.*

²⁰⁸⁹ « Apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n'est ni celui du marché, ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération » : LEQUETTE S.,

s'ajoute alors dans leurs esprits celle d'une coopération entre les opérateurs économiques désormais partenaires, et non plus nécessairement rivaux ou concurrents. Elle suggère alors une forme d'organisation coopérative empruntant les mécanismes de la firme, afin d'assurer une coordination des actions et ressources, et ceux du marché, afin de maintenir l'indépendance de chaque opérateur. Si la théorie générale du contrat avait cependant jusqu'alors parfaitement intégré l'évolution des modes de gouvernances, en associant à chacun d'eux un modèle contractuel propre, structurellement conçu pour encadrer ces relations économiques distinctes, elle a davantage peiné, si ce n'est « rechigné », à rendre compte juridiquement de cet hybride dont l'existence était pourtant admise et acquise par la science économique²⁰⁹⁰. C'est ainsi que l'identification des contours juridiques de la coopération appelle nécessairement une prise en compte de ses contours économiques. Le modèle contractuel de la logique coopérative serait par conséquent un calque du modèle économique qu'il constitue aujourd'hui²⁰⁹¹.

Cela dit, il n'est donc pas envisageable de se contenter de formules relevant de chacun des deux modèles initiaux, l'échange ou l'organisation, afin de retranscrire juridiquement la logique coopérative. Il est en l'occurrence nécessaire d'édifier, comme le fit d'ailleurs Paul Didier pour le contrat-organisation²⁰⁹², un modèle particulier fondé sur cette logique dès lors qu'elle constitue un mode de gouvernance à part entière, et que le droit a toujours associé à chacun de ces modes de gouvernance un modèle contractuel approprié. Il est donc indispensable de chercher à en élaborer un nouveau dont la fonction serait de permettre la réalisation d'une opération économique particulière : la coopération économique. De la fonction économique du contrat envisagé dépend en effet la structure qui devra être adoptée²⁰⁹³. S'ajoute alors, aux deux outils contractuels classiques²⁰⁹⁴, un troisième

Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 27, 2012, p. 11.

²⁰⁹⁰ « Une réalité économique nouvelle – la coopération – vient aujourd'hui perturber ce tableau d'ensemble. Familier aux économistes, le phénomène ne s'impose pas avec la force de l'évidence lorsqu'il s'agit de le constater du point de vue de l'analyse juridique » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89.

²⁰⁹¹ « On pourrait, alors, être tenté de transposer les critères qui permettent à la doctrine économique d'identifier cette réalité hybride » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁹² DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à François Terré*, PUF, 1999, p. 635 et s.

²⁰⁹³ « Un contrat peut être ordonné aussi bien à la poursuite d'un intérêt commun qu'à la rencontre d'intérêts divergents. Simplement, il n'a pas dans les deux cas la même configuration car il n'organise pas le même type d'opération » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁹⁴ Suzanne Lequette parvenait effectivement à démontrer l'existence de « deux outils contractuels conçus chacun pour remplir une fonction économique spécifique, le premier conciliant des intérêts économiques contraires (le contrat-échange), le second organisant la poursuite d'un intérêt économique commun (le contrat-organisation) » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 24.

permettant la conciliation de différents intérêts afin de parvenir à la réalisation d'un intérêt commun ; c'est-à-dire permettant la réalisation juridique de la coopération. Il est effectivement admis par la doctrine civiliste qu'une classification reposant sur un critère finaliste permet de préciser les catégories contractuelles et de les unifier autour de leur fonction commune²⁰⁹⁵. La finalité de chaque contrat, entendue comme « *la fonction, l'opération économique que ce contrat est censé servir* »²⁰⁹⁶, conduit par conséquent à une taxinomie plus précise, et, par-là, à la détermination nette d'un espace libre entre l'échange et l'organisation où pourrait s'épanouir une formule dont les contours aussi bien que le contenu doivent être présentés.

La prise en compte de la finalité de l'opération économique²⁰⁹⁷ pour justifier la nécessité d'un modèle propre à la coopération s'explique notamment par le fait que l'opération économique envisagée par les parties imprime toujours sa spécificité à la structure de l'instrument contractuel employé pour la mettre en œuvre. De fait, si la structure de cette opération est nécessairement distincte de celle du contrat²⁰⁹⁸, la première détermine toujours la seconde²⁰⁹⁹. Un tel constat est d'ailleurs partagé par une partie de la doctrine préférant aux conceptions analytique et structuraliste « *une vision globale, complète de la finalité contractuelle* »²¹⁰⁰. C'est sur la base de ce constat que Judith Rochfeld parvint ainsi à proposer une solution à la qualification des contrats dont la structure typique était malmenée par une finalité atypique ; c'est-à-dire dont la structure n'était pas adaptée à l'opération économique envisagée. Alors qu'elle distinguait les contrats typiques des contrats atypiques sur le seul fondement de l'existence d'une cause identique dans les premiers, il est possible désormais de poursuivre cette hypothèse et d'affirmer la nécessité de l'existence d'un modèle typique de contrat-coopération dont l'unité reposerait essentiellement sur une identité de cause, laquelle

²⁰⁹⁵ « *La question que nous entendons résoudre ici est utilitaire : nous recherchons une classification qui permette de découvrir des catégories contractuelles (...) homogènes auxquelles l'ordre juridique pourrait offrir ou offre déjà un corps de règles lui-même cohérent et homogène* » : SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008, p. 324.

²⁰⁹⁶ SÉNÉCHAL J., *Ibid.*

²⁰⁹⁷ Précisons qu'elle doit être entendue comme désignant « *des valeurs économiques – échangées, agrégées à l'occasion de l'opération économique envisagée – et non plus des engagements juridiques* » ; SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 328.

²⁰⁹⁸ Alors que la structure du contrat « *repose sur un échange réciproque des consentements des parties (...) (qui) se compose d'une structure reliant des éléments* » tels que la cause et l'objet, la structure de l'opération économique « *peut certes être parfois une structure d'échange, de permutation, mais ce n'est absolument pas une généralité. Existent aussi des structures plus complexes, comme des structures d'union, d'organisation ou des structures hybrides faites d'organisation et d'échanges* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 327 et 328.

²⁰⁹⁹ Dans la mesure où « *la structure (du contrat) est donc la manière dont s'organise l'opération économique visée par les contractants* » : SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 338.

²¹⁰⁰ SÉNÉCHAL J., *op. cit.*, p. 331.

traduirait la volonté commune des parties de coopérer, et induirait une structure contractuelle propre²¹⁰¹. À l'instar de la vente qui se caractérise par une cause dominée par l'échange, la permutation simple des valeurs, le contrat-coopération se caractériserait finalement par une cause animée par la coopération ; c'est-à-dire par la conciliation des divers intérêts en présence afin de parvenir à la réalisation d'un intérêt commun²¹⁰². L'élaboration d'un modèle contractuel destiné à permettre la réalisation juridique de la coopération économique est donc une nécessité dès lors que cette coopération constitue une réalité économique à part entière.

159. Un modèle contractuel propre à la réalisation juridique de la coopération. S'il est effectivement nécessaire de proposer un modèle de contrat-coopération, l'élaboration de celui-ci n'en demeure pas moins délicate. La structure d'un contrat étant étroitement liée à la réalisation de sa cause finale²¹⁰³, elle partage nécessairement avec elle sa complexité²¹⁰⁴. Dès lors, si la cause finale, ou typique, est complexe, le contrat et sa structure le seront également²¹⁰⁵. Judith Rochfeld confirmait d'ailleurs cette hypothèse en se fondant sur un exemple qui n'est pas étranger aux développements précédents. Elle précisait que « *la jurisprudence a par exemple défini, en matière de franchise, la contrepartie typique, en fixant les éléments qui lui paraissent essentiels dans ce type de contrat* »²¹⁰⁶. Elle démontrait alors que la cause typique des contrats de franchise était constituée notamment par l'établissement d'un « *réseau commercial à la date de sa conclusion* »²¹⁰⁷. Mais il est également admis que la cause typique ne peut être intégralement définie par avance par le législateur, la pratique

²¹⁰¹ Judith Rochfeld parvenait effectivement à démontrer l'adéquation de la cause typique et du modèle contractuel en précisant que « *les parties en adoptant un type de contrat, pour sa correspondance avec les intérêts que chacune recherche, s'en remettent ainsi à une structure globale, à un modèle de référence (...). Elles se bornent à choisir le type d'activité qu'elles souhaitent réaliser, ou plus exactement dont elles souhaitent le résultat, et s'en remettent pour le reste au modèle correspondant* » : ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 146.

²¹⁰² Ainsi finalisée, la détermination de l'instrument contractuel approprié pour mener à bien une opération économique « *se rapporte donc à la cause-finalité typique, à l'intérêt recherché, c'est-à-dire au seul principe du type de contrat correspondant à ce but* » : ROCHFELD J., *Ibid.*

²¹⁰³ « (...) le choix d'un intérêt à satisfaire, et d'une structure adéquate, entraîne automatiquement la présence des éléments nécessaires, les diverses causes typiques, et plus généralement de l'ensemble du modèle » : ROCHFELD J., *Ibid.*

²¹⁰⁴ La cause finale, correspondant en partie à la prestation caractéristique, imprime effectivement au « *contrat sa coloration propre en l'absence (de laquelle) il ne peut être caractérisé* » : POTHIER R.-J., *Traité des obligations. De la prestation des fautes*, Videcoq père et fils, 1848, p. 6. Et ce dernier de préciser alors que « *les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles desquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* ».

²¹⁰⁵ Il est en effet admis que « *du choix de la finalité découle ainsi la cause typique, éléments objectifs et essentiels du contrat, propres à la satisfaire* » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 147 et 148.

²¹⁰⁶ ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 149.

²¹⁰⁷ Cass. com., 10 mai 1994, n°92-15834.

jouant de fait un rôle essentiel dans sa détermination. Il est alors impératif²¹⁰⁸ de s'intéresser à l'émergence de la cause typique afin de mieux appréhender l'élaboration d'un modèle contractuel. Outre sa formation à travers la cristallisation des usages, elle suggérerait un processus de formation axiologique reposant sur la logique poursuivie²¹⁰⁹. Il est donc tout à fait possible de concevoir l'émergence d'un modèle contractuel dont l'unité résiderait dans une cause typique nouvelle venue de la pratique économique et irriguée par une logique de coopération.

L'élaboration d'un tel modèle présenterait néanmoins une difficulté de taille du fait de la complexité inhérente à la logique économique qu'il traduit. Si la cause finale détermine le contenu du contrat²¹¹⁰, elle permet effectivement d'organiser sa structure autour de la logique qui l'anime. Mais, dès lors que cette logique présente un caractère irréductiblement hybride, alors au-delà du contrat c'est bien sa structure même qui doit présenter une telle hybridation²¹¹¹. « *Hybrides, ces contrats se distinguent structurellement aussi bien de la matrice échangiste que de la matrice sociétaire* »²¹¹², ils relèvent donc d'un modèle contractuel singulier dont l'originalité réside notamment dans un emprunt partagé à chacune de ces deux « matrices » sans pour autant y être assimilé. Sans pouvoir être rattachée au modèle échangiste²¹¹³, la coopération y trouve d'ailleurs un écho à travers la notion doctrinale de contrat d'intérêt commun. Élaborée essentiellement eu égard aux spécificités des relations de distribution, elle repose sur une logique proche de la coopération imprégnant à sa structure une singularité utile au développement d'un modèle contractuel coopératif. En ce qu'ils présentent effectivement selon certains une dimension hybride²¹¹⁴, les contrats dits d'intérêt commun empruntent au modèle échangiste son agencement des obligations contractuelles, et au modèle sociétaire la poursuite d'un intérêt partagé. *Janus contractuels*, certains contrats

²¹⁰⁸ « *Après avoir constaté ce phénomène d'alignement des causes sur des modèles contractuels préexistants, ainsi que ses conséquences, il paraît nécessaire de déterminer la nature de cette identité, et son processus de formation. La question est importante parce qu'elle oblige à se prononcer sur les impératifs qui président à la constitution d'un type de contrat* » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 174.

²¹⁰⁹ « *À l'inverse, l'alignement peut résulter non de pratiques prolongées, mais d'une logique intrinsèque de l'organisme contractuel (...) et d'un équilibre fixé en fonction de cette logique* » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 174 et 175.

²¹¹⁰ Dans la mesure où elle « *construit donc la structure typique, assignant à chaque obligation sa place selon son importance dans la poursuite du but recherché, et ainsi sa hiérarchie en tant qu'élément essentiel, naturel ou accessoire* » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 192.

²¹¹¹ Laquelle résulte de la nécessité de rendre compte juridiquement « *de cette réalité économique nouvelle qui cherche sa voie entre les deux pôles contractuels classiques* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89.

²¹¹² LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹¹³ « *Pour l'heure, la coopération économique gravite autour du pôle contractuel échangiste sans pouvoir s'y rattacher* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 105.

²¹¹⁴ « *Évoluent actuellement en marge du modèle contractuel échangiste classique des contrats dits d'intérêt commun (...) présentent une dimension hybride* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 90.

relevant du modèle sociétaire le sont également et, dans un mouvement inverse, s'inscrivent dans le moule du contrat-organisation tout en s'en échappant au profit de l'adoption d'une forme échangiste²¹¹⁵.

Expression « *d'une réalité économique intermédiaire nouvelle* »²¹¹⁶ maintenue dans le giron du modèle échangiste, le contrat de franchise présente d'ailleurs une structure aporique²¹¹⁷ dans la mesure où, poursuivant la réalisation d'un but commun, il délaisse la logique essentielle de l'échange ; à savoir l'organisation d'une rencontre d'intérêts contraires. Le franchisage²¹¹⁸ se révèle effectivement davantage comme la traduction d'une opération économique intermédiaire fondée sur une logique de coopération entre les membres d'un réseau de distribution²¹¹⁹. Cela se répercute alors sur sa structure, elle-même intermédiaire entre l'échange et l'organisation, s'éloignant de ce fait du contrat d'entreprise²¹²⁰. Pourtant assimilé par certains au contrat-échange²¹²¹, il demeure un doute quant à cette intégration²¹²². Le contrat de franchise permet en effet la réalisation juridique d'une opération économique animée par une logique coopérative indéniable dans la mesure où les contractants s'y engagent à mettre « *en relation des actifs complémentaires du franchisé et du franchiseur dans le cadre d'un projet commun de manière à coordonner leurs intérêts économiques convergents mais différents* »²¹²³. À cette logique économique intermédiaire correspond par

²¹¹⁵ Traduisant l'apparition de groupements momentanés d'entreprises dans la pratique des affaires, le droit voit ainsi se multiplier des formules hybrides qui, « *évoquant fortement l'économie du modèle sociétaire, (...) empruntent une partie de leur technique à la figure échangiste* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 105.

²¹¹⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 91.

²¹¹⁷ « *L'association opérée entre l'échange et l'intérêt commun peut surprendre. Rappelons en effet qu'il participe de l'essence même de l'échange économique d'organiser une rencontre d'intérêts contraires. Mais l'aporie n'est qu'apparente, le terme échange étant compris par l'auteur non pas dans l'acception étroite de permutation économique mais dans le sens très large de transfert de valeurs aussi bien unilatéral que réciproque* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 90 et 91.

²¹¹⁸ Il est en effet considéré par la doctrine comme un contrat destiné aux « *distributeurs qui ont eu une expérience et une idée et qui veulent exploiter cette idée, sous leur marque par un réseau de franchisé* » : BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 192.

²¹¹⁹ Notons que c'est pour cette raison que Suzanne Lequette envisageait de « *mettre en évidence la nature spécifique de ce contrat en l'envisageant à la lumière de la coopération économique* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 99.

²¹²⁰ « *Souvent rapproché du contrat d'ingénierie, du contrat de transfert de technologie, du contrat d'entreprise, ou encore du contrat de société, le contrat de franchise est presque toujours analysé comme un contrat sui generis* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹²¹ Ainsi François Chénéde affirme-t-il que le contrat de franchise « *engendre une pluralité de commutations de biens et de services entre les contractants* » : CHÉNEDÉ Fr., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2008, p. 141.

²¹²² Un doute souligné autant par la doctrine que la jurisprudence (cf. par exemple : CA Paris, 4 mars 1999, *JCP*, 1999, II, 10244) et résidant notamment dans « *le fort esprit de collaboration qui doit exister entre les parties en raison de l'intérêt commun qui les unit* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 101.

²¹²³ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 102.

conséquent une structure particulière, hybride, articulant des obligations indépendantes autour de la réalisation d'un intérêt commun²¹²⁴.

La pratique contemporaine des entreprises a pu pareillement révéler le développement de regroupements ponctuels sous des formes variées telles que le consortium et le contrat de *joint venture*²¹²⁵. Rapprochés de la notion de contrat-cadre²¹²⁶, ils rendent possible l'instauration d'une opération de coopération en proposant une « *formule économiquement typée mais juridiquement atypique* »²¹²⁷. Ainsi le contrat de *joint venture* fournit-il l'exemple d'une telle structure mise en place par les entreprises en vue d'instaurer une relation contractuelle de coopération²¹²⁸. Destinée à faciliter la mise en commun par les entreprises de leurs moyens, et à partager les risques inhérents à la réalisation d'une activité, la *joint venture* se concrétise juridiquement sous la forme d'un montage contractuel complexe proche de la formule du contrat-cadre²¹²⁹. Dans cette hypothèse, la complexité inhérente au caractère hybride de l'opération économique de coopération est donc résolue par une pluralité d'actes destinés à organiser sa réalisation²¹³⁰. Néanmoins, malgré cette multitude d'actes et d'obligations, il est également possible de dégager, à l'instar de l'exemple précédent, une structure particulière reposant sur l'articulation d'obligations accessoires autour d'une obligation essentielle²¹³¹ marquée par l'esprit coopératif.

²¹²⁴ « *Les engagements des parties paraissent dirigés tout à la fois vers l'intérêt individuel du cocontractant qui obtient le droit d'en exiger l'exécution vers la réussite d'un projet commun* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 105.

²¹²⁵ Associant en effet le modèle du contrat-organisation à des groupes de contrats, ils permettent la réalisation conjointe d'une opération économique bénéfique à chacun des membres du groupement. S'ajoutent effectivement dans ces formules au contrat de société sur lequel repose chacune des entreprises concernées, des accords qui « *présentent une dimension complexe qui les éloigne du modèle contractuel simple pour les rapprocher des ensembles contractuels* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 106.

²¹²⁶ Suzanne Lequette suggère d'ailleurs explicitement un tel rapprochement s'agissant du contrat de *joint venture* lorsqu'elle indique qu'il semble « *nécessaire de se concentrer sur l'analyse du contrat qui est à la source de l'opération : le contrat-cadre de joint venture* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 107.

²¹²⁷ VIVANT M., « *Le joint venture ou parlez vous français* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1979, n°5, p. 4.

²¹²⁸ Il s'agit alors pour elles de « *mettre en œuvre une opération de coopération et coordonner les intérêts économiques convergents mais différents* », et formant alors « *un complexe contractuel de type hybride* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 107.

²¹²⁹ Dans lequel n'existe donc « *pas un simple rapport d'obligations mais (qui) prévoit la conclusion d'une pluralité d'actes juridiques* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 113.

²¹³⁰ Il est en effet ainsi possible de prendre en compte « *la complexité de l'opération* » en la traduisant sous la forme « *d'une pluralité de conventions au sein d'un même contrat* » : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, p. 39.

²¹³¹ Car si « *le contrat de joint venture ne peut être réduit à une obligation caractéristique (...). Néanmoins une obligation principale se dégage qui est d'ailleurs assumée par tous les partenaires* » : PIRONON V., *op. cit.*, p. 115.

Toute difficulté intrinsèque à l'hybridation pourrait ainsi être dépassée par une organisation duale de la structure contractuelle reflétant l'emprunt aux modèles échangiste et organisationnel. La voie proposée par Marie-Élodie Ancel suggère en cela l'existence d'une structure intermédiaire susceptible de réunir, au sein d'un unique contrat, des situations qui semblent échapper aux modèles traditionnels. Il s'agirait alors de s'en inspirer afin de parvenir à élaborer une structure spécifique fondée sur la coopération et susceptible d'en fournir une expression juridique conforme à sa réalité économique. Elle considèrerait alors comme nécessaire d'abandonner « *temporairement la vision unitaire du rapport contractuel (pour) faire retour sur l'obligation* »²¹³². Ainsi parvenait-elle à démontrer que la relation contractuelle reposait sur l'articulation de diverses obligations dont l'une prenait nécessairement le pas sur les autres dans le cadre de la réalisation d'opérations économiques de coopération²¹³³. Exprimant la fonction économique de l'opération contractuelle, la notion de prestation caractéristique ouvre ainsi le champ des possibles pour une présentation de la structure obligationnelle que pourrait revêtir le modèle du contrat-coopération²¹³⁴, et à travers lui la traduction juridique de l'externalisation. Dès lors que l'obligation « *n'est plus seulement une relation qui doit déclencher l'activité du débiteur, mais un processus censé procurer, par l'activité du débiteur, une utilité au créancier* »²¹³⁵, le contrat est à même de servir de base à une relation de coopération à travers cette double dimension de l'obligation²¹³⁶. Sous-tendu

²¹³² ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 71. Et ce notamment dans la mesure où, unanimement considéré comme un instrument mis à la disposition des individus pour parvenir à la satisfaction juridique de leurs intérêts, le contrat ne devrait pas constituer selon cette dernière une fin en soi aux détriments des obligations qui le composent. En effet, « *le contrat, entité homogène, est une création récente du droit matériel. Il prend son appui sur l'obligation, sur l'interdépendance des obligations principalement, et, en souvenir de cette origine, son régime emprunte souvent à celui de l'obligation. Ainsi la dynamique qui anime le contrat, les contrats, leur vient-elle de l'obligation* » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 70.

²¹³³ « *D'ailleurs l'acuité de l'attention qui est désormais portée au phénomène contractuel permet de voir en lui, sous ses différentes formes, différentes fonctions, différents processus identifiés par les résultats, les « à-venir », les prestations auxquels ils conduisent* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 70.

²¹³⁴ Adoptant une conception dynamique de l'obligation, davantage orientée sur l'exécution, Marie-Élodie Ancel suggèrerait d'ailleurs d'enrichir son contenu et sa détermination par l'analyse de la prestation visée. Elle affirmait en effet que, « *sans renier son origine (...), ce concept s'est graduellement placé dans la perspective de l'exécution (...): on ne photographie plus son point de départ, on « prend », à partir de ce point, l'endroit où l'on veut aller. Corrélativement, le contenu de ce qui actuellement appelé la prestation s'enrichit* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 71. D'origine contraignante puis injonctive, l'obligation est aujourd'hui envisagée d'un point de vue finaliste en fonction de l'opération, éventuellement économique, recherchée par les parties ; acquérant alors une double dimension. Dès lors, « *la prestation qui demeure l'objet de l'obligation illustre cet enrichissement, cette vision fonctionnelle de l'obligation, en se dédoublant : prise subjectivement, elle désigne l'activité du débiteur, objectivement, elle renvoie au résultat attendu par le créancier* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 79. Notons que l'auteur évoque ainsi la conception duale de l'obligation approfondie par Grégoire Forest. L'obligation serait à la fois une norme objective de comportement et la source de droits subjectifs, cf. infra Partie 2 Titre 2.

²¹³⁵ ANCEL M.-É., *Ibid.*

²¹³⁶ Plus précisément encore, cette double dimension de l'obligation résonne, voire raisonne, dans la structure même du contrat. L'auteur admettait d'ailleurs explicitement que la l'évolution de l'obligation dans le sens d'une

également par la poursuite de la réalisation d'une opération économique définie par les parties²¹³⁷, le contrat adopterait lui aussi une structure duale associant une prestation objective, résultat souhaité, et une prestation subjective, prestation attendue²¹³⁸, au point d'aboutir parfois à « *des hybrides et des monstres* »²¹³⁹. C'est d'ailleurs autour d'une prestation objective particulière que Marie-Élodie Ancel proposait de construire une structure contractuelle originale où cette prestation caractéristique ordonnerait l'économie générale du contrat. Prenant également appui sur les contrats de distribution et une lecture dynamique des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil, elle envisageait alors que cette obligation essentielle intangible devrait fixer le cap de la relation contractuelle²¹⁴⁰ en opérant notamment une articulation et un ajustement des obligations accessoires²¹⁴¹. Et bien que ces dernières relèveraient de points de détail formels relatifs à son exécution, il apparaît cependant parmi elles de véritables obligations de coopération²¹⁴² autorisant à penser qu'une telle structure duale pourrait constituer une solution au problème soulevé par la transposition juridique de la logique coopérative, et donc de celle de l'externalisation.

2. Présentation de la structure duale du contrat-coopération

160. Une structure contractuelle complexe. Alors que Marie-Élodie Ancel suggérait de distinguer, pour certains contrats liés à des opérations économiques singulières et complexes, la prestation caractéristique des prestations instrumentales, Nélia Cardoso-Roulot évoquait en écho la prégnance de l'obligation essentielle. Au-delà du contenu subjectif de cette notion tel

double dimension impliquait que « *par contre-coup, le contrat tire parti de cette évolution* » et « *donne au contrat une valeur et une complexité plus grandes* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 87.

²¹³⁷ « *Aussi peut-on dire que le concept unique de contrat est désormais supplanté par la diversité des catégories contractuelles, que ces catégories présentent les contrats comme des fonctions, instruments finalisés, techniques de modification de la société civile, et que ces fonctions sont économiques, puisque cette société civile est dominée par la préoccupation de produire et de distribuer des richesses. L'instrument des parties est donc largement recouvert aujourd'hui par les fonctions économiques* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 96.

²¹³⁸ Et cela en « *considération du résultat qui doit être atteint par les contrats qui relèvent de la catégorie concernée* », c'est-à-dire en fonction de la prestation objective : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 100.

²¹³⁹ JESTAZ Ph., « *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945* », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 121.

²¹⁴⁰ L'auteur affirmait en effet que « *la prestation caractéristique d'un contrat individuel sert de repère « au reste » de ce contrat* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 211.

²¹⁴¹ « *D'un côté, sans la prestation secondaire, la réalisation de la prestation caractéristique ne serait pas pleinement satisfaisante : la prestation secondaire doit être indispensable à la réalisation de la prestation caractéristique. D'un autre côté, seule la présence de la prestation caractéristique peut justifier l'insertion de la prestation secondaire dans le contenu contractuel : il ne saurait être question d'utiliser l'article 1135 pour déborder le cadre contractuel* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 255.

²¹⁴² « *La prestation caractéristique, la prestation finale, dans son résultat, est donc une prestation objective recherchée par les deux parties. Dès lors, certaines activités, non énoncées par les parties, peuvent, malgré tout, être nécessaires à la réalisation de cette prestation, et constituent de véritables obligations que le juge pourra imposer sur le fondement de l'article 1135 du code civil* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 261.

que fixé par la jurisprudence *Chronopost*²¹⁴³, elle développait une conception objective renouvelée aboutissant aussi à la découverte d'une telle structure contractuelle duale. Affirmant que tout contrat devait nécessairement relever d'une structure prévue par la théorie générale du contrat²¹⁴⁴, elle proposait un cadre formaliste aux contrats innommés reposant sur les linéaments fixés par celle-ci. Bien qu'elle ne conduisait pas non plus à l'édification d'un modèle contractuel original²¹⁴⁵, cette démonstration confirmait néanmoins la pertinence d'une hypothèse consistant à admettre l'existence d'une structure duale du contrat. S'extrayant des catégories nommées, elle estimait en effet que la structure formelle du contrat pouvait lui être dictée directement par les dispositions générales du Code civil²¹⁴⁶, demeurant ainsi toujours dans une dimension objective. Elle adoptait alors, elle-aussi, une démarche finaliste en référence à la prestation caractéristique du contrat²¹⁴⁷. Elle la distinguait alors explicitement des autres prestations accessoires, non-caractéristiques²¹⁴⁸. De plus, c'est en déplaçant la focale de la formation vers l'exécution de l'obligation essentielle qu'elle en arrivait à détailler les prestations instrumentales ; c'est-à-dire les « suites » essentielles de cette obligation. Nélia Cardoso-Roulot suggérait également de s'appuyer sur une lecture combinée des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil pour dégager une obligation de négocier ces dites

²¹⁴³ Cass. com., 22 octobre 1996, *SA Bancheureau c. Sté Chronopost*, *Bull. civ.*, IV, n°261, p. 223 constituant le premier épisode d'une saga ayant pris fin avec la jurisprudence : Cass. com., 30 mai 2006, *Sté JMB International c. Sté Chronopost*, *D.*, 2006, p. 1599. Cette saga jurisprudentielle ayant eu pour pierre d'achoppement la question de la compatibilité d'une clause limitative de la responsabilité de la société Chronopost en cas de retard d'acheminement au sein des contrats de messagerie rapide avec l'obligation essentielle du contrat se trouvant dans la prestation caractéristique : la livraison rapide d'un message ou d'un colis. Il s'agissait donc d'une notion éminemment fonctionnelle, parfois envisagée d'ailleurs « *en tant qu'instrument de régulation, ou de moralisation du contrat* » dans le cadre d'un « *mouvement de protection de la partie la plus faible au contrat* » : CARDOSO-ROULOT N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008, p. 22.

²¹⁴⁴ « *Si la nature du contrat envisagé par les parties ne correspond à aucun des contrats que nous avons qualifiés de nommés, elle ne pourra échapper à la qualification générale du droit commun* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 314.

²¹⁴⁵ « (...) *mais lorsqu'elle ne relèvera a priori d'aucun contrat nommé et donc d'aucune réglementation spécifique, le cadre formaliste de ce contrat innommé sera dicté par les dispositions du Code relatives à la typologie des contrats en général* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 315. L'auteur rattache ainsi le cadre formel de n'importe quel contrat à des structures contractuelles existantes.

²¹⁴⁶ « *En réalité, tous les contrats – y compris le contrat dit sui generis – trouveront à se rattacher à l'un des cadres qui sont régis par les dispositions relatives aux contrats n'ayant aucune dénomination propre* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 318.

²¹⁴⁷ « *Il s'agit dès lors de présenter cette grille de lecture, en expliquant comment rattacher le compromis objectif qui a motivé les parties à lier, autrement dit l'objet du contrat au sens de prestations objet des obligations* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 320. Elle admettait notamment que, « *au sein d'un contrat, toutes les obligations qui en découlent pour les parties ne sont pas issues exclusivement de la volonté créatrice des parties* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 321.

²¹⁴⁸ Effectivement, si il est admis qu'il « *suffit pour dégager le cadre formaliste des contrats innommés (...) de rechercher parmi l'ensemble des prestations objet du contrat, les prestations qui correspondent à la commune intention des parties de se lier, et plus précisément, à leur compromis purement abstrait* » (CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 326), alors a contrario les prestations pragmatiques ne correspondant pas à la commune intention des parties ne peuvent être considérées comme étant caractéristiques, et ce alors même qu'elles existent.

« suites », et plus précisément encore une « *obligation de coopération ou de collaboration* »²¹⁴⁹ considérée alors comme un effet accessoire, mais indispensable, de l'obligation essentielle²¹⁵⁰. Réduisant la coopération à un élément du *vade mecum* de l'exécution des obligations contractuelles²¹⁵¹, elle suggérait de la même manière une structure duale du contrat. Dès lors en effet que l'obligation de coopération, reposant sur la bonne foi, ne relève pas simplement d'un devoir moral mais d'une obligation juridique à part entière issue de l'obligation essentielle²¹⁵², alors il doit être admis qu'il existe une distinction fondamentale dans la structure du contrat entre l'obligation essentielle et les obligations accessoires qui en découlent. Une telle structure demeure cependant toujours insuffisante pour exprimer juridiquement la logique coopérative.

Il est toutefois possible d'envisager un dépassement du seul fondement de la bonne foi et de la loyauté pour justifier l'existence juridique de cette logique. Plus encore, il ne semblerait pas incongru de chercher à étendre cette structure afin de faire de la coopération la prestation caractéristique d'un modèle contractuel hybride. Dans cette hypothèse, la coopération constituerait davantage qu'une obligation accessoire dérivant d'une obligation essentielle, elle commanderait elle-même la détermination de la prestation caractéristique. C'est d'ailleurs ce vers quoi tend l'hypothèse avancée par Suzanne Lequette lorsqu'elle propose l'élaboration d'un modèle contractuel hybride destiné à rendre compte de la logique coopérative²¹⁵³ : le contrat-coopération. Ainsi se détache-t-elle de la prestation caractéristique pour se focaliser essentiellement sur la structure du contrat, alors même qu'il serait tout à fait possible

²¹⁴⁹ CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 547.

²¹⁵⁰ Rappelons alors que si l'obligation essentielle découle explicitement de la lettre de l'ancien article 1134 en vertu duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », l'association de son alinéa 3 imposant une exécution des obligations de bonne foi avec l'ancien article 1135 selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* », alors les effets de l'obligation essentielle implique des obligations secondaires rendues nécessaires par sa propre exécution.

²¹⁵¹ Se fondant essentiellement sur la loyauté et la bonne foi, Yves Picod décrivait très justement l'attitude du juge à l'égard de ces deux catégories d'obligations : alors que l'interprétation des obligations essentielles appelle nécessairement la recherche de ce à quoi les parties s'engagent, « *contrôler l'exécution amène le juge à apprécier la conduite des parties, à définir comment elles doivent accomplir leur devoir contractuel* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 348, citant PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, p. 16 et s.

²¹⁵² « *En revanche, l'exigence de bonne foi, dont il est question ici, s'impose en vertu d'une obligation juridique à part entière. En effet, c'est une exigence qui découle directement du respect strict d'un accord légalement formé et, par suite, des obligations essentielles qui en découlent pour les parties* » : CARDOSO-ROULOT N., *op. cit.*, p. 552.

²¹⁵³ « *Il est en effet question d'établir une typologie qui va au-delà du modèle contractuel échangiste en distinguant selon que le contrat remplit une fonction de permutation, de concentration et enfin à mi-chemin entre les deux, de coopération* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 129.

d'envisager à la fois l'une et l'autre dans le cadre d'une même démarche d'identification d'un modèle contractuel novateur dans la mesure où la structure doit s'entendre comme « *ce rapport d'obligation (qui) varie selon le type de fonction économique qui est assignée au contrat* » et désignant donc « *l'expression du mode de coordination des intérêts économiques par le contrat* »²¹⁵⁴. En partant du constat que le contrat-organisation avait pu être élaboré à partir de son opposition structurelle vis-à-vis du contrat-échange²¹⁵⁵, Suzanne Lequette démontre en effet qu'il est possible d'identifier de la même façon « *une structure juridique qui épouse les formes exactes de cette opération intermédiaire* »²¹⁵⁶ que constitue la coopération²¹⁵⁷. S'abstrayant de la théorie générale du contrat classiquement admise par la doctrine, elle propose alors un autre modèle contractuel dont la structure complexe reposerait sur une organisation duale des obligations propre à les ordonner afin de parvenir à la réalisation de ce type d'opérations économiques. Le caractère complexe de ce dernier s'explique d'ailleurs par la nature hybride de la coopération économique ne permettant pas, à la différence de l'opposition échange-organisation, de tracer précisément les contours de cette structure par contraste. Il s'agissait donc de ne pas emprunter la démarche utilisée par Paul Didier pour l'élaboration du contrat-organisation, et de privilégier davantage une construction empirique reposant sur l'observation des figures existantes supposées être dédiées à la coopération afin d'en systématiser les traits récurrents sous la forme d'un tel modèle.

161. Une structure duale caractéristique. L'étude des diverses formules contractuelles supposées traduire juridiquement la coopération conduit en effet à admettre que la spécificité de la structure du contrat-coopération émerge essentiellement des modalités particulières d'agencement des obligations des parties autour de la réalisation d'un projet commun²¹⁵⁸. Délaissant la prise en compte exclusive de la cause, Suzanne Lequette l'associe à celle de l'objet du contrat afin d'obtenir un outil unificateur apte à révéler ce « *lien qu'il tisse entre les*

²¹⁵⁴ LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹⁵⁵ « *C'est en ce sens que nous avons pu envisager l'opposition du contrat synallagmatique classique et du contrat de société comme mettant en regard deux structures juridiques antinomiques spécifiquement conçues chacune pour organiser un type spécifique d'opération économique : le contrat-permutation et le contrat-concentration* » : LEQUETTE S., *Ibid.* C'est-à-dire à partir de l'opposition entre la conciliation d'intérêts contraires et la conjonction d'intérêts identiques.

²¹⁵⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 130.

²¹⁵⁷ Celle-ci étant considérée comme l'opération économique « *organisant la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, elle coordonne des intérêts économiques qui, bien que convergents, n'en demeurent pas moins différents* », et qui présente par conséquent une structure singulière : LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹⁵⁸ Il s'agit alors de préciser « *la nature du lien hybride que ces contrats tissent entre les engagements des parties* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 131.

obligations contractuelles pour unir les intérêts économiques des parties »²¹⁵⁹. Au-delà de la cause orientée vers l'échange de prestations contre leurs contre-prestations, et de celle dirigée vers le droit de partager les bénéfices, il existerait un troisième type de cause ainsi entendue en relation avec l'objet du contrat : le droit d'exiger la réalisation d'une prestation finale et, pour ce faire, d'exiger de la part de son partenaire la réalisation d'une prestation instrumentale permettant de l'atteindre et à laquelle ce dernier s'est engagé. Ainsi en va-t-il notamment en ce qui concerne les contrats de franchise dans lesquels le franchiseur et le franchisé obtiennent « *le droit d'exiger une prestation qui vient s'ajouter à sa propre prestation et la compléter, en d'autres termes qui lui est complémentaire* »²¹⁶⁰. Si cette structure particulière diverge sensiblement d'une hypothèse à l'autre, il apparaît toutefois un dénominateur commun propre à permettre une systématisation à partir de ses deux ensembles. De plus, s'il est généralement question d'une coopération organisée à travers un contrat unique, il ne faut pas non plus négliger les hypothèses dans lesquelles à l'articulation d'une obligation finale et d'obligations instrumentales se substitue la succession d'un contrat final et de contrats instrumentaux²¹⁶¹.

Il est donc possible de retenir une structure commune fondée sur ce qui semblerait s'imposer comme les linéaments d'un modèle contractuel destiné à assurer la mise en œuvre juridique d'une relation de coopération. Celle-ci reposerait alors sur le constat de l'aménagement d'une complémentarité des obligations essentielles agencées de manière à articuler les prestations afin de permettre aux parties de parvenir ensemble et conjointement à la réalisation d'un projet commun déterminé par elles. Approfondissant la distinction suggérée par Marie-Élodie Ancel, il semble possible d'emprunter à son raisonnement la mise en évidence de la complémentarité, au sein d'un même contrat, entre la prestation caractéristique et les prestations instrumentales²¹⁶², et, par la suite, entre les obligations essentielles et accessoires. L'analyse des contrats de distribution à la lumière de la théorie des groupes de contrats, opérée par Bernard Teyssié, pouvait d'ailleurs déjà annoncer une telle hypothèse. Considérés comme des ensembles de contrats, les contrats de concession étaient alors envisagés comme

²¹⁵⁹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 132.

²¹⁶⁰ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 139. Mais cela est également le cas dans le cadre de schémas plus complexes tels que le consortium ou le contrat de joint venture dans lesquels, « *en vertu d'une obligation instrumentale, une partie s'engage à procurer des moyens à une autre partie laquelle, en vertu d'une obligation finale, s'engage à les exploiter dans leurs intérêts respectifs* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 157.

²¹⁶¹ Suzanne Lequette concédait d'ailleurs, en référence à la théorie des groupes de contrats, qu'à « *l'engrenage d'obligations instrumentale et finale, on a pu substituer l'engrenage de contrats instrumentaux et finaux* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 178.

²¹⁶² Notons d'ailleurs que cette distinction fait elle-même écho à la distinction opérée par Bernard Teyssié, lequel mettant en évidence la complémentarité des contrats dans les groupes de contrats, liés par une cause ou un objet identique.

le point de départ d'une succession de contrats de vente unissant le concessionnaire et le concédant²¹⁶³. La relation de coopération ainsi nouée reposait sur une forme de contrat-cadre organisant leur interaction pour l'avenir. En cela Bernard Teyssié se posait expressément la question de l'unité du contrat, et y répondait positivement²¹⁶⁴. Unifié par une identité d'objet et de cause, le contrat de concession devait être envisagé comme « *un instrument de réalisation d'une politique commerciale* »²¹⁶⁵. Il réduisait cependant cette unité à sa dimension économique, refusant de l'étendre au terrain juridique²¹⁶⁶. Il faut toutefois remarquer que l'idée de complémentarité juridique était déjà présente dans ses travaux à travers la complémentarité des contrats constituant l'ensemble. Bernard Teyssié considérait ainsi les contrats de concession en tant qu'ensembles de contrats interdépendants.

Cette idée invitait par conséquent ses successeurs à la poursuivre dès lors qu'il évoquait l'émergence possible de nouveaux contrats complexes²¹⁶⁷ qui apparaîtraient de ces complexes de contrats²¹⁶⁸. Et même s'il faisait preuve de prudence à propos de cette hypothèse, il ne la négligeait pas. D'autant plus qu'il parvenait également à démontrer que la conclusion d'un unique contrat pouvait parfois suffire à organiser la poursuite d'un projet commun, quitte à voir s'y agréger par la suite des contrats complémentaires afin d'en préciser l'exécution²¹⁶⁹. Il convient alors de dépasser cette hypothèse formulée en matière de groupes de contrats, en tachant de l'appliquer à celle de contrats uniques à travers lesquels s'exprimerait tout autant une volonté de coopération économique. Les travaux menés par Suzanne Lequette fournissent en l'occurrence les moyens d'une telle modélisation dès lors que la coopération contractuelle

²¹⁶³ « Point de départ d'une série de contrats de vente conclu entre le concédant et le concessionnaire, celui-ci assurant l'écoulement sur le marché des produits fabriqués par le premier » : TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975, p. 112.

²¹⁶⁴ « Sommes-nous toujours en présence d'un contrat unique ? L'imbrication des stipulations qui caractérisent l'accord des parties ne faisant que traduire les multiples aspects d'une relation juridique conçue comme unique, nous conduit à opter pour l'affirmative » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 112 et 113.

²¹⁶⁵ TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 113.

²¹⁶⁶ « À défaut d'unité contractuelle, cet ensemble révèle une indéniable unité économique. Chaque contrat de concession, en plaçant le concessionnaire dans un état de subordination à l'égard du concédant, en fait une ramification de l'entreprise de ce dernier » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 114.

²¹⁶⁷ Entendus alors dans le même sens que celui reconnu par François Terré, Yves Lequette et Philippe Simler ; c'est-à-dire comme ceux, « à côté des contrats classiques qui correspondent à une opération traditionnelle et présentent de ce fait une individualité nettement marquée – vente, louage, mandat, dépôt – existent des contrats complexes qui, résultant de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux, n'en réalisent pas moins une opération unique » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, p. 92.

²¹⁶⁸ « Les complexes de contrats ne constitueraient-ils qu'une ultime étape avant l'apparition de nouveaux contrats complexes ? » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 117.

²¹⁶⁹ Admettant que « la réalisation d'une opération ne requiert pas toujours la conclusion de contrats de même importance », Bernard Teyssié affirmait en effet qu'il arrivait que d'autres contrats, « greffés sur le précédent, en constituent, cependant un complément utile, voire nécessaire. Affectés à l'exécution du but visé à travers l'accord principal, ils occupent à son égard, la position d'accessoires » : TEYSSIÉ B., *op. cit.*, p. 119.

pourrait s'entendre comme le fait qu'en « *vertu d'une obligation instrumentale, une partie fournit des moyens à une autre partie qui, en vertu d'une obligation finale, les exploite dans leurs intérêts respectifs* »²¹⁷⁰. Se substituant aux chaînes ou ensembles de contrats, le contrat-coopération reposerait donc sur « *une chaîne d'obligations instrumentale et finale de manière à lier les intérêts convergents mais différents des parties* »²¹⁷¹, et à laquelle viendraient s'ajouter des obligations accessoires destinées à en assurer le bon fonctionnement. Le caractère dual d'une telle structure s'impose donc explicitement à un double titre, dès lors qu'elle reposerait sur une double distinction fondamentale largement admise par la doctrine : entre les obligations essentielles et les obligations accessoires d'une part, et au sein des premières entre l'obligation instrumentale et l'obligation finale, d'autre part. Elle laisserait alors toute la latitude nécessaire aux partenaires pour organiser de manière adéquate leur coopération à travers l'ordonnement approprié de ces obligations afin de favoriser la réalisation du projet commun attendu, en permettant pour cela la coordination d'intérêts certes convergents mais intrinsèquement différents. Reste alors à démontrer que ce modèle pourrait parfaitement rendre compte, en droit civil, des opérations d'externalisation.

B. Identification de la structure juridique de l'externalisation

162.L'admission doctrinale controversée du contrat-coopération. Envisagé comme une proposition doctrinale, le contrat-coopération offre néanmoins sur le plan de la théorie générale du contrat un champ étendu de perspectives. Il permet en l'occurrence de renouveler les classifications traditionnelles en établissant un nouveau modèle doté d'un régime juridique particulier. Il autorise en conséquence la prise en considération par le droit d'une opération économique jusqu'alors passée sous silence : la coopération, et avec elle celle d'autres pratiques s'y rattachant telle que l'externalisation. Pour ces raisons une partie de la doctrine accueille favorablement cette thèse soutenue par Suzanne Lequette²¹⁷². Ainsi l'admission

²¹⁷⁰ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 177. C'est-à-dire, rejoignant le propos de Marie-Élodie Ancel, quand une ou plusieurs prestations instrumentales sont mises au service, au sein d'un cadre contractuel unique, de la réalisation d'une prestation caractéristique.

²¹⁷¹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 233.

²¹⁷² Annonçant la publication de sa thèse dans les colonnes de la revue trimestrielle de droit civil, Rémy Libchaber indiqua en effet que « *l'ouvrage que publie aujourd'hui Mlle Suzanne Lequette fera date* » : LIBCHABER R., *RTD Civ.*, 2012, p. 588, soulignant par la suite les nombreuses qualités de cette démarche innovante et des conclusions auxquelles elle aboutissait. Il rappelle d'ailleurs que des propositions passées allaient déjà dans cette direction afin de mieux souligner encore la pertinence de cette dernière. Il confesse effectivement que la proposition avancée par Suzanne Lequette emporte le « *conviction en ce que le renouvellement qu'elle propose des concepts contractuels contemporains semble, dans le même temps, adéquat aux réalités pratiques et pleinement opératoires pour les besoins de la réflexion juridique* ».

doctrinale du contrat-coopération doit-elle beaucoup à sa capacité à rendre compte, dans le cadre de la théorie, des pratiques contractuelles modernes révélées par l'observation du monde des affaires, ainsi qu'à leur enrichissement par un contenu tangible en droit positif²¹⁷³. Elle constitue en outre une forme de consécration juridique²¹⁷⁴ des travaux menés par Jérôme Barthélemy et Bertrand Quélin ; ou encore, plus fondamentalement, de ceux effectués par Ronald Coase et Oliver Williamson²¹⁷⁵. Dépassant le devoir de coopération imposé au nom de la bonne foi, le contrat-coopération exprime alors la possibilité d'une coopération par le contrat permettant la traduction juridique de la multitude de stratégies coopératives mises en œuvre par les entreprises, dont l'externalisation fait partie, et qui reposent sur une volonté d'agir collectivement pour la réalisation d'un but commun en dehors de tout cadre institutionnel.

Une autre partie de la doctrine civiliste manifeste toutefois une opinion plus hostile à son égard²¹⁷⁶. Bien que ces contempteurs du contrat-coopération admettent qu'il existe des formes hybrides de gouvernance entre le marché et la firme, ils refusent toutefois droit de cité à ce modèle contractuel, estimant qu'il n'aurait pas sa place ni dans le domaine économique, ni dans la sphère juridique²¹⁷⁷. Faisant également référence aux recherches menées par Ronald Coase, ils soulignent pourtant paradoxalement l'importance de ces formes de coopération

²¹⁷³ « (...) : le contrat-coopération peuple le droit positif, et celui-ci s'anime d'une cohérence nouvelle quand on fait intervenir les concepts de Mlle Lequette » : LIBCHABER R., *Ibid.*

²¹⁷⁴ Et ce n'est pas parce que « Mlle Lequette ne cite aucun économiste qui, à l'instar de M. Coase, aurait mis en lumière, après la firme, le contrat-coopération » (GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. *Traité*, 4^e éd., 2013, p. 240), que sa démarche en deviendrait caduque. Bien au contraire, nous pensons que, dans le silence des juristes face à l'intérêt grandissant de la coopération et de l'externalisation pour les économistes, l'hypothèse avancée par Suzanne Lequette leur permet désormais de converser avec ces derniers aux sujets de ce nouveau mode de gouvernance de plus en plus prégnant dans une société post-moderne, et une économie néo-libérale.

²¹⁷⁵ Travaux ayant explicitement abouti à la reconnaissance de modes hybrides de gouvernance parmi lesquels s'intègrent l'externalisation.

²¹⁷⁶ Laquelle ne croit pas devoir identifier dans la littérature économique une quelconque volonté de voir émerger la coopération au-delà de la simple collaboration inhérente à toute relation économique : « *En réalité, les travaux économiques qu'elle cite, et notamment ceux de M. Éric Brousseau, dont nous nous sommes nous-mêmes inspirés sur l'exigence de coopération après avoir fructueusement travaillé à diverses activités communes, insistent sur l'opportunité économique d'une coopération pour le bon fonctionnement de toute relation contractuelle de quelque durée et non sur un troisième modèle intermédiaire entre le marché et la firme, ce qui n'est pas du tout la même chose* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 241. Cela revient cependant à nier les travaux de ceux qui, certes n'ont pas mis en évidence la nécessité de développer juridiquement un contrat-coopération tout comme il n'avait pas explicitement évoqué la nécessité de développer le contrat-organisation, ont participé à la démonstration de l'existence de modes hybrides de gouvernance tels que Ronald Coase et encore Oliver Williamson.

²¹⁷⁷ « *Il existe certes des hybrides entre marché et firme. Nous l'avons nous-même souligné en citant la thèse de Mme Chagny (...). Elle ne fait nullement l'objet d'une consécration par les économistes. Les Hybrides sont la loi de toute catégorie, qu'elle soit juridique ou économique (...). En revanche, admettre que ces hybrides (...) aient une suffisante unité pour former (...) un troisième modèle, économique ou juridique (...), c'est une autre affaire et elle mérite réflexion* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 242.

économique et évoquent à cette fin l'alternative stratégique traditionnelle entre l'internalisation et l'externalisation²¹⁷⁸. À s'en tenir à ce courant, défendu notamment par Jacques Ghestin, la traduction juridique de l'externalisation se situerait donc nécessairement dans le modèle du contrat-échange, et donc éventuellement sous la forme du contrat d'entreprise. Or il a pu être précédemment démontré que ce dernier ne pouvait rendre compte de l'essence coopérative de l'externalisation dès lors qu'il en offre une transposition juridique déformée. Et, s'il est vrai que la réalité économique de la coopération est bien plus complexe que ne l'est le modèle du contrat-coopération²¹⁷⁹, cela n'obère en rien l'hypothèse d'une association de l'externalisation à ce dernier ; bien au contraire d'ailleurs, dans la mesure où ils partagent tous deux une essence commune et une fonction économique identique. Bien que bousculé et contredit dans son principe, le modèle du contrat-coopération n'en demeure finalement pas moins la systématisation la plus aboutie proposée par la littérature juridique afin de rendre compte d'un ensemble d'opérations économiques irriguées par la logique coopérative, et dont l'externalisation s'impose aujourd'hui comme le fer de lance. D'ailleurs, l'assimilation théorique de l'externalisation au contrat-coopération (1) se trouve confirmée par l'exemple du contrat de franchisage utilisé dans la pratique des affaires (2).

1. Une assimilation théorique au contrat-coopération

163. Une convergence évidente des fonctions économiques. Évidente, une telle convergence semble l'être tant le contrat-coopération fut présenté comme la traduction d'une « *réalité économique nouvelle – la coopération* », par ailleurs considérée comme un phénomène « *familier aux économistes* »²¹⁸⁰. Certes, l'argument d'autorité ne doit pas convaincre par la contrainte, mais il peut tout à fait emporter la conviction par son évidence, si tant est que l'analyse des économistes soit effectivement prise en compte. Cela pourrait alors conduire à regretter qu'il ait pu être affirmé que « *la catégorie du contrat-coopération n'est pas opportune* »²¹⁸¹, et ce notamment dans le cadre de la détermination de la mise en œuvre juridique des stratégies d'externalisation. Alors que, pour Suzanne Lequette, le contrat-

²¹⁷⁸ « Ce dernier révèle la problématique de la réaction bilatérale en résumant le questionnement sur l'organisation à la décision « internalisation versus externalisation » (« make or buy ») » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Ibid*, citant : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 14.

²¹⁷⁹ « Il n'y a pas eu de consécration par les économistes d'un « contrat-coopération », seul intermédiaire entre la firme et le marché, au sens donné à ce contrat par M. Yves Lequette. La réalité économique et juridique est beaucoup plus complexe » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Ibid*.

²¹⁸⁰ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89.

²¹⁸¹ GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 244.

coopération viserait de manière générale à assurer la coordination des « *intérêts économiques convergents mais différents* » des opérateurs économiques et dans l'idée selon laquelle les parties « *s'engagent dans le but d'apporter chacune une contribution à une même entreprise de sorte qu'il en résulte un effet de synergie qui profite aux deux* »²¹⁸². L'externalisation stratégique poursuit explicitement un objectif analogue dans la mesure où elle est présentée comme une stratégie coopérative visant à confier à un partenaire la gestion d'une activité afin d'accéder à des ressources et des compétences sans les acquérir, de diminuer les coûts inhérents à cette activité et d'en partager, avec ce partenaire, les risques afférents²¹⁸³.

En tant que mode hybride de gouvernance, l'externalisation relèverait alors *de facto* du modèle du contrat-coopération dans la mesure où elle constitue dans sa dimension économique l'une des manifestations les plus concrètes de ces formes intermédiaires. Il est toutefois possible d'approfondir cette assimilation théorique en dépassant ce simple constat d'évidence. Dès lors qu'il est largement admis que « *l'externalisation permet généralement de réduire les coûts de production en profitant des économies d'échelle réalisées par les prestataires* »²¹⁸⁴, ainsi qu'une « *amélioration de la performance permise par le recours à des prestataires spécialisés* »²¹⁸⁵, elle constitue à n'en pas douter une forme de « *coopération inter-organisationnelle* »²¹⁸⁶. En ce qu'il adoptait un point de vue plus juridique, Éric Brousseau précisait également que l'externalisation s'imposait dans la pratique des entreprises en tant que mode de gouvernance hybride²¹⁸⁷. Or, en tant que tel, l'externalisation relèverait nécessairement de ces pratiques « *difficilement saisissables, (qui) ont cependant en commun de procéder du même phénomène : la coopération* »²¹⁸⁸. L'externalisation est d'ailleurs considérée par Bertrand Quélin comme « *un réel vecteur de la stratégie de l'entreprise, et d'une collaboration entre l'entreprise cliente et le prestataire* »²¹⁸⁹. Alors qu'elle cherche à expliciter les raisons du recours croissant à ces formes hybrides de gouvernance par les opérateurs économiques, Suzanne Lequette évoque en outre des éléments déjà mis en avant

²¹⁸² LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 97.

²¹⁸³ BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 91 à 108.

²¹⁸⁴ BARTHÉLEMY J., « Comment réussir une opération d'externalisation », *Revue française de gestion*, 2004/4, n°151, p. 11.

²¹⁸⁵ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 13.

²¹⁸⁶ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 14.

²¹⁸⁷ C'est-à-dire comme un instrument de « *coordination entre les agents économiques (qui) repose sur des accords volontaires et bilatéraux entre eux* » : BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Les Petites Affiches*, Décembre 1998, n°147, p. 25.

²¹⁸⁸ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 10.

²¹⁸⁹ QUÉLIN B., « L'externalisation : de l'opérationnel au stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 113.

pour expliquer et justifier la multiplication considérable des opérations d'externalisation mises en œuvre dans le monde des affaires. Si Bertrand Quélin affirmait que l'externalisation stratégique trouvait sa raison d'être dans la recherche d'économie et d'accroissement de la performance²¹⁹⁰, elle évoque, quant à elle, ce besoin de coopération « *afin d'assurer une meilleure utilisation possible de leurs ressources respectives* »²¹⁹¹ par les entreprises. Les motifs de la coopération et de l'externalisation semblent donc se confondre²¹⁹², appelant par conséquent leur rapprochement fonctionnel²¹⁹³ puis structurel sur le plan juridique. En reposant ainsi essentiellement sur une logique coopérative²¹⁹⁴, l'externalisation emprunte finalement les traits caractéristiques du modèle du contrat-coopération auquel elle serait juridiquement assimilée. Une telle assimilation théorique est d'ailleurs confirmée par l'analyse de l'outil contractuel servant de support à l'une et à l'autre.

164. Une convergence démontrée des outils juridiques. La structure juridique propre au modèle du contrat-coopération révèle en l'occurrence une adéquation avec les nécessités inhérentes à la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. Cela n'est d'ailleurs pas pour surprendre dans la mesure où leurs fonctions économiques se rejoignent, voire se confondent. Il convient néanmoins de démontrer la justesse de cette concordance structurelle au-delà de la simple analogie fonctionnelle. Sur ce point, Rémy Libchaber présente simplement la structure du contrat-coopération en précisant sa caractéristique première fondée sur « *l'articulation d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale (...) ce qui signifie que l'une des parties apporte quelque chose à l'autre, qui doit le faire fructifier dans un intérêt commun* »²¹⁹⁵. Or,

²¹⁹⁰ « *Les dimensions d'efficacité et de performance opérationnelles de l'externalisation sont plus fréquemment évoquées que la contribution de cette dernière au développement stratégique de l'entreprise* », et l'auteur de poursuivre plus loin que « *le recentrage sur le métier comme la réduction des coûts expliquent le recours à l'externalisation* » : QUÉLIN B., *op. cit.*, p. 113 et 115.

²¹⁹¹ Elle rappelle en effet « *la tendance contemporaine qu'ont les entreprises qui détiennent, chacune, des compétences spécifiques complémentaires à les mettre en relation et à coopérer afin d'assurer une meilleure utilisation possible de leurs ressources respectives* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11.

²¹⁹² Suzanne Lequette allait même jusqu'à affirmer que « *les entreprises vont ainsi pouvoir accéder à ces compétences spécifiques complémentaires sans pour autant les acquérir ni les internaliser, minimisant ainsi leurs coûts (...). Il ne s'agit plus d'acquérir les biens ou services utiles à sa propre entreprise, ou d'intégrer à l'entreprise les compétences nécessaires au développement de ses productions, mais de mettre en commun certaines ressources, sans que soient altérées l'identité des entreprises, ni leur indépendance* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹⁹³ Il par effectivement admis par les professionnels que « *la compétitivité des entreprises repose ainsi sur leur capacité à nouer des coopérations interentreprises sous forme d'alliances, de partenariats et à s'inscrire dans des réseaux de collaboration (...) et à l'externalisation des services* » : Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *Coopérations interentreprises*. Pour une meilleure compétitivité, La documentation Française, 2011, p. 12.

²¹⁹⁴ L'externalisation aurait ainsi « *son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²¹⁹⁵ LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 589.

de manière schématisée, l'externalisation consiste pour une entreprise à confier à une autre le soin de gérer ou d'exploiter une activité secondaire, ou fonction support, nécessaire au fonctionnement de son activité principale ; c'est-à-dire à articuler deux activités et deux ressources complémentaires au service de la satisfaction d'un intérêt commun. Ainsi par exemple, les entreprises recourent-elles couramment à l'externalisation de la fonction entretien de leurs locaux, ou, de manière plus sensible, de la fonction informatique nécessaire à l'exploitation de leur cœur de métier mais pour autant distincte de ce dernier²¹⁹⁶.

L'externalisation présente donc également cette dualité caractéristique du contrat-coopération consistant à distinguer nettement la prestation finale de la, ou des prestations instrumentales permettant sa réalisation²¹⁹⁷. Or, animée par la volonté de développer des « *relations interentreprises qui favorisent la poursuite d'objectifs communs et la mutualisation de certains coûts entre entreprises indépendantes* »²¹⁹⁸ essentiellement par l'instrument contractuel²¹⁹⁹, l'externalisation ne pouvait que rencontrer le contrat²²⁰⁰ ; et, plus particulièrement, le contrat-coopération caractérisé notamment par cette complémentarité entre les diverses obligations essentielles, et entre les obligations essentielles et accessoires, telles que l'obligation de coopération. Et si la coopération ne se résume pas à l'externalisation, elle la recouvre et donc partage avec elle sa structure. D'ailleurs, alors que la sous-traitance est depuis longtemps explicitement prise en compte par le législateur²²⁰¹, l'externalisation se situe en la matière dans un vide juridique que le modèle du contrat-

²¹⁹⁶ Jérôme Barthélemy indiquait en effet que, « *actuellement, les activités périphériques comme la restauration, le jardinage, le nettoyage ou le gardiennage par exemple sont externalisées dans un grand nombre d'entreprises. En revanche, l'externalisation d'activités critiques pour la bonne marche des entreprises comme l'informatique, les télécommunications ou la logistique par exemple est beaucoup plus récente et attire aujourd'hui l'attention sur ce phénomène* » : BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007, p. 2.

²¹⁹⁷ Évoquant les difficultés liées à la détermination de la prestation finale dans le contrat-coopération, Suzanne Lequette estimait que « *la règle est plus délicate à mettre en œuvre dans le cadre du contrat-coopération dans la mesure où celui-ci comporte deux prestations réelles : une prestation instrumentale et une prestation finale* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 311. Dès lors le contrat-coopération permet justement « *une association d'intérêts convergents, mais sans confusion ; un objectif commun (...), servi par des moyens et des résultats spécifiques à chaque partie* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 590.

²¹⁹⁸ Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *op. cit.*, p. 9.

²¹⁹⁹ Le rapport précédemment évoqué soulignait en effet que « *l'externalisation à grande échelle de fonctions tertiaires a ainsi contribué à l'émergence de relations contractuelles fortes entre grandes entreprises et fournisseurs externes* » : Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *op. cit.*, p. 9 et 10.

²²⁰⁰ Rappelons qu'il est d'ailleurs admis par la littérature managériale que « *le contrat joue un rôle crucial dans le succès ou l'échec d'une opération d'externalisation. En effet, la maîtrise d'une activité externalisée repose essentiellement sur le contrat* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 123.

²²⁰¹ « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* », au sens de l'article 1^{er} de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

coopération permet de combler. Il présente en effet une structure duale adaptée à la mise en œuvre juridique de l'externalisation, dans la mesure où elle repose sur l'association d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale complémentaires et d'obligations accessoires nécessaires à la réalisation de l'opération économique commune envisagée, dès lors que « *chacune est, en effet, nécessaire à la réalisation de l'opération : la prestation instrumentale en tant qu'elle en constitue un préalable indispensable, la prestation finale en tant que s'y incarne le but commun poursuivi par les partenaires* »²²⁰².

La littérature managériale concède par ailleurs que, dans sa dimension relationnelle²²⁰³, le contrat d'externalisation met l'accent sur la coopération²²⁰⁴. Ainsi la stratégie mise en œuvre par la société Kodak à la fin des années 1980 reposait-elle sur ce type de contrat dont un bref aperçu devrait permettre de confirmer l'assimilation structurelle de l'externalisation au modèle du contrat-coopération. Souhaitant externaliser en partie sa fonction informatique, elle avait en l'occurrence confié à la société IBM la gestion des centres de traitement des données. Il s'agissait alors pour cette dernière de réaliser cette prestation instrumentale consistant à traiter les données informatiques de Kodak afin de lui fournir les moyens informatiques nécessaires pour la réalisation de l'activité principale de celle-ci²²⁰⁵ ; et donc, pour le profit de l'une et de l'autre. Dit autrement, cette stratégie consistait bien, par un contrat relationnel de long terme et l'agencement complémentaire des obligations de chaque partie, à instaurer une forme de coopération afin de parvenir à une utilisation optimale de leurs ressources, en matière de photographie pour Kodak et d'informatique pour IBM. Or la mise en œuvre juridique de cette stratégie ne paraît pas pouvoir relever de l'un ou de l'autre type de transaction évoqué par Éric Brousseau, soit le contrat-échange ou le contrat-organisation²²⁰⁶, et appelle donc un modèle intermédiaire tel que le suggère Suzanne Lequette. Mais plus qu'un

²²⁰² LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 316.

²²⁰³ Précisons avec Jérôme Barthélemy que « *les contrats relationnels sont utilisés pour gérer des prestations élaborées. Ce sont des contrats de long terme dont la durée atteint parfois dix ans (...). Les contrats signés par Eastman Kodak avec ses prestataires sont des bons exemples de contrats relationnels* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 125.

²²⁰⁴ « *Dans le cas des contrats relationnels, l'accent est mis sur la coopération* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 124.

²²⁰⁵ Il s'agissait alors de la mise en œuvre contractuelle typique d'une coordination stratégique ; c'est-à-dire, d'un « *processus de production qui aboutit à une consommation finale* », d'ailleurs « *la coordination « stratégique » consiste, pour deux agents, à choisir (...) de coopérer et de réaliser ensemble une production ou une transaction* » : BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 117.

²²⁰⁶ « *Les contrats concernent aussi deux types de « transaction ». Dans l'une, un des agents échange de l'utilité sous forme de marchandise ou de service contre de la monnaie. Dans l'autre, les deux agents mettent en commun leurs actifs de production pour produire un output commun qui est ensuite cédé à un tiers contre un transfert financier* » : BROUSSEAU É., *op. cit.*, p. 115.

choix par défaut, cette structure est bien un choix de raison, et de logique, dans la mesure où elle semble marquée par cette complémentarité essentielle entre la prestation finale et la prestation instrumentale ; et donc par la dualité caractéristique de la structure du contrat-coopération qui se retrouve également entre les obligations essentielles et les obligations accessoires. D'ailleurs, au-delà de l'aspect théorique, l'assimilation de l'externalisation au modèle du contrat-coopération trouve une confirmation dans la pratique même du monde des affaires.

2. Une assimilation pratique au contrat-coopération

165.L'assimilation de l'externalisation à certaines pratiques des affaires. Le droit des affaires, notamment dans le domaine de la distribution, comporte un nombre important de pratiques, juridiquement encadrées, révélant la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. Trois exemples sont sur ce point particulièrement éclairants et confirment que son assimilation au modèle du contrat-coopération ne résulterait pas seulement d'une réflexion théorique, mais également d'une observation de la pratique. Alors qu'il présentait les opérations complexes de distribution²²⁰⁷, Didier Ferrier évoquait au-delà de la question des réseaux de distribution un certain nombre de pratiques participant de leur fonctionnement. Il affirmait que ces dernières manifestaient la volonté de chacun d'optimiser leurs activités en se concentrant d'une certaine façon sur le « cœur de métier »²²⁰⁸. Symptomatiques de l'émergence de cette stratégie en matière de distribution, des contrats tels que la distribution sélective, la concession exclusive ou encore la franchise présentent en l'occurrence une parenté certaine avec l'externalisation dans la mesure notamment où ils se placent tous « *entre le marché entendu comme la confrontation de l'offre et de la demande entre entités autonomes et la hiérarchie entendue*

²²⁰⁷ « La distribution des produits ou services peut s'opérer non plus en application de simples achats-ventes ponctuels dont la succession constitue la « relation commerciale » visée par l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais dans le cadre d'accords qui aménagent entre le fournisseur et le distributeur des relations durables parfois renforcées par la fixation d'un volume d'affaires à réaliser, par l'établissement d'une exclusivité d'approvisionnement ou de fourniture, et même par une coopération dans la commercialisation des produits ou services » : FERRIER D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^e éd., 2012, p. 257.

²²⁰⁸ Didier Ferrier évoquait d'ailleurs explicitement le développement des réseaux de distribution comme la manifestation d'un « *recentrage* » des entreprises sur leurs compétences et leurs missions conformément au principe de subsidiarité qui commande de ne pas prendre à un certain niveau les décisions qui peuvent être correctement prises au niveau inférieur » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 261 ; en d'autres termes, en adoptant expressément une stratégie d'externalisation de leurs fonctions supports. Ainsi « le constat par le distributeur que le coût de sélection des produits et de la charge des stocks est de plus en plus lourd, le conduit à les réduire autant que possible en organisant ses approvisionnements avec le fournisseur, et le constat par le fournisseur que la qualité du service après-vente ou du service de conseil est de plus en plus déterminante dans le choix des consommateurs et dans la concurrence, le conduit à aménager les conditions de commercialisation de ses produits ou services par le distributeur » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 257.

comme l'intégration des échanges sous une autorité unique »²²⁰⁹. Ainsi fournissent-ils au moins un indice supplémentaire en faveur de la détermination d'un ancrage juridique de l'externalisation au sein du modèle du contrat-coopération duquel ils font partie²²¹⁰.

S'agissant de la franchise, une telle parenté est d'ailleurs explicitement soulignée. Ainsi Alain Cappeau affirme-t-il que, « *archétype de la représentation marketing et capitalistique de l'externalisation contemporaine, la franchise (...), est probablement aujourd'hui le phénomène le plus représentatif d'une multiplication planétaire d'une activité par externalisation d'un cœur de métier* »²²¹¹. Si la franchise manifeste donc la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation, la réciproque est également vraie²²¹², ce qui permettrait donc de consacrer l'identification de cette forme de distribution, et donc des autres formules voisines²²¹³ à une traduction juridique de l'externalisation en la matière. La pratique du franchisage repose en effet essentiellement sur l'organisation « *d'une coopération entre des entreprises indépendantes* »²²¹⁴. De plus, alors que l'externalisation peut se définir comme la pratique consistant à « faire faire » à une autre entreprise une partie de son processus de production, le franchisage consiste quant à lui, pour un franchiseur, à confier l'exploitation et la distribution de sa marque et de son savoir-faire aux consommateurs à un franchisé²²¹⁵. Or, s'il est admis que l'exploitation d'un savoir faire et la distribution d'une marque à des consommateurs participent du processus général de production d'un produit, la franchise est sans nul doute, d'un point de vue économique, une forme d'externalisation d'un processus participant de la création de valeur par une entreprise sur le marché de la distribution.

²²⁰⁹ FERRIER D., *op. cit.*, p. 261.

²²¹⁰ Indice par ailleurs conforté par le fait qu'en « *matière de distribution, le réseau permet à un fournisseur et à un ensemble de distributeurs de coopérer pour optimiser leurs fonctions* » : FERRIER D., *Ibid.*

²²¹¹ CAPPEAU A., *La nouvelle externalisation*, Jean-Pierre Hugué Editeur, 2005, p. 188.

²²¹² « *Économiquement, le franchising est pour celui qui externalise un « mécanisme protecteur de réseaux, accélérateur de rentabilité, générateur de notoriété et contrôleur d'image* » » : CAPPEAU A., *op. cit.*, p. 189.

²²¹³ Bien qu'Alain Cappeau semble émettre des réserves sur une telle extension de l'externalisation en matière de distribution, il ne devrait pas être interdit d'y penser : « *À nouveau, si nous nous écartons quelque peu du principe de franchise tel que défini ci-dessus on peut observer que des formules qui lui sont voisines continuent plus ou moins de se développer, mais pas toujours dans une idée d'externalisation* » : CAPPEAU A., *Ibid.*

²²¹⁴ LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de franchisage*, Litec LexisNexis, coll. Litec Professionnels, 2^e éd., 2007, p. 2.

²²¹⁵ La Cour d'appel de Paris avait en effet défini la franchise « *comme une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, de symboles, marques de fabrique, de commerces ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, (...), la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, (...), afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées* » : CA Paris, 28 avril 1978.

Il est également possible de parvenir à une conclusion identique en ce qui concerne la concession exclusive et la distribution sélective. S'agissant, d'une part, de la concession exclusive²²¹⁶, s'il est admis que la vente d'un produit participe également du processus économique de production d'un produit, elle constitue également une forme d'externalisation. S'agissant, d'autre part, de la distribution sélective²²¹⁷, elle représente également, pour la même raison, la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. Dans les deux cas, il est effectivement question de pratiques commerciales consistant, pour un fournisseur, à agréer un distributeur à vendre la marchandise du premier au consommateur final. Ainsi le fournisseur procède-t-il à l'externalisation de la fonction vente au consommateur final au bénéfice du distributeur dont cette fonction est la spécialité. Pour bon nombre d'auteurs, la distribution est d'ailleurs comprise de manière globale comme « *une fonction logistique (...) assurée, soit directement par les producteurs, soit indirectement par le truchement d'agents économiques qui servent d'intermédiaires entre eux et les consommateurs, et cela sans assurer la tâche de transformer ou de fabriquer les biens, ni de concevoir les services* »²²¹⁸, mais toujours intégrée au processus de production²²¹⁹.

166. La confirmation contractuelle du modèle coopératif en matière d'externalisation. Dès lors que la parenté, autant d'un point de vue économique que juridique, entre ces opérations complexes de distribution et l'externalisation est ainsi évidente, l'assimilation de cette dernière au modèle du contrat-coopération se trouve confirmée. Plus particulièrement, le constat de la mise en œuvre de l'externalisation sous la forme du franchisage conduit nécessairement à cette confirmation dans la mesure où le franchisage lui-même constitue une application concrète de ce modèle²²²⁰. En toute logique, si la franchise est une forme

²²¹⁶ La définition alors retenue par la littérature juridique rejoint d'ailleurs celle précédemment évoquée de l'externalisation dans la mesure où elle est envisagée comme « *l'opération par laquelle une personne offre à un commerçant de lui céder la vente exclusive de produits pour une circonscription ou une ville pour un temps déterminé à condition que celui-ci lui achète une certaine quantité de produits* » : ESCARRA J., ESCARRA Ed., HÉMARD J. et RAULT J., *Théorie et pratique du droit commercial. Les contrats commerciaux*, t. 2, Sirey, 1955, n°110.

²²¹⁷ Entendue quant à elle comme entendue comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 300.

²²¹⁸ LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de concession*, Litec LexisNexis, coll. Litec professionnels, 2^e éd., 2010, p. 2.

²²¹⁹ La fonction de distribution est d'ailleurs considérée comme « *le fer de lance de la production* » : LE TOURNEAU Ph., *Ibid.*

²²²⁰ Bien qu'il en conteste la pertinence, Jacques Ghestin rappelle que Suzanne Lequette utilise le contrat de franchise au soutien de sa démonstration de l'existence d'un modèle intermédiaire entre le contrat-échange et le contrat-organisation. Suzanne Lequette démontre effectivement que le contrat de franchise remplit « *une fonction économique intermédiaire : organisant la mise en relation des actifs complémentaires du franchiseur et du franchisé, il coordonne leurs intérêts économiques convergents mais différents. À cette fonction intermédiaire*

d'externalisation en matière de distribution, et qu'elle s'exprime juridiquement par l'intermédiaire du contrat-coopération, alors l'externalisation se traduit nécessairement sous les traits de ce même modèle. Le même raisonnement peut être adopté, à titre confirmatif, en ce qui concerne la concession exclusive et la distribution sélective. Envisagées par Suzanne Lequette comme des preuves du rayonnement du contrat-coopération au-delà de ces formes matricielles²²²¹, ces pratiques typiques de la distribution intégrée manifestent également dans leur réalisation des emprunts à ce dernier. Les contrats de concession exclusive et de distribution sélective présentent d'ailleurs tous deux une structure duale typique exprimée par l'articulation d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale²²²², et complétées par des obligations accessoires destinées à maintenir une saine coopération entre les partenaires.

D'un point de vue encore plus pratique, les contrats permettant la réalisation d'opérations complexes de distribution révèlent en eux-mêmes une forme particulière empreinte de cette dualité et de l'esprit coopératif singulier propre au contrat-coopération. En prenant appui sur une analyse succincte du contrat de franchise, cette structure duale apparaît d'ailleurs clairement. Alors que l'une des obligations essentielles du franchiseur réside dans la fourniture au franchisé des moyens nécessaires à sa réussite commerciale²²²³ et constitue la prestation instrumentale du contrat, ce dernier doit appliquer les normes de la franchise permettant ainsi, par son activité, le développement de la réputation commerciale du franchiseur²²²⁴, ce qui constitue quant à elle la prestation finale. Il est en outre parfois admis

fait écho une structure juridique de type hybride en vertu de laquelle les obligations paraissent être tout à la fois interdépendantes et projetées en direction d'un but commun » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 104.

²²²¹ Dans la mesure où ces formes de coopération commerciale reposent également sur « *une convention cadre dont l'exécution exige la conclusion de ventes successives. Ces contrats viennent en réalité donner sa substance à la prestation instrumentale définie dans le contrat de concession. Conçues comme un moyen d'exécution de la prestation instrumentale au sein de la structure contractuelle coopérationniste, les ventes successives perdent ainsi une partie de leur couleur strictement échangeiste* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 204.

²²²² « *En effet, le fournisseur procure des biens ou des services ; il procure aussi les moyens d'accéder aux marchés-cibles ou les moyens de les exploiter ; tandis que le distributeur doit créer ou développer un courant d'affaires, pour son propre profit pendant l'exécution du contrat, pour celui du fournisseur au terme de ce contrat. Le fournisseur apparaît alors comme prestataire instrumental et le distributeur comme le prestataire final* » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 131 et 132.

²²²³ La Cour d'appel de Montpellier avait ainsi identifié l'obligation faite au franchiseur de fournir au franchisé son savoir-faire, par exemple par la remise d'un manuel d'instruction et la formation de son personnel : CA Montpellier, 4 janvier 1990, *RD propr. ind.*, 1990, p. 48. Le juge judiciaire était même aller jusqu'à reconnaître une obligation d'aide à l'ouverture de l'exploitation du franchisé à la charge du franchiseur : CA Aix, 12 janvier 1988, *Bull. Aix*, 1988-2, p. 66.

²²²⁴ La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs pu affirmer le caractère essentiel de l'obligation faite au franchisé d'appliquer scrupuleusement le savoir-faire mis à sa disposition par le franchiseur : CA Paris, 14 février 1991, *D.*, 1992, p. 393. De plus, toujours dans le souci d'assurer le rayonnement commercial du franchiseur, la Cour d'appel de Paris a pu parfois admettre l'existence d'une obligation de réaliser un chiffre d'affaires minimum à la charge du franchisé : CA Paris, 14 février 1991, *D.*, 1992, p. 393.

que ce dernier puisse veiller au bon respect de cette obligation incombant au franchisé par l'instauration d'un contrôle du développement de la réussite de celui-ci²²²⁵, toujours cependant dans le respect de son autonomie et de son indépendance. Au-delà des caractéristiques juridiques du contrat-coopération, le contrat de franchise présente donc bien des éléments traduisant la mise en œuvre d'une relation d'externalisation : la complémentarité des obligations de chacun, la réalisation d'un but commun et le contrôle du franchiseur sur le franchisé. Il est donc possible d'affirmer que ce contrat de distribution réalise le pont entre l'externalisation, opération économique, et le contrat-coopération, modèle juridique, confirmant ainsi que l'externalisation peut être juridiquement assimilée au modèle du contrat-coopération. Une fois démontrée et confirmée, cette assimilation révèle une convergence caractéristique de la traduction contractuelle de l'externalisation : une structure duale composée d'obligations accessoires et essentielles, et au sein de celles-ci d'une prestation finale et d'une prestation instrumentale.

Conclusion de section. Alors que les développements précédents avaient permis de constater un fourvoiement de la doctrine civiliste dans l'assimilation de l'externalisation à l'espèce du contrat d'entreprise, l'appréhension de son essence coopérative offre la possibilité de confirmer cette dénaturation supposée. Elle autorise surtout une rectification par le recours à l'hypothèse, brillamment énoncée par Suzanne Lequette, de l'existence d'un genre contractuel hybride au sein de la théorie générale : le modèle du contrat-coopération. Rendant compte plus fidèlement de l'ensemble des pratiques des entreprises, il démontre effectivement qu'il est envisageable de traduire juridiquement la finalité économique coopérative sur laquelle repose justement l'externalisation. Ainsi apparaît-elle plus clairement sous la forme d'un contrat doté d'une structure duale déduite de ce genre contractuel et fondé essentiellement sur l'articulation d'obligations essentielles et accessoires, finales et instrumentales qui, par leur complémentarité, participent de la réalisation d'un intérêt commun fidèle à la coopération.

Conclusion de Chapitre

Ce détour par l'essence coopérative de l'externalisation en droit civil aura donc facilité la détermination de sa traduction juridique la plus adaptée et la plus fidèle. C'est effectivement à

²²²⁵ « Les moyens de nature à permettre la réussite du franchisé ayant été fournis, le franchiseur doit encore contrôler leur mise en œuvre, vérifier que l'application de ces moyens se trouve convenablement réalisée par le franchisé et que ce dernier développe en conséquence une activité fructueuse » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 358.

travers l'étude de la prise en considération progressive de la coopération économique par le droit, et en premier lieu par le droit civil, qu'il est désormais possible de proposer une structure contractuelle propre à la réalisation juridique d'opérations d'externalisation en rupture avec la loi d'entropie affectant selon Philippe Jestaz le droit des contrats depuis les années 1980²²²⁶. Émancipée du solidarisme qui avait à la fois favorisé sa prise en compte et limité sa mise en œuvre à la coopération dans le contrat, la logique coopérative put finalement apparaître comme une fonction contractuelle autonome à part entière largement empruntée par les contrats de distribution²²²⁷. Plus particulièrement, le contrat de franchisage semble d'ailleurs davantage approprié afin de rendre compte de la réalisation de l'externalisation sur le plan juridique que ne l'est le contrat d'entreprise. Intégrée au modèle du contrat-coopération, et partageant avec l'externalisation une finalité similaire²²²⁸, la franchise constitue par conséquent une illustration concrète de l'assimilation de l'externalisation à ce modèle contractuel hybride caractérisé par son économie et sa structure duale.

L'emprunt à Suzanne Lequette du modèle du contrat-coopération permet en l'occurrence d'éclairer un certain nombre d'ajustements de la théorie générale du contrat liés aux spécificités de l'externalisation et, à travers elle, de l'essence coopérative qui l'anime²²²⁹. La revalorisation de la prise en compte de l'économie par le droit, qu'il s'agisse de l'opération économique ou de l'économie du contrat, a en effet conduit la doctrine civiliste à envisager une nouvelle conception contractuelle en adjoignant à la précédente une dimension finaliste. Ce faisant, la coopération n'est plus simplement un moyen au service de l'exécution utile du contrat, mais bien une fin contractuelle en soi, déterminée à l'aune de l'opération économique que les parties souhaitent réaliser. De plus, il est possible désormais de faire correspondre à cette économie du contrat inédite une structure dédiée à sa matérialisation juridique

²²²⁶ Ce dernier était en effet convaincu qu'à l'expansion des formules contractuelles répondaient également une certaine uniformisation en vertu de laquelle les frontières entre chaque catégorie de contrats tendaient à s'atténuer, si ce n'est à disparaître. Il notait ainsi paradoxalement que, sous prétexte de réglementer au plus près les diverses opérations économiques, « *toutes les formes en viennent à se ressembler, de par le statut protecteur un peu monocorde qui leur est attaché* » : JESTAZ Ph., « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 134.

²²²⁷ Rappelons que cette évolution des contrats de distribution fut facilitée par la dimension instrumentale du droit de la distribution selon laquelle il « *propose de nombreuses règles favorisant l'établissement de relations contractuelles entre les acteurs économiques* » en accord avec la réalité de la pratique des affaires : FERRIER D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2014, p. 22, et plus précisément encore envisageant le contrat « *comme un instrument d'économie au sens de gestion de la richesse (qui) assure la coordination de l'activité des entreprises* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 35.

²²²⁸ Qui consisterait à permettre « *le « recentrage » des entreprises sur leurs compétences et leurs missions (...), de coopérer pour optimiser leurs fonctions* » : FERRIER D., *op. cit.*, p. 261.

²²²⁹ La conceptualisation de la coopération apparaissait effectivement comme « *une réponse sinon à la crise du contrat du moins au besoin de renouvellement de sa théorie générale* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 15.

préfigurant « *un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* »²²³⁰, et donc de l'externalisation. Pleinement considérée par la théorie générale du contrat, au-delà de formules éparses en droit de la distribution, l'essence coopérative de l'externalisation présente finalement en droit civil une structure contractuelle singulière propre à sa réalisation et fondée sur l'association d'une obligation essentielle et d'obligations accessoires destinées à en favoriser l'exécution.

La prise en compte de l'externalisation appelle néanmoins d'autres ajustements plus significatifs lorsque l'entreprise de détermination de son essence coopérative se poursuit sur les terres, encore vierges en la matière, du droit administratif. Il n'est toutefois plus seulement question d'adaptations rendues nécessaires par l'externalisation en elle-même, et son essence coopérative en particulier, mais également inhérentes aux spécificités de la matière. Et si la structure devait rester la même, ce qui constitue l'hypothèse de cette recherche ; c'est-à-dire l'articulation de prestations instrumentales au service d'une prestation finale, encore faut-il savoir à quoi ces dernières pourraient correspondre dans la sphère administrative. S'il a pu être démontré que l'externalisation administrative ne pouvait être tout à fait une autre que l'externalisation pensée par la littérature managériale et transposée en droit civil sous les traits généraux du contrat-coopération, il convient cependant de parvenir à exprimer en quoi et pourquoi elle ne peut non plus être toute à fait la même. Il sera alors temps de déterminer son essence, dans le cadre d'un processus de transposition de l'essence coopérative de l'externalisation en droit administratif, puis de préciser ce qu'elle pourrait être et ce qu'elle pourrait ainsi désigner dans cette discipline qui s'était jusque-là contentée d'en donner un aperçu aux moyens d'éléments traditionnels dont elle disposait déjà. Ressource nouvelle, l'externalisation, appuyée sur son essence coopérative, pourrait ainsi venir éclairer d'un jour nouveau, inspirée par le droit civil, une matière dont le désordre est aujourd'hui admis par la doctrine et qui demeure encore « *dominée par la notion de compétence, qui la distinguerait du droit privé, construit autour du concept de droit subjectif* »²²³¹.

²²³⁰ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 12.

²²³¹ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 551.

Chapitre 2 : Découverte d'une essence coopérative en droit administratif

*« La transposition est une des plus grandes difficultés de la musique,
considérée sous le rapport de la pratique ;
elle exige une aptitude particulière que des lecteurs,
d'ailleurs habiles, n'ont pas toujours »*
FÉTIS Fr.-J., *La Musique*, T. 1, 2^e éd., Paulin, 1834, p. 4.

167. Un enrichissement de la coopération en droit administratif. Animée par la signification que la musicologie lui confère, la transposition n'entraîne pas nécessairement une reproduction à l'identique du modèle initial, dans la mesure où elle y vise l'action de faire passer une partition d'un ton à un autre²²³². Certes l'harmonie, la mélodie, la structure et les silences demeurent identiques, mais le registre évolue donnant l'impression d'un morceau nouveau, ou à tout le moins d'une variation²²³³. Le domaine juridique ne déroge pas à la règle, et cette démarche méthodologique ne devrait donc pas effrayer le chercheur tenté de trouver ailleurs des réponses dont il ne dispose pas dans son champ disciplinaire²²³⁴. Or, c'est bien à un tel silence qu'il se trouve confronté lorsque, s'intéressant à la question de l'externalisation administrative, il se rend compte qu'elle ne présente finalement aucune existence concrète au-delà des rares études doctrinales qui ont pu lui être consacrées. Dès lors que l'écueil de la reprise à l'identique de l'objet d'étude est évité²²³⁵, la transposition permet en effet d'intégrer à une matière étrangère des éléments essentiels à la compréhension de ce phénomène désormais juridique, de la même manière que la transposition solfégique permet à un clarinettiste soprano de jouer une partition composée initialement pour un hautboïste. Il s'agira donc d'emprunter au droit civil sa prise en compte de l'externalisation par le modèle du contrat-coopération en l'adaptant autant que de besoin aux spécificités d'une matière

²²³² « En termes de Musique, il se dit de l'Action de faire passer d'un ton à un autre dans un autre et du Résultat de cette action » : Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., édition numérique.

²²³³ Or « l'important n'est pas de se faire bercer par la répétition d'une thématique, mais au contraire de déclencher l'étincelle qui permettra de court-circuiter le courant de la pensée pour le brancher sur les ondes de l'inconscient. Or, les Variations Goldberg sont admirablement conçues pour produire cet effet : chacune d'entre elles constitue un petit univers imaginaire, avec ses propres lois et sa propre cohérence » : HUSTON N., *Les Variations Goldberg*, Actes Sud, coll. Babel, 1993.

²²³⁴ Voir pour une étude éclairante de la transposition du concept d'externalisation : VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

²²³⁵ L'opinion énoncée à ce sujet par Morgan Bunel ne peut être que partagée dans la mesure où elle affirme qu'une « transposition fidèle de la notion privatiste se traduirait par un défaut méthodologique dans la conceptualisation d'un objet propre au droit administratif » : BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 47. Elle précise également que « l'objet d'étude doit être appréhendé en tenant compte des spécificités du phénomène de relations entre les actes en droit administratif et du particularisme de l'action publique ».

« singularisé(e) par sa construction tout entière autour du procédé exorbitant de l'acte unilatéral »²²³⁶ et non du contrat et du dogme de l'autonomie de la volonté, autour de la compétence conditionnée et non de la capacité non-limitée²²³⁷.

En ce qu'elle invite à dépasser l'acception restrictive qu'attribue encore aujourd'hui la doctrine à la notion de coopération, la transposition en droit administratif du modèle du contrat-coopération autorise à lui accorder une signification plus large à travers laquelle l'externalisation pourrait trouver une essence propre éclairant son existence jusque-là restée dans l'ombre de questions relatives à ses manifestations et à ses limites en droit positif. Initialement appliquée, dans le cadre de la décentralisation, aux relations particulières entretenues entre les collectivités locales²²³⁸ ou en matière de coopération internationale²²³⁹, cette notion de coopération s'est progressivement enrichie d'une application en matière contractuelle²²⁴⁰. Elle reste néanmoins toujours cantonnée à des mises en œuvre ponctuelles, essentiellement réservées à des hypothèses relevant de la coopération entre personnes publiques²²⁴¹, notamment la mutualisation²²⁴². Ce faisant, ces rares implications réduisent

²²³⁶ GAUDEMET Y., « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », in *Mélanges en hommage à Jean Gaudemet. Nonagesimo anno*, PUF, 1999, p. 616.

²²³⁷ Jean Rivéro soulignait de longue date cette différence fondamentale entre droit civil et droit administratif : « La capacité que le droit privé reconnaît au particulier est pour lui une faculté pure ; il est seul maître de s'en servir ou de n'en point user, de l'exercer par lui-même ou de charger un autre du soin de l'exercer pour lui (...). Pour l'agent public, à l'inverse, la compétence définit une obligation ; à l'égard de sa compétence, il n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre, lui sont également interdits... » : RIVÉRO J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 1990, p. 287.

²²³⁸ Affirmant qu'il « est normal que les autorités représentant les collectivités locales éprouvent le besoin d'entretenir des relations et de les organiser », René Chapus présentait successivement les différentes formes de coopération entre collectivités locales encadrées par le droit administratif afin de « faciliter ou coordonner l'exercice de leur compétence ou pour la création d'institutions d'utilité commune » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 338. Ces formes de coopération entre collectivités, contractuelles ou institutionnelles, sont d'ailleurs codifiées aux articles L. 5111-1 et s. du Code général des collectivités territoriales dans la partie V consacrée à la coopération locale.

²²³⁹ Il précisait également que les collectivités locales pouvaient, en dehors des relations entretenues entre elles, nouer des relations de coopération transfrontière ; c'est-à-dire une forme de « coopération décentralisée » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 339. Désormais codifiée aux articles L. 1115-1 et s. du Code général des collectivités territoriale, cette possibilité ouvre la voie au développement d'une « action internationale annuelle ou pluriannuelle de coopération » entreprise par ces collectivités. Les juges du Palais Royal rappellent d'ailleurs que « le législateur a autorisé les collectivités territoriales à conduire des actions de coopération et d'aide au développement » : CE, 17 février 2016, *Région Rhône-Alpes*, n° 368342.

²²⁴⁰ L'article 18 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics recourt effectivement à la notion de « coopération » afin d'exclure du champ des règles applicables aux marchés publics les contrats ayant pour objet d'établir ou de mettre en œuvre « une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ». Alors qu'il en va de même pour l'article 18 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, il convient de préciser qu'il s'agit là de la consécration par le législateur d'une solution dégagée par la jurisprudence : exemple : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18.

²²⁴¹ Le législateur aussi bien que la doctrine semblent effectivement traiter distinctement les relations public-public et public-privé. Ainsi par exemple peut-on noter la phrase suivante selon laquelle les politiques publiques locales favoriseraient désormais « les « coopérations public-public » et les « partenariats public-privé » » :

d'autant son utilité théorique par rapport à une importance désormais acquise en matière économique et en droit civil. De plus, elle ne peut en l'état actuel des choses servir une conceptualisation de l'externalisation administrative²²⁴³. Privé d'équivalent du modèle du contrat-coopération, le droit administratif ne peut donc retranscrire la plénitude de la logique coopérative jusque-là sous-exploitée. La transposition des acquis civilistes en la matière devrait cependant permettre de dépasser ce « plafond de verre » et d'enrichir la notion de coopération d'une dimension équivalente à celle que lui accorde la science économique en tant que mode hybride de gouvernance.

C'est donc à un véritable enrichissement de la notion de coopération en droit administratif que procède la transposition du modèle du contrat-coopération, lui-même issu de la traduction juridique de la logique coopérative. Loin de se montrer récalcitrant à une telle évolution de la coopération, le droit administratif est toutefois demeuré timide sur ce point²²⁴⁴. Admise de longue date et sous de multiples formes, la coopération peine en effet encore aujourd'hui à retranscrire les potentialités que lui confère la science économique, et désormais le droit civil. Véritable mode de gouvernance et de gestion des ressources ici, la coopération se présente là comme le parent pauvre d'une famille pourtant féconde. Il s'agirait donc de lui faire profiter de cette abondance en favorisant sa prise en compte par le droit administratif sous sa forme la plus aboutie, à savoir celle de l'externalisation. Un tel enrichissement implique évidemment un certain nombre d'ajustements afin de parvenir à la rendre compatible aux différentes règles et principes étrangers au droit civil. Sur ce point, la notion de compétence soulève les

OLIVIER Fr. et SULTAN N., « L'environnement juridique des nouvelles politiques publiques locales », *CMP*, mars 2016, n° 3, prat. 3, p. 89.

²²⁴² Accentuée par la jurisprudence *Commune de Veyrié-du-Lac*, la tendance à la mutualisation de moyens est en effet envisagée aujourd'hui comme une importante alternative contractuelle à la coopération institutionnelle fondée sur l'article L. 5221-1 du Code général des collectivités territoriales relatif aux conventions d'entente entre personnes publiques en tant qu'elles permettent « la mutualisation de moyens dévolus à l'exploitation d'un service public » : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, Rec. p. 18. Jean-François Sestier affirme d'ailleurs à ce propos que de telles conventions, « loin de constituer une curiosité, font partie du quotidien de leur action. L'intercommunalité institutionnelle ne souffre nullement d'une quelconque concurrence de ce fait, tant la complémentarité entre les deux formes est naturelle » : SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 860.

²²⁴³ Dans la mesure où elle peut être entendue dans une acception restreinte « comme l'opération par laquelle une personne – ici, publique – confie à un opérateur extérieur – privé – une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

²²⁴⁴ Il convient de noter une forme d'ouverture admise par les juges du Palais Royal laissant présager une possible extension de la notion de coopération en droit administratif au-delà de la coopération public-public. Cette ouverture demeure toutefois limitée au domaine restreint de la coopération décentralisée : CE, 17 février 2016, *Région Rhône-Alpes*, n° 368342. Le Conseil d'État admet en effet que « aucune disposition ni aucun principe n'interdisent qu'une convention de coopération conclue avec une autorité locale étrangère soit également signée par d'autres personnes, françaises ou étrangères, de droit public ou de droit privé, y compris par la où les personnes qui seront chargées de la réalisation du projet qui fait l'objet de l'accord ».

principales difficultés. Et il n'est pas anodin de souligner que seule la coopération public-public semble devoir être prise en compte en la matière dans la mesure où elle a essentiellement « pour objet d'assurer l'exercice en commun d'une compétence reconnue par la loi »²²⁴⁵ aux collectivités territoriales. Dépourvues de toute compétence, les personnes privées dotées de la capacité juridique²²⁴⁶ ne pourraient pas ainsi prendre part à de telles formes de coopération dont la fonction révèle pourtant la mise en œuvre d'une véritable logique économique. Il est cependant possible d'envisager un dépassement de cet obstacle par la prise en compte d'une acception renouvelée de la compétence, notamment à partir de l'usage du concept de norme d'habilitation. Au-delà même de constituer une telle source d'enrichissement pour la notion de coopération, la transposition du modèle du contrat-coopération devrait également faciliter ce faisant la découverte du concept d'externalisation administrative lequel manifesterait ainsi l'extension du champ d'application de la coopération en droit administratif.

168. La découverte d'un concept propre au droit administratif. Conformément à l'idée que la circulation des concepts entre les disciplines favorise leur enrichissement, la transposition ainsi envisagée offre la possibilité de prendre appui sur des travaux ayant porté leurs fruits et démontré leur utilité²²⁴⁷. S'agissant plus précisément du concept d'externalisation, envisagé en soi autant comme une fin que comme un moyen visant à l'organisation de phénomènes épars²²⁴⁸, sa transposition implique invariablement une adaptation dans la mesure où la systématisation dépend des éléments à rassembler et du contexte de réception. Or, la structure précédemment démontrée de l'essence civiliste de l'externalisation fondée sur l'égalité des contractants serait, en tant que telle, inappropriée dans le cadre d'une discipline dominée encore par la prégnance de la puissance publique et des prérogatives ou sujétions qu'elle

²²⁴⁵ Article L. 5111-1-1 du Code général des collectivités territoriales.

²²⁴⁶ Gaston Jèze démontrait effectivement que si « la compétence de l'agent public et la capacité du particulier ont manifestement la même nature juridique (...). La compétence de l'agent public est soumise à un régime juridique spécial. En effet, les idées générales qui inspirent le régime de la capacité des individus ne conviennent pas toutes au fonctionnement régulier et continu des services publics » : JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58.

²²⁴⁷ « Pour autant, l'absence d'autonomie parfaite de l'épistémologie du droit amène à se référer à des constructions déjà existantes hors de la théorie du droit et à constater ou à imaginer leur acclimatation ensuite » : BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études Juridiques, t. 31, 2009, p. 22.

²²⁴⁸ « Un concept n'est pas doué de pouvoir en vertu de son caractère rationnel, il est reconnu comme articulant une démarche rationnelle parce que ceux qui le proposaient ont réussi à vaincre le scepticisme d'un nombre suffisant d'autres scientifiques » : STENGERS I. et SCHLANGER J., *Les concepts scientifiques : Invention et pouvoir*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1991, cité par : BIOY X., *op. cit.*, p. 45.

entraîne²²⁴⁹ ; une discipline distinguant nettement « *ce géant, ce Fafner, qui fait trembler le sol quand il marche* » qu'est la personne publique, et « *ce pygmée qu'est l'individu* »²²⁵⁰. Une distinction qui s'exprime tout particulièrement en matière de contrat et d'obligation²²⁵¹, mais qui n'a pour autant jamais exclu que le droit civil soit une source d'inspiration²²⁵². La notion d'obligation s'impose par conséquent, à la suite de la transposition du modèle civiliste, comme le rouage essentiel, aux côtés de la notion de compétence, du concept d'externalisation administrative. Une transposition facilitée notamment par l'admission civiliste d'une coopération à travers des relations contractuelles pourtant marquées par l'inégalité des parties.

Il convient d'ailleurs de souligner l'importante contribution apportée par Philippe Yolka, Julien Boucher et, plus récemment encore, Léo Vanier sur cette question de l'identification d'un véritable concept d'externalisation en droit administratif. Alors que le premier soulignait les difficultés inhérentes à la prise en compte de ce terme²²⁵³, le deuxième posait apparemment les linéaments de ce que pourrait être le canevas du concept d'externalisation administrative²²⁵⁴ quand le troisième apporte désormais des précisions riches d'enseignements sur la transposition du concept d'externalisation en matière administrative. Philippe Yolka suggérait d'ailleurs un certain nombre de précisions utiles à ce propos, et démontrait

²²⁴⁹ « *Parce qu'aucun « homme ne peut être obligé de plier sa volonté sous celle d'un homme comme lui », les prosélytes de la puissance publique expliquent « logiquement », « sans difficulté », l'autorité des actes administratifs unilatéraux en parant la volonté de l'État d'une propriété spécifique (...). Tour à tour dépeinte comme dominante, supérieure, commandante, toute puissante, privilégiée, obligatoire, elle est invariablement dotée d'une vertu incomparable* » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 463.

²²⁵⁰ LARNAUDE Fr., « Le droit public. Sa conception. Sa méthode », in *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Giard et Brière, coll. Études économiques et sociales, 1911, p. 41.

²²⁵¹ « *La notion de « contrat administratif » est bien le résultat d'une construction doctrinale tendant à exacerber la nécessité de la puissance publique à des fins de satisfactions de l'intérêt général, à la différence du contrat privé qui exacerbe l'autonomie de la volonté* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 288.

²²⁵² Benoît Plessix démontrait d'ailleurs brillamment l'existence incontestable d'une telle inspiration tirée du droit civil. Il affirmait que, « *en effet, le droit civil a joué un autre rôle : il a apporté au droit administratif un langage, c'est-à-dire, non pas seulement un système d'expression, certes indispensable, pour assurer la compréhension et la connaissance du régime administratif au sein de la communauté des juristes, mais surtout un vocabulaire, un ensemble de qualifications juridiques rassemblant en des formules claires et synthétiques des situations présentant entre elles une affinité conceptuelle certaine* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 393.

²²⁵³ Évoquant effectivement « *les difficultés d'une transplantation de l'externalisation en matière administrative* » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 15.

²²⁵⁴ Quant, ayant retenu une définition raisonnable de l'externalisation en droit public, il affirmait que « *l'externalisation se caractérise par trois éléments essentiels, sur lesquels il convient de revenir successivement afin de mieux percevoir l'étendue et les limites du phénomène dans la sphère publique* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

notamment le « *degré d'adhérence* », *de résistance, des règles de droit public* »²²⁵⁵. Julien Boucher allait, quant à lui, encore plus loin dans l'exploration des terres de l'externalisation au-delà des frontières de l'apparence en proposant trois critères d'identification en droit public. Ainsi parvenait-il à démontrer qu'en la matière l'externalisation recouvrait toute « *opération par laquelle une collectivité publique confie à un tiers l'exécution de l'une de ses missions ou d'une activité concourant à ses missions* »²²⁵⁶. Or, quelque soit l'instrument de dévolution de ces missions, contractuel ou unilatéral, le dénominateur commun qu'est l'obligation devrait permettre de comprendre son fonctionnement. Sur ce point également, la transposition du modèle du contrat-coopération, fondé sur une fonction similaire, permettra alors de surpasser cet obstacle érigé par la compétence et de proposer une structure propre au concept d'externalisation administrative. Une structure qui s'organiserait de manière particulière autour d'un agencement singulier des obligations.

Annonce de plan. Incontestablement animé par une essence coopérative, le concept d'externalisation administrative permet de prendre la mesure de l'importance de la coopération, et de ce qu'elle devrait recouvrir en droit administratif. Il s'agira donc à partir de la démonstration de la spécification de sa fonction coopérative par la compétence (section 1), de découvrir la structure singulière de l'externalisation fondée sur la notion d'obligation (section 2).

²²⁵⁵ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 18.

²²⁵⁶ BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

Section 1 : Une fonction coopérative spécifiée par la compétence

169.L'influence fonctionnelle de la compétence sur l'externalisation. Consacrée à part entière comme une formule contractuelle exclue du champ d'application des règles de la commande publique²²⁵⁷ ou comme une formule institutionnelle, la notion de coopération en droit administratif reste toutefois encore aujourd'hui circonscrite aux relations entre personnes publiques. En ce qu'elle inspire l'essence même de l'externalisation, la logique coopérative est pourtant bien plus riche et présente un champ d'application en la matière bien plus vaste que la seule coopération public-public ayant pour objet « *l'exercice de leurs compétences respectives par plusieurs personnes publiques en un même lieu* » et dans un même but²²⁵⁸. Alors même que la logique animant cette forme de coopération se rattache clairement à la logique économique irriguant le contrat-coopération afin de permettre la réalisation d'un but commun, elle s'en éloigne dans sa mise en œuvre en excluant *prima facie* toute forme de coopération public-privé. Une telle forme de coopération est pourtant familière au juriste publiciste, ne serait-ce que sous la forme de la traditionnelle concession de service public, mais alors uniquement sous l'appellation de partenariat public-privé²²⁵⁹. Il convient donc de surmonter ce premier obstacle en tâchant de conférer à la coopération en droit administratif sa portée originelle. Pour ce faire, la transposition de l'essence coopérative de l'externalisation appelle cependant des adaptations inéluctables au premier rang desquelles figure la nécessaire prise en compte d'un particularisme intrinsèque au droit encadrant l'action administrative²²⁶⁰ :

²²⁵⁷ Cf. : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18. François Brenet souligne en effet que « *cette solution s'inscrit dans un contexte plus favorable qu'il ne l'était par le passé aux opérations de coopération public-public* » en les mettant, sous conditions, à l'abri des règles de publicités et de mise en concurrence : BRENET Fr., « Coopération public-public et droit de la commande publique », *DA*, avril 2012, n° 4, comm. 33.

²²⁵⁸ SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 857.

²²⁵⁹ Pascale Idoux démontre effectivement qu'au-delà des contrats de partenariat, devenus marchés de partenariat, « *certain types de contrats (...) constituent également des partenariats public-privé* » parmi lesquels figurent notamment « *les contrats de concession de service public* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd., 2014, p. 342.

²²⁶⁰ Claude Blumann précisait sur ce point que « *les publicistes, soucieux d'originalité par rapport au droit privé ont vu dans le concept de compétence une notion spécifique au droit public et qui devait nécessairement s'opposer à celle de droit, attributs des personnes privées* » : BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 239. Cela ne l'empêchait pas d'initier son étude par une analyse de l'état théorique et pratique de la renonciation des personnes privées ; bien qu'il adopte cette démarche en référence à la dualité de personnes présentes en droit administratif, lequel « *juxtapose deux catégories de sujets assez différents : les personnes privées, d'une part, les personnes publiques, d'autre part. Or, le problème de renonciation ne pose pas en termes identiques selon la qualité de personne renonçante* », et non en premier lieu par rapport à la dichotomie droit public et droit privé : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 8.

l'intégration de la compétence au modèle civiliste du contrat-coopération, et, au-delà, la détermination de la fonction coopérative de l'externalisation administrative.

Or au vu du rôle fondamental que lui accorde le droit administratif²²⁶¹, il semblerait que la compétence ne puisse trouver à s'exprimer qu'en lieu et place de la prestation finale, point cardinal du contrat-coopération. Alors qu'elle y recouvre la prestation par laquelle l'un des contractants exploite une activité dans l'intérêt commun des parties qui lui en fournissent les moyens²²⁶², elle traduit en cela l'instauration juridique d'une relation de coopération²²⁶³. La transposition du modèle civiliste engagerait par conséquent à envisager la réalisation de la compétence d'une personne publique par une autre personne, publique ou privée, en tant que forme la plus aboutie de coopération en droit administratif ; en d'autres termes, comme une manifestation de l'externalisation administrative. Une telle acception de l'essence coopérative de l'externalisation administrative se heurte néanmoins irrémédiablement à une difficulté de taille. La doctrine publiciste a pu effectivement renforcer au fil du temps le principe séculaire de l'indisponibilité des compétences en vertu duquel « *un agent public n'est pas libre d'exercer ou de ne pas exercer sa compétence* »²²⁶⁴, ou encore de la transférer à un tiers²²⁶⁵. Source de prérogatives autant que de sujétions, la compétence des personnes publiques constitue par conséquent en elle-même un obstacle dirimant à la transposition à l'identique de l'externalisation en droit administratif dans la mesure où elle interdirait a priori qu'une personne publique puisse en confier l'exercice à une autre personne n'en disposant pas également. Il existe cependant une voie permettant de s'en dégager par le recours au concept

²²⁶¹ Toujours selon Claude Blumann, la notion de compétence serait en effet « *le lieu géométrique* » des prérogatives et sujétions accordées ou imposées aux personnes publiques : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 239. De plus, François-Xavier Fort affirme également que, mêlant la dimension normative et fonctionnelle, « *le terme de compétence désigne les domaines et les matières dans lesquels, en vertu d'une règle juridique, une catégorie de personnes publiques se trouve habilitée à agir, au moyen d'actes ayant des incidences juridiques ; il est alors courant d'évoquer une sphère d'action* » : FORT F.-X., « Observations sur la notion de compétence locale », *JCP A*, juin 2014, n° 26, étude 2200.

²²⁶² « *L'image signifie plus exactement qu'en vertu d'une prestation dite instrumentale, l'une des parties transfère une valeur à l'autre partie qui s'engage, en vertu d'une prestation finale, à l'exploiter dans leurs intérêts respectifs* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 136.

²²⁶³ Dès lors que les entreprises adoptent une stratégie de coopération dans la gestion de leurs ressources, leurs relations contractuelles « *revêtent alors une dimension nouvelle. Il ne s'agit plus d'acquérir les biens ou services utiles à sa propre entreprise, ou d'intégrer à l'entreprise les compétences nécessaires au développement de ses productions, mais de mettre en commun certaines ressources, sans que soient altérées l'identité des entreprises, ni leur indépendance* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11.

²²⁶⁴ JÈZE G., *op. cit.*, p. 179.

²²⁶⁵ Sur cette question, le propos de Jean Rivéro est particulièrement limpide lorsqu'il précisait qu'en vertu de cette règle « *la compétence définit une obligation ; à l'égard de la compétence, il n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre lui sont également interdits* » : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDPA*, 1953, p. 287.

de norme d'habilitation. Une telle approche renouvelée de la compétence induirait alors une adaptation fonctionnelle de l'externalisation.

L'étude ici envisagée poursuit modestement l'appel lancé par Robert Herzog lorsqu'il dénonçait le manque d'investissement de la doctrine sur la question de l'évolution de l'appréhension de la compétence des personnes publiques²²⁶⁶ et sur celle des modalités de sa réalisation dès lors qu'elle désigne à la fois le pouvoir de produire des normes ainsi que les missions qu'elles doivent accomplir²²⁶⁷. Une lacune désormais soulignée par l'influence managériale qui représente la plus grande source de bouleversements de l'action administrative. Appuyée sur une observation renouvelée de la compétence, cette étude renseignerait grandement sur la fonction endossée par l'externalisation administrative, dès lors que sa réalisation en constituerait la prestation finale. Entendue jusque-là largement « *comme l'opération par laquelle la personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* »²²⁶⁸, l'externalisation administrative pourrait faire l'objet d'une conceptualisation à l'aune de la notion de compétence, éclairée par une fonction rénovée issue de son essence coopérative. Il s'agira finalement de démontrer que l'externalisation administrative peut être considérée comme un mode particulier de réalisation de la compétence des personnes publiques qui consiste à coopérer dans ce but avec une autre personne, publique ou privée. Elle implique donc tout d'abord un retour sur la notion de compétence afin de prendre la mesure des adaptations incontournables qu'elle impose au nom du principe d'indisponibilité et des contraintes qu'elle fait peser sur les personnes publiques elles-mêmes au nom de l'intérêt général. Car, située au cœur même de son essence coopérative, la compétence dicte nécessairement sa fonction à l'externalisation administrative. Elle invite alors à une prise en compte de l'évolution de sa signification afin de préciser le champ d'application de cette fonction singulière de la

²²⁶⁶ Il notait effectivement qu'il « *conviendrait de soutenir les efforts visant à élaborer des cadres théoriques et à multiplier les études concrètes, afin de mieux distinguer dans les organisations publiques ce qui appartient à la fonction administrative et ce qui appartient à des fonctions de pure production matérielle* » : HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 251, annonçant alors lui-même la distinction entre la fonction essentielle et la fonction instrumentale. Notons qu'il s'agit là d'un constat relativement daté, mais toujours d'actualité comme le remarque notamment François-Xavier Fort soulignant une « *difficulté liée à la notion de compétence, pas toujours définie normativement* » : FORT F.-X., *op. cit.*, étude 2200.

²²⁶⁷ Il démontrait en effet que la compétence présentait une double dimension normative et économique désignant à la fois la « *capacité de faire des actes juridiques* » et une fonction administrative recouvrant l'ensemble « *des missions ou des tâches de nature extra-juridique, socio-économique, qui se situent sur un tout autre plan* » : HERTZOG R., *op. cit.*, p. 238.

²²⁶⁸ DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529.

coopération en droit administratif, ainsi qu'un maniement du concept de norme d'habilitation afin d'en préciser le mécanisme.

Annnonce de plan. Dictée par la « *diffusion des préceptes managériaux* »²²⁶⁹ et des techniques de gestion des ressources humaines inaugurées dans l'entreprise et encadrée par le droit privé, l'extension des applications de la logique coopérative en droit administratif se manifeste donc à travers le concept d'externalisation administrative dont il convient d'éclairer la fonction. Dès lors, l'inspiration civiliste conduit à l'envisager comme un mode coopératif de gestion de la compétence (§1), et plus précisément encore comme un mode coopératif de réalisation de la compétence (§2).

§1 : Une inspiration civiliste inévitable : un mode coopératif de gestion de la compétence

170.L'adoption d'une stratégie managériale dans le cadre de l'action administrative. Évoqué dans les développements précédents, le passage d'un État-providence à un État-manager marque nécessairement une évolution dans la mise en œuvre de l'action administrative, voire de sa définition. Toutefois, contrairement à la stratégie d'entreprise pour les personnes privées, elle ne peut s'exprimer aussi librement à travers l'externalisation des activités que les personnes publiques ne jugeraient plus comme faisant partie de leur « cœur de métier ». Car, si elle pose en effet la question de « *l'identité même de la sphère publique, ce qui « fait » l'État, en constitue l'essence* »²²⁷⁰, elle se heurte alors aux contraintes que lui imposent les compétences dont les personnes publiques sont investies sans pouvoir librement en disposer. Envisagée à l'origine comme l'un des fondements de la distinction entre le droit public et le droit privé, la compétence était en effet présentée comme le cadre juridique contraignant de l'expression de la volonté des personnes publiques, pendant de la capacité libre des personnes privées²²⁷¹. Gaston Jèze précisait d'ailleurs que la compétence désignait finalement « *le pouvoir de vouloir un effet juridique* » dont l'expression prenait nécessairement la forme d'un

²²⁶⁹ CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2002, p. 388.

²²⁷⁰ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13. Et l'auteur de préciser qu'il « *s'agit de se demander ce que l'État – accessoirement, ses démembrements – peut transférer à des tiers sans perdre son identité (d'une part), ce dont il peut se délester sans se renier (d'autre part)* ».

²²⁷¹ « *Le droit organise la capacité des individus et la compétence des agents publics (...). Déterminer la capacité d'un individu ou la compétence d'un agent, c'est-à-dire ce que pourra juridiquement vouloir l'individu ou l'agent, dans quelles conditions il devra vouloir pour que la manifestation de sa volonté ait une valeur juridique* » : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, T. 1, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 7.

acte juridique²²⁷². Ainsi présentait-il ce qui devait être appréhendé par la suite par la doctrine comme l'acception traditionnelle de la compétence²²⁷³ ; c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des actes juridiques intégrés à la hiérarchie des normes²²⁷⁴. La notion de compétence marquait par conséquent également la supériorité des personnes publiques sur les personnes privées en associant la compétence à la puissance publique²²⁷⁵. Mais, ce faisant, elle contraignait également les personnes publiques à ne pouvoir se comporter aussi librement que les personnes privées. Ainsi devait-elle dans un premier temps limiter, si ce n'est exclure, toute incidence d'une stratégie managériale inapplicable à l'exercice d'un pouvoir normatif exorbitant dicté par l'intérêt général davantage que par la volonté.

Toutefois, bien qu'ayant rendu sa compréhension plus délicate²²⁷⁶, les réflexions doctrinales ont finalement conduit à envisager une acception renouvelée de la compétence. Il est en effet possible de relever sur ce point l'approfondissement par la doctrine d'une hypothèse suggérée par la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion²²⁷⁷ : l'existence d'une double dimension de la notion de compétence à la fois normative pour encadrer les actes d'autorité²²⁷⁸, et matérielle pour encadrer les actes de gestion²²⁷⁹. Une distinction évoquée

²²⁷² « La capacité, la compétence, c'est le pouvoir de vouloir un effet juridique. L'exercice de ce pouvoir de vouloir, c'est la manifestation de volonté, c'est l'acte juridique » : JÈZE G., *Ibid.*

²²⁷³ Partant d'une association inédite de la doctrine allemande et française, la dimension objective et normative de la compétence manifeste une volonté de forger un droit administratif autonome, notamment pour désigner l'aptitude à produire des actes juridiques des personnes publiques en érigeant alors une théorie impersonnelle du pouvoir normatif à laquelle Gaston Jèze contribua grandement en affirmant que « la compétence est toujours une situation générale et impersonnelle » : JÈZE G., *op. cit.*, p. 8.

²²⁷⁴ Anne-Laure Girard souligne notamment que, « après la déclaration de volonté, la compétence ou la capacité de l'agent public, forme, selon Duguit, le deuxième élément constitutif de la notion d'acte administratif » : GIRARD A.-L., *La formation historique de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 303.

²²⁷⁵ François Vincent expliquait l'inégalité entre la puissance publique et ses administrés à « l'existence d'un pouvoir de décision unilatérale reconnu à certaines autorités publiques » ; c'est-à-dire d'une compétence singulière : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, 1966, p. 2.

²²⁷⁶ Aussi Léon Duguit affirmait-il en effet que « la compétence ne peut être qu'un pouvoir de faire des actes ayant un caractère juridique », et d'ajouter que si « beaucoup d'agents reçoivent mission de faire des actes, qui n'ont pas de caractère juridique, qui sont de simples opérations matérielles (...), il ne saurait être parlé de compétence » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 494.

²²⁷⁷ Maurice Hauriou affirmait en effet dans la 2^e édition de son Précis de droit administratif que « l'acte d'administration est une décision, une manifestation de volonté ; mais cette volonté, on l'a déjà vu, n'a pas le même caractère dans l'acte d'autorité et dans l'acte de gestion » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Larose, 2^e éd., 1893, p. 193.

²²⁷⁸ C'est-à-dire les actes par lesquels la personne publique s'impose aux particuliers à la manière d'une loi ou d'un jugement car, « suivant les cas, l'acte d'autorité se rapproche soit d'un acte de législateur, soit d'un acte de juge, sans être jamais tout à fait ni l'un ni l'autre » : HAURIOU M., *Ibid.*

²²⁷⁹ En d'autres termes les actes à travers lesquels la personne publique met en œuvre matériellement les applications d'un acte d'autorité dans la mesure où « l'acte de gestion suppose au préalable un acte d'autorité dont il n'est qu'un mode d'exécution » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 194.

aujourd'hui librement par la doctrine comme relevant de « *deux dimensions inséparables* »²²⁸⁰ de la compétence envisagée à la fois « *comme domaine d'application du pouvoir ou « pouvoir » tout court* »²²⁸¹. Ainsi paraît-elle à même de faire l'objet des réformes liées à la recherche de performance dès lors que la compétence ne désigne plus exclusivement le pouvoir indisponible d'adopter des actes juridiques, mais également une faculté à agir, un principe d'action. En écho aux travaux de Maurice Hauriou sur *La gestion administrative*, cette acception hétérogène de la compétence, liée aux actes de gestion ne présentant aucune trace de commandement²²⁸², recouvre finalement l'ensemble des situations dans lesquelles l'administration apparaît à la fois « *comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* » et « *comme un pouvoir qui s'affirme* »²²⁸³. Dépassant la seule gestion des services publics²²⁸⁴, elle s'exprimerait concrètement à travers la gestion administrative, laquelle constituerait seule l'objet de la fonction de l'externalisation administrative²²⁸⁵. Ainsi devrait-elle pouvoir subir l'influence de la « *contamination de la puissance publique par la logique fonctionnelle du marché* »²²⁸⁶, et notamment la logique managériale²²⁸⁷ encourageant une application étendue de la coopération en droit administratif sous la forme de l'externalisation. Le renouvellement théorique progressif de la compétence ouvre donc la voie à la possibilité d'une externalisation de la réalisation de la compétence, proscrite en principe s'agissant de l'exercice du pouvoir normatif. L'influence exercée par le paradigme du marché sur l'action administrative a en effet conduit à envisager une managérialisation de la gestion administrative conduisant logiquement à la mise en œuvre de stratégies d'externalisation animées d'une logique coopérative. Il convient donc de rendre compte du fait que l'évolution

²²⁸⁰ UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 145.

²²⁸¹ BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 20.

²²⁸² Aussi Maurice Hauriou présentait-il simplement cette distinction en précisant que « *la voie de l'autorité a quelque chose de facilement saisissable, on a cherché en elle le point de départ, on a dit : il y a commandement ou il n'y a pas commandement, lorsqu'il n'y a pas commandement il y a gestion* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 3.

²²⁸³ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 5.

²²⁸⁴ « *La gestion serait alors, en un sens large, (...) celle qui a pour but le développement général de la fortune publique par le bon fonctionnement des services, par une bonne police, une bonne justice, une bonne instruction publique, une bonne diplomatie, aussi bien que par des bonnes finances* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 6.

²²⁸⁵ Dans la mesure où il est effectivement admis que, « *abordée d'un point de vue matériel, la compétence se définit comme une mission ou un ensemble de missions* » parmi lesquelles figurent des missions de service public, et au-delà toutes les missions d'intérêt général : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 213.

²²⁸⁶ BIZEAU J.-P., « Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? », *AJDA*, 1992, p. 179.

²²⁸⁷ « (...) *la quasi totalité des sphères d'interventions publiques sont soumises aux contraintes du management* » : FOURNIÉ Fr., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 245, 2005, p. 478.

de l'appréhension doctrinale de la compétence (A) a permis l'exercice d'une certaine influence de la coopération sur la compétence (B).

A. L'évolution de l'appréhension doctrinale de la compétence

171. La redécouverte de la compétence. Alors qu'elle délaissait la distinction entre les actes d'autorité et de gestion, défendue dans un premier temps par Maurice Hauriou²²⁸⁸, la majeure partie de la doctrine de la première moitié du XX^e siècle en vint à repousser vivement toute conception subjective en droit administratif, gommant ainsi certains éléments de convergence avec le droit civil et la possibilité, contraire à l'idéal républicain, d'une appropriation personnelle du pouvoir²²⁸⁹. Cette charge doctrinale emprunta notamment la voie de l'acte d'administration afin de parvenir à démontrer la spécificité objective du droit administratif à travers une acception normative de la compétence²²⁹⁰ considérée alors comme le pouvoir attribué aux personnes publiques d'édicter des actes administratifs²²⁹¹. Un pont solide s'établit donc entre la compétence et le pouvoir dont les voutes devaient être renforcées par le développement d'une conception objective du pouvoir²²⁹². Réfutant l'idée personnaliste en vertu de laquelle l'activité normative résulterait de l'exercice d'un droit par les agents publics, la doctrine plaçait alors la compétence au cœur d'une « *conceptualisation générale de l'aptitude à produire des actes administratifs* » destinée « *à promouvoir une présentation purement objective de la production des actes administratifs* »²²⁹³. C'est ainsi parce que la

²²⁸⁸ Lucien Sfez soulignait en effet que Maurice Hauriou lui avait progressivement accordé « *une place de moins en moins éminente dans son analyse de l'acte d'administration* » au point de penser qu'elle n'en inspirait « *plus la théorie* » : SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 71, p. 130 et 132.

²²⁸⁹ Évoquant cette entreprise doctrinale, Léon Duguit assurait que « *le passage du subjectivisme à l'objectivisme juridique* » constituait « *la caractéristique essentielle de l'évolution juridique pendant le premier quart du XXe siècle* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, De Boccard, 3^e éd., 1927, p. 24.

²²⁹⁰ Anne-Laure Girard souligne en effet que, « *loin d'apparaître aux auteurs du premier tiers du XXe siècle comme un objet préexistant, la compétence est un instrument qu'ils forgent et promeuvent* » : GIRARD A.-L., *La formation historique de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 268.

²²⁹¹ « (...), *la présentation de l'aptitude à produire des actes comme une compétence constitue une césure brutale avec l'analyse juridique traditionnelle et une authentique innovation* » : GIRARD A.-L., *Ibid.*

²²⁹² Précisons que cette évolution contribua également à la distinction suggérée par Maurice Hauriou entre la compétence juridique et la compétence technique : « *Quant à la décision, on a considéré qu'elle n'exigeait pas de compétence technique de la part de l'administrateur qui la prenait, d'autant que le côté technique avait été étudié dans les bureaux au moment de la préparation (...). C'est ainsi qu'un ministre ou un préfet, administrateurs qui prennent des décisions dans une quantité d'affaires, sont des personnages disposant d'un pouvoir considérable et qui peuvent être d'une compétence technique nulle* » : HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 596 et 597.

²²⁹³ GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 273. Sur cette question la contribution de Gaston Jèze est notable lorsqu'il démontrait que les actes juridiques étaient le résultat du « *pouvoir juridique dont l'acte n'est que l'exercice* » :

compétence présentait pour la doctrine une dimension exclusivement normative, qu'elle ne fut envisagée dans un premier temps que comme fondement de la théorie des actes administratifs²²⁹⁴, expression d'un « *pouvoir légal* »²²⁹⁵.

La doctrine s'est néanmoins progressivement émancipée du carcan objectif qui l'avait conduit à envisager la compétence dans son seul lien avec le pouvoir. Dès les années 1960, un courant commença en effet à émerger selon lequel la notion de compétence désignerait également l'ensemble des missions confiées, notamment par la loi, aux personnes publiques²²⁹⁶. Formant un « *couple* » avec le pouvoir normatif, la compétence serait finalement « *l'expression d'une relation entre le titulaire d'un pouvoir et l'objet de son exercice* »²²⁹⁷. S'il est évident que l'appréhension de la compétence en tant que norme d'habilitation à agir juridiquement ouvre la voie à la prise en compte d'une habilitation à agir matériellement²²⁹⁸, elle conduit également au constat soulevé par Olivier Beaud lorsqu'il soulignait la grande diversité des acceptions attribuées à cette notion²²⁹⁹. Pour ces deux raisons, l'analyse de l'évolution des conceptions doctrinales de la compétence est un préalable indispensable à l'appréhension et à la compréhension de l'externalisation administrative. Elle explique, d'une part, pourquoi la réalisation de la compétence pourrait dans une certaine mesure subir les effets de la réforme

JÉZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, T. 1, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 8.

²²⁹⁴ Aussi Léon Duguit démontrait-il alors que « *la capacité est donc le pouvoir de faire un acte juridique. Dans la terminologie du droit public, on emploie plutôt le mot « compétence »* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, De Boccard, 3^e éd., 1927, p. 355.

²²⁹⁵ Expression empruntée à Gaston Jèze selon lequel « *la compétence et la capacité sont des situations juridiques générales, impersonnelles, consistant dans le pouvoir légal de faire des actes juridiques* » : JÉZE G., « *Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français* », *RDP*, 1923, p. 58.

²²⁹⁶ Prenant pour exemple l'acception particulière de la compétence en droit international, Jean Combacau précisait qu'elle désignait généralement le « *domaine d'application du pouvoir* » et non le pouvoir en tant que tel : COMBACAU J., « *Conclusions générales* », in *Les compétences de l'État en droit international*, *Journal du droit international*, 2007, p. 314, et de rajouter que « *l'usage du mot « compétence » est ainsi réservé à la désignation du champ d'application légitime de ce que les pouvoirs permettent de faire du ressort spatial, de la sphère temporelle, du domaine matériel dans lesquels ils peuvent légalement se déployer* » : COMBACAU J., *op. cit.*, p. 307.

²²⁹⁷ COMBACAU J., *op. cit.*, p. 306 et 308.

²²⁹⁸ Toujours dans le cadre de l'élaboration d'une théorie de la compétence en droit international, Jean Combacau démontrait en effet qu'une comparaison avec les compétences juridictionnelles permettait d'envisager la compétence comme un élément d'une norme d'habilitation qu'il contribue à circonscrire : « *dans le mécanisme d'habilitation (...), ce à quoi l'État est habilité, ce n'est nullement l'exercice d'une compétence (...), c'est l'exercice d'un pouvoir dont la compétence ne fait que déterminer les contours* » : COMBACAU J., *op. cit.*, p. 306.

²²⁹⁹ Soulignant l'existence d'opinions doctrinales contradictoires dans le traitement de la compétence, Olivier Beaud indiquait en effet que « *l'amplitude des désaccords tient ici à ce que les auteurs de la doctrine ne parle pas forcément de la même chose lorsqu'ils emploient les termes « de compétence »* » : BEAUD O., « *Compétence et souveraineté* », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 5. Il annonçait d'ailleurs que « *la plurivocité du premier terme – la compétence – sera probablement un des leitmotiv de ce colloque* » : BEAUD O., *op. cit.*, p. 6.

managériale de l'action administrative, et donc de l'influence civiliste qu'elle entraîne. Elle permet, d'autre part, de mieux comprendre la fonction de la compétence dans le cadre de l'externalisation eu égard à son essence coopérative par le recours au concept de norme d'habilitation. Toujours empreinte d'une dimension objective irréductible²³⁰⁰, la définition contemporaine de la compétence offre en l'occurrence un contenu hétérogène mis en évidence par son appréhension en tant que norme d'habilitation à agir à destination des personnes publiques²³⁰¹. La doctrine est effectivement parvenue à détacher la compétence du pouvoir normatif pour ressusciter une telle dimension désignant l'ensemble des missions attribuées à une personne publique. Sans renoncer à son acception objective originelle (1), la compétence s'est donc enrichie d'une acception habilitante contemporaine (2).

1. L'acception objective originelle de la compétence

172. Présentation de la compétence liée au pouvoir objectif. En ce qu'il soulignait l'étroite parenté établie par la doctrine objectiviste du début du XX^e siècle entre l'acte administratif et la compétence²³⁰², François Vincent envisageait cette dernière comme désignant « *le pouvoir du fonctionnaire de faire des actes d'ordre juridique (décisions unilatérales ou contrats)* »²³⁰³. L'étude menée par Claude Blumann à propos de la renonciation le conduisait à préciser cette conception de la compétence considérée comme un pouvoir conféré à la personne publique²³⁰⁴. Ils s'inscrivaient alors dans le sillon tracé par Léon Duguit²³⁰⁵ puis Gaston Jèze conduisant à envisager en arrière-plan de tout acte juridique l'exercice d'une

²³⁰⁰ La définition contemporaine encore attribuée par les encyclopédies généralistes à la notion juridique de compétence emporte toujours une dimension normative essentielle en ce qu'elle désigne couramment « *la portion d'autorité attribuée à un fonctionnaire public ou à un corps de fonctionnaires exerçant collectivement des attributions de même nature* » : MARIE E., MARC P. et COURTIN A., *Encyclopédie moderne, ou dictionnaire abrégé des sciences, des lettres et des arts*, éd. Bureau de l'encyclopédie Moreau, 1826, p. 51 et 52.

²³⁰¹ « *Ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 2016, p. 213.

²³⁰² « *Dans l'ensemble des questions soumises à l'examen de la Doctrine, le problème de la compétence des autorités administratives n'a presque jamais été entrevu. Tout au plus certains auteurs l'abordent-ils de manière incidente en étudiant la théorie des actes administratifs* » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, 1966, p. 15, et de préciser qu'à « *la source de toute décision unilatérale comme de tout contrat, on trouve une autorité administrative qui a reçu « compétence »* ».

²³⁰³ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 16, en d'autres termes « *l'aptitude à créer des actes juridiques* ».

²³⁰⁴ Cette assimilation de la compétence au pouvoir transparait en effet clairement à de nombreuses étapes de sa démonstration, par exemple lorsqu'il se demandait ce qui subsisterait « *de la personne juridique État si celle-ci se démettait de son pouvoir de police, ou de son pouvoir d'organiser les services publics* » en cas d'abandon de sa compétence en la matière : BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 241.

²³⁰⁵ Léon Duguit affirmait d'ailleurs « *que la compétence présente tous les caractères auxquels se reconnaît le pouvoir objectif* » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 501.

compétence. Charles Eisenmann associait lui-même étroitement la compétence et le pouvoir dans ses *Cours de droit administratif* lorsqu'il s'intéressait à la réglementation des actes juridiques²³⁰⁶. Exerçant son analyse critique bien connue sur la présentation du droit administratif, il ne parvenait toutefois, pas plus que ses contemporains, à se défaire de cette habituelle dimension objective de la notion de compétence. Il contribuait même à l'accentuer, en démontrant que la réglementation de l'action normatrice de l'Administration telle qu'envisagée dans la conception traditionnelle du droit était « *synonyme de réglementation de la compétence, de réglementation des pouvoirs* »²³⁰⁷, pour finalement affirmer qu'une règle de compétence n'était rien d'autre qu'une « *règle qui habilite un certain sujet à faire valablement un certain acte* »²³⁰⁸, s'inscrivant lui aussi dans cette conception objective et normative de la notion de compétence²³⁰⁹. La compétence s'imposait alors principalement comme un cadre normatif de l'action administrative ; c'est-à-dire qui déterminait les « *conditions objectives dans lesquelles des normes peuvent être posées* » et édictées par une personne publique²³¹⁰. Il est d'ailleurs toujours communément admis que la compétence désigne un pouvoir normatif objectif²³¹¹.

Éric Maulin proposait d'ailleurs une explication historique à cette confusion doctrinale répandue de la compétence et du pouvoir objectif en démontrant que le principe de légitimité démocratique sur lequel reposaient les sociétés modernes et post-modernes impliquait de

²³⁰⁶ Il précisait effectivement que « *tous ces éléments de la réglementation (...) sont très souvent présenter dans une terminologie différente : on ne parle pas de réglementation des actes, mais de réglementation de la compétence ou des pouvoirs des organes, ou en tout cas on les rapporte à cette notion de compétence ou de pouvoirs* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome I, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 490.

²³⁰⁷ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 239.

²³⁰⁸ EISENMANN Ch., *Ibid.*

²³⁰⁹ Il affirmait également qu'en droit administratif, à la différence du droit civil, « *la donnée naturellement, rationnellement primordiale, est donc ici la donnée « objective » ; le problème de la compétence se présente – très schématiquement – de la façon suivante : voulant que tel acte soit accompli, que des règles législatives soient posées, que des décisions d'espèce soient prises, le législateur va instituer ou déterminer l'autorité chargée de l'accomplir, par conséquent, priorité de la fonction à remplir, primauté de l'acte à accomplir ; dans le domaine du droit public, il s'agit essentiellement d'un problème d'organisation des tâches – le « point de vue de l'acte » s'impose », alors qu'en droit civil « le point de vue naturel c'est le point de vue du sujet » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 241.*

²³¹⁰ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 247.

²³¹¹ Suggérée initialement par Léon Duguit (selon lequel « *la compétence nous apparaît ainsi comme un pouvoir de vouloir, avec un effet de droit quand l'acte de volonté est déterminé par un but reconnu légitime par la loi. Or c'est précisément le propre du pouvoir objectif (...). Nous pouvons donc maintenir notre proposition : la compétence est un pouvoir objectif, suivant toutes les modifications de la règle objective dont elle est l'émanation* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 494 et 502), cette affirmation est effectivement partagée par la majeure partie de la doctrine dominante : cf. par exemple : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 239 et s., ou encore : ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016, p. 210, selon lequel « *l'ensemble des autorités administratives voit sa capacité d'action régie par un principe d'habilitation juridique* » et que « *la compétence correspond justement à une « aptitude à agir dans un certain domaine » » et donc à exercer leur pouvoir normatif.*

« transformer l'exercice de tout pouvoir propre en compétences, c'est-à-dire en l'exercice d'un pouvoir fonctionnel, dérivé d'une habilitation qui, à la fois, en conditionne et en limite l'exercice »²³¹². Il s'agissait toutefois davantage d'une théorisation de cette confusion que d'une simple explication historique. Éric Maulin suggérait en effet que la représentation démocratique conduisait nécessairement à l'assimilation, ou du moins à l'association du pouvoir et de la compétence²³¹³. Ainsi affirmait-il que « la compétence est un pouvoir hétérolimité par un texte qui l'encadre », et qu'en conséquence « le titulaire d'une compétence est lié par le texte, plus ou moins large, qui l'habilite »²³¹⁴. La doctrine contemporaine continue d'ailleurs d'alimenter cette confusion en envisageant alors la compétence comme un moyen d'expression du pouvoir²³¹⁵ compatible avec cet idéal démocratique et républicain²³¹⁶, au point que la notion de compétence soit finalement parfois considérée comme une simple alternative à celui de pouvoir objectif et limité²³¹⁷. Un pouvoir ainsi assimilé à une fonction administrative particulière et qui peut s'expliquer dans un premier temps par l'utilisation par le juge et la doctrine du principe de l'indisponibilité des

²³¹² MAULIN É., « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 35.

²³¹³ L'auteur affirmait en effet que « la transformation du pouvoir en compétence est indissociable de la tentative de fonder une véritable science du pouvoir, et de l'ambition de former les citoyens, les représentants, les gouvernants à l'exercice du pouvoir. Le savoir vient ici encadrer, fonder, justifier et limiter l'exercice du pouvoir de sorte qu'une politique du savoir vient ici répondre à une science du politique » : MAULIN É., *op. cit.*, p. 39. Il se référait d'ailleurs pour ce faire aux travaux d'Adolph Merkl et Hans Kelsen reposant également sur l'hypothèse d'une dévolution objective des pouvoirs à travers la notion de compétence.

²³¹⁴ MAULIN É., *op. cit.*, p. 36. Il rejoignait d'ailleurs en cela la théorie développée par Georg Jellinek en vertu de laquelle le système juridique doit être envisagé comme un ordre d'habilitations et de compétences : JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, éd. Giard & E. Brière, vol. 2, 1911 & 1913, p. 127, 136, 141 et s., ainsi que les réflexions développées par Carl Schmitt selon lesquelles « il n'y a pas de compétence illimitée, si le mot doit garder un sens et doit indiquer une compétence régie à l'avance par des normes, délimitées par son domaine d'exercice et par conséquent limité » : SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 536.

²³¹⁵ Ainsi Ludivine Clouzot affirme-t-elle que « le concept de compétence est plutôt lié à celui de pouvoir, puisqu'il est souvent analysé comme un mode d'exercice du pouvoir » : CLOUZOT L., *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 113, 2012, p. 139.

²³¹⁶ Dans la mesure où « l'organisation républicaine du pouvoir débouche non seulement sur l'exercice d'un pouvoir limité, les agents n'étant détenteurs que des compétences, mais rationnel, gouvernants et gouvernés se conduisent de façon rationnelle. La raison est la mesure de la modération du pouvoir » : MAULIN É., *op. cit.*, p. 34.

²³¹⁷ « Pourtant, cette notion même de compétence n'est, comme la démontré J. Combacau, que le choix d'un terme, au détriment de celui de « pouvoir » notamment, terme auquel la doctrine publiciste interne aurait précisément donné un « faux-pli », par sa volonté de mettre en évidence le fait que les pouvoirs en droit public, ne sont que attribués à ceux qui les exercent, dans certains buts, et qu'ils n'en disposent donc pas » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 552. L'auteur précise d'ailleurs que « capacité, droit, pouvoir, compétence, etc., l'important est donc seulement d'insister sur le caractère conditionné des pouvoirs, prérogatives, privilèges, et finalement de toutes règles exorbitantes, qui diffèrent de celles applicables entre les particuliers, plaçant leurs destinataires en situation de supériorité ».

compétences en vertu duquel « *la compétence est décrite comme un pouvoir objectif* »²³¹⁸. Ainsi entendu, ce principe prohibe donc de fait toute délégation de compétence dans la mesure où seul un droit subjectif peut être délégué²³¹⁹ alors que « *la compétence n'est pas une sorte de droit subjectif conféré à son titulaire* »²³²⁰, mais bien plutôt un pouvoir délimité par le droit objectif en vertu duquel une personne publique est habilitée à adopter des actes juridiques, et qui constitue donc « *une donnée extérieure (que la personne publique) ne peut ni atteindre ni modifier* »²³²¹.

173. Articulation de la compétence et du pouvoir objectif. Conceptualisée *ab initio* à travers le pouvoir d'édicter des actes juridiques²³²², la notion de compétence s'en désolidarisa cependant progressivement pour former avec lui un couple essentiel au fonctionnement de l'administration. Elle n'était plus un pouvoir d'agir, mais une habilitation permettant l'exercice de ce pouvoir tout en l'encadrant. Bien qu'elle fut donc, dès l'origine, pensée afin de limiter l'exercice du pouvoir objectif²³²³, il fallut néanmoins attendre un renouvellement générationnel de la doctrine avant de pouvoir véritablement en prendre la mesure. Avec Jean Rivéro la compétence devint toutefois une sujétion davantage qu'une prérogative, une contrainte davantage qu'une expression de puissance²³²⁴. La situation trouva finalement son point d'équilibre à mi-chemin entre ces deux écoles, dans l'appréhension de la compétence en tant que norme d'habilitation. Sur cette question, la thèse présentée par François Vincent s'impose comme l'un des travaux précurseurs par le traitement du principe de l'habilitation légale au titre des sources de la compétence²³²⁵. Prenant pour point de départ les

²³¹⁸ AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 173.

²³¹⁹ « (...) le droit moderne admet, d'une manière générale, la possibilité pour le titulaire d'un droit subjectif de charger une autre personne d'exercer ce droit (...) et implique la possibilité générale et de principe pour le titulaire de déléguer l'exercice de ce droit. Si donc la compétence était un droit subjectif que le fonctionnaire, il faudrait en conclure que le fonctionnaire pourrait toujours, et à sa volonté, déléguer l'exercice de ce droit de compétence. Or il ne le peut pas, ou du moins il ne le peut que dans des cas tout à fait exceptionnels et déterminés limitativement par la loi » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 509 et 510.

²³²⁰ VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, 1966, p. 46.

²³²¹ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 254.

²³²² Résonnent en effet encore les propos de Léon Duguit selon lesquels « *la compétence ne peut être qu'un pouvoir de faire des actes ayant un caractère juridique* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 494.

²³²³ « (...), aussi bien dans le droit positif que dans la théorie pure, la compétence n'est point un droit subjectif, mais seulement un pouvoir objectif, dont est revêtue la volonté individuelle du fonctionnaire dont s'agit » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 520, repris notamment par François Vincent : « *c'est un pouvoir prévu par un texte, c'est un pouvoir qui aboutit à la création d'actes juridiques* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 17.

²³²⁴ « *Pour l'agent public le compétence définit une obligation ; à l'égard de sa compétence il n'est pas libre* », elle est « *une servitude publique* » : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDPA*, 1953, p. 279 et s.

²³²⁵ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 23 et s.

jurisprudences *Sargos* et *Deguili*²³²⁶, il parvenait en effet à démontrer que la compétence procédait à une habilitation à l'exercice d'un pouvoir ainsi conditionné comme l'illustrait la jurisprudence *Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar* par laquelle les juges du Palais Royal annulèrent un arrêté du Haut Commissaire de la République française au motif « *qu'aucun texte (...) ne l'habilitait à prendre de telles mesures* »²³²⁷. Alors qu'il s'intéressait à l'énoncé théorique du principe de l'indisponibilité des compétences, Guillaume Tusseau parvenait également à démontrer que devait nécessairement en découler une distinction entre l'habilitation par la compétence des personnes publiques à édicter des normes et la capacité juridique des particuliers²³²⁸. Ainsi précisait-il, à l'instar d'une grande majorité de la doctrine contemporaine, que la conception objective de la compétence s'exprimait aujourd'hui à travers la théorie consistant à l'envisager à part entière comme un norme d'habilitation²³²⁹ encadrant strictement l'exercice du pouvoir normatif.

Manifestation flagrante de la domination de la conception objective du droit administratif, cette appréhension de la compétence à travers la notion de norme d'habilitation peina à s'imposer malgré les travaux de Maurice Hauriou et de Léon Duguit et l'influence exercée par ceux menés par Hans Kelsen. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne fut pas envisagée. Sur ce point, les jurisprudences *Labonne* puis *Jamart* conduisirent en l'occurrence la doctrine de l'époque à s'interroger sur la nature et les fondements de la compétence du chef de service à exercer un pouvoir normatif²³³⁰. Alors que le Conseil d'État soulignait dans chacune de ces deux affaires que l'autorité administrative ne disposait d'aucun titre légal à agir²³³¹, il affirmait néanmoins l'existence d'une habilitation inhérente à la mission qui leur était

²³²⁶ CE, sect., 14 mai 1948, *Sargos*, rec. p. 208 et CE, sect., 4 juin 1948, *Deguili*, rec. p. 248.

²³²⁷ CE, 5 mai 1958, *Syndicat professionnel des agents d'affaires à Madagascar*, rec. p. 261.

²³²⁸ « *Une partie importante de la doctrine publiciste (...) a tenté de distinguer aussi fermement que possible les habilitations à produire des normes dont disposent les autorités publiques vis-à-vis de celles qui sont attribuées aux particuliers. Aussi, la compétence des personnes publiques et/ou des agents publics a-t-elle été opposée à la capacité et/ou aux droits subjectifs des personnes privées* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 105.

²³²⁹ S'intéressant aux situations sanctionnées pour incompétence par le juge administratif, Guillaume Tusseau affirmait effectivement qu'elles ne mettaient finalement « *en jeu que la norme d'habilitation de l'acteur juridique, de sorte que l'annulation juridictionnelle traduit l'absence d'habilitation de l'acteur concerné pour produire une norme* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 114. Il raisonnait d'ailleurs de la même manière à partir de la notion de norme d'habilitation pour ce qui concerne les situations où le refus d'agir de la personne compétente est constitutif d'une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

²³³⁰ CE, 8 août 1919, *Labonne*, rec. p. 737 et CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172.

²³³¹ « *Considérant que si, même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire* » : CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172.

confiée²³³² ; c'est-à-dire d'une compétence propre résultant d'une jurisprudence pour Georges Vedel²³³³, ou d'une coutume constitutionnelle pour Léon Duguit²³³⁴. Le débat doctrinal devait cependant expirer sur un point de convergence unanime : la compétence est une norme d'habilitation à l'origine de l'exercice par la personne publique d'un pouvoir ainsi objectif²³³⁵.

C'est d'ailleurs dans *L'État, les gouvernants et les agents* ainsi que dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, qu'il est possible de déceler une assise de l'identification de la compétence à une telle norme d'habilitation. S'appuyant sur la distinction entre les actes d'autorité et de gestion, Léon Duguit suggérait en effet que « *la compétence est un pouvoir objectif, suivant toutes les modifications de la règle objective dont elle est une émanation* »²³³⁶. Ainsi laissait-il entendre l'hypothèse d'une disjonction de la compétence et du pouvoir dans la mesure où il estimait que le pouvoir objectif résultait nécessairement d'un encadrement par une règle de droit²³³⁷ ; en d'autres termes, que la compétence ne serait pas le pouvoir objectif mais le moyen d'objectiver le pouvoir et d'en autoriser l'exercice par une personne publique. Il est alors aisé d'établir un lien avec les travaux menés plus tard par Hans Kelsen, et de comprendre en quoi ceux-ci ont pu contribuer à l'identification contemporaine de la compétence à une norme d'habilitation. En ce qu'il fondait dans une conception purement objective la pyramide des normes sur un mécanisme conditionnant la validité de la norme inférieure à sa correspondance avec la norme supérieure²³³⁸, Hans Kelsen envisageait

²³³² « (...) il appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire » : CE, 8 août 1919, Labonne, rec. p. 737.

²³³³ François Vincent rappelait notamment que selon Georges Vedel « *l'habilitation n'est, en ce domaine, ni législative ni constitutionnelle, mais purement et simplement jurisprudentielle* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 40.

²³³⁴ « (...) *la compétence pour faire spontanément ces règlements autonomes sur l'organisation et le fonctionnement des services publics est incontestable, nous ne voyons pas d'autres moyen de l'expliquer que de dire qu'il y a là l'application d'une règle de droit coutumier constitutionnel* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 3^e éd., E. de Boccard, 1923, p. 471.

²³³⁵ Dès lors la doctrine pouvait admettre « *que la puissance publique n'est pas seulement un faisceau de compétences plus étendues que les pouvoirs reconnus aux individus, c'est aussi un ensemble de compétences conditionnées* » : VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et Documents*, 1954, p. 14.

²³³⁶ DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 502.

²³³⁷ « *Ici se sont les agents nommés ; il n'y a point de droit subjectif ; il y a un pouvoir objectif, c'est-à-dire l'application de la règle de droit conditionnée par l'acte juridique de nomination* » : DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 203.

²³³⁸ Il fondait en effet l'unité de l'ordre normatif sur un mécanisme dynamique suivant lequel « *la norme fondamentale ne fait qu'établir une certaine autorité, qui pourra à son tour investir d'autres autorités du pouvoir de création des normes. Les normes d'un système dynamique doivent être créées par les actes de volontés des individus autorisés en vertu d'une norme supérieure à créer des normes. Cette autorisation équivaut à une délégation de pouvoir. Le pouvoir de création des normes est délégué par une autorité à une autre ; la première est l'autorité supérieure, la seconde l'autorité inférieure. La norme fondamentale d'un*

explicitement la notion de norme habilitante en admettant l'habilitation comme une fonction normative à part entière²³³⁹ consistant à « *conférer le pouvoir à un individu de poser et d'appliquer des normes* »²³⁴⁰. Il rejoignait d'ailleurs d'une certaine manière l'intuition de Léon Duguit lorsqu'il affirmait que « *la fonction normative de l'habilitation à poser des normes peut être réduite à la fonction de commander* »²³⁴¹. Il approfondissait néanmoins sa démonstration et suggérait que la norme habilitante fixait ainsi un cadre juridique à l'exercice du pouvoir normatif. Ainsi invitait-il à considérer la compétence des personnes publiques comme une norme habilitante en direction des personnes publiques, et ce quelle que soit son origine²³⁴², dans l'hypothèse où sa théorie était rapportée au fonctionnement de l'administration. Il devait en outre préciser sa pensée dans *Théorie pure du droit* publiée quelques années auparavant. S'intéressant spécifiquement aux personnes publiques, il affirmait explicitement que la compétence devait être considérée comme une « *habilitation à créer des normes juridiques* »²³⁴³. Il confirmait par conséquent l'acception originelle de la compétence des personnes publiques comme une habilitation à l'exercice d'un pouvoir objectif, semblable selon lui à la capacité d'action reconnue aux personnes privées²³⁴⁴ dans la mesure où la fonction d'habilitation demeurerait identique²³⁴⁵. Ainsi posait-il également les linéaments d'une acception renouvelée fondée principalement sur le concept de norme d'habilitation.

système dynamique est la règle fondamentale selon laquelle les normes d'un système doivent être créées. Une norme appartient à un système dynamique si elle a été créée selon un procédé qui, en dernière analyse, est déterminée par la norme fondamentale » : KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997, p. 167.

²³³⁹ Rappelons simplement qu'Hans Kelsen envisageait quatre fonctions différentes attribuées à la norme : « *commandement, permission, habilitation et abrogation* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 125 et s.

²³⁴⁰ KELSEN H., *op. cit.*, p. 133.

²³⁴¹ KELSEN H., *op. cit.*, p. 348.

²³⁴² Tel qu'avait pu l'admettre le Conseil d'État dans les jurisprudences précédemment cités Labonne et Jamart.

²³⁴³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 152.

²³⁴⁴ Il soulignait cependant l'opinion contraire de la doctrine qui « *ne nomme pas « compétence » ou « attribution » les pouvoirs juridiques conférés aux « personnes privées » de créer des normes juridiques en faisant des actes juridiques, ou de concourir à la création de normes juridiques par voie d'action, de recours, de requête* » réservant en effet l'usage de ce terme aux autorités administratives et tribunaux. Il exprimait alors sa vive opposition en affirmant que « *cette limitation de la notion de compétence n'est pas justifiée. Capacité de faire des actes juridiques infra-législatifs et droits subjectifs privés ou politiques sont attributions ou compétences au même sens que la faculté attribuée à certains individus de voter des lois, de prendre des décisions juridictionnelles ou d'édicter des mesures administratives. Au lieu de l'exprimer clairement, la terminologie traditionnelle masque la parenté essentielle de toutes ces fonctions qui consistent à exercer un pouvoir juridique* » : KELSEN H., *Ibid.*

²³⁴⁵ « *Car ce contenu de la fonction est exactement le même dans les deux cas : à savoir la création de normes juridiques. Et à ce propos, il faut remarquer d'abord que les actes juridiques de « personnes privées » habilités à cet effet ne servent pas uniquement et toujours à créer des normes juridiques individuelles, mais permettent également de poser des normes générales* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 152 et 153.

2. L'acceptation habilitante contemporaine de la compétence

174.L'approfondissement de la compétence par le concept d'habilitation. Expression manifeste d'une conception objectiviste dominante, elle-même inspirée par la tradition républicaine²³⁴⁶, la norme d'habilitation s'impose en l'occurrence comme un moyen de combler les lacunes doctrinales de la notion de compétence rendue insaisissable au fil des réflexions successives²³⁴⁷. Brouillée par son assimilation au pouvoir, ou à un ensemble d'attributions des personnes publiques²³⁴⁸, la conception objective classique de la compétence était effectivement perturbée par la réunion en son sein des aptitudes juridiques et non-juridiques²³⁴⁹. L'idée d'attribution permit toutefois de guider la doctrine vers l'élaboration du concept voisin d'habilitation. Compatible avec la conception objective développée jusqu'alors, la compétence serait donc un énoncé juridique « *en vertu (duquel) un acteur dispose de la faculté de produire une norme* »²³⁵⁰. Aussi Guillaume Tusseau proposa-t-il de réunir les notions de compétence et de capacité sous le concept de norme d'habilitation²³⁵¹. Amplement utilisée par la doctrine contemporaine, cette conception objective de la compétence identifiée à une norme d'habilitation constitue désormais explicitement le socle juridique du pouvoir normatif des personnes publiques, qu'il s'agisse d'édicter des actes unilatéraux aussi bien que des contrats. Alors que Benjamin Defoort affirme effectivement qu'une autorité administrative ne peut produire une décision qu'en tant qu'elle bénéficie

²³⁴⁶ Christophe Vimbert démontrait effectivement que la tradition républicaine avait « *pour effet, sinon pour objet, de contester l'exercice d'une compétence* » : VIMBERT Ch., *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 72, 1992, p. 267, et de poursuivre alors en précisant explicitement que « *si « le droit ordonne, permet, habilite », la « tradition républicaine » remplit également ces fonctions, ainsi que celle de la modification des compétences* ».

²³⁴⁷ « *Après avoir parcouru de nombreuses œuvres doctrinales, nous avons acquis la conviction que la notion de compétence est insaisissable et qu'il faut donc s'en remettre au concept autrement plus solide de norme d'habilitation* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 482. Sur ce point, la démarche empruntée par Guillaume Tusseau est parfaitement explicite lorsqu'il dresse « *le procès-verbal de carence* » de la notion de compétence et justifie en partie de cette façon son étude consacrée aux normes d'habilitation : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 37.

²³⁴⁸ Aussi Marcel Waline affirmait-il que « *la compétence désigne l'ensemble des attributions d'une autorité publique* » : WALINE M., *Traité de droit administratif*, Sirey, 9^e éd., 1963, p. 452.

²³⁴⁹ À l'instar de Léon Duguit, Francis-Paul Benoît démontrait que « *la compétence d'un agent administratif est une aptitude qui lui est conférée à faire certains actes juridiques* » alors que ces attributions « *sont constituées par l'ensemble des tâches matérielles qui lui sont confiées* » : BÉNOIT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 470 et 474.

²³⁵⁰ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 2.

²³⁵¹ L'auteur affirme effectivement que « *le concept de norme d'habilitation est suffisamment souple pour couvrir toutes les hypothèses dont les diverses définitions de la compétence et de la capacité ne parviennent pas à rendre compte. En remplaçant ces notions dans leur domaine respectif présumé, le concept proposé est en mesure de traiter toutes les situations de droit positif, quelle que soit la branche du droit dont elles sont censées être caractéristiques* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 380.

d'une « habilitation à agir en vertu de l'ordre juridique »²³⁵², Pierre Bourdon relève pour sa part, au titre des causes d'irrégularité du contrat administratif, l'irrégularité d'habilitation²³⁵³. Dans tous les cas l'existence d'une habilitation paraît effectivement indispensable à la détermination de la compétence de l'auteur de l'acte²³⁵⁴. Jean-François Lafaix suggérerait d'ailleurs également une association de la compétence à la notion d'habilitation, affirmant que « la compétence se caractérise par l'idée d'habilitation, c'est-à-dire d'attribution de pouvoirs juridiques par l'ordre juridique »²³⁵⁵. Il distinguait alors clairement la compétence du pouvoir normatif par la démonstration de leur enchaînement logique : le pouvoir suit la compétence car il en émane²³⁵⁶.

Il reprenait alors à son compte la distinction chronologique opérée de longue date par un courant subjectiviste de la doctrine entre la compétence et le pouvoir, inspirée notamment de la jurisprudence *Pelletier*²³⁵⁷. Le pouvoir ne serait finalement objectif qu'en tant qu'il est objectivé par la compétence, sans cela il est un pouvoir subjectif ; c'est-à-dire un droit reconnu à tout individu disposant de la capacité²³⁵⁸. Au-delà de la spécificité de la personnalité administrative avancée par certaines réflexions subjectivistes pour affirmer la

²³⁵² DEFOORT B., *La décision administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015, p. 195.

²³⁵³ « En matière contractuelle, une habilitation permet de contracter (...), on parle plutôt de capacité pour parler de l'habilitation des personnes privées (...), pour l'Administration on évoque plus volontiers la « compétence » » : BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 87.

²³⁵⁴ « À l'instar des personnes morales de droit privé, l'Administration cocontractante doit avoir été régulièrement constituée. Dans le cas contraire, celle-ci ou l'agent qui prétend la représenter n'a aucune compétence pour conclure le contrat (...). Parmi les règles d'habilitation, il faut distinguer celles relatives à l'habilitation de l'Administration pour contracter de celles qui ont trait à l'habilitation d'une autorité pour conclure le contrat » : BOURDON P., *op. cit.*, p. 105. L'auteur précise alors qu'en matière contractuelle « l'irrégularité d'habilitation recouvre, notamment, les diverses hypothèses d'incompétence du droit administratif » : BOURDON P., *op. cit.*, p. 173.

²³⁵⁵ LAFaix J.-Fr., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 87, 2009, p. 450.

²³⁵⁶ « (...), la notion de compétence ne désigne donc pas un type particulier de pouvoir ou de prérogative juridique qui s'opposerait à celui de droit subjectif. Les notions ne se situent pas sur le même plan (...). La personne compétente est titulaire d'une fonction, qui consiste à exercer une série de pouvoirs » : LAFaix J.-Fr., *op. cit.*, p. 452 et 453.

²³⁵⁷ Effectivement alors qu'Edmond David affirmait dans ses conclusions que seul l'exercice de pouvoirs attribués par une compétence pouvait bénéficier de la garantie d'être porté devant le juge administratif (« (...) une garantie réelle, établie en faveur de l'administration, pour défendre, contre l'ingérence des tribunaux les actes qui, revêtus de son caractère et de son autorité, lui appartiennent en propre » : concl. David sur TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, D. 1874.III.5, reproduites dans DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015, p. 118 et s., sp. p. 124), le Tribunal des conflits devait finalement réaffirmer l'existence de cette garantie liée à « la prohibition qui leur est faite de connaître des actes administratifs ».

²³⁵⁸ Cela rappelait d'ailleurs paradoxalement les propos de Gaston Jèze selon lequel « la compétence de l'agent public et la capacité du particulier ont manifestement la même nature juridique (...), consistant dans le pouvoir légal de faire des actes juridiques » : JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58.

singularité de la compétence²³⁵⁹ et de la puissance publique omniprésente dans les réflexions objectivistes, un autre élément inhérent à la compétence et au principe de spécialité²³⁶⁰ devait également servir de fondement à la distinction posée par Gaston Jèze entre la compétence et la capacité : l'existence d'une mission participant de la réalisation de l'intérêt général. La conception objective de la compétence devait donc se doter progressivement d'une acception plus large afin de justifier son existence face à la notion de capacité. De plus, il lui manquait toujours un élément essentiel relatif à l'action administrative elle-même. Si la personne publique est habilitée, encore faut-il savoir à quoi faire, et dans quel sens, avec quelles limites. L'explication développée par Maurice Hauriou²³⁶¹ devait d'ailleurs évoquer l'hypothèse d'une conception étendue qui serait redécouverte par la doctrine près d'un demi-siècle plus tard. Celle-ci renvoie effectivement à l'articulation évoquée à l'aube du XX^e siècle entre les actes d'autorité et de gestion²³⁶². Aussi l'appréhension de la compétence comme une norme d'habilitation pourrait-elle conduire à distinguer le pouvoir normatif du principe d'action également présent qui, s'ils demeurent dissemblables, n'en sont pas moins étroitement et mécaniquement liés²³⁶³.

Jean-Paul Négrin faisait en outre de l'habilitation le fondement juridique de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative²³⁶⁴, prenant à « contre-pied » le

²³⁵⁹ Maurice Hauriou pouvait en effet affirmer en 1892 que « *la personnalité dont sont douées les unités administratives n'est pas bornée à la jouissance des droits privés* » mais qu'elle recouvrait également une personnalité de puissance publique guidée par l'intérêt général : HAURIU M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Larose, 1^{ère} éd., 1892, p. 166 et 201.

²³⁶⁰ En vertu duquel « *les personnes morales publiques ou privées voient leur activité et leur capacité limitées par le principe spécialité qui leur interdit de faire des actes ne se rapportant pas à l'objet qui est le leur* » : VEDEL G., *Droit administratif*, PUF, 1980, p. 811.

²³⁶¹ Thuriféraire dans un premier temps de la distinction entre les actes d'autorité et de gestion, il démontrait effectivement que si « *l'acte d'autorité est l'acte d'administration primordial, l'acte de gestion est un acte secondaire qui s'appuie toujours sur quelque acte d'autorité et lui sert de mode d'exécution* » : HAURIU M., *Précis de droit administratif*, Larose, 2^e éd., 1893, p. 189. Il était donc possible de percevoir derrière tout acte d'autorité une forme d'habilitation à exercer un pouvoir de gestion dans le cadre d'une opération administrative matérielle.

²³⁶² « *Tout d'abord on a été frappé de cette considération que la voie d'autorité et la gestion se partagent l'action administrative* » : HAURIU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 3.

²³⁶³ La doctrine contemporaine envisage d'ailleurs explicitement la compétence comme possédant « *une double signification juridique avec néanmoins un dénominateur commun : elle est le produit d'une « norme d'habilitation » qui confère à un individu le droit d'édicter des normes prescriptives ou permissives* » : GARCIA J., *Le contrôle des incompétences négatives du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dact., Université de Montpellier, 2015, p. 17.

²³⁶⁴ Il s'intéressait notamment à la question de savoir « *si une investiture est ou non une condition nécessaire de la notion d'intervention des morales de droit privé dans l'action administrative* », et de la détermination de la nature juridique d'une telle investiture qu'il identifiait dans la notion d'habilitation : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 49 et s.

mutisme de la doctrine²³⁶⁵. Assurant qu'elle devait être indispensable dans un système fondé sur la répartition des compétences entre les personnes publiques, il démontrait qu'elle avait pour finalité première de garantir la bonne réalisation de l'intérêt général²³⁶⁶. Alors qu'il soulignait la diversité du vocabulaire employé en droit positif pour désigner cette habilitation, il en affirmait la constance aussi bien dans les textes que dans la jurisprudence²³⁶⁷. Il précisait d'ailleurs que si l'habilitation était indispensable à l'action menée par des personnes publiques, une telle condition prenait une importance encore plus marquée s'agissant des personnes privées²³⁶⁸. Au-delà de la multiplicité des titres juridiques susceptibles de permettre une habilitation²³⁶⁹, Jean-Paul Négrin démontrait également la diversité de ses effets. D'une part, l'habilitation conférait à la personne privée habilitée un certain nombre de prérogatives particulières²³⁷⁰, mais de manière plus générale elle autorisait, d'autre part, cette personne à intervenir dans le champ de l'action administrative²³⁷¹; c'est-à-dire à poursuivre la réalisation de missions participant de l'intérêt général.

L'habilitation et donc, à travers elle, la compétence, comportait certes une dimension de puissance, mais également une dimension matérielle liée aux missions permettant la

²³⁶⁵ Il affirmait en effet que pour être une condition essentielle de l'action administrative autant que de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, l'habilitation n'en demeurerait pas moins un sujet sur lequel « la majorité de la doctrine est muette (...), probablement parce que cette condition est d'évidence » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 51.

²³⁶⁶ Il rappelait alors la théorie avancée par Gérard Timsit en vertu de laquelle « la seule poursuite des buts propres à l'action administrative suffit à définir la fonction administrative, toute considération « organique » faisant défaut » : NÉGRIN J.-P., *Ibid.*

²³⁶⁷ « L'exigence d'une habilitation préalable ne résulte d'aucun texte général, mais découle de la volonté du législateur confirmée par la jurisprudence du juge administratif. Pour exprimer l'exigence d'une investiture préalable à toute intervention, le législateur utilise une terminologie variée » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 52. Aussi rappelait-il par exemple que « les décisions relatives au prix de tous produits et services sont prises par des organismes agréés par le ministre de l'Économie nationale » (Article 1^{er} alinéa 5 de l'ordonnance n° 1483 du 30 juin 1945 relative au prix), ou encore que « toute personne, toute œuvre, institution même reconnue d'utilité publique s'offrant à recueillir des mineurs en exécution de la présente ordonnance devra obtenir du préfet une habilitation spéciale » (Article 39 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante). Il relevait par ailleurs que le juge administratif « utilise de préférence un terme qui lui est propre : « investi » », sans s'interdire le recours à des formules plus développées telles que « officiellement chargée de » (CE, 4 août 1944, *Cie des produits chimiques Alais, Forges et Camargue*, S. 145.3.4) ou encore « titulaire d'une délégation ministérielle l'habilitant à » (CE, 25 mai 1962, *Fédération sportive et gymnique du travail*, rec. p. 348) : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 53.

²³⁶⁸ Il affirmait en effet qu'à la fois le législateur et le juge imposaient que « l'intervention dans l'action administrative (soit) subordonnée à la détention d'un titre juridique, d'un titre légal et non périmé » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 54.

²³⁶⁹ « Nombreuses sont les appellations utilisées pour désigner le titre juridique permettant aux personnes privées d'intervenir dans l'action administrative : habilitation, délégation, agrément, concession, autorisation, mandat affermage, régie intéressée, contrat, réquisition, lettre de mission » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 65.

²³⁷⁰ « (...), l'effet de l'habilitation est de permettre aux organismes habilités de ne pas intervenir à titre privé et de bénéficier de prérogatives afférentes à l'exercice de l'action administrative » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 83.

²³⁷¹ « Vis-à-vis des personnes habilitées, l'effet le plus important de l'habilitation est de les faire participer à l'exercice de l'action administrative » : NÉGRIN J.-P., *Ibid.*

réalisation de l'intérêt général. François Sabiani poursuivait même dans cette voie en présentant cette habilitation comme « *l'opération qui leur attribue (aux personnes privées) les compétences nécessaires à la gestion d'un service publics* »²³⁷². Il précisait cependant qu'elle « *fixe notamment les objectifs assignés, les moyens juridiques, techniques, économiques et financiers qui seront utilisés, les contrôles qui devront être subis* »²³⁷³, confirmant alors l'hypothèse suggérée par Jean-Paul Négrin d'une acception étendue de la compétence révélée par l'habilitation des personnes privées à gérer des services publics.

175. La consécration doctrinale d'une acception habilitante. Guillaume Tusseau parvenait en l'occurrence à convaincre de l'utilité et de la pertinence du concept de norme d'habilitation en démontrant que « *la notion de compétence pouvait asseoir la spécificité de l'aptitude à agir des personnes publiques* »²³⁷⁴. Il affirmait également qu'il « *réunit le domaine d'action d'un acteur, les normes qu'il peut produire à ce sujet et la manière dont il doit procéder* »²³⁷⁵. Au-delà de l'exemple tiré de la gestion du service public qui constituait jusqu'alors le cœur de la gestion administrative, la théorie de la gestion domaniale élaborée par Philippe Yolka en offrait une autre illustration et suggérait par conséquent une extension à l'ensemble de l'action administrative. Partant lui aussi de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, il précisait en effet que la gestion domaniale désignait une activité matérielle de l'administration distincte de son activité de police²³⁷⁶ autant que des activités de service public²³⁷⁷, et fondée sur l'affectation du bien à une finalité d'intérêt général²³⁷⁸. Celle-ci constituerait alors avec la propriété une habilitation des personnes publiques à gérer ces biens dans les limites fixées par leur affectation ; c'est-à-dire une compétence à les gérer. Jean-François Giacuzzo et Benoît Schmalz poursuivent d'ailleurs son raisonnement en démontrant que ce pouvoir de gestion émane nécessairement d'une habilitation préalable de la personne

²³⁷² SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4.

²³⁷³ SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 10.

²³⁷⁴ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 383 et 384. Il précisait d'ailleurs que « *le concept de norme d'habilitation est en mesure de couvrir un éventail important de situations juridiques* ».

²³⁷⁵ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 389.

²³⁷⁶ Philippe Yolka précisait en effet que la gestion domaniale relève, « *au sens matériel, d'une activité interne à l'administration qui consiste à gérer un bien (...) : les actes de gestion sont, dans ce dernier sens, des mesures d'administration du domaine qui emportent des effets de droits à l'égard des particuliers, mais qui se distinguent des mesures de police* » qui traduisent quant à elles l'exercice d'une compétence normative : YOLKA Ph., *Propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p. 211.

²³⁷⁷ « *La question de la nature des pouvoirs de gestion domaniale met en jeu toute une conception du contenu et de frontières de la gestion publique. S'agissant du contenu, son examen conduit à remettre en cause la réduction initiale de la gestion publique au service public* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 308.

²³⁷⁸ « (...) , il existerait un pouvoir de gestion autonome, fondé sur l'affectation » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 259.

publique ; en d'autres termes, d'une compétence participant de la détermination de son contenu²³⁷⁹. Prenant appui sur les travaux menés par Guillaume Tusseau, ils parviennent tous deux à la conclusion que la compétence est un moyen de répartir stratégiquement les pouvoirs entre les personnes publiques afin de parvenir à la réalisation de leurs missions d'intérêt général²³⁸⁰.

En ce qu'il définissait la compétence, par opposition à la capacité des personnes privées, comme « *une aptitude à agir qui est librement mais diversement déterminée par le souverain et qui provient de la connexion d'une mission d'une personne habilité à poursuivre un but d'intérêt général et d'une fonction juridique et matérielle d'un de ses organes* »²³⁸¹, Vincent Corneloup consacrait également cette acception habilitante de la compétence. D'une part, il envisageait effectivement que l'aptitude à agir des personnes publiques découle d'une habilitation à participer à la réalisation de missions d'intérêt général et, d'autre part, il affirmait que cette aptitude recouvrait à la fois un pouvoir normatif et matériel. Dès lors la compétence et la capacité ne pouvaient plus être confondues par la doctrine dans la mesure où leur finalité respective ne portait pas sur le même objet, l'une poursuivant la satisfaction d'un intérêt personnel et l'autre celle de l'intérêt général²³⁸². Cela devait également le conduire à considérer que « *la compétence est uniquement un concept matériel* »²³⁸³ désignant essentiellement les domaines dans lesquels la personne habilitée était autorisée à intervenir, et non exclusivement les actes juridiques qu'elle avait le pouvoir de prendre. Il rejoignait sur ce point l'hypothèse avancée dans les années 1960 par Lino Di Qual selon lequel « *la*

²³⁷⁹ Une « *habilitation émanant d'une norme dont l'objet même est d'octroyer un seul pouvoir de gestion* » : GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 163. De la même façon Benoît Schmalz démontre que l'exercice de ce droit de propriété subjectif implique qu'il y « *ait, en droit objectif, une norme d'habilitation qui en fonde l'attribution et en régit l'exercice* », et que cette habilitation n'est autre qu'une compétence : SCHMALZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016, p. 196.

²³⁸⁰ « *L'habilitation à gérer « simplement » est un outil stratégique de la répartition des pouvoirs qu'une personne exerce sur son bien. Le professeur Tusseau démontre dans sa thèse que les normes d'habilitation sont des instruments mis au service d'une stratégie du pouvoir habilitant, c'est-à-dire des moyens d'atteindre des objectifs qu'il se fixe. Tout invite à penser qu'il en va ainsi de la norme d'habilitation à gérer* » : GIACUZZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 166.

²³⁸¹ CORNELOUP V., *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, thèse dact., Paris II, 2000, p. 417.

²³⁸² « *En revanche, les finalités de ces deux notions sont radicalement différentes. La finalité d'une capacité est de permettre à son titulaire d'assurer l'effectivité de sa propre personnalité alors que celle d'une compétence est la satisfaction de l'intérêt général* » : CORNELOUP V., *op. cit.*, p. 369. Il reprenait sur ce point une hypothèse avancée par le passé par Jean-Claude Douence en vertu de laquelle « *c'est précisément l'intervention d'un élément finaliste qui distingue la compétence de la capacité : la compétence est toujours une fonction régie par le droit, une attribution conférée pour atteindre certaines fins* » : DOUENCE J.-Cl., « *La spécialité des personnes publiques en droit administratif français* », *RDPA*, 1972, p. 763.

²³⁸³ CORNELOUP V., *op. cit.*, p. 245.

compétence, c'est l'ensemble des attributions d'une autorité publique (...), (elle) entraîne le pouvoir de faire certains actes dans le cadre de ces attributions »²³⁸⁴. Ainsi ce dernier devait-il participer de l'amorce d'un renouvellement de l'appréhension doctrinale de la compétence en confirmant l'existence d'une distinction nette avec le pouvoir normatif.

La définition de la compétence élaborée par Vincent Corneloup présentait donc le mérite de poser clairement une double dimension de la compétence à la fois normative et matérielle constituant alors une habilitation générale « *à agir, permettant l'action dans un certain domaine* »²³⁸⁵ ; mais visant l'action sous toutes ses formes et non seulement l'action juridique. Au-delà de son emprunt aux réflexions de Lino Di Qual ou de Jean-Claude Douence, Vincent Corneloup replaçait au centre du débat sur la nature et la composition de la compétence des hypothèses suggérées puis abandonnées par Maurice Hauriou. Alors qu'il avait pu évoquer dans un premier temps « *une idée nouvelle qui frappe tout de suite par sa justesse, c'est que l'administration apparaît tantôt comme un pouvoir qui s'affirme, tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* »²³⁸⁶, il s'était rangé par la suite à une pensée plus conforme au courant doctrinal dominant fondée sur l'idée de puissance publique²³⁸⁷. Il léguait cependant à ses successeurs les linéaments d'une distinction entre les dimensions normative et matérielle de la compétence. Ceux-ci ne devaient pas par la suite se priver de s'en saisir. Se rappelant que Maurice Hauriou avait pu concéder que « *le service public, bien qu'au second plan, joue encore un rôle important (...) qui entraîne l'autolimitation objective de la puissance publique* »²³⁸⁸, nombre d'auteurs s'intéressèrent de nouveau à la compétence ainsi éclairée par le service public. Ainsi François Vincent rappelait-il par exemple que la notion de compétence désignait dans son acception large une habilitation à agir juridiquement ou non²³⁸⁹. Il précisait d'ailleurs que « *les opérations matérielles ou intellectuelles (...)*

²³⁸⁴ DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 2.

²³⁸⁵ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 387.

²³⁸⁶ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 5.

²³⁸⁷ Aussi affirmait-il dans l'ultime état de sa réflexion que l'administration « *n'est pas seulement l'accomplissement d'une fonction, elle est l'exercice d'un pouvoir ; elle ne se borne pas à proposer des services facultatifs, en principe, elle impose ses services* » avec toujours en arrière-plan l'idée de l'exercice d'un pouvoir de commandement : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 10 et 11. Fidèle à son approche intellectuelle du droit il s'était donc ménagé une possibilité de revenir en arrière en cas d'évolutions en ce sens du droit positif. Ainsi précisait-il, en affirmant la supériorité de la puissance publique, que « *le service public est l'œuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique est le moyen de réalisation* » : Préface de la 11^e édition du *Précis de droit administratif et de droit public* rédigée par Maurice Hauriou le 8 septembre 1926 intitulée : « La puissance publique et le service public », reproduite dans : HAURIOU M., *op. cit.*, p. IX.

²³⁸⁸ HAURIOU M., *op. cit.*, p. XIV.

²³⁸⁹ « (...), le mot *compétence* désigne non seulement le pouvoir reconnu à un fonctionnaire de faire des actes juridiques mais encore à accomplir régulièrement (...) des opérations n'ayant pas le caractère juridique, ne

mériteraient d'être précisées »²³⁹⁰. Dans la même veine, Claude Blumann parvenait à démontrer la pertinence de la distinction entre la délégation de compétence et la concession de service public au sein de la catégorie des cessions de compétence. Il estimait effectivement que la seconde visait plus largement « *la transmission à un particulier d'une activité, certes d'intérêt général mais qui n'est pas du ressort exclusif de la puissance publique* »²³⁹¹. Celle-ci devait d'ailleurs être considérée comme « *un mode de gestion des services publics qui ne dépouille en rien l'autorité concédante de ses prérogatives et de ses compétences (stricto sensu)* »²³⁹² ; c'est-à-dire de ses prérogatives normatives.

Cette acception étendue de la compétence fondée sur le concept de norme d'habilitation apparaît désormais largement admise par la doctrine contemporaine. Ainsi Marion Ubaud-Bergeron pouvait-elle affirmer qu'à travers les deux façons de l'appréhender, « *la compétence-sphère d'action et la compétence aptitude-légale, nous ne voyons pas deux conceptions opposées et incompatibles, mais davantage les deux dimensions inséparables qui la définissent* »²³⁹³. Dans le même ordre d'idées, Guylain Clamour rappelle que le législateur admet aujourd'hui que les personnes publiques « *gèrent ou (fassent) gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur* »²³⁹⁴ sans pour autant méconnaître le principe de l'indisponibilité des compétences. Il évoque alors la distinction entre le pouvoir de gestion patrimoniale et les missions de gestion du domaine, reflet de cette double dimension de la compétence²³⁹⁵. Au-delà de cela, Guylain Clamour souligne implicitement que le renouvellement de l'acception de la compétence permet désormais la mise en œuvre de stratégies d'externalisation de la réalisation des compétences dans la mesure où elle paraît recouvrir ces « *opérations qui ne relèvent pas du « cœur de*

produisant pas des effets de droit » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, 1966, p. 15 et 16.

²³⁹⁰ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 16.

²³⁹¹ BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 246.

²³⁹² BLUMANN Cl., *Ibid.*

²³⁹³ UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 145.

²³⁹⁴ Article L. 2123-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Guylain Clamour rappelait alors que « *les personnes publiques auraient véritablement le « choix entre gérer elles-mêmes ces dépendances (en régie) ou les faire gérer par d'autres personnes juridiques », publiques ou privées* » : CLAMOUR G., « Indisponibilité des compétences et gestion des propriétés publiques immobilières », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 192.

²³⁹⁵ Guylain Clamour démontrait effectivement que si les « *collectivités territoriales détiennent expressément une compétence quant à la gestion du patrimoine de ces dernières (...) les collectivités territoriales se trouvent en mesure d'externaliser la gestion de leurs biens sur le fondement du BEA valorisation permettant de disposer d'une compétence par ailleurs indisponible* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 199 et 206.

métier » de l'État (et) ont vocation, progressivement, à être externalisées »²³⁹⁶ dans un souci de performance de l'action administrative.

B. L'influence de la coopération sur une compétence renouvelée

176. Un tournant managérial sous-tendu par la coopération. Il a pu être démontré que l'action administrative avait connu à partir des années 1980 un tournant impulsé par l'adoption par l'État d'une posture de manager, inspirée des techniques de la stratégie d'entreprise. Dans ce contexte a ainsi émergé l'expression d'externalisation de l'action administrative entendue comme un « *outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées directement par elle, à des prestataires de services extérieurs* »²³⁹⁷. Appliquée aux personnes publiques, cette notion implique donc la détermination de ce qui relève ou non du domaine du stratégique dans l'action publique²³⁹⁸. Ainsi renouvelée, l'acception de la compétence pourrait-elle constituer une solution à cette problématique dans la mesure où la dimension normative désignerait le stratégique, et la dimension matérielle le non-stratégique²³⁹⁹. Jusque-là empêchée notamment par le principe séculaire de l'indisponibilité des compétences, l'externalisation trouverait à s'appliquer à toute activité relevant de la compétence matérielle d'une personne publique ; en d'autres termes, à toutes activités d'intérêt général considérées comme étant situées en dehors du « cœur de métier » normatif de l'action administrative²⁴⁰⁰. La réforme de l'État, mise en œuvre à travers la Révision Générale des Politiques Publiques, appelait d'ailleurs les

²³⁹⁶ Conseil de l'immobilier de l'État, Rapport 2008, p. 8 et 9.

²³⁹⁷ BABIN L. et LIGNÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37.

²³⁹⁸ Philippe Yolka souligne cependant la difficulté inhérente à cette question lorsque, « *quand sont en cause des personnes publiques en charge de la satisfaction de besoins d'intérêt général, c'est plus compliqué : est-il possible de parler d'un « métier », à fortiori d'un « cœur » ?* » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 15. Eu égard à l'importance de la compétence et de la puissance publique qui l'anime, il précise également que « *le « non-stratégique » l'est tout de même un peu, quand l'employé d'une société chargée de la construction d'une nouvelle prison à Nancy se fait subtiliser son ordinateur, contenant les plans et des codes de sécurité du futur établissement* ».

²³⁹⁹ Une telle détermination du « cœur de métier » de l'action administrative était par ailleurs suggérée par Jean-David Dreyfus lorsqu'il définissait ainsi l'externalisation en droit public comme « *l'opération par laquelle une personne publique confie, à un opérateur extérieur à l'administration, une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1215.

²⁴⁰⁰ Arnaud Le Gall soulignait d'ailleurs à ce propos que le recentrement des personnes publiques sur leur « cœur de métier » revenait « *comme un leitmotiv dans les différents rapports sur la mise en œuvre de la RGPP. Le recentrage du secteur public sur son cœur de métier constitue une expression particulièrement large* » : LE GALL A., « La révision générale des politiques publiques : vers une privatisation de l'État ? », in *La privatisation de l'État*, CNRS Éditions, 2012, p. 123.

personnes publiques à faire assurer certaines missions par d'autres²⁴⁰¹ alors que des auteurs évoquaient à ce propos « *un transfert graduel de compétences de l'État vers le secteur privé* »²⁴⁰².

Entendu comme « *une technique de modernisation des pouvoirs publics* »²⁴⁰³, le management public profiterait donc du renouvellement de l'appréhension de la compétence par la doctrine pour développer son emprise sur le droit administratif. Or, ce tournant managérial semble devoir entraîner avec lui, du moins est-ce l'hypothèse ici soutenue, une mise en œuvre de la coopération dans le cadre de l'action administrative à travers l'externalisation. L'évolution récente du droit positif apporte d'ailleurs sur ce point une confirmation dans la mesure où il est de plus en plus généralement toléré que les personnes publiques recentrent leurs interventions sur leurs missions essentielles ; c'est-à-dire les missions comportant l'exercice de pouvoirs normatifs ou de prérogatives de puissance publique. Ainsi Louis Bahougne relève-t-il la prise en considération du « *caractère divisible de la production ainsi que de la consommation de certains biens produits par des services publics* »²⁴⁰⁴, et par d'autres activités d'intérêt général ouvrant la possibilité d'une externalisation des activités matérielles. La distinction des dimensions normative et matérielle de la notion de compétence permettrait effectivement de dépasser l'obstacle du principe de l'indisponibilité des compétences. Il ne serait en effet plus question, à travers la mise en œuvre de cette stratégie d'entreprise dans le cadre de l'action administrative, de procéder à une dépossession de la compétence²⁴⁰⁵ mais plutôt de confier sa réalisation matérielle à un partenaire dans une logique coopérative. « *Couple tumultueux, droit public et droit privé donnent depuis toujours dans une relation*

²⁴⁰¹ « *De manière générale, la RGPP a conduit l'État à se retirer de certaines activités lorsqu'il apparaissait que celles-ci ne relevaient pas de son cœur de métier, telles que l'habillement des forces de l'ordre, le gardiennage ou l'entretien des bâtiments* » : LE GALL A., *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁰² DEGOFFE M. et ROUVILLOIS Fr., « Avant-propos. Le centre du débat », in *La privatisation de l'État*, CNRS Éditions, 2012, p. 6.

²⁴⁰³ SINNASSAMY Ch., *Le management public. Organisation, gestion et évaluation des politiques publiques*, Berger Levrault, coll. Les indispensables, 2014, p. 10.

²⁴⁰⁴ BEHOUGNE L., *Le financement du service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 289, 2015, p. 223.

²⁴⁰⁵ Ce qui est expressément interdit par la jurisprudence administrative : « *une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié* » : CE, ass., avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et de dépenses publiques*, n° 373788. Ou encore de manière plus explicite : « *qu'il ressort de ces circonstances que le Conseil général des Alpes Maritimes a, en fait, transféré à l'association « Agriculture 06 » dont il avait suscité la création, l'exercice de ses compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre ; que le Conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole* » : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 143.

faite d'attraction/répulsion »²⁴⁰⁶ dont l'externalisation semble aujourd'hui fixer la cadence. Or l'acception doctrinale contemporaine de la compétence offre une solution à la problématique liée à la détermination du « cœur de métier » de l'action administrative. Dès lors en tant que mode de réalisation de la compétence, l'externalisation rappelle l'influence oubliée de la coopération en droit administratif (1), et appelle une prise en compte de l'influence actuelle de la coopération en droit civil (2).

1. Une influence oubliée de la coopération en droit administratif

177.L'influence ancienne de la coopération sur la réalisation de la compétence. À l'aube de son œuvre intellectuelle, Maurice Hauriou envisageait la gestion administrative d'une manière essentiellement coopérative. Il faisait en effet de la coopération des personnes privées à la réalisation de l'intérêt général « *le criterium* » de sa détermination²⁴⁰⁷, par opposition à l'autorité. Alors qu'il confirmait par là l'impossibilité d'une réalisation collaborative de la puissance publique et d'un exercice partagé du pouvoir normatif²⁴⁰⁸, il suggérait toutefois qu'il existait une dimension matérielle de l'action administrative dont la gestion impliquerait dans une certaine mesure une coopération avec l'initiative privée. Au-delà de la démonstration du dévouement de la puissance publique à l'exercice d'une fonction de réalisation de l'intérêt général évoquant, avant l'heure, la dimension matérielle de la compétence, Maurice Hauriou associait l'idée d'une collaboration à son accomplissement. Bien qu'il l'eut par la suite quelque peu délaissée, cette idée devait se maintenir en arrière-plan de ses réflexions à tel point que la présentation de sa théorie de l'Institution vint paradoxalement parfaire, au sein même de la puissance publique, la logique de coopération²⁴⁰⁹. Une logique collaborative qui devait en effet, malgré les nombreuses évolutions que connût sa pensée, se maintenir en creux dans chacun de ses ouvrages. Si elle se trouvait effectivement au faîte de *La gestion administrative*, elle résistait également aux affres

²⁴⁰⁶ ALBERT N., « La privatisation du droit administratif le rend-elle plus performant ? », in *Performance et droit administratif*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, 2010, p. 53.

²⁴⁰⁷ « *J'avance, sauf à le prouver, que le criterium de la gestion administrative est la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est signe d'accomplissement du travail d'exécution des services publics* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 7.

²⁴⁰⁸ Rappelant en effet qu'il « *y a dans l'administration, tantôt un pouvoir qui s'affirme, tantôt un travail qui s'accomplit* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁰⁹ Il suggérait en effet qu'elle servait « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes (...), entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir* » : HAURIOU M., « La théorie de l'Institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925.

du temps et se manifestait également dans la 12^e édition de son *Précis de droit administratif*. Dès la préface de la 11^e édition Maurice Hauriou donnait en l'occurrence déjà le ton de l'état de sa pensée. Alors qu'il affirmait la prégnance de la puissance publique, il précisait « *que l'idée du service se soit substituée à celle de la domination dans les préoccupations du pouvoir, ce n'est pas un mince résultat* »²⁴¹⁰. La présentation de sa théorie de l'Institution venait alors paradoxalement parfaire au sein même de cette puissance la logique de coopération.

Prenant appui sur les réflexions entreprises par Maurice Hauriou, Julia Schmitz explique en effet que la conception objective dont il se réclamait reposait sur le postulat que « *le pouvoir s'exerce sur un objet (...), un équilibre s'établit alors entre le pouvoir de domination et l'état de choses créé* »²⁴¹¹. Les buts et les fonctions, la dimension matérielle de la compétence, venaient donc limiter et contraindre l'exercice du pouvoir, la dimension normative de la compétence. Elle rappelle également que dès les premiers temps de sa pensée, il envisageait que si, au repos, la puissance publique était une puissance de commandement, « *à l'état de mouvement, elle est une force de travail (...)* avec « *la collaboration du milieu* »²⁴¹². La théorie de l'Institution était donc elle-même sise sur l'idée de collaboration inhérente à la conception objective qu'il défendait. Le pouvoir est objectif dans la mesure où il est encadré par un objectif à atteindre, et la réunion de ces deux éléments constituent la compétence de la personne publique²⁴¹³. La gestion administrative se présente quant à elle, dans la pensée du maître de Toulouse, comme « *une méthode pour atteindre ce but* »²⁴¹⁴. Il n'oubliait pas alors la dualité de la compétence qu'il avait pu suggérer dans les premiers temps de ses réflexions. Ainsi plaçait-il au cœur même de l'organisation administrative la nécessaire coopération entre les autorités administratives et les agents ou les personnes privées ; en d'autres termes, entre les détenteurs de la compétence juridique et les détenteurs de la compétence technique²⁴¹⁵.

²⁴¹⁰ Préface de la 11^e édition du *Précis de droit administratif et de droit public* rédigée par Maurice Hauriou le 8 septembre 1926 intitulée : « La puissance publique et le service public », reproduite dans : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. XIV.

²⁴¹¹ SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2013, p. 158.

²⁴¹² SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 159.

²⁴¹³ La compétence recouvre en effet « *un principe d'action, le pouvoir administratif, dérivé du pouvoir exécutif ; un objectif à atteindre, l'accomplissement d'une fonction administrative* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 7.

²⁴¹⁴ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 8.

²⁴¹⁵ « *La compétence technique est incontestablement subordonnée à la compétence juridique, bien qu'elle lui soit associée (...), c'est la compétence technique qui commande et la compétence juridique qui obéit* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 12.

En guise de prélude à cette théorie, Maurice Hauriou supposait donc dès la fin du XIX^e siècle que la gestion administrative s'accomplissait nécessairement « *avec la collaboration du milieu* »²⁴¹⁶ dès lors qu'elle est effectuée dans l'intérêt de la société²⁴¹⁷. Il approfondissait d'ailleurs cette idée de collaboration jusqu'à affirmer que « *la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration* »²⁴¹⁸. La coopération était de la sorte consubstantielle à la réalisation de la fonction administrative ; c'est-à-dire à la réalisation de la compétence des personnes publiques, rendue possible par l'intervention préalable du pouvoir normatif. En cela Maurice Hauriou se présentait d'une certaine manière comme le précurseur de la coopération en matière administrative²⁴¹⁹ ainsi que de l'externalisation. En ce qu'il avait ainsi décomposé le fonctionnement de l'action administrative et la mise en œuvre de la réalisation de la compétence des personnes publiques, celui-ci affirmait en effet qu'il était indispensable d'y trouver une forme, quelle qu'elle soit, de collaboration²⁴²⁰. Il développa par la suite amplement la diversité de ces formules juridiques de coopération dans le cadre de l'action administrative²⁴²¹.

178.L'influence de la coopération sur les modes de réalisation de la compétence. Au-delà des traditionnelles concessions, des marchés ou travaux publics, Maurice Hauriou envisageait déjà, également, l'encadrement administratif des initiatives privées comme autant de formes

²⁴¹⁶ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 7.

²⁴¹⁷ il ne devrait d'ailleurs jamais se départir de cette hypothèse tout au long de l'évolution de sa pensée, allant même jusqu'à affirmer dans la 12^e édition de son *Précis* que « *la tâche de l'administration est trop complexe et trop lourde pour qu'elle puisse prétendre, à elle seule, la mener à bonne fin. Par ailleurs, la solidarité qui existe à l'intérieur de l'institution administrative entre administrateurs et administrés pousse ces derniers à donner aux autorités administratives leur aide pour la réalisation de l'idée directrice dont ils seront, finalement, appelés à bénéficier* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 141 et 142.

²⁴¹⁸ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, p. 8.

²⁴¹⁹ Il ne devait d'ailleurs même pas s'en cacher lorsque, a posteriori, nous relisons ces quelques mots : « *on entrevoit aussi que cette différence dans les circonstances de l'acte est de nature à entraîner des différences dans les effets juridiques, car les relations de commandement ou de subordination ne sont point les mêmes que celles de coopération* » : HAURIOU M., *Ibid.*

²⁴²⁰ « *Il est certain, d'abord, qu'aucun service administratif continu ne saurait fonctionner régulièrement sans le concours du public* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 11.

²⁴²¹ Outre les situations de collaborations dites diffuses, Maurice Hauriou développait également son analyse des « *actes de gestion accomplis par l'administration elle-même d'une façon distincte et séparable, nous nous trouvons en présence d'une telle abondance d'exemples qu'il nous faut établir des catégories. Il y a l'acte de gestion contractuelle, l'acte de gestion pécuniaire, l'acte de gestion officieuse, l'acte de gestion forcée* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 22.

de mise en œuvre coopérative de la compétence des personnes publiques²⁴²². Il poursuivait d'ailleurs cette analyse par l'examen juridique de la gestion administrative entendue comme une forme de coopération à la réalisation de la fonction administrative. Bien que réalisée avec le concours de l'initiative privée, celle-ci demeurait toujours selon lui un attribut de la puissance publique²⁴²³. Clairement, la distinction entre les dimensions normative et matérielle de la compétence était donc déjà présente dans la pensée de Maurice Hauriou et la reconnaissance d'une coopération nécessaire à sa réalisation. Elle pouvait en l'occurrence être mise en œuvre à condition d'y être autorisée pas un acte normatif habilitant²⁴²⁴. Alors qu'il démontrait l'influence de la coopération sur la réalisation de la compétence des personnes publiques, Maurice Hauriou en fixait donc d'ores et déjà les limites.

Il en vint d'ailleurs à envisager à part entière la concession comme un des procédés coopératifs de gestion administrative mis à la disposition de la personne publique²⁴²⁵. Il soulignait alors la grande diversité d'espèces au sein de la concession : gestion de service public, exploitation d'entreprise, de travaux publics ou encore domaniale²⁴²⁶. Il distinguait toutefois nettement ces procédés coopératifs de la gestion privée, laquelle ne manifestait sous aucune forme l'exercice de la puissance publique, mais au contraire l'accomplissement de la fonction administrative « *dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé et en faisant abstraction des droits et prérogatives*

²⁴²² « L'acte de gestion officieuse est celui par lequel l'administration intervient pour augmenter, pour ainsi dire, l'efficacité d'une initiative individuelle à laquelle elle s'associe » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 23.

²⁴²³ Il suggérait en effet que « l'administration et l'administré ne sont point associés par le contrat (sauf dans les hypothèses de gestion formellement contractuelle) ; ils le sont par l'ordre légal », affirmant toutefois que la puissance publique y subsistait nécessairement, ne serait qu'à son enclenchement, dans la mesure où « elle est une force aussi bien dans le travail que dans l'état de puissance » et qu'il « est évident que cette force subsiste dans le fonctionnement des services » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 69 à 73.

²⁴²⁴ Aussi affirmait-il alors que si la puissance publique « accepte des concours et des dévouements, elle a des auxiliaires et des serviteurs, elle n'abdique pas pour cela la maîtrise ; elle reste un patron qui impose son droit en même temps que sa volonté » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 76.

²⁴²⁵ « Avec le procédé de la concession, apparaît donc, de façon très nette, une association, ou tout au moins une collaboration entre particulier et l'administration, en vue du fonctionnement d'un service public » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 1015.

²⁴²⁶ Sur ce point de la diversité des formes de concession, l'exemple de la concession de mine est particulièrement éclairant, alors même qu'il ne semblerait pas anachronique aujourd'hui de le rappeler (soulignons les travaux récents relatifs à la refonte du code minier) : « L'intervention de l'État, lorsqu'il accorde la concession, a très nettement le caractère d'un acte de police. L'État cherche seulement, dans l'intérêt de la collectivité, à discerner le meilleur exploitant, il ne poursuit en rien un intérêt économique ou fiscal. Le concessionnaire, lui, est nanti d'un véritable droit de propriété » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 1056. On est alors loin de la définition traditionnelle de la concession considérée comme « une opération par laquelle un particulier se charge à ses frais, risques et périls du fonctionnement d'un service public et, le cas échéant, de l'exécution de travaux publics, grâce à un octroi temporaire de droits de puissance publique effectué d'une façon réglementaire, grâce aussi à une rémunération prévue contractuellement et résultant généralement de taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 1015.

spéciaux, exorbitants du droit commun, qu'elle tient de la puissance publique »²⁴²⁷. Maurice Hauriou pouvait en cela s'appuyer notamment sur les conclusions prononcées par Jean Romieu à l'occasion de la jurisprudence *Terrier*²⁴²⁸. Par conséquent, si la coopération à la réalisation de la compétence ne devait donc pas être confondue initialement avec la mise en œuvre de procédés de droit privé dans le cadre de l'action administrative, elle pourrait aujourd'hui trouver à s'enrichir de la prise en compte des réflexions civilistes en la matière, et plus particulièrement de l'élaboration du modèle du contrat-coopération destinée à traduire en droit la logique coopérative telle qu'envisagée par les économistes comme un mode hybride de gouvernance.

2. Une influence actuelle de la coopération en droit civil

179.L'influence du droit civil sur la coopération en droit administratif. Comme a d'ailleurs pu le démontrer Benoit Plessix²⁴²⁹, le droit administratif ne s'est jamais hermétiquement fermé au droit civil. C'est toutefois la façon dont il a pu être envisagé qui diffère grandement d'une époque à une autre. Initialement marquée du souci d'assurer l'autonomie du droit administratif, la doctrine et la jurisprudence s'employèrent à s'en inspirer par contraste, élaborant des notions et des régimes comme autant de négatifs de notions et de régimes prévus par le Code civil²⁴³⁰. L'un des exemples les plus flagrants réside dans l'opposition affirmée puis maintenue, à grand renfort d'arrêts et de théories doctrinales, entre la gestion

²⁴²⁷ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 1064.

²⁴²⁸ Prolongeant les jurisprudences *Cadot* et *Blanco*, il suggérait en effet qu'il appartenait au juge administratif de déterminer « dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé » : Conclusions Jean Romieu sur CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. p. 94, reproduites dans DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015, p. 225.

²⁴²⁹ Ce dernier parvint en effet à attester d'une influence certaine du droit civil dans le cadre de l'élaboration du droit administratif. Il soulignait notamment que « l'histoire de la conceptualisation du droit administratif offre en revanche des exemples d'emprunts au droit civil beaucoup plus fréquents », et que « dans l'élaboration du droit administratif, le droit civil a rempli hier et remplit encore aujourd'hui une seconde fonction fondamentale : il permet de satisfaire des préoccupations idéologiques » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 481 et 487.

²⁴³⁰ Benoît Plessix remarquait d'ailleurs que « si la plupart des auteurs ont toujours fait, plus ou moins consciemment, la différence entre le phénomène de la transposition et les propositions doctrinales mettant en avant les similitudes entre droit privé et droit public, il n'en demeure pas moins que le phénomène d'emprunts a toujours été perçu comme pouvant être de nature à perturber, à fragiliser l'affirmation énergique d'une autonomie infaillible du droit administratif » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 753, conduisant parfois « à nier certains emprunts faits au droit privé » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 288.

publique et la gestion privée²⁴³¹. Ainsi Paul Duez affirmait-il que le critère de répartition des compétences contentieuses proposé par Édouard Laferrière fondé sur la distinction entre les actes d'autorité et de gestion avait peu à peu cédé la place à un critère plus favorable à la compétence administrative : la distinction entre la gestion publique et la gestion privée du service public²⁴³². Une distinction largement développée par Léon Blum dans ses conclusions sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*²⁴³³ et inspirée de la jurisprudence *Terrier*. Si le droit administratif construisait donc son autonomie par le rejet des règles issues du Code civil, il n'en excluait pas pour autant l'application en tant que cadre d'une partie de l'action administrative, dès lors que celle-ci s'y intégrait volontairement²⁴³⁴.

Le droit civil exerçait donc déjà une influence sur la réalisation de la compétence lorsqu'elle se réalisait sous l'égide de la gestion privée. Le Conseil d'État lui-même put relever de longue date l'emploi par les personnes publiques de procédés de droit privé pour la réalisation d'une mission de service public. Aussi considérait-il que des missions d'intérêt général pouvaient tout à fait être menées à bien par le recours à « *des contrats de droit commun* »²⁴³⁵, ou encore par « *un contrat de droit civil* »²⁴³⁶. À côté de la concession ou du marché, il était donc admis

²⁴³¹ Évoquant « *toute une floraison d'arrêts du Conseil d'État qui font application de la théorie dite de la gestion privée* » parmi lesquels figuraient notamment : CE, 23 décembre 1921, *Compagnie générale d'armement*, rec. p. 1109 ; ou TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, rec. p. 91, Paul Duez proposait une présentation détaillée de cette théorie : DUEZ P., « La théorie de la gestion privée dans l'application de la séparation des autorités administratives et judiciaires », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 337.

²⁴³² « (...) ; désormais, sauf décision formelle de la loi, relèvent de par leur nature, de la compétence administrative tous les litiges relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics (...). Le Conseil d'État a apporté le correctif de la gestion privée, qui aboutit à laisser aux tribunaux judiciaires la connaissance d'une partie des litiges relatifs au fonctionnement des services publics » : DUEZ P., *op. cit.*, p. 337 et 338.

²⁴³³ « (...), la jurisprudence actuelle affirme la compétence administrative pour tous les litiges nés de l'organisation ou du fonctionnement des services publics (...). Mais elle maintient la distinction entre ce que l'on a appelé la gestion privée et la gestion publique » : conclusions Léon Blum sur l'arrêt : CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, rec. p. 912, reproduites dans : DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015, p. 527 et 528. Ce dernier devait d'ailleurs préciser que dans un cas de gestion privée « l'Administration, tout en agissant dans l'intérêt d'un service public, « se place volontairement dans les conditions de droit privé, soit en passant un de ces contrats de droit commun d'un type nettement déterminé par le Code civil, soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun et pour lesquelles l'Administration est censée agir comme un simple particulier » : conclusions Léon Blum sur l'arrêt : CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, rec. p. 912, reproduites dans : DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *op. cit.*, p. 528.

²⁴³⁴ « Dans l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'administration peut avoir le choix entre deux procédés : 1° Le procédé du droit public qui implique régime juridique exceptionnel, caractérisé par l'existence de règles spéciales, de « privilèges administratifs » qu'on ne trouve pas dans le droit commun ; 2° Le procédé du droit privé, qui implique le recours aux règles ordinaires du droit commun ; l'administration agit alors la façon d'un simple particulier. Dans le premier cas, on est en face de la gestion publique ; dans le second cas, en face de la gestion privée » : DUEZ P., *op. cit.*, p. 339 et 340.

²⁴³⁵ CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, rec. p. 1109.

²⁴³⁶ CE, 12 novembre 1921, *Husson*, rec. p. 937.

que soient employées des formules proprement civilistes telles que la vente, le louage ou le transport entraînant l'application du droit privé²⁴³⁷. Cette théorie devait finalement s'étendre dans la jurisprudence bien au-delà de la matière contractuelle à l'ensemble de la gestion du service public²⁴³⁸. Gaston Jèze en tint d'ailleurs compte pour justifier qu'il s'y intéressât en précisant que « *ce serait une erreur très grave que de croire très rare l'emploi des procédés de droit privé* »²⁴³⁹ pour la satisfaction des besoins d'intérêt général. Il convient toutefois de ne pas confondre la gestion privée ainsi entendue avec ce que devrait recouvrir, selon l'hypothèse soutenue, le concept d'externalisation administrative. Et s'il est vrai que ce concept s'inspire de la production doctrinale civiliste, il n'en demeure pas moins propre au droit administratif.

Gaston Jèze précisait d'ailleurs que, si les personnes publiques empruntaient parfois des procédés de droit privé, la plupart du temps elles préféreraient ou devaient employer des instruments de coopération dédiés à la réalisation de la compétence prévus par le droit administratif. Il ne niait pas cependant, là aussi, une influence du droit civil lorsqu'il soulignait l'existence d'une inspiration civiliste incontestable, combinée avec les nécessités inhérentes au fonctionnement du service public²⁴⁴⁰. Il admettait toutefois, au-delà de cet influence formelle du Code civil, un emprunt plus général des moyens privés pour « *assurer le fonctionnement des services publics* »²⁴⁴¹, concédant par là que l'action administrative se composait bien d'une double dimension à la fois normative, pour commander et contraindre, et d'une dimension matérielle afin de concrétiser la réalisation de la fonction

²⁴³⁷ « (...), si l'administration conclut un contrat d'un type nettement déterminé par le droit civil ou le droit commercial (...), obéissant intégralement aux règles ordinaires du droit commun, la théorie de la gestion privée trouvera application » : DUEZ P., *op. cit.*, p. 344.

²⁴³⁸ Les décisions *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Société générale d'armement* et *Robert Lafreygère* y contribuèrent grandement sous l'influence des conclusions prononcées par René Rivet à l'occasion desquelles il affirma qu'il était temps de généraliser la théorie de la gestion privée « *à l'ensemble des contestations qui peuvent naître de la marche d'un service industriel* » : conclusions prononcées par René Rivet sur l'arrêt : CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, RDP, 1923, p. 244.

²⁴³⁹ JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La notion de service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, T. 2, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 81.

²⁴⁴⁰ « *Toutes les fois qu'il s'agit d'assurer le fonctionnement d'un service public, on n'applique pas nécessairement les textes du Code Civil ou des lois de droit privé, qui régissent les rapports de particulier à particulier dans des hypothèses analogues. Avant tout, on s'inspire des idées générales qui justifient ces textes. On combine ces textes avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu du service public* » : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, T. 3, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 297.

²⁴⁴¹ Il constatait en effet que « *les agents publics ont besoin, pour assurer le fonctionnement des services publics, que certaines choses matérielles, existantes ou à fabriquer, à construire, soient mises à leur disposition* » : JÈZE G., *Ibid.*

administrative²⁴⁴². Il admettait toutefois ainsi que la compétence puisse être réalisée en coopération avec d'autres personnes, publiques ou privées. Toujours fortement marquée par l'intérêt général et les sujétions qu'il impose²⁴⁴³, la coopération à la réalisation de la compétence des personnes publiques était donc déjà présente dans la pensée de ses architectes du droit administratif, et devait parfois passer par l'emprunt de formules du Code civil, ou du moins inspirées par elles²⁴⁴⁴. Bien qu'il scellât par la suite, pour un temps du moins, le sort de la pensée développée par Gaston Jèze, Charles Eisemann en conserva certains des linéaments. Repartant des conclusions de Roger Latournerie sur l'arrêt *Caisse primaire « Aide et Protection »*, il appelait en effet à constater l'existence des hypothèses de coopération bien au-delà du seul champ de la concession de service public²⁴⁴⁵. Il développait alors à part entière une « *théorie des institutions privées gérant un service public* »²⁴⁴⁶ qui devait s'étendre avec le temps à *l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*²⁴⁴⁷ pour se poursuivre aujourd'hui avec l'hypothèse d'une externalisation de la réalisation de la compétence des personnes publiques ; et ce, continuellement sous l'influence plus ou moins grande, plus ou moins avouée, du droit civil.

180.L'influence du contrat-coopération sur la coopération en droit administratif. Alors qu'il menait sur le terrain de la théorie des actes une étude comparative de droit privé et de droit administratif, Charles Eisenmann relevait même qu'il existait invariablement une distinction

²⁴⁴² Bien qu'il ne s'y affiliât pas explicitement, il se plaçait indiscutablement dans la droite ligne de la pensée sous-jacente à l'œuvre de Maurice Hauriou, à savoir l'idée selon laquelle la fonction administrative ne pouvait se réaliser concrètement qu'à travers une collaboration plus ou moins active avec les administrés.

²⁴⁴³ Gaston Jèze nota à propos de cela, en matière contractuelle notamment, l'existence dans la jurisprudence du Conseil d'État de « *contrats passés par l'administration pour assurer le fonctionnement d'un service public, et qui sont régis par des règles particulières autres que celles applicables aux rapports des particuliers entre eux* » : JÈZE G., *op. cit.*, p. 298. Il ne se départissait alors pas de la pensée de son maître selon lequel « *il n'y a pas de différence quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 2^e éd. E. de Brocard, 1923, p. 41.

²⁴⁴⁴ La critère de distinction alors en cours dans la jurisprudence du Conseil d'État pour qualifier un contrat de contrat administratif résidait alors essentiellement dans les règles spéciales qui lui étaient imposées en raison des nécessités inhérentes au fonctionnement du service public : « *Quant il s'agit de contrat, il faut rechercher non en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat, d'après sa nature même... Il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat, par lui-même et par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et contexture, un contrat administratif* » : conclusions Léon Blum sur CE, 21 juillet 1912, *Société des granits de Lille*, Rec. p. 909 ; RDP, 1914, p. 150 et s.

²⁴⁴⁵ « *En tout cas, à partir de 1938, force est à la doctrine de constater l'existence de ce phénomène en dehors de l'hypothèse des sociétés concessionnaires de service public* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome I, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 655.

²⁴⁴⁶ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 668.

²⁴⁴⁷ NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971.

fondamentale entre les actes juridiques et les actes matériels²⁴⁴⁸. Ainsi devait-il alors préciser ce que la doctrine entendait par actes matériels des personnes publiques en indiquant qu'ils recouvraient notamment, « *pour les agents administratifs, l'activité du cantonnier, du mécanicien, de l'ouvrier d'un établissement public, ou encore du soldat* »²⁴⁴⁹. Le même Charles Eisenmann soulignait d'ailleurs la méconnaissance doctrinale de cette dichotomie fondamentale. Il rappelait aussi la profonde lacune des doctrines aussi bien civilistes que publicistes s'agissant de la définition des actes matériels²⁴⁵⁰. Centrées sur l'acte juridique, les doctrines se contentaient effectivement d'une définition négative, par exclusion, de l'acte matériel, laissant alors dans l'ombre son essence. Prétendant rompre avec cette présentation théorique traditionnellement admise sans être précisée, il affirmait par conséquent que « *les actes juridiques ainsi définis se subdivisent en deux catégories, il sont de deux espèces : d'une part, les actes juridiques normateurs, actes de législation, actes de juridiction, décisions administratives, conclusion d'un contrat, etc., et, d'autre part, les actes juridiques que l'on pourrait appeler effectifs, ou matériels* »²⁴⁵¹. La consécration de la dimension matérielle de la compétence, aux côtés d'une dimension normative destinée à l'encadrer, trouvait ainsi une confirmation sur le champ des actes ; une distinction corroborée par le droit civil.

Charles Eisenmann soulignait également l'existence d'opérations matérielles juridiquement obligatoires ayant pour objet l'accomplissement d'une prestation de services. Il associait alors les opérations matérielles issues d'une obligation civiliste de donner ou de faire à l'action administrative par laquelle sont mis « *à la disposition des administrés ou de certains administrés des biens ou des services de nature extrêmement différente* »²⁴⁵², confirmant que ces actes juridiques matériels puissent être effectués par une personne publique ou en

²⁴⁴⁸ Aussi posait-il la « *certitude de la présence d'actes juridiques et d'actes matériels en droit administratif et en droit privé* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 367. Et de préciser alors que « *tous les juristes s'accordent à considérer comme fondamentale, probablement comme la première de toutes les classifications des actes, celle qui oppose les « actes juridiques » et les « actes matériels »* ». Il notait d'ailleurs que, « *dans la vie administrative, certains agents accomplissent des actes juridiques, d'autres des fonctions qui consistent dans l'accomplissement d'actes matériels* », alors que « *dans la vie privée, c'est trop clair, chaque particulier accomplit et des actes juridiques et des actes matériels* ».

²⁴⁴⁹ EISENMANN Ch., *Ibid.*

²⁴⁵⁰ Aussi relevait-il pour ce qui concerne la doctrine administrativiste la définition proposée par André de Laubadère selon lequel les actes matériels désigneraient « *les agissements divers et les opérations d'exécution telles que enquêtes, devis prestations de choses ou de services* » : DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1953, p. 155. La sentence de Charles Eisenmann était alors apparemment irrévocable : « *La doctrine civiliste ne donne à cet égard aucune indication sérieuse. Quant aux publicistes, les explications, s'il s'en trouve, sont extrêmement vagues (...). Bref, que l'on nous renvoie à ce terme « agissements » ou au terme « exécution » sans les définir, nous ne sommes pas beaucoup plus fixés sur les caractères positifs qui font l'acte matériel* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 369 et 370.

²⁴⁵¹ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 391.

²⁴⁵² EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 393.

coopération avec une personne privée. Mais alors que Charles Eisenmann considérait cependant ces actes matériels comme présentant une importance limitée, l'hypothèse ici avancée implique une réappropriation par la doctrine administrativiste de cette distinction autrefois pérenne, et qui demeure en droit civil. Certains actes normateurs, expression de la dimension normative de la compétence, procéderaient ainsi à l'habilitation d'une personne, publique ou privée, à la réalisation de la compétence d'une personne publique par des actes matériels. L'influence actuelle du droit civil conduit alors à envisager cette distinction sous un angle dynamique comme l'y invitent les travaux menés en matière de théorie générale du contrat par les thuriféraires du modèle du contrat-coopération. Consistant en l'association de prestations instrumentales complémentaires destinées à faciliter la réalisation en commun d'une prestation finale²⁴⁵³, ce modèle, exprimant juridiquement la mise en œuvre de la logique coopérative, devrait à un double titre trouver sa place en droit administratif pour expliquer la tendance à l'externalisation de l'action administrative. D'une part, car il permet d'envisager d'une façon nouvelle la collaboration inhérente à la réalisation de la fonction administrative et, d'autre part, parce qu'elle offre une articulation originale des dimensions normative et matérielle de la compétence des personnes publiques. Partant du postulat que seule la réalisation de la compétence pourrait faire l'objet d'une externalisation et non l'exercice du pouvoir normatif, la transposition du modèle du contrat-coopération permet d'en proposer une conceptualisation inspirée des théories civilistes. La réalisation coopérative de la de la compétence des personnes publiques constituerait alors la prestation finale à l'accomplissement de laquelle participeraient certaines prestations instrumentales exécutées par des personnes publiques ou privées. Une telle transposition est donc possible ; elle ne serait d'ailleurs pas la première en la matière²⁴⁵⁴.

²⁴⁵³ Précisons pour rappel que ce modèle est en effet présenté de la manière suivante par Suzanne Lequette : « opérant la mise en relation des actifs complémentaires des partenaires dans le cadre d'un projet commun, il coordonne leurs intérêts convergents mais différents (...). Unies par un lien de complémentarité ordonnancée, les obligations remplissent une fonction particulière : en vertu d'une obligation instrumentale, une partie s'engage à fournir des moyens à l'autre partie, laquelle en vertu d'une obligation finale s'engage à les exploiter dans leur intérêt partagé » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 474.

²⁴⁵⁴ Soulignons par exemple l'importance de l'influence exercée par le droit civil sur la doctrine en droit administratif lorsqu'elle tâchait de déterminer les outils adéquats afin de proposer des instruments assurant la soumission au pouvoir central dans le cadre de la décentralisation : « (...), la fabrication de la notion de tutelle administrative montre que le droit civil peut être un instrument au service d'un principe fondateur de l'organisation administrative française : la centralisation » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, 2003, p. 604. Plus proche de notre sujet d'étude, rappelons également le rapprochement opéré par François Llorens entre le contrat d'entreprise et le marché de travaux publics au point de reconnaître l'existence d'une « transposition du droit civil dans la matière des contrats administratifs » : LLORENS Fr., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics. Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 139, 1978, p. 192.

181.L'adaptation fonctionnelle du contrat-coopération. En écho à une longue tradition doctrinale favorable à la coopération, Marion Ubaud-Bergeron affirme que l'externalisation d'activités publiques « *n'est pas neuve, puisque le contrat de concession repose précisément sur cette logique* », bien qu'elle ne puisse s'y réduire²⁴⁵⁵. Phénomène de mode, avatar de la réforme de l'État, ou encore conséquence de la recherche de performance, l'externalisation administrative ne saurait être ainsi résumée à une simple tendance ni même à une modalité contractuelle particulière. Reconnaissant que les personnes publiques n'exercent parfois plus elles-mêmes leurs compétences, mais en confient l'accomplissement à des tiers, Marion Ubaud-Bergeron objecte cependant, à l'instar d'une majeure partie de la doctrine, que certaines compétences devraient, par nature, être mises en œuvre exclusivement par leurs soins²⁴⁵⁶. L'hypothèse ici soutenue viendrait cependant éclairer d'une autre façon cette question en se détachant de la nature des compétences ou des activités dont elles autorisent l'exercice. La transposition du modèle du contrat-coopération invite en effet à décomposer le mécanisme de réalisation de la compétence des personnes publiques en distinguant l'exercice du pouvoir normatif de sa réalisation proprement dite. Si l'exercice de la puissance publique contraignante et exorbitante ne saurait être mis en œuvre que par la personne publique légalement habilitée. La réalisation de la compétence, à contrario, pourrait quant à elle être accomplie de manière coopérative par l'association d'autres personnes, publiques ou privées²⁴⁵⁷. Guylain Clamour remarque d'ailleurs qu'après la dépenalisation du stationnement

²⁴⁵⁵ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 8. Et de préciser en effet que « *l'externalisation favorise la contractualisation mais ne l'impose pas pour autant, puisqu'elle peut parfaitement être organisée en soi par un procédé unilatéral (il s'agira par exemple d'habilitation unilatérale à gérer le service public)* ».

²⁴⁵⁶ Aussi le Conseil d'État considérait-il à ce titre que « *les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques* » : CE, sect., 6 novembre 2009, *Sté Prest'action*, rec. p. 445.

²⁴⁵⁷ En d'autres termes la compétence en tant que telle demeurerait dans la giron de la personne publique, et seule son accomplissement serait confié, par une habilitation particulière, à ce partenaire d'un temps. Pour rester dans le domaine évoqué précédemment, celui du recouvrement des recettes publiques, nous nous devons de préciser que le législateur semble aller dans le sens de l'externalisation ainsi conçue, et à rebours de la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi en va-t-il lorsqu'il admet que si les comptables ont bien la charge exclusive de manier les fonds publics, « *à l'exclusion de toute exécution forcée de leurs créances, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent, après avis conforme de leur comptable public et par convention écrite, confier à un organisme public ou privé l'encaissement : 1° Du produit des droits d'accès à des prestations culturelles, sportives et touristiques ; 2° Du revenu tiré des immeubles leur appartenant et confiés en gérance, ou d'autres produits et redevances du domaine dont la liste est fixée par décret ; 3° Du revenu tiré des prestations assurées dans le cadre d'un contrat portant sur la gestion du service*

payant que « *l'externalisation de l'exécution des recettes fait désormais clairement partie de la boîte à outils du droit public* »²⁴⁵⁸. Le sens de l'Histoire juridique, du chemin emprunté par le législateur paraît bien être celui de l'externalisation de l'action administrative entendue comme celle de la réalisation coopérative de la compétence des personnes publiques²⁴⁵⁹. Aussi est-il possible de fournir une explication nouvelle à la distinction posée par la doctrine entre les situations dans lesquelles « *la personne publique recherche le concours du contractant pour l'exercice d'une mission de service public* », et celles où « *les personnes publiques exercent leur mission de service public* »²⁴⁶⁰, tout en dépassant la seule question du service public. Dès lors que la réforme prend désormais en priorité pour objet les modalités de réalisation de la compétence en s'inspirant du management et de la stratégie d'entreprise, l'externalisation administrative doit donc s'inspirer de la traduction qu'a pu en donner le droit civil à travers le modèle du contrat-coopération. La première étape d'une transposition de ce modèle civiliste consisterait donc en une prise en compte fonctionnelle de la compétence dans le cadre de la prestation finale, ainsi qu'à son assimilation à une norme d'habilitation.

Apparaissent alors en filigrane deux éléments caractéristiques du concept d'externalisation administrative : d'une part, l'assimilation de la réalisation coopérative de la compétence à la prestation finale du contrat-coopération et, d'autre part, l'apparition des prémisses de la distinction entre le statut de norme d'habilitation primaire de la compétence et de norme d'habilitation dérivée que constituerait la prestation instrumentale ; en d'autres termes, les prémisses de la distinction de la compétence et de sa réalisation matérielle. Aussi François Vincent envisageait-il déjà une telle dichotomie estimant que « *le mot compétence désigne à la fois le pouvoir reconnu à un fonctionnaire de faire des actes juridiques mais encore d'accomplir régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations n'ayant pas le caractère juridique* »²⁴⁶¹. Alors que l'exercice du premier devait relever exclusivement de la personne publique légalement habilitée²⁴⁶², les secondes pouvaient tout à fait être confiées à un

public de l'eau, du service public de l'assainissement ou de tout autre service public dont la liste est fixée par décret » : article L. 1611-7-1 du Code général des collectivités territoriales. Et le législateur de préciser également que « *l'État, ses établissements publics, les groupements nationaux d'intérêt public et les autorités publiques indépendantes peuvent, après avis conforme de leur comptable public et par convention écrite, confier à un organisme privé l'encaissement de recettes ou le paiement de dépenses* ».

²⁴⁵⁸ CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

²⁴⁵⁹ Le fait qu'il soit effectivement précisé qu'il ne s'agit bien là que de l'externalisation de « *l'exécution des recettes* » confirmerait cette hypothèse qu'éclaire le modèle civiliste du contrat-coopération.

²⁴⁶⁰ UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 98 et 101.

²⁴⁶¹ VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, 1966, p. 15 et 16.

²⁴⁶² Ainsi entendue comme un pouvoir, la personne publique « *ne dispose d'aucun droit sur sa compétence. Elle ne peut ni la céder, ni renoncer à l'exercer* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 259.

partenaire. Claude Blumann approfondissait pour sa part cette double dimension de la compétence et, participant de l'élaboration des linéaments de ce qui constituerait l'externalisation administrative, il admettait quant à lui qu'il existait une différence notable entre la cession ou délégation de compétence opérant un transfert des pouvoirs et la cession ou concession de service public se limitant à un transfert de la fonction administrative ; c'est-à-dire de la seule réalisation de la compétence²⁴⁶³. Alors que Jean-Joël Governatori mettait en évidence une « *mutation rampante de l'organisation des missions d'intérêt général* »²⁴⁶⁴, il est possible d'en préciser les contours à l'aide du concept d'externalisation administrative. Dépassant l'utilisation traditionnelle de la cause et de l'objet en droit administratif, il s'agira de s'en servir pour préciser la spécificité de sa fonction²⁴⁶⁵. Inspiré du modèle civiliste du contrat-coopération, ce concept conduit à assimiler en effet la réalisation de la compétence à une prestation finale (A), conduisant ainsi à envisager la compétence comme une norme d'habilitation primaire à la réalisation de la fonction administrative (B).

A. L'assimilation de la prestation finale à la réalisation de la compétence

182. Une confusion de l'objet et de la cause propre au contenu du contrat-coopération. Alors que Laure Tonnet-Mirepoix reconnaît que l'externalisation, quelle que soit la forme qu'elle emprunte, repose toujours sur une idée similaire tenant à confier à des tiers l'exécution d'une mission bien définie²⁴⁶⁶, elle affirme qu'elle implique nécessairement la prise en compte de son objet²⁴⁶⁷ envisagé comme « *l'opération juridique et économique voulue par les*

²⁴⁶³ Selon lui, la différence résidait essentiellement dans le fait qu'il s'agissait dans la seconde non « *de l'attribution d'un pouvoir juridique précis mais de la transmission à un particulier d'une activité, certes d'intérêt général mais qui n'est pas du ressort exclusif de la puissance publique* », et « *ne dépouille en rien l'autorité concédante de ses prérogatives et de ses compétences* » : BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 246.

²⁴⁶⁴ GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 193. Il rappelait effectivement que « *la loi et la jurisprudence valident de plus en plus fréquemment la collaboration public/privé pour des tâches gravitant dans la sphère des missions de souveraineté* ».

²⁴⁶⁵ Marion Ubaud-Bergeron rappelle en effet qu'en droit administratif également « *l'objet et la cause du contrat sont des éléments essentiels qui conditionnent la validité du contrat : ces notions s'attachent ainsi à la dimension matérielle du contrat, c'est-à-dire la finalité matérielle pour laquelle l'acte est conclu* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 270.

²⁴⁶⁶ Effectivement, alors que l'externalisation fonctionnelle désignerait selon elle « *le processus par lequel les personnes publiques confient l'exécution d'activités dont elles ont la charge à des tiers* », l'externalisation matérielle représenterait « *le fait pour le titulaire d'un contrat public de confier l'exécution des prestations contractuelles à des tiers* » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse I Capitole, thèse dact., 2012, p. 39 et 40.

²⁴⁶⁷ Alors que les contrats permettant l'externalisation fonctionnelle ont « *pour objet même la réalisation d'une opération d'externalisation* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 92, « *le recours à l'externalisation matérielle partielle peut résulter de l'instrument contractuel envisagé. Dans certaines hypothèses, l'objet du*

parties »²⁴⁶⁸. Et si Marion Ubaud-Bergeron rappelle effectivement que l'objet du contrat joue en droit administratif un rôle dans sa qualification²⁴⁶⁹, la détermination de l'objet de l'externalisation administrative lié à une logique coopérative devrait nécessairement influencer son identification en droit positif, ainsi que sa structure. Au-delà de cet intérêt porté à l'objet des contrats permettant la réalisation de l'externalisation, Laure Tonnet-Mirepoix souligne d'ailleurs l'importance équivalente de la cause par un intéressant emprunt à la théorie civiliste des groupes de contrats. Ainsi convoque-t-elle aux côtés de l'objet un second point cardinal de la théorie générale du contrat, et dont le modèle du contrat-coopération est également pétri : la notion de cause²⁴⁷⁰. Or il a pu sembler pendant un temps à la doctrine qu'elle pouvait être assimilée à la notion de compétence²⁴⁷¹. Dès lors quelques pierres de l'édifice d'un concept administratif d'externalisation semblent posées. En ce qu'elle associe l'externalisation fonctionnelle à des chaînes de contrats et l'externalisation matérielle à des ensembles de contrats²⁴⁷², Laure Tonnet-Mirepoix expose en effet d'une certaine manière les données nécessaires à une telle démarche. Situées au cœur du raisonnement finement élaboré par Suzanne Lequette s'agissant du contrat-coopération²⁴⁷³, les notions d'objet et de cause devraient également converger en droit administratif vers le point névralgique de l'externalisation administrative : la réalisation de la compétence des personnes publiques.

contrat nécessite lui-même le recours à des prestataires par le titulaire du contrat qui ne peut satisfaire seul aux besoins de la personne publique » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 148.

²⁴⁶⁸ MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 339.

²⁴⁶⁹ « *L'objet du contrat joue d'abord un rôle essentiel de qualification juridique des contrats administratifs (...), le juge administratif français lui accorde une place plus importante en raison du rôle joué par la notion de satisfaction des besoins propres du pouvoir adjudicateur (...). L'objet joue alors un rôle opérant de classification des différents contrats administratifs* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 270 et 271.

²⁴⁷⁰ Démontrant la pertinence d'une transposition de cette théorie élaborée par Bernard Teysse, elle passe en effet successivement d'une présentation des chaînes de contrats marqués par une identité d'objet, aux ensembles de contrats caractérisés par une identité de cause.

²⁴⁷¹ Aussi Marion Ubaud-Bergeron précise-t-elle que « *le droit administratif des contrats semblait s'être bâti sans référence claire à la notion de cause, la notion de compétence y jouant probablement un rôle de substitution* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 272. Bien qu'il semble aujourd'hui la reconnaître, le juge administratif l'envisage essentiellement sous l'angle de la cause illicite ; c'est-à-dire d'une incompatibilité des buts poursuivis avec certaines règles, et notamment la compétence : exemples : CE, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, n° 259809, ou encore : CE, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, n° 279045.

²⁴⁷² « *À chaque forme d'externalisation correspond un groupe de contrats publics d'externalisation : l'externalisation fonctionnelle favorise la formation de chaînes de contrats publics à dépendance temporelle, l'externalisation matérielle provoque l'émergence de chaînes de contrats publics à dépendance unilatérale et d'ensemble de contrats publics* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 460.

²⁴⁷³ Aussi précise-t-elle que « *reste alors à appliquer la méthode d'analyse au contrat-coopération. Son objet défini, on tentera de mettre en évidence au moyen de la cause, sa structure juridique* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 132.

L'idée soulevée par Laure Tonnet-Mirepoix selon laquelle la traduction administrative de l'externalisation devrait consister en une tentative de réunion d'un ensemble d'éléments en un tout uni²⁴⁷⁴ doit conduire sur la voie envisagée : celle du recours au modèle du contrat-coopération qui poursuit une logique similaire. Reprenant à son compte les propos de Maurice Hauriou, Morgan Bunel affirme d'ailleurs à l'appui de son hypothèse que les actes administratifs entretiennent « *des relations fonctionnelles avec « un groupe d'actes qui doit son unité à ce que tous les actes convergent vers un même but administratif »* »²⁴⁷⁵, justifiant une analyse par le prisme de la chaîne d'actes. Cependant, alors que la théorie des groupes de contrats et ses avatars en droit administratif convoquent l'idée selon laquelle la traduction juridique de l'action administrative ne pourrait se matérialiser autrement que par une pluralité d'actes, l'hypothèse avancée du concept administratif d'externalisation fondée sur une inspiration tirée du modèle du contrat-coopération apporte une explication alternative reposant non plus sur la pluralité des actes, mais sur la pluralité des normes au sein d'un seul et même acte caractérisé par un contenu²⁴⁷⁶ propre à la fonction particulière de l'externalisation en droit administratif. La transposition en droit administratif du modèle du contrat-coopération suggère donc une alternative à la théorie des chaînes d'actes utile à la mise en œuvre de l'action administrative. Il s'agirait alors de s'en servir afin de déterminer l'influence fonctionnelle de l'externalisation sur la compétence (1), et de saisir l'acclimatation de la prestation finale aux spécificités inhérentes à la réalisation de la compétence (2).

1. L'influence fonctionnelle de l'externalisation administrative sur la compétence

183.La fonction particulière de l'externalisation en droit administratif. Même si « *l'observation du champ de l'action administrative opérationnelle fournit de nombreux actes juridiquement liés pour satisfaire une finalité recherchée par la personne publique* »

²⁴⁷⁴ Dans le cadre de l'externalisation, nécessairement contractuelle selon elle, « *les parties s'ingénient alors à mettre en place une construction contractuelle reposant sur un assemblage d'éléments distincts formant un ensemble fonctionnel* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 460.

²⁴⁷⁵ BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 71, citant : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^e éd., Sirey, 1933, p. 441. Liant également les notions d'objet et de cause présentent au cœur de la théorie des groupes de contrats, Morgan Bunel parvient à démontrer que « *les actes sont hiérarchiquement liés au sein de l'ordonnement juridique avec les normes supérieures. Ils sont fonctionnellement liés dans le cadre d'une opération administrative lorsqu'ils participent, avec d'autres à la réalisation d'un but commun* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 71.

²⁴⁷⁶ Rappelons que nous entendons par contenu du contrat, inspiré en cela par les évolutions récentes du droit civil, la réunion de la cause et de l'objet « *englobant la substance des obligations et la finalité qui les sous-tend* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 273.

participant de la réalisation d'un but commun²⁴⁷⁷, il est toutefois possible d'envisager l'appréhension d'un acte juridique qui, s'il n'épuise pas l'intégralité d'une opération administrative, permette de prendre la mesure d'une telle finalité. En cela, la notion préalablement évoquée en matière de droit civil d'économie, ou de contenu du contrat, pourrait être étendue afin de retenir cet élément essentiel propre à toute opération administrative²⁴⁷⁸. L'économie de l'opération administrative désignerait alors son point névralgique, le pivot autour duquel s'articuleraient tous les rouages juridiques nécessaires à son accomplissement. De la même manière que la théorie des groupes de contrats n'a pu *in fine* satisfaire pleinement la doctrine civiliste lorsqu'elle s'est attelée à rendre compte de la traduction juridique de l'externalisation, et à travers elle plus généralement de la coopération, la réduction de la mise en œuvre de l'action administrative au sein des seules chaînes d'actes²⁴⁷⁹ semble devoir occulter la possibilité que la complexité inhérente à la multitude puisse être atténuée par un retour au moins apparent à l'unicité. Une pluralité d'obligations se substituerait alors à la pluralité d'actes juridiques. Et de la même manière que l'appréhension de la prestation caractéristique et de l'économie du contrat a pu permettre de voir émerger au sein de la théorie générale du contrat le modèle du contrat-coopération, la prise en compte de l'opération administrative à travers le contenu du contrat devrait conduire à déterminer plus clairement le concept d'externalisation en ce qu'il permet de confier la réalisation de la compétence d'une personne publique à un partenaire. En ce qu'elle précise les applications de la notion d'objet en droit administratif²⁴⁸⁰, Laure Marcus en conclut d'ailleurs que « *la notion d'objet du contrat qui exprime l'unité de la relation contractuelle permet, en effet, de*

²⁴⁷⁷ BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 119.

²⁴⁷⁸ Marion Ubaud-Bergeron rappelle sur ce point que « *le contenu du contrat présente l'avantage d'être sans doute une notion plus accessible en pratique que celle de l'objet et de la cause du contrat* » au point d'ailleurs que le juge administratif et le législateur y fasse explicitement référence désormais : cf. pour la jurisprudence : CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509, et cf. pour le législateur : Section 4 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession portant sur « Le contenu des contrats de concession ».

²⁴⁷⁹ « *L'action administrative se matérialise par la réalisation de nombreuses opérations composées des moyens juridiques et matériels nécessaires pour parvenir à la finalité recherchée. L'opération administrative repose sur un enchaînement de plusieurs actes* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁸⁰ Ainsi Laure Marcus propose-t-elle une double distinction fondamentale à la compréhension du rôle de l'objet du contrat en droit administratif. D'une part, il ne doit pas être confondu avec la notion plus restreinte de but de service public. D'autre part il se distingue également des notions d'objet de l'obligation et d'objet de la prestation. Aussi convoque-t-elle à cette fin des auteurs civilistes telle que Marie-Élodie Ancel et son étude consacrée à la prestation caractéristique. Elle rappelle alors que « *dans les contrats d'intérêt commun qu'elle décrit par l'image d'un carénage qui enchaîne entre elles les prestations contractuelles, la prestation caractéristique est la prestation finale au service de laquelle les autres prestations sont instrumentalisées* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 395.

dépasser la pluralité des obligations, des effets de droit et des prestations composant le contrat »²⁴⁸¹, et représente finalement la prestation caractéristique.

S'il ne fait pas de doute alors que l'opération administrative désigne bien l'ensemble des actions des personnes publiques destinées à l'accomplissement de leurs missions²⁴⁸², la question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'en déterminer la consistance. Alors que Morgan Bunel considère qu'elle se compose invariablement d'une succession d'actes juridiques, il sera retenu ici un point de vue orienté vers une dimension matérielle²⁴⁸³ en vertu de laquelle la diversité des actes administratifs laisserait place à « *une série d'actes matériels ou techniques, accomplis en exécution d'un ouvrage, d'une mission* »²⁴⁸⁴. Ainsi entendue la notion d'opération administrative serait mieux à même de favoriser la détermination de la fonction de l'externalisation administrative dès lors qu'elle désigne « *la réalisation ou l'exécution finale du droit (...) et tend essentiellement à assurer des prestations de choses ou de services* »²⁴⁸⁵, et donc engendre cette fonction. De la même manière que l'économie du contrat détermine en partie l'instrument employé par les contractants ainsi que son contenu, la fonction administrative prend une part active au remaniement de l'externalisation. L'appréhension de la fonction de l'externalisation en droit administratif passe donc par le rappel de l'objet typique du contrat-coopération dans la mesure où ce modèle constitue le point de départ retenu afin de parvenir à une conceptualisation de l'externalisation, et que la

²⁴⁸¹ MARCUS L., *op. cit.*, p. 399.

²⁴⁸² « *L'opération administrative renvoie alors à un travail ou à une tâche accomplie par l'administration (...). Les opérations administratives évoquent les opérations de travaux publics, les opérations de service public, les opérations électorales, les opérations de puissance publique, les opérations de police, les opérations d'urbanisme, les opérations de gestion du domaine public et privé* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 122.

²⁴⁸³ Nous tenons à préciser que Morgan Bunel ne néglige pas cette dimension matérielle, loin de là. Aussi précise-t-elle d'ailleurs que « *l'opération administrative peut s'entendre selon une approche strictement matérielle (...), le contenu de l'expression est circonscrit aux seuls agissements, faits et actes matériels d'exécution* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 123. Elle indique toutefois que cette dimension matérielle de la notion d'opération administrative ne présente qu'un intérêt modéré pour la démonstration qu'elle élaborerait, lui préférant alors sa dimension juridique.

²⁴⁸⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 2016, p. 712.

²⁴⁸⁵ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II., coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 188. Une telle influence de la finalité poursuivie sur l'action accomplie est d'ailleurs également affirmée par Morgan Bunel : « *La teneur d'une chaîne fonctionnelle s'appréhende donc en fonction du besoin recherché par la personne publique, ou de l'objectif poursuivi* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 128 et 129. Aussi alors que pour les chaînes fonctionnelles elle se manifeste par une diversité de leur composition et de leurs rouages (« *En effet, à la diversité des finalités poursuivies correspond différentes chaînes fonctionnelles matériellement hétérogènes. Certaines reposent sur un enchaînement d'actes strictement réglementé alors que pour d'autres opérations, l'administration peut choisir les moyens à enchaîner pour parvenir aux résultats souhaités* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 129), elle implique de manière générale pour l'externalisation une adaptation à la fonction administrative qu'elle participera à concrétiser.

prise en compte de l'objet de l'externalisation « *permet d'envisager celle-ci du point de vue de l'opération économique qu'il organise* »²⁴⁸⁶.

Aussi Suzanne Lequette appelle-t-elle effectivement à « *prendre davantage de hauteur et à considérer les prestations réelles comme les moyens de concourir à la finalité à laquelle le contrat est ordonné* »²⁴⁸⁷. Rapportée à la mise en œuvre de l'action administrative, l'économie du contrat-coopération se traduirait donc par l'identification de la fonction administrative comme finalité dictant l'organisation des moyens matériels nécessaires à son accomplissement²⁴⁸⁸. Reprenant le raisonnement proposé par Marie-Élodie Ancel²⁴⁸⁹, la fonction coopérative de l'externalisation transposée en droit administratif se singularise nécessairement dès lors qu'il est admis que la finalité poursuivie correspond à la mise en œuvre d'une opération administrative. Épousant toujours « *étroitement les formes de la coopération économique* »²⁴⁹⁰, l'économie de l'externalisation administrative présente par conséquent une fonction particulière singularisée par les caractéristiques de sa finalité : la réalisation de la compétence d'une personne publique. Le concept administratif d'externalisation ne peut par conséquent correspondre en tout point à son pendant civiliste. Il apporte toutefois, au-delà de ce constat, un élément de compréhension des rouages de la marche de l'action administrative dont les formules traditionnelles peinaient à rendre compte. L'unité du concept d'externalisation administrative ne réside donc pas essentiellement dans son vecteur juridique mais bien plutôt dans sa fonction, laquelle implique une structure particulière de l'acte.

184.L'incorporation de la compétence au cadre de l'externalisation. Ayant pour fonction de confier la réalisation matérielle de la compétence d'une personne publique à un partenaire, l'externalisation administrative présente certaines caractéristiques remarquables. Outre la structure particulière de l'acte juridique employé pour sa mise en œuvre, il convient de s'appesantir durant quelques lignes sur cette opération si spéciale qui en est le motif principal.

²⁴⁸⁶ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 132.

²⁴⁸⁷ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 136.

²⁴⁸⁸ Car pour ce qui concerne le contrat-coopération, « *il faut considérer à la lumière de cette finalité la manière dont les prestations réelles s'agencent et se coordonnent entre elles* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²⁴⁸⁹ Aussi rappelle-t-elle qu'elle démontrait en effet que « *la prestation caractéristique, la prestation finale, dans son résultat, est donc une prestation objective recherchée par les deux parties* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 395.

²⁴⁹⁰ Suzanne Lequette affirme en effet que, « *ainsi définie, l'économie du contrat-coopération épouse étroitement les formes de la coopération économique* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 137.

Sur ce point, l'exemple constitué par le contrat de franchisage offre une très bonne illustration de cette substance. Engagé à exploiter le savoir-faire du franchiseur afin de satisfaire les intérêts de chacun, le franchisé se voit confier la réalisation matérielle d'une fonction qui aurait pu être accomplie par le franchiseur lui-même. Dans le même ordre d'idée, l'externalisation administrative conduit le partenaire de l'administration à exploiter la compétence d'une personne publique dans l'intérêt de chacun ; c'est-à-dire dans l'intérêt général et l'intérêt du particulier qui en est chargé. À l'instar de Laure Marcus²⁴⁹¹, il est possible de considérer que l'économie de l'externalisation en droit administratif et de la franchise en droit commercial ne sont pas si dissemblables, ce qui confirmerait alors la possibilité d'emprunter le modèle du contrat-coopération afin de déterminer juridiquement l'essence coopérative de l'externalisation administrative. Sur ce point, la démonstration contenue dans ces lignes conduit toutefois à une conclusion relativement différente de celle apportée par Laure Marcus. Alors que cette dernière retient effectivement une distinction civiliste binaire entre le contrat-échange et le contrat-organisation²⁴⁹², il est ici suggéré que le contrat-coopération viendrait s'insérer entre ces deux modèle-types du droit civil afin de rendre compte spécifiquement de la coopération en lui associant une fonction et une structure propres²⁴⁹³. La spécificité de la fonction de l'externalisation administrative pourrait donc justifier l'élaboration, ou l'identification d'une structure particulière des actes juridiques servant sa mise en œuvre. Il convient en l'occurrence de préciser cette spécificité afin d'appréhender dans les meilleures conditions cette structure caractéristique²⁴⁹⁴.

²⁴⁹¹ Elle souligne en effet la fréquence, en droit positif, d'une « *identité d'objet de certains contrats administratifs avec des contrats privés* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 337. François Llorens affirmait d'ailleurs de longue date l'existence d'une telle parenté entre certaines formules contractuelles en droit administratif et en droit privé ; c'est notamment ce à quoi il s'attelait à l'occasion de son étude procédant à la comparaison du contrat d'entreprise et du marché de travaux publics, affirmant même que « *le contrat d'entreprise et le marché de travaux publics sont infiniment plus semblables qu'ils ne sont différents* » : LLORENS Fr., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 139, 1981, p. 651.

²⁴⁹² Et que seul le contrat-organisation permettrait d'adopter juridiquement une démarche coopérative : « *La distinction des contrats-échange et des contrats-organisation, dans la doctrine civiliste, illustre la fonction de la structure contractuelle dans la classification et la réglementation des contrats (...). À l'inverse des contrats-échange, les contrats-organisation qui instituent la coopération des parties en vue d'une action commune ont vocation à produire des effets sur les tiers* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 407.

²⁴⁹³ Mais si le sens des conclusions tirées peut bien diverger, cela n'enlève rien au fait qu'un raisonnement similaire soit ici adopté. La variable réside en effet principalement dans la prise en compte ou non d'un modèle contractuel particulier que Laure Marcus n'avait pas à sa connaissance. Il est par conséquent admis qu'il soit possible de « *passer de l'appréciation de leurs objets concrets à la définition de types abstraits susceptibles de fonder des catégories contractuelles nouvelles* », ou des concepts inédits : MARCUS L., *Ibid.*

²⁴⁹⁴ Un autre argument également avancé par Laure Marcus confirme la pertinence d'une telle hypothèse. Affirmant que « *la distinction des contrats en fonction de la nature de la relation qu'ils établissent entre les parties n'est pas inconnue des juristes qui s'intéressent aux contrats publics* », il apparaît justifié d'envisager de manière particulière la mise en œuvre de l'action administrative lorsqu'elle emprunte la voie de l'externalisation, irriguée par la logique coopérative ; c'est-à-dire celle d'un accomplissement de la dimension matérielle de la compétence d'une personne publique par un partenaire : MARCUS L., *Ibid.*

La particularité de la fonction de l'externalisation administrative ne tient donc pas exclusivement à l'existence d'une signification de ce concept propre au droit administratif. Elle repose d'ailleurs davantage sur ce qu'il recouvre en la matière : la réalisation de la compétence d'une personne publique²⁴⁹⁵. L'étude historique menée par Xavier Bezançon renseigne en l'occurrence sur cette influence du seul objet sur la structure de l'*instrumentum employé*²⁴⁹⁶. Alors que la collaboration fut longtemps réduite à « peau de chagrin » dans le cadre des marchés publics, elle constituait déjà la pierre angulaire des contrats de concession²⁴⁹⁷ fondant alors une distinction toujours d'actualité entre ces deux catégories de contrats administratifs. L'externalisation administrative pourrait néanmoins constituer un concept transcendant ces catégories juridiques proposées par le droit positif dans la mesure où elle invite à observer la réalité sous un angle différent, celui de l'opération ou de la relation envisagée par la personne publique afin de parvenir à la réalisation de sa compétence au lieu de s'en tenir à la nature de l'activité ou au régime juridique applicable selon l'objet poursuivi. Cependant, la conclusion de Laure Marcus et de Xavier Bezançon est également partagée par Philippe Cossalter. Alors qu'il soutenait l'existence d'une notion de délégation d'activités publiques, il affirmait en effet que la notion d'objet du contrat rendait possible l'identification et la prise en compte des spécificités des relations « *de coopération et de collaboration que nouent certains contrats entre personnes publiques et privées* »²⁴⁹⁸, et justifiait également la distinction opérée en droit positif.

Le travail mené par Philippe Cossalter apporte toutefois des éléments concordants avec la conception ici défendue. Il affirmait en effet que le critère essentiel d'identification d'une telle délégation résidait dans le fait « *que des liens soient entretenus entre deux personnes*

²⁴⁹⁵ Dans la mesure où, envisagé sous l'angle des conditions de validité du contrat, l'objet traduit en partie son caractère d'acte « *finalisé puisque la volonté des parties tend à la réalisation d'un but, qui renvoie, lui, à la dimension matérielle du contrat* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 270.

²⁴⁹⁶ Laure Marcus rappelle effectivement qu'il parvenait à démontrer qu'au-delà de la notion de service public, la distinction des contrats publics reposait davantage sur « *le degré de collaboration du cocontractant à l'exécution d'une mission publique qui peut être la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage public, la gestion d'un service public ou d'un service d'intérêt général à destination des administrés, ou encore l'exécution d'une mission globale à destination de l'administration* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 476.

²⁴⁹⁷ Maurice Hauriou aussi bien que Gaston Jèze ont d'ailleurs pu le souligner à de nombreuses reprises dans leurs manuels et traités respectifs.

²⁴⁹⁸ MARCUS L., *op. cit.*, p. 478. Ayant dans un premier temps analysé les critères matériels de l'objet entendu en tant que nature de l'activité, et du risque, il s'attelait principalement à ériger la notion de délégation d'activités publiques sur des critères relationnels.

distinctes »²⁴⁹⁹ et, au-delà, que les actes unilatéraux et contractuels étaient fongibles dans leur fonction d'attribution d'une activité²⁵⁰⁰. Des éléments de son argumentaire conduisent cependant à envisager un concept différent de la notion de délégation d'activités publiques : celui d'externalisation de la réalisation de la compétence d'une personne publique. En particulier, l'exclusion de certains rapports de coopération, entretenus par des personnes publiques, des relations susceptibles de révéler une délégation d'activités publiques paraît être un obstacle dirimant à la prise en compte de l'externalisation administrative, à tout le moins de l'ensemble de ses manifestations. Certes, il y a toujours une relation particulière instaurée entre deux personnes distinctes et ayant pour fonction l'attribution de la réalisation d'une activité à l'une d'entre elles, mais l'externalisation paraît ne pas pouvoir se réduire aux situations de délégation entendue de la sorte. Ainsi excluait-il par exemple les hypothèses identifiées par la doctrine française comme relevant de la co-administration²⁵⁰¹. Or il devrait pourtant s'agir là d'un cas d'école de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation de l'action administrative si la conception envisagée se révélait pertinente. Cette divergence trouve cependant une explication évidente dans l'acceptation de la notion de coopération retenue par Philippe Cossalter. Fidèle à la signification étroite qui lui est accordée par le droit administratif²⁵⁰², il n'était pas possible pour lui de couvrir alors les hypothèses relevant de l'externalisation dans lesquelles une personne publique confie à une autre personne la réalisation matérielle d'une compétence dont elle conserve le contrôle²⁵⁰³. L'acceptation économique de la coopération, telle que la retranscrit juridiquement le modèle du contrat-coopération, conduit assurément à un concept différent et plus large que la notion proposée par Philippe Cossalter. Un concept dans lequel la réalisation de la compétence constituerait la prestation finale à laquelle coopérerait une personne publique et une autre personne, publique ou privée.

²⁴⁹⁹ COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 320.

²⁵⁰⁰ « (...), les actes contractuels et unilatéraux sont relativement fongibles. D'une part, il existe comme nous l'avons vu des modalités unilatérales de délégation d'activités publiques, que l'acte unilatéral intervienne seul ou parmi un complexe d'actes, unilatéraux et contractuels. D'autre part, de nombreuses théories juridiques remettent en cause la distinction entre actes unilatéraux et contractuels, ce qui met en doute la pertinence de la distinction au niveau communautaire » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 354.

²⁵⁰¹ C'est-à-dire liant « deux partenaires qui n'étant pas unis dans le secteur considéré par des liens de subordination et de hiérarchisation s'entendent pour mener en commun des actions et gérer des services publics qui rentrent dans le cadre de leurs spécialités territoriales ou techniques respectives » : HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980, p. 271.

²⁵⁰² Appréhendée comme l'ensemble des situations à l'occasion desquelles « au moins deux entités mettent en commun leurs moyens pour l'exercice d'une activité dont elles ont chacune la compétence » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 364. Notons qu'il semble alors assimiler la coopération proprement dite aux opérations de mutualisation et donc la réduire à la seule coopération public-public.

²⁵⁰³ Et encore moins aux hypothèses dans lesquelles cette autre personne se révèle être une personne privée.

2. L'acclimatation de la prestation finale à la réalisation de la compétence

185.L'assimilation de la réalisation de la compétence à une prestation finale. Postuler le détachement de la compétence et de sa réalisation n'est en soi pas inédit dans la doctrine administrativiste. De nombreux auteurs ont pu avancer en effet des arguments soulignant la diversité des rouages nécessaires au bon fonctionnement de l'action publique. Aussi Maëlle Perrier affirme-t-elle, par exemple, que l'activité de police se compose d'un « *élément organique (la compétence), un élément matériel (la prestation) et un élément normatif (l'acte de police)* »²⁵⁰⁴. Au-delà de leur nature, comme avait pu l'évoquer un temps les juges du Palais Royal²⁵⁰⁵, la ligne de démarcation entre le déléguable et le non-déléguable se situe donc davantage au niveau d'un « *noyau central autour duquel gravitent des satellites détachables mais indispensables à l'exercice de la mission, (...) des missions potentiellement déléguables* »²⁵⁰⁶ relevant seulement de la prestation ; c'est-à-dire d'un « *élément matériel* ». La prestation finale de l'externalisation administrative recouvre donc l'ensemble des activités dont l'exercice est attribué par la compétence à une personne publique ; c'est-à-dire des activités détachables des fonctions de souveraineté, d'autorité et d'exercice du pouvoir normatif des personnes publiques²⁵⁰⁷. Les notions d'objet et de cause en tant qu'elles désignent l'opération envisagée jouent alors, une fois de plus, un rôle essentiel dans cette distinction dans la mesure où c'est à partir de l'examen du contenu des activités administratives qu'il est possible de procéder à la détermination de leur détachabilité. Poursuivent-elles une finalité autoritaire et normative, ou bien plutôt leur réalisation

²⁵⁰⁴ PERRIER M., *Le recours au contrat en matière de police administrative*, thèse dact., Université de Lyon III, 2011, p. 381. Une telle décomposition de la compétence est d'ailleurs également suggérée par un considérant sibyllin du Conseil constitutionnel en vertu duquel les « *compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* »²⁵⁰⁴ ne peuvent faire l'objet d'une délégation au profit d'un partenaire. Invitée par cette position inflexible du Conseil constitutionnel à dépasser la seule question des actes, Maëlle Perrier cherche alors ailleurs les raisons et le critère de distinction des activités de police déléguables et non déléguables.

²⁵⁰⁵ « (...) le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même » : CE, avis, 7 octobre 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, n° 340609. Notons que le Conseil d'État retenait alors déjà la notion de compétence, mais de manière plus discrète, ainsi que l'idée de confier l'exécution d'une activité.

²⁵⁰⁶ PERRIER M., *op. cit.*, p. 459.

²⁵⁰⁷ C'est également ce que suggère explicitement le législateur à travers l'article 763-14 du Code de procédure pénale en vertu duquel un décret précise « *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 relatives notamment à la conception et à la maintenance du dispositif* ».

matérielle ? Dans ce cas décident-elles d'y procéder elles-mêmes par leurs propres moyens ou bien préfèrent-elles y parvenir par la voie de la coopération en profitant des compétences techniques et matérielles d'une autre personne publique ou privée ?

Alain-Serge Mescheriakoff envisageait pour sa part une décomposition analogue de l'exécution du service public²⁵⁰⁸. Il démontrait qu'il existait une compétence indispensable au service (création/suppression/organisation), une compétence technique et juridique (réglementation de la gestion), ainsi qu'en dernier lieu une fonction d'exploitation matérielle du service encadrée par les deux premiers niveaux. Reprenant les développements précédents il est possible d'assimiler les compétences indispensable, technique et juridique à l'exercice du pouvoir normatif attribué aux personnes publiques par la compétence, et la fonction d'exploitation à sa réalisation matérielle. Généralisable au-delà de la question de la contractualisation de la police, et même du service public, cette décomposition de l'action administrative, afin d'en confier la réalisation matérielle, se vérifie de manière récurrente dans la jurisprudence. Aussi le Conseil d'État ne semblait-il d'ailleurs pas dire autre chose dans sa décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* en distinguant les activités liées à la puissance publique et protégées du marché, et les activités économiques liées à la réalisation de leurs compétences²⁵⁰⁹. Les juges du Palais Royal fixèrent en outre dans leur décision *Commune d'Aix-en-Provence* un *vade mecum* du bon accomplissement de l'action administrative en précisant que « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers* »²⁵¹⁰. Dans le sillon ainsi tracé pour la

²⁵⁰⁸ MESCHERIAKOFF A.-S., *Droit des services publics*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1997, p. 278.

²⁵⁰⁹ « *Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* » : CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272. Voir dans le même sens au sujet des sociétés d'économie mixte : CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, rec. p. 241.

²⁵¹⁰ CE, ass., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Ils venaient d'ailleurs ainsi prolonger leur jurisprudence *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* selon laquelle, « *même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque (...), il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

gestion du service public, le juge administratif utilise parfois d'autres formulations que « *confier* », bien que cette expression demeure la plus courante²⁵¹¹.

Le législateur, pour sa part, n'est pas non plus en reste lorsqu'il s'agit d'évoquer les procédés de mise en œuvre de l'action administrative²⁵¹². Ainsi expose-t-il également sa préférence pour l'usage de la formulation faisant appel au verbe « *confier* ». Loin de n'être qu'une remarque d'ordre lexical, l'omniprésence de ce verbe traduit dans une certaine mesure une forme d'inadaptation des notions traditionnelles auxquelles correspondent des formules juridiques pourtant largement usitées. Pourquoi en effet ne pas utiliser les verbes *concéder* ou *déléguer* la gestion d'une mission d'intérêt général si ce n'est parce qu'elles ne permettent pas de rendre compte pleinement de la logique coopérative mise en œuvre dans le cadre de la réalisation de la compétence des personnes publiques ? Celles-ci disposent d'ailleurs d'une relative liberté dans le choix du mode de gestion de l'action administrative, également admise par le droit de l'Union européenne en vertu du principe de neutralité²⁵¹³. Guylain Clamour affirmait en l'occurrence justement que cette liberté permettait aux personnes publiques de décider souverainement « *entre la possibilité d'une gestion directe en régie ou d'une gestion externalisée* »²⁵¹⁴, peu importe dans ce cas l'*instrumentum* dès lors que seul compte pour

²⁵¹¹ Ainsi n'identifie-t-il pas dans l'arrêt *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin* les signes d'une « *organisation par la ville de Paris, d'un service public ni la dévolution de sa gestion à l'association Paris Jean Bouin* » pour finalement qualifier le contrat en question de convention d'occupation du domaine public par laquelle l'occupant est autorisé à utiliser le domaine sous de strictes conditions tenant notamment à la « *gestion d'un grand complexe sportif* » constituant une mission d'intérêt général et non nécessairement une mission de service public : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁵¹² Ainsi le Code général des collectivités territoriales dispose que la délégation de service public « *est un contrat de concession (...) par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques* » (Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales) alors que la Code général de la propriété des personnes publiques indique que « *la gestion d'immeuble dépendant du domaine public de l'État peut être confiée, en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en œuvre du patrimoine national* » (Article L. 2123-2 du Code général de la propriété des personnes publiques) dans des conditions déterminées par convention. De manière plus globale ce Code prévoit également un encadrement strict de la gestion du domaine privé confiée à des tiers : Articles L. 2222-10 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques. Voir en ce sens : CLAMOUR G., « *Indisponibilité des compétences et gestion des propriétés publiques immobilières* », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 191 et s.

²⁵¹³ Principe découlant de l'article 345 du TFUE en vertu duquel « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Contestés à de maintes reprises, ce principe garantit selon le Conseil d'État le libre choix pour les personnes publiques de la définition du « *périmètre de leur secteur public* » et du choix du « *mode d'exercice approprié des missions de service public, qu'ils considèrent essentielles pour la conduite de la nation* » : Conseil d'État, Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, La Documentation française, EDCE, n°53, 2002, p. 341. La doctrine rejoint d'ailleurs majoritairement sur ce point la Haute juridiction précisant que ce principe « *garantit la libre détermination des modalités de gestion : l'État est libre de déterminer le niveau des obligations de service public qu'il impose à une activité et de déterminer la forme qu'adoptera l'opérateur de service* » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 445.

²⁵¹⁴ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 598.

l'instant dans le cadre de l'étude le choix d'une mise en œuvre coopérative de la réalisation de la compétence des personnes publiques. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions ne déroge d'ailleurs pas à la règle lorsqu'elle précise que les personnes publiques peuvent « *choisir d'exploiter librement leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques* »²⁵¹⁵. Se pose alors la question de la distinction opérée entre les deux dernières situations, alors même que le concept d'externalisation administrative conduirait à les réunir. Qu'il s'agisse des concessions telles qu'encadrées désormais par l'ordonnance n° 2016-65 et le décret n° 2016-86, ou des concessions domaniales qui en demeurent pour certaines exclues, la logique concessive demeure également majoritairement envisagée par la doctrine comme un instrument juridique de « *la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence d'une collectivité territoriale* »²⁵¹⁶ par une autre personne ; c'est-à-dire afin d'en externaliser la mise en œuvre. Christine Bertrand ne suggérerait en outre pas autre chose lorsqu'elle indiquait que « *l'agrément est l'un des moyens à la disposition de l'administration pour associer une personne à l'une de ces missions* »²⁵¹⁷. Dans le cadre d'une « *rationalisation de la mise en œuvre de l'intérêt général* »²⁵¹⁸ désormais largement admise par la doctrine, l'intervention directe des personnes publiques compétentes ne paraît en effet plus être la plus efficace. Bien que polymorphe, leur intervention indirecte par le recours à des partenaires, afin de donner corps à la satisfaction de l'intérêt général, connaît par conséquent un accroissement considérable. Par l'intermédiaire de « *différentes formules telles que l'autorisation, la concession, l'économie mixte, l'agrément* »²⁵¹⁹, il est donc possible d'associer de diverses façons une personne privée à la réalisation matérielle de la compétence d'une personne publique, et donc de procéder à une « *gestion externalisée* »²⁵²⁰ de l'action administrative.

La fonction de l'externalisation apparaît donc en partie élucidée à l'issue ce bref travail d'analyse de la compétence des personnes publiques et de son accomplissement. Élément

²⁵¹⁵ Article 4 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

²⁵¹⁶ CLAMOUR G., « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA*, 2016, p. 272.

²⁵¹⁷ BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 44.

²⁵¹⁸ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 224. Et de préciser alors que « *le prisme de l'efficacité saisit les moyens de sa réalisation afin de rendre effectives les fins poursuivies* ».

²⁵¹⁹ BERTRAND Ch., *op. cit.*, p. 50.

²⁵²⁰ « *En cas de gestion externalisée, la liberté implique le choix de la forme du contrat de délégation* », ou de manière plus globale de l'acte juridique permettant d'y procéder : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 598.

central de l'agrément comme de l'autorisation, de la concession comme de la délégation, la coopération d'un partenaire de la personne publique à la réalisation de la compétence constitue finalement la prestation finale de toute opération d'externalisation engagée dans le cadre de l'action administrative²⁵²¹. Aussi cette fonction apparaît-elle parfois même dans les conclusions de certains rapporteurs publics. Gilles Pellissier évoque par exemple librement « *la convention par laquelle elle avait confié à une autre personne l'exécution d'un service dont elle est responsable* »²⁵²² à propos d'une délégation de service public. Confondant le vocable de la concession, de la délégation, de la dévolution et l'usage du verbe confier, le rapporteur public précise d'ailleurs que cette convention poursuivait l'objectif de confier la réalisation de la compétence de gestion et d'exploitation d'un port de plaisance à une société privée, et ce peu importe l'espèce du contrat en question²⁵²³, lorsqu'il évoquait simplement les « *contrats en cours conclus pour l'exercice d'une compétence* »²⁵²⁴. De la même façon que la mission de représentation du mandant constitue la prestation finale du contrat de mandat²⁵²⁵ ou que la mission d'exploitation du savoir-faire par le distributeur forme celle du contrat de franchisage²⁵²⁶, la réalisation coopérative de la compétence d'une personne publique constitue donc la prestation finale de l'externalisation²⁵²⁷.

²⁵²¹ Sans préciser outre mesure ce point, Jean-Paul Négrin affirmait d'ailleurs qu'il était difficile de distinguer l'intervention des personnes privées dans l'action administrative à la collaboration de ces dernières à la fonction administrative. Dans les deux cas existaient effectivement une essence commune : la persistance d'une volonté d'instaurer une forme coopérative de mise en œuvre matérielle de la compétence des personnes publiques. Il soulignait en effet la profonde difficulté à « *distinguer la notion d'intervention (...) de la notion plus large de collaboration des personnes privées à la fonction administrative – tant il est vrai qu'il n'y a pas de rupture brutale dans le passage de l'une à l'autre* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 135.

²⁵²² Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

²⁵²³ « *Nous utiliserons dans les développements qui vont suivre le terme de délégation dans son acception la plus générale de dévolution à un tiers de l'exercice d'une activité (...) qui recouvre par conséquent aussi bien la délégation de service public que le marché de service* » : Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

²⁵²⁴ Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

²⁵²⁵ « *En vertu du mandat d'intérêt commun, le mandataire doit accomplir sa mission de représentation dans la perspective de créer ou de développer la clientèle de son mandant (...), la prestation du mandataire apparaît comme la prestation finale, « l'objet du mandat »* » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 126.

²⁵²⁶ « (...) *le distributeur doit créer ou développer un courant d'affaires, pour son propre profit pendant l'exécution du contrat, pour celui de son fournisseur au terme du contrat. Le fournisseur apparaît alors comme un prestataire instrumental et le distributeur comme le prestataire final* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 131 et 132.

²⁵²⁷ Évoquant le cas du secteur public hospitalier, Philippe Yolka soulignait la prégnance de cet objet particulier de l'externalisation, marqué par la logique coopérative et ce notamment en ce qui concerne la gestion de leur parc immobilier. Brossant un panorama exhaustif des multiples formes de coopération en la matière, il recouvrait finalement un large éventail de formules ayant pour objet d'organiser une gestion coopérative des structures de soin face, notamment, à un contexte financier contraint. Il précisait effectivement que « *Le credo libéral, la fragmentation des structures de soins et la raréfaction des financements publics ont nourri une réflexion sur la collaboration entre établissements de santé* », soulignant même l'existence d'une véritable « *politique de*

186.L'adaptation inévitable de cette prestation finale en droit administratif. Alors qu'il soulignait l'émergence d'une logique coopérative dans le secteur hospitalier, suggérant une irrigation de l'action administrative dans son ensemble, Philippe Yolka évoquait également les nombreux obstacles auxquels elle se trouvait confrontée. Outre ceux imposés par le régime protecteur strict de la domanialité publique, il envisageait une limite liée à la compétence des personnes publiques. Invoquant le principe de spécialité encadrant l'action des établissements publics, il rappelait que « *les compétences des établissements publics de santé sont déterminées par la loi et leur activité est limitée aux missions de services publics qui leur sont dévolues* »²⁵²⁸. La coopération mise en œuvre devait donc nécessairement trouver dans cette circonscription des compétences des établissements publics un horizon indépassable aussi bien dans le secteur hospitalier qu'au-delà. Plus récemment, Philippe Terneyre semble partager les réserves émises par Philippe Yolka en matière de coopération public-public dans la mise en œuvre de l'action administrative²⁵²⁹. Néanmoins, si le champ de l'externalisation est ainsi limité par sa fonction dans la mesure où la mise en œuvre coopérative de la compétence des personnes publiques implique de respecter les règles strictes qui l'encadrent, il convient de préciser qu'elle ne se réduit pas non plus à l'hypothèse de la coopération entre personnes publiques évoquée par la doctrine. Elle offre toutefois un exemple concret de sa prise en compte en droit administratif et des contraintes qu'il lui impose. Il s'agit bien d'une hypothèse particulière d'externalisation de la réalisation d'une compétence dans la mesure où elle en présente la fonction²⁵³⁰, une hypothèse admise également par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²⁵³¹. Bien que différente, en droit administratif et en droit civil, sur certains aspects liés à la compétence et justifiant le recours au concept

coopération » mise en œuvre par le législateur : YOLKA Ph., « Domaine public et coopération interhospitalière », *RFDA*, 2002, p. 516.

²⁵²⁸ YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 519.

²⁵²⁹ Il affirme en effet que « *la coopération instaurée doit uniquement être régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'un intérêt public* » ; c'est-à-dire par des finalités relevant de leur champ matériel de compétence : TERNEYRE Ph., « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA*, 2014, p. 408.

²⁵³⁰ C'est-à-dire de « *coopérer entre elles pour la réalisation des missions relevant de leurs compétences* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 210. Bertrand Dacosta confirmait d'ailleurs cet objet tout en procédant à son intégration dans une tendance plus vaste selon laquelle les collectivités décident de « *confier la gestion d'un service public à un tiers, quel que soit son statut* » : Conclusions Bertrand Dacosta sur : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18 ; *BJCL*, 2012, n° 3, p. 177. Il précisait également que les personnes publiques devaient alors « *conclure à cette fin soit une délégation de service public, soit un marché* » soit, si elles le décidaient, une convention d'entente telle que prévue par l'article L. 5111-1-1 du Code général des collectivités territoriales reconnaissant la possibilité « *d'exercer en commun une compétence reconnue par la loi* » par la voie contractuelle.

²⁵³¹ CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07 et CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06.

d'externalisation administrative pour la désigner dans une acception aussi large, la coopération dans la réalisation de la compétence des personnes publiques constitue une prestation finale à part entière.

Outre le fait qu'elle précise les conditions d'exclusion de ces conventions des règles de la commande publique, la jurisprudence *Commune de Veyrier-du-Lac* consacre en l'occurrence l'existence d'une finalité coopérative entre personnes publiques aux fins d'accomplissement de l'action administrative²⁵³². Intriguée et intéressée par cette jurisprudence, la doctrine évoquait l'importance à accorder à l'interprétation des compétences des personnes publiques ainsi engagées dans un processus de coopération dans la réalisation de l'intérêt général²⁵³³. Elle devait donc reconnaître de manière unanime la place centrale occupée par la compétence dans l'organisation d'une telle logique, et plus particulièrement dans son encadrement. Quelques précisions liminaires peuvent encore être apportées s'agissant de la détermination de cette prestation finale de l'externalisation administrative. Ainsi le traitement réservé par Maëlle Perrier à l'externalisation dans ses développements s'éloigne très sensiblement de la vision défendue à travers ces lignes. Opposant l'externalisation de la compétence de police à l'association d'un tiers à sa mise en œuvre²⁵³⁴, non seulement elle traite différemment des procédés identiques de l'action administrative, mais elle propose de surcroît une acception erronée de l'externalisation dans la mesure où, animée d'une essence coopérative, elle correspond justement à l'association d'un partenaire à la mise en œuvre de la compétence de police. Cette vision à priori tronquée de l'externalisation que propose Maëlle Perrier conduit au constat d'une particularité propre à la prestation finale de l'externalisation administrative. Comme cela a pu être évoqué précédemment, il ne s'agit donc pas de confier la compétence

²⁵³² Confrontés à une convention ayant pour objet « de confier à la communauté d'agglomération l'exploitation du service public de distribution d'eau potable sur le territoire de la commune », les juges du Palais Royal rappellent « qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques » : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18.

²⁵³³ « Après le contrôle de la qualification du contrat entre personnes publiques, celui de l'interprétation de leurs compétences par les personnes publiques signataires d'un contrat ayant pour objet la prise en charge en commun d'une activité d'intérêt général pourrait bien voir le jour » : SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 860. À l'instar de Philippe Yolka, la doctrine ne manquait d'ailleurs pas de souligner la nécessité d'une telle coopération entre personnes publiques liée à la fois à des impératifs d'efficacité et aux affres d'une répartition des compétences souvent source de lourdeur de l'action administrative : « (...) la coopération est une nécessité liée à l'efficacité, voire l'efficacité de l'action publique. La répartition des compétences cloisonnées, telle qu'elle résulte souvent des textes législatifs et réglementaires peut défavoriser la performance de l'action publique » : SESTIER J.-Fr., *op. cit.*, p. 857.

²⁵³⁴ « En outre, il existe plusieurs formes de contractualisation de la police administrative : soit la personne publique externalisation sa compétence en la confiant à un tiers, soit la personne publique associe le tiers à la mise en œuvre de la police administrative » : PERRIER M., *op. cit.*, p. 385.

d'une personne publique à une autre personne, publique ou privée. Il s'agit davantage de lui en confier la réalisation matérielle ; c'est-à-dire l'accomplissement des actes matériels nécessaires à la concrétisation d'une compétence dont la personne publique demeure titulaire dans la mesure où elle ne peut s'en défaire. Apparaît donc bien ici une caractéristique inhérente à l'externalisation administrative, liée à la singularité de sa prestation caractéristique : la compétence, dont la mise en œuvre peut être confiée à une autre personne mais demeure toujours sous la maîtrise de la personne publique initialement compétente. Vestige d'une conception particulière de l'intérêt général en vertu de laquelle les personnes publiques seraient les garantes exclusives de la définition et de la satisfaction des besoins d'intérêt général, la personne publique compétente, si elle peut tout à fait externaliser la réalisation de sa compétence, ne peut en aucun cas s'en défaire car ainsi envisagée « *rien de ce qui concerne l'intérêt général ne lui est étranger* »²⁵³⁵. La prestation finale subit par conséquent un certain nombre de contraintes imposées par la nature même de la compétence, et ce qu'il s'agisse du pouvoir normatif ou de sa réalisation matérielle. Alors que les limites inhérentes à la première relèvent d'une impossibilité d'en confier l'exercice ou de s'en défaire, celles encadrant la seconde, pour être plus souples, n'en demeurent pas moins importantes. Elles se manifestent essentiellement en amont et en aval de la compétence²⁵³⁶.

En amont, d'une part, car « *la fonction instituante de l'intérêt général* » instaure un lien indéfectible entre ce dernier et toute compétence d'une personne publique²⁵³⁷. À la différence des personnes privées dont l'action est presque totalement libre, l'action administrative est soumise au respect objectif du carcan de l'intérêt général²⁵³⁸. L'incompétence dont il est ici question ne saurait tout à fait se confondre cependant avec l'incompétence identifiée par le juge administratif lorsqu'une personne publique adopte ou édicte un acte sans y avoir été habilité. Il s'agit davantage d'une incompétence liée au non respect du champ matériel de compétence attribué par le droit à une personne publique. Ainsi la création d'une activité de service public n'est-elle pas libre pour une personne publique, et encore moins envisageable

²⁵³⁵ TRICOT B., « L'agrément administratif des personnes privées », *Dalloz*, 1948, p. 25.

²⁵³⁶ C'est-à-dire, pour le dire autrement, au stade de la détermination de la compétence en question ainsi qu'à celui de la circonscription des possibilités offertes à sa réalisation par une autre personne.

²⁵³⁷ GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 301. Il affirme en effet que, présentant ainsi de manière invariable une finalité liée à la satisfaction de l'intérêt général, la compétence des personnes publiques leur impose un cadre d'action dont elles ne peuvent se départir.

²⁵³⁸ Il est en effet admis de longue date par la jurisprudence administrative que « *l'Administration ne doit se décider que pour des motifs tirés de l'intérêt public* », et donc de l'intérêt général : CE, 22 mars 1901, *Sieur Pagès*, rec. p. 315.

de la part d'une personne privée²⁵³⁹. En aval, d'autre part, car une fois le champ matériel de l'action à mener strictement déterminé, les personnes publiques compétentes n'en ont pas pour autant les « coudées franches ». Outre les nombreuses contraintes imposées pour son exécution, telles que l'expriment tout particulièrement les Lois de Rolland en matière de service public, l'externalisation de la réalisation de la compétence présente une limite à laquelle il est également impossible de déroger. Fondée notamment sur le principe déjà évoqué de l'indisponibilité des compétences, cette limite impose aux personnes publiques de conserver la maîtrise de la compétence qu'ils font réaliser par une autre personne²⁵⁴⁰. La prestation finale de l'externalisation administrative ne peut donc en aucun cas consister en un transfert, une délégation, ou une substitution de compétence. En cela la logique coopérative constitue bel et bien son essence caractéristique dans la mesure où elle ne repose sur aucune de ces notions, mais plutôt sur l'idée d'une association d'une personne privée ou publique à la réalisation de la compétence d'une personne publique²⁵⁴¹. Au-delà de cette adaptation de la prestation finale de l'externalisation aux exigences de la compétence, cette dernière implique une seconde particularité de ce concept car, dans la mesure où la personne publique conserve toujours la maîtrise de la compétence dont elle confie la réalisation, l'instauration d'un cadre normatif strict destiné à assurer qu'elle demeure maîtrisée, et que sa réalisation est bien conforme à ce qu'elle impose, est inévitable.

B. La conceptualisation de la compétence en tant que norme d'habilitation primaire

187. Une double signification de la norme d'habilitation primaire. Marqué par « *une authentique hiérarchie des normes* »²⁵⁴², l'ordre juridique repose sur un principe d'organisation fondé sur des relations hiérarchiques entre les actes et les normes qui le

²⁵³⁹ Dans le même ordre d'idée, Jean-François Giacuzzo parvient également à démontrer l'existence et les conséquences de cette limite en matière de gestion des propriétés publiques. Au-delà d'une étroite parenté avec la propriété privée (« *La propriété des personnes publiques est fondamentalement semblable à la propriété des personnes privées* » : GIACCUZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 302), il affirme que s'imposent nécessairement certains principes inhérents au droit public, et plus particulièrement à la garantie de la poursuite d'une finalité d'intérêt général.

²⁵⁴⁰ Aussi dans sa jurisprudence *Jonnet* les juges du Palais Royal précisent-ils explicitement que ces tâches matérielles exécutées par le partenaire privé le sont « *sous le contrôle et la responsabilité de l'administration* », marquant le maintien de la compétence par la personne publique : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

²⁵⁴¹ Précisons que, quand bien même la compétence serait partagée dans le cas de la coopération dite public-public, cela relève davantage de singularité d'une telle coopération que d'une volonté de transfert ou de partage de la compétence inhérente à l'externalisation elle-même. Elle serait en effet du au principe évoqué précédemment en vertu duquel toute personne publique ne peut intervenir qu'au titre d'une compétence matérielle l'habilitant à agir.

²⁵⁴² AMSELEK P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 117.

composent. En vertu de cette organisation, dite pyramidale, chacun d'eux tire nécessairement sa validité et sa force normative d'une norme supérieure dont il dérive. Bien que l'action administrative recouvre « *à la fois une activité destinée à l'édition des normes en vertu d'un pouvoir dont dispose un organe, et comme le résultat de cette activité : actes juridiques ou actes matériels* »²⁵⁴³, aucune des composantes de la compétence précédemment évoquées n'échappent néanmoins à cette organisation liant un acte à une norme supérieure²⁵⁴⁴. Alors que tout acte matériel concrétisant la fonction administrative révèle finalement la réalisation d'une compétence ayant habilité une personne publique à intervenir dans tel domaine, tout acte juridique ou matériel implique également une habilitation de la personne qui l'édicte ou l'accomplit. Les enseignements tirés de la théorie des chaînes d'actes²⁵⁴⁵ et du modèle du contrat-coopération conduisent en l'occurrence également vers une conceptualisation de l'externalisation administrative selon laquelle la compétence serait envisagée comme une norme d'habilitation primaire.

Il n'est pas par ailleurs particulièrement novateur de suggérer que la compétence constitue une norme d'habilitation de la personne publique à exercer une mission d'intérêt général ou à exercer un pouvoir normatif. La compétence est en effet traditionnellement envisagée de cette façon, qu'il s'agisse d'une habilitation organique d'une personne publique à édicter des actes juridiques, ou d'une habilitation matérielle à intervenir dans un domaine dès lors qu'une telle intervention serait justifiée par l'existence d'un intérêt public²⁵⁴⁶. Son emploi dans le cadre du concept d'externalisation administrative présente toutefois une certaine originalité dans la mesure où cette norme d'habilitation primaire paraît devoir être influencée par la fonction de l'externalisation envisagée à partir du modèle civiliste du contrat-coopération. Alors que la compétence demeure une norme d'habilitation primaire fixant les conditions de l'action administrative, elle y présente également une dimension supplémentaire que l'intervention

²⁵⁴³ TIMSIT G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 54, 1962, p. 8.

²⁵⁴⁴ Qu'il s'agisse de l'exercice d'un pouvoir normatif objectif ou de la réalisation matérielle de la compétence.

²⁵⁴⁵ « (...) au sein des chaînes hiérarchiques, la relation entre les actes s'appréhende par le rapport de subordination existant entre l'acte administratif et la norme juridiquement supérieure » : BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 119.

²⁵⁴⁶ Soulignant cette dualité de la compétence appréhendée comme une norme d'habilitation, Tiphaine Rombauts-Chabrol en rappelle la pérennité dans la jurisprudence administrative. Il identifie effectivement son émergence à l'arrêt *Bonnardot* en vertu duquel « aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit aux communes d'organiser, au moyen de leurs ressources ordinaires, un service médical gratuit dans les conditions où il a été créé par les délibérations » : CE, 7 août 1896, *Bonnardot*, rec. p. 642 ; cité par ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016, p. 132. Il est en effet aujourd'hui admis par exemple que « la notion de compétence locale (...) s'est construite sur les bases de cette dichotomie d'habilitation – organique et matérielle » : ROMBAUTS-CHABROL T., *op. cit.*, p. 138.

directe des personnes publiques ne manifeste pas explicitement ; celle d'une norme d'habilitation à faire exercer cette mission à un partenaire par le biais d'une norme d'habilitation dérivée. Entendue non seulement comme l'élément central de la prestation finale, la compétence est également une norme d'habilitation duale encadrant de la même manière l'habilitation du partenaire à participer à sa réalisation dans une logique coopérative. Incontournable pour « *décoder les mécanismes juridiques de l'action des collectivités* »²⁵⁴⁷, et plus largement de l'action administrative, la notion de compétence est indispensable à la compréhension des rouages structurant le concept d'externalisation administrative. En tant qu'elle conditionne le pouvoir normatif et l'intervention matérielle des personnes publiques, la compétence s'impose effectivement comme une norme d'habilitation primaire indispensable à l'externalisation administrative (1). Une influence telle qu'elle s'exprime également à travers une habilitation à la réalisation de la compétence dans le cadre de l'externalisation (2).

1. Une habilitation primaire hétérogène indispensable à l'externalisation

188. La compétence et la structure singulière de l'externalisation administrative. En ce qu'elle dépasse la logique échangiste traditionnelle en vertu de laquelle la cause réside dans la réciprocité des prestations de chacune des parties, Suzanne Lequette démontre que l'objet propre à la coopération induit nécessairement une cause-typique qui repose sur une complémentarité par laquelle la structure du contrat-coopération se révèle²⁵⁴⁸. Animée d'une essence coopérative, l'externalisation se traduit donc contractuellement par l'instauration d'une relation singularisée par une complémentarité des prestations exigée par sa fonction, et plus précisément par « *l'engrenage de deux prestations réelles qui se complètent : en vertu d'une prestation instrumentale, l'une des parties transfère des moyens à l'autre pour qu'elle les exploite dans leur intérêt commun* »²⁵⁴⁹. Une telle structure juridique de l'externalisation proposée par le droit civil influence irrémédiablement le sens de sa transposition en droit administratif. Elle devrait alors présenter la même idée d'une organisation des prestations fondées sur leur complémentarité au service d'une prestation finale particulière et non sur la

²⁵⁴⁷ ROMBAUTS-CHABROL T., *Ibid.*

²⁵⁴⁸ « Pour rendre compte de cette idée, on peut considérer que chacun des partenaires obtient le droit d'exiger non pas une contre-prestation mais une co-prestation, c'est-à-dire une prestation complémentaire de celle qu'il s'engage à exécuter » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 139. Elle affirme alors que « son originalité structurelle repose quant à lui non sur un rapport de réciprocité mais sur un rapport d'adéquation moyen-fin » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 139 et 140.

²⁵⁴⁹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 139.

réciprocité de deux prestations équivalentes. Sur ce point, le concept d'externalisation administrative suggérerait d'ailleurs une mutation de l'usage de la cause en droit administratif en proposant une cause-typique propre à la logique coopérative²⁵⁵⁰ étudiée en lien avec son objet. Dépassant la détermination d'une contrepartie réelle et sérieuse²⁵⁵¹, l'identification des buts poursuivis par les parties²⁵⁵², voire même l'examen de la base légale du contrat²⁵⁵³, ce concept conduirait en effet à envisager à travers le contenu du contrat la cause et l'objet comme un élément déterminant de sa structure.

L'élaboration d'une traduction juridique de l'externalisation à partir d'une cause-typique caractérisée par une complémentarité des prestations devrait en effet se retrouver dans la structure juridique du concept d'externalisation administrative. Cependant alors que toute personne privée recourant à l'externalisation est libre quant au choix de l'activité concernée, toute personne publique sera contrainte d'y procéder dans les limites de ses compétences²⁵⁵⁴. Dans la mesure où, « *pour le droit administratif, les facultés juridiques ne sont jamais un potentiel d'action sans destination, mais au contraire des pouvoirs finalisés, affectés et la notion de compétence* »²⁵⁵⁵, la structure de l'externalisation administrative implique une articulation particulière de la prestation finale et des prestations instrumentales. Intimement lié à la cause et à l'objet à travers la notion d'économie ou de contenu du contrat²⁵⁵⁶, le but poursuivi dans le cadre de l'opération envisagée impose au préalable, comme pour toute intervention d'une personne publique, une compétence ; c'est-à-dire une habilitation à agir. En cela la cause du contrat administratif apporte une confirmation dès lors qu'elle « *est ainsi le moyen de contrôler le bon usage des pouvoirs administratifs non pas du point de vue des motifs, antécédents de l'acte, mais du point de vue du but que cet acte se propose de*

²⁵⁵⁰ Alors même « *de l'avis général, fondé certes sur une jurisprudence des plus clairesemée (...), l'approche du juge administratif relativement à la cause dans les contrats administratifs concorde avec celle des tribunaux judiciaires* » : BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *AJDA*, 2008, p. 575.

²⁵⁵¹ Cf. CE, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, n° 259809, ou encore pour être exhaustif : CE, 12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, rec. p. 428 : seules jurisprudences significatives d'une déclaration du nullité d'un contrat administratif fondée sur une absence de cause.

²⁵⁵² Cf. CE, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, n° 279045.

²⁵⁵³ Cf. CE, 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, rec. p. 54.

²⁵⁵⁴ « *L'autorité publique qui dispose d'une compétence doit toujours user de ses compétences en vue du bon fonctionnement des services publics* » et au-delà de la satisfaction de l'intérêt général : LOMBARD Fr., *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 77, 2008, p. 134.

²⁵⁵⁵ AUBY J.-B., *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse dact., Bordeaux, 1979, p. 201.

²⁵⁵⁶ Le droit administratif ne dérogeant pas sur ce point à la tendance précédemment évoquée du droit civil à réunir la cause et l'objet du contrat dans son contenu. Marion Ubaid-Bergeron souligne d'ailleurs qu'il « *semble que le droit administratif converge lui aussi vers la consécration de la notion de « contenu » du contrat, qui sans supplanter l'intérêt des notions de cause et d'objet, risque d'en affaiblir la place en droit des contrats* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 273.

poursuivre »²⁵⁵⁷. Ainsi envisagée, la cause est d'ailleurs également présente en matière d'acte administratif unilatéral. Elle renseigne par conséquent sur l'impact de la compétence sur la structure particulière de l'externalisation administrative liée au caractère impératif du respect des prescriptions de l'intérêt général.

Ainsi mise en évidence à travers les notions de cause et d'objet, une différence évidente existe donc bien entre les personnes privées et les personnes publiques déterminant leurs interventions juridiques et matérielles, et qui se retrouve en matière d'externalisation. Alors que les premières semblent contraintes exclusivement sur le terrain juridique par leur capacité, les personnes publiques le sont, elles, sur les deux par la compétence²⁵⁵⁸. Quelle soit légale, générale ou déterminée en fonction des besoins locaux révélant l'existence d'un intérêt public local²⁵⁵⁹, la compétence des personnes publiques ne se présente en effet pas uniquement comme une finalité à poursuivre mais davantage comme une habilitation à agir, sans laquelle leur incompétence sera nécessairement sanctionnée et dont les limites doivent être respectées. Qu'il s'agisse d'une incompétence pour défaut de compétence, ou d'une incompétence pour erreur dans son usage²⁵⁶⁰, l'action administrative repose par conséquent sur l'existence d'une norme d'habilitation dont le respect est impératif. Dans ce cadre, la compétence présente par conséquent une certaine dualité : elle constitue, d'une part, un élément de la fonction de l'externalisation et, d'autre part, une habilitation de la personne publique à externaliser. Ainsi est-elle présente à la fois dans la prestation finale et dans la prestation instrumentale, dans la mesure où c'est l'habilitation préalable qui rend possible sa réalisation. Les logiques hiérarchique et fonctionnelle structurant la théorie des chaînes d'actes, proposée par Morgan Bunel, trouvent ici une résonance particulière. Le concept d'externalisation administrative unifierait en un seul acte, contractuel ou unilatéral, ses deux éléments au service de la mise en œuvre d'une logique de coopération par laquelle une personne publique serait habilitée à externaliser la réalisation de sa compétence, et habiliterait une autre personne en ce sens. Sans remettre en cause la nécessité d'une mise en relation des

²⁵⁵⁷ LOMBARD Fr., *op. cit.*, p. 137.

²⁵⁵⁸ « *Cerner la compétence positive d'une personne morale de droit public impose de tenir compte à la fois de sa capacité juridique d'action, de la finalité de son intervention, du choix plus ou moins contraint des moyens disponibles* » : ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016, p. 139.

²⁵⁵⁹ Tiphaine Rombauts-Chabrol parvient en effet à démontrer que dans sa dimension horizontale, l'intérêt public local permet de mettre « *en œuvre une habilitation générale* » découlant de la clause générale de compétence : ROMBAUTS-CHABROL T., *op. cit.*, p. 228 et 230.

²⁵⁶⁰ UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 150.

actes participant de l'exercice d'une même opération administrative, ce concept permet de la mêler à la conception autonomisée traditionnelle de l'acte administratif par laquelle celui-ci serait examiné à l'aune de ses éléments constitutifs ; en d'autres termes, de son contenu. Une telle réunion permettrait notamment de traiter indistinctement, dans le cadre de l'externalisation, des actes unilatéraux et contractuels rompant ainsi avec une tendance de la doctrine ayant poussé à l'extrême l'approche individuelle de l'acte administratif²⁵⁶¹. Le concept de norme d'habilitation permet également de réunir dans un même concept l'acte de puissance et l'acte de gestion par lesquels se matérialisait l'action publique selon Maurice Hauriou²⁵⁶². La notion de norme d'habilitation offre sur ce point un fondement juridique supplémentaire à la coopération que la doctrine administrativiste envisageait déjà à l'aune du XX^e siècle et qui ressurgit de manière étendue sous les traits de l'externalisation depuis le début du XXI^e siècle. Alors qu'il convenait de se demander au début du XX^e siècle « *par quelle transformation magique l'exercice d'un droit de puissance publique serait-il ramené à n'être qu'un acte de la vie privée* »²⁵⁶³, le concept de norme d'habilitation lié à la compétence permet de fournir une explication particulière de la « magie » de l'externalisation administrative par laquelle une personne privée, ou publique, en vient à coopérer à la réalisation de la compétence d'une personne publique²⁵⁶⁴.

189. L'expression multiple d'une habilitation primaire à travers la compétence. Parce qu'elle présente un caractère organique ou matériel, autonome ou hétéronome²⁵⁶⁵, permissive ou prescriptive, la norme d'habilitation est par principe un concept hétérogène aux vertus unificatrices²⁵⁶⁶ ; ainsi en va-t-il également pour la compétence²⁵⁶⁷. En tant que norme

²⁵⁶¹ Morgan Bunel affirme en effet que « *la prévalence d'une conception de l'acte comme entité isolée explique ainsi que dans les ouvrages juridiques, les thèses universitaires et articles doctrinaux, les auteurs opèrent un traitement séparé et distinct de l'acte unilatéral et du contrat, mais aussi de l'acte administratif et de l'acte de droit privé* » : BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 226.

²⁵⁶² Il affirmait d'ailleurs que « *c'est en vertu de droits de puissance publique* » qu'une personne privée pouvait accomplir un acte de gestion dans le cadre d'une coopération à l'accomplissement des missions d'intérêt général : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, p. 73.

²⁵⁶³ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 74.

²⁵⁶⁴ Et se sans nécessairement se référer à la nature de l'activité exercée comme y répondait alors Maurice Hauriou.

²⁵⁶⁵ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 339.

²⁵⁶⁶ Dans un souci de simplification, Guillaume Tusseau suggérait effectivement une substitution du concept de norme d'habilitation dans la mesure où « *il permet de réaliser une importante économie conceptuelle. Un concept unique couvre une variété importante de situations juridiques. Il explique donc davantage de phénomènes juridiques que les concepts courants. Il simplifie d'autant les outils intellectuels dont a besoins la doctrine* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 381.

²⁵⁶⁷ « (...) toute norme de compétence définit un acte juridique, c'est-à-dire indique les conditions pour produire un acte de droit valide. Ces conditions peuvent être divisées en trois groupes déterminant respectivement l'organe compétent pour réaliser l'acte juridique (compétence personnelle), la procédure (compétence formelle)

d'habilitation, et telle qu'éclairée par le concept d'externalisation administrative, elle revêt en effet chacun des caractères suggérés par Guillaume Tusseau en tant qu'éléments caractéristiques de la structure du concept de norme d'habilitation²⁵⁶⁸. Alors qu'il est admis de longue date que « *les règles de droit guident le comportement humain, aident les individus à planifier et décider de leur conduite future, et fournissent des standards pour évaluer les actions passées ou envisagées* »²⁵⁶⁹, la compétence en tant que norme d'habilitation est au nombre de ces normes de conduites appliquées précisément aux personnes publiques. À ce titre, elle peut être une prescription ou une permission dont l'objet particulier porte sur un comportement bien défini impliquant une habilitation à agir²⁵⁷⁰. Ainsi entendue, la compétence encadre à la fois l'action des personnes publiques pour produire des normes, et pour intervenir dans un domaine au nom de l'intérêt général. Focalisant son attention sur l'action objet de la norme d'habilitation, Guillaume Tusseau constatait également la grande diversité que pouvaient recouvrir en la matière son champ d'application et son champ de réglementation²⁵⁷¹. Alors que le premier révèle une telle hétérogénéité d'un point de vue essentiellement factuel dans la mesure où il reflète la réalité de l'action humaine et de l'action administrative, le second l'est tout autant d'un point de vue juridique dès lors qu'il désigne « *le type de significations normatives qu'une norme d'habilitation autorise à émettre* »²⁵⁷².

Dans le cadre de l'existence de l'externalisation administrative, il est tout d'abord possible de déceler une application traditionnelle de ce concept dans la mesure où il permet en l'occurrence l'identification d'une habilitation de la personne publique à agir en vertu de sa compétence. Qu'elle soit alors prescriptive ou permissive, cette dernière se présente donc comme une habilitation autonome par laquelle la personne publique dispose de la faculté d'intervenir dans un domaine déterminé à l'avance ou reconnu au gré des besoins manifestés de l'intérêt général. La clause générale de compétence, par exemple, consacre en effet

et le contenu possible de l'acte juridique (compétence matérielle) » : ROSS A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons Limited, 1958, p. 204. Guillaume Tusseau affirmait d'ailleurs que « *le concept de norme d'habilitation est suffisamment souple pour couvrir toutes les hypothèses dont les diverses définitions de la compétence et de la capacité ne parviennent pas à rendre compte* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 380.

²⁵⁶⁸ C'est-à-dire envisagé comme une habilitation d'un « *certain acteur, à travers une certaine action, à produire, relativement à un certain objet, un certain type de signification normative* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 308.

²⁵⁶⁹ RAZ J., *The Concept of a Legal System*, 2^e éd., Clarendon Press, 1980, p. 3.

²⁵⁷⁰ En d'autres termes, en tant que telle, la compétence est une habilitation à agir qui peut aussi bien être prescriptive en imposant un comportement, ou permissive en l'autorisant.

²⁵⁷¹ « *La consistance matérielle de l'action prévue dans une norme d'habilitation peut être extrêmement variée* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 326.

²⁵⁷² TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 340.

« l'initiative possible de la collectivité au-delà d'une liste possible de compétences »²⁵⁷³ déterminées par le législateur. Ainsi constitue-t-elle l'illustration parfaite d'un titre à agir dont peuvent bénéficier les collectivités territoriales, et dont la mise en œuvre ne dépend essentiellement que de l'identification d'un intérêt public local²⁵⁷⁴. Une telle conception de la norme d'habilitation permettait d'ailleurs à Guillaume Tusseau d'affirmer qu'il était « possible de comprendre la situation d'une personne morale de droit public comme comportant, entre autres, plusieurs types de normes d'habilitation »²⁵⁷⁵ comme autant de compétences leur permettant d'agir²⁵⁷⁶. Au-delà du cas particulier de la clause générale de compétence, le droit positif fourmille d'exemples confirmant cette manière d'envisager la compétence de la personne publique comme une norme d'habilitation primaire. Ainsi en va-t-il par exemple dans le cadre de la mise en œuvre des politiques de défense²⁵⁷⁷ ou de sécurité intérieure²⁵⁷⁸, ou encore en matière d'éducation²⁵⁷⁹.

S'agissant plus particulièrement des habilitations à destination des collectivités territoriales, le législateur ne fonde pas leur action exclusivement sur la clause générale de compétence, laquelle se présente alors davantage comme un titre subsidiaire à agir²⁵⁸⁰. Sans prétendre à l'exhaustivité, ce bref aperçu des titres de compétence des personnes publiques révèle sans difficulté qu'ils constituent autant d'habilitations à agir. La doctrine n'est par ailleurs pas en reste sur cette question. Rappelant que l'affectation d'un bien à la satisfaction de l'intérêt

²⁵⁷³ PONTIER J.-M., « Semper manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1472. Et l'auteur de préciser alors qu'elle signifie « que l'intervention des collectivités locales n'est pas limitée à priori, que leur compétence n'est pas épuisée par toutes les énumérations qui peuvent se trouver dans les lois ».

²⁵⁷⁴ Ainsi la compétence demeure-t-elle toujours « une fonction régie par le droit, une attribution conférée pour atteindre certaines fins » : DOUENCE J.-Cl., « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP*, 1972, p. 763.

²⁵⁷⁵ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 382.

²⁵⁷⁶ Guillaume Tusseau en appelait d'ailleurs à « concevoir l'aptitude à agir des personnes publiques comme une compétence » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 384.

²⁵⁷⁷ Aussi le Code de la défense dispose-t-il que « le ministre de la défense est responsable de la préparation et de la mise en œuvre de la politique de défense. Il est en particulier chargé de l'infrastructure militaire comme de l'organisation, de la gestion, de la mise en condition d'emploi et de la mobilisation des forces armées » : article L. 1142-1 du Code de la défense.

²⁵⁷⁸ Il précise en effet que « le ministre de l'intérieur est responsable de la préparation et de l'exécution des politiques de sécurité intérieure et de sécurité civile qui concourent à la défense et à la sécurité nationale (...), responsable de l'ordre public, de la protection des personnes et des biens ainsi que de la sauvegarde des installations et ressources d'intérêt général » : article L. 1142-2 du Code de la défense.

²⁵⁷⁹ Le législateur identifie en effet un « service public national, dont l'organisation et le fonctionnement sont assurés par l'État » : article L. 211-1 du Code de l'éducation.

²⁵⁸⁰ Le Code général des collectivités territoriales dispose ainsi par exemple que « le maire assure la police des funérailles et des cimetières » : article L. 2213-8 du Code général des collectivités territoriales, ou encore que « les bibliothèques municipales sont organisées et financées par les communes » : article L. 310-1 du Code du patrimoine.

général justifie la compétence de la personne publique propriétaire pour en jouir²⁵⁸¹, Benoît Schmaltz démontre également que l'exercice de ce droit de propriété subjectif implique qu'il y « ait, en droit objectif, une norme d'habilitation qui en fonde l'attribution et en régit l'exercice »²⁵⁸². Aussi affirme-t-il également que la compétence est une norme d'habilitation primaire à agir propre au droit public²⁵⁸³.

Le concept d'externalisation administrative révèle, d'autre part, qu'il arrive également que la compétence dépasse le simple titre à agir et contienne une seconde forme d'habilitation primaire destinée à autoriser la personne publique compétente à faire agir un tiers dans le périmètre de son champ d'action²⁵⁸⁴; en d'autres termes, une habilitation à faire agir²⁵⁸⁵. À la différence de la forme traditionnelle précédemment évoquée, celle-ci est nécessairement permissive et se caractérise par une certaine indétermination du champ de réglementation laissant à la personne publique habilitée une marge de manœuvre discrétionnaire quant à l'opportunité de l'utiliser²⁵⁸⁶. À plusieurs reprises au cours de sa démonstration, Guillaume Tusseau envisageait d'ailleurs une telle acception de la norme d'habilitation²⁵⁸⁷. Mais au-delà de cette suggestion doctrinale, le législateur peut lui-même procéder à de telles

²⁵⁸¹ Rappelons sur ce point les propos de Roger Latournerie dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. p. 734 ; concl. Latournerie, *RDP*, 1935, p. 590. Ce dernier affirmait alors que l'affectation « c'est la détermination du but assigné à un bien ou à une institution juridique et qui donne à la fois, aux pouvoirs, impartis aux autorités publiques qui ont à atteindre ce but, leur fondement et leur mesure ».

²⁵⁸² SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016, p. 196.

²⁵⁸³ « La doctrine classique partage très largement l'intuition que capacité et compétence ont une même « nature », c'est-à-dire qu'elles sont deux habilitations à agir » : SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 81. Précisant par la suite « qu'à deux catégories d'habilitations, la compétence et la capacité, correspondent deux catégories de sujets de droit, les personnes publiques et les personnes privées » : SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 93.

²⁵⁸⁴ Une telle hypothèse était d'ailleurs développée par Christine Bertrand à propos du cas particulier des agréments. Aussi affirmait-elle en effet que « l'administration n'est pas libre de créer un agrément : elle doit y avoir été habilitée, généralement par une loi » : BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 183.

²⁵⁸⁵ La définition proposée par Vincent Corneloup et revisitée par Guillaume Tusseau à la lumière du concept de norme d'habilitation devrait renforcer cette hypothèse dans la mesure où, si « la compétence désigne la connexion d'une mission d'intérêt général confiée à une personne publique et d'une fonction exercée par l'un de ses organes », il se pourrait que s'ajoute à ces derniers un tiers désignés par la personne publique dès lors qu'elle y serait habilitée : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 382.

²⁵⁸⁶ À l'instar d'autres normes d'habilitation, celle-ci permet d'affirmer que « si un acteur donné est habilité à produire certains types de normes, il lui est simultanément permis, de manière implicite, de le faire ou de ne pas le faire » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 348. une marge de manœuvre rappelant le principe de libre administration et de liberté du choix des modes de gestion.

²⁵⁸⁷ Alors qu'il qu'il précisait qu'un « maire et un entrepreneur sont habilités à passer des marchés publics selon les modalités prévus par le Code des marchés publics », il indiquait également que « le droit qu'exerce ainsi une collectivité publique sur son domaine privé comporte par exemple une norme d'habilitation à passer un contrat de vente ou de location », suggérant ainsi que la personne publique compétente est alors habilitée à faire agir un tiers dans son domaine de compétence : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 382 et 383.

habilitations²⁵⁸⁸, parfois attestées par une reconnaissance par le juge. L'appréhension de cette forme d'habilitation d'une personne publique à faire agir dans le cadre de son titre de compétence est cependant le plus souvent hermétique. Lorsqu'il s'agit, à l'instar de l'article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales, d'une habilitation spéciale et explicite, une telle identification ne soulève en effet aucune difficulté²⁵⁸⁹. Toutefois, il n'en va pas toujours ainsi. Sans contrevenir à la règle dérivée du principe d'indisponibilité des compétences en vertu de laquelle « *toute autorité investie d'une compétence doit l'exercer elle-même sauf texte contraire* »²⁵⁹⁰, il arrive effectivement que le législateur produise à destination des personnes publiques des normes d'habilitation générales relativement implicites par lesquelles il les autorise à faire agir un tiers dans la mise en œuvre de leurs compétences. Il peut d'ailleurs y procéder de diverses façons. Ainsi peut-il produire une norme d'habilitation générale par laquelle il prévoit que, pour l'accomplissement des missions de service public qui leur incombent, les personnes publiques peuvent confier « *la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques* »²⁵⁹¹ sauf à ce que la nature du service y fasse obstacle. Dans ce cas il revient alors au juge administratif de fixer un cadre

²⁵⁸⁸ Ainsi le Code général des collectivités territoriales dispose-t-il après en avoir précisé le contenu que le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public qui « *peut être assurée par les communes, directement ou par la voie de la gestion déléguée* » : article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales. Ainsi le législateur n'est-il pas non plus ambigu sur la question lorsqu'il précise que « *les autorités concédantes sont libres de disposer du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques* » : article 4 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

²⁵⁸⁹ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un exemple isolé. Ainsi retrouve-t-on d'autres normes spéciales et explicites de ce type : ainsi le Code de transports prévoit-il que « *l'exploitation des aéroports relevant de la compétence de l'État peut être assurée en régie ou confiée à un tiers* » à son article L. 6321-1. Ou encore que « *les commandants des bâtiments de l'État et les commandants de bord des aéronefs de l'État, chargés de la surveillance en mer, sont habilités, pour assurer le respect des dispositions qui s'appliquent en mer en vertu du droit international ainsi que des lois et règlements de la République, à exécuter et à faire exécuter les mesures de contrôle et de coercition prévues par le droit international, la législation et la réglementation française* » ainsi qu'en dispose l'article L. 1521-2 du Code de la défense. Ou encore que « *les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 gèrent ou font gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et règlements en vigueur* » comme en dispose l'article L. 2123-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Un autre exemple est également fourni par la pénitencier du 24 novembre 2009, laquelle dispose en son article 3 que « *les fonctions de direction, de surveillance et de greffe des établissements pénitentiaires sont assurées par l'administration pénitentiaire. Les autres fonctions peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé bénéficiant d'une habilitation dans des conditions définies par décret en Conseil d'État* » : article 3 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Notons ici la distinction clairement établie par le législateur entre l'emploi de l'expression « assure », qui exprime une habilitation expresse à agir, et « confie », qui exprime une habilitation à faire agir.

²⁵⁹⁰ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 28 septembre 2004, n° 194, p. 3.

²⁵⁹¹ Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

juridique à cette habilitation générale comme l'illustre la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*²⁵⁹².

Il arrive toutefois qu'une telle habilitation puisse résulter du choix des mots employés par le législateur. Alors que l'utilisation du terme « assure » dans le cadre d'une habilitation à agir à destination d'une personne publique semble devoir interdire l'habilitation d'un tiers²⁵⁹³, la présence du terme « assume » paraît *a contrario* y autoriser²⁵⁹⁴ dans la mesure où il ne vise que l'organisation et le contrôle de la réalisation de la compétence. De même l'utilisation de certaines expressions suggère une telle possibilité. Sur ce dernier point, l'exemple offert par le service public de l'archéologie préventive est particulièrement riche. Alors que l'article L. 523-1 du Code du patrimoine imposait que ces opérations soient menées par un établissement public²⁵⁹⁵, le législateur précisait néanmoins que, « *pour l'exécution de ses missions, l'établissement peut s'associer à d'autres personnes morales dotées de services de recherche archéologique* »²⁵⁹⁶. Il existe par conséquent et irrémédiablement une autre forme

²⁵⁹² Les juges du Palais Royal affirmèrent en effet que « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Notons que la Conseil d'État avait déjà pu poser un tel encadrement dans son avis du 7 octobre 1986. Il affirmait alors que « le caractère administratif d'un service public n'interdit pas la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par les collectivités territoriales elle-même » : CE, avis, 7 octobre 1986, Champ d'application et financement de la gestion déléguée, n° 340609. Les juges du Palais Royal précisèrent alors que « en ce qui concerne le service des cantines scolaires, sur lequel le secrétaire d'État appelle plus particulièrement l'attention du Conseil, les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves ».

²⁵⁹³ « La commune a la charge des écoles publiques. Elle est propriétaire des locaux et en assure la construction, la reconstruction, l'extension, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement » comme en dispose l'article L. 212-4 du Code de l'éducation. Ou encore de manière encore plus catégorique avec l'article L. 211-1 du même code selon lequel « l'éducation est un service public national, dont l'organisation et le fonctionnement sont assurés par l'État, sous réserve des compétences attribuées par le présent code aux collectivités territoriales pour les associer au développement de ce service public ».

²⁵⁹⁴ « *L'État assume, dans le cadre de ses compétences, des missions qui comprennent (...)* » et pour l'accomplissement desquels il peut donc en confier la réalisation à des tiers dès lors qu'il conserve un certain contrôle et une certaine maîtrise de leur mise en œuvre : article L. 211-1 du Code de l'éducation. Ainsi les établissements privés sous contrats peuvent-ils participer par exemple à la délivrance des diplômes nationaux sanctionnant une formation conforme aux exigences du service public national de l'éducation comme le prévoit par exemple l'article L. 442-1 du Code de l'éducation en vertu duquel « *dans les établissements privés qui ont passé un des contrats prévus (...), l'enseignement placé sous le régime du contrat est soumis au contrôle de l'État. L'établissement, tout en conservant son caractère propre, doit donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience* ».

²⁵⁹⁵ « (...) les diagnostics d'archéologie préventive sont confiés à un établissement public national à caractère administratif qui les exécute (...) et assure l'exploitation scientifique des opérations (...) et la diffusion de leurs résultats » : Article L. 523-1 du Code du patrimoine.

²⁵⁹⁶ Le pouvoir réglementaire lui-même est d'ailleurs également intervenu afin d'en préciser les conditions de mise en œuvre, confirmant alors implicitement son existence. Ainsi précise-t-il aux articles R. 522-7 et suivants les conditions encadrant l'habilitation d'un tiers opérateur à mettre en œuvre des opérations d'archéologie préventive. Cette norme d'habilitation à faire agir un tiers dans le cadre de sa compétence a pu d'ailleurs être

d'habilitation en cause dans le cadre de l'externalisation de la réalisation de la compétence d'une personne publique : l'habilitation dérivée à la réalisation de la compétence, nécessairement prévue par l'habilitation primaire²⁵⁹⁷, et donc dérivée de celle-ci.

2. Une habilitation dérivée à la réalisation de la compétence au cœur de l'externalisation

190. Une habilitation dérivée nécessaire à la coopération. Nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles il est explicitement prévu par le droit positif que la coopération avec une autre personne soit conditionnée par l'obtention, et la détention, d'une habilitation à agir délivrée par la personne publique compétente en la matière. Précisant effectivement les modalités de mise en œuvre des opérations de pompes funèbres relevant de la compétence de la commune, le législateur indique que ce type d'opérations « *peut être également assuré par toute entreprise ou association bénéficiaire de l'habilitation prévue à l'article L. 2223-23* »²⁵⁹⁸. En ce qu'elle confirme l'existence au profit de la personne publique compétente d'une habilitation à faire agir, cette disposition impose en l'occurrence que sa mise en œuvre implique une seconde habilitation à destination de la personne, publique ou privée, avec laquelle elle souhaite coopérer²⁵⁹⁹. Une telle nécessité peut également découler d'une

confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision : CC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, n° 2000-439 DC. Étudiant le grief tiré d'une atteinte éventuelle à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel précisa en effet que cette disposition prévoyant la possibilité d'une intervention d'autres personnes morales, y compris de personnes morales de droit privé dès lors « *qu'il peut également faire appel, par voie de convention, à d'autres personnes morales dotées de services de recherche archéologique* ». Ainsi que par le Conseil d'État par son arrêt : CE, 30 avril 2003, *Archéologie préventive*, rec. p. 191. Soumis à une question du même ordre, les juges du Palais Royal devaient également répondre que l'Inrap était habilité à faire « *appel au service archéologique d'une autre personne morale* » dans le cadre de l'exécution de sa mission dont les conditions devaient être fixées dans une convention.

²⁵⁹⁷ Jean-Paul Négrin précisait en effet que la personne publique dispose d'un titre de compétence à agir, mais éventuelle à faire agir dans la mesure où « *il ressort que l'opération d'habilitation est le plus souvent dédoublée. Le législateur pose le principe de l'habilitation (...). Cette habilitation in abstracto constitue le fondement légal des habilitations in concreto opérées par l'autorité administrative* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 58.

²⁵⁹⁸ Article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales.

²⁵⁹⁹ De la même manière, la mise en œuvre de l'habilitation à faire agir un opérateur en matière d'archéologie préventive est explicitement conditionnée à l'existence d'une seconde habilitation dans la mesure où le législateur a pu prévoir, à l'article L. 521-1 du Code du patrimoine, la conclusion d'une convention, ou l'octroi d'un agrément indispensable (ainsi précise-t-il à l'article L. 523-8 du Code du patrimoine que la réalisation des opérations de fouilles d'archéologie préventive peut être effectuée par toute personne de droit public ou de droit privé « *dès lors que sa compétence scientifique est garantie par un agrément délivré par l'État* ») dont le pouvoir réglementaire est venu préciser les conditions d'octroi (Les articles R. 522-7 et suivants du Code du patrimoine fixent en effet pour chacune des hypothèses de mise en œuvre d'une opération d'archéologie préventive les conditions d'obtention d'un tel agrément. Ainsi par exemple l'article R. 522-8 dispose-t-il que « *l'agrément pour la réalisation des fouilles peut être délivré aux services archéologiques de collectivités territoriales ou de leurs groupements ainsi qu'à toute personne de droit public ou de droit privé* », agrément conditionnant la légalité de son intervention).

formulation bien moins explicite, mais elle n'en demeure pas moins de la même façon indispensable. Ainsi en va-t-il notamment lorsque le législateur prévoit qu'une personne publique compétente « *confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques* »²⁶⁰⁰ par la conclusion d'un contrat de concession. Ce dernier pourrait donc être considéré comme l'instrument contenant, entre autres choses, une habilitation dérivée du délégataire à gérer le service public en question.

Au-delà de l'examen du droit positif actuel, la nécessité d'une telle habilitation était en outre déjà suggérée par Jean-Paul Négrin dans le cadre de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative afin de garantir notamment le respect de la répartition des compétences²⁶⁰¹. Or, les développements précédents sont parvenus à démontrer qu'il en allait encore de même aujourd'hui, alors que la décentralisation à la fois territoriale et fonctionnelle multiplie la distribution des compétences entre les personnes publiques comme autant d'habilitations primaires à intervenir dans des domaines aussi divers que variés, et que la sanction de l'incompétence en impose le respect. L'habilitation servait d'ailleurs également, comme le démontrait François Sabiani²⁶⁰², à « *s'assurer que cette intervention est conforme à l'intérêt général* »²⁶⁰³. Aussi, dans la mesure où une telle habilitation est indispensable à l'intervention des personnes publiques, elle devrait *a fortiori* l'être pour d'autres personnes publiques ou privées ne disposant pas *ab initio* d'un titre de compétence à agir pour la satisfaction de l'intérêt général²⁶⁰⁴. À l'instar de la démarche adoptée précédemment, Jean-Paul Négrin présentait d'ailleurs un échantillon de dispositions légales et réglementaires, ainsi que de décisions jurisprudentielles, évoquant toutes l'existence d'une habilitation préalable à une telle intervention dans l'action administrative²⁶⁰⁵. Alors qu'il

²⁶⁰⁰ Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

²⁶⁰¹ Jean-Paul Négrin se posait en effet sur ce point la question suivante : « *une habilitation préalable est-elle ou non nécessaire pour qu'on puisse parler d'intervention dans l'action administrative* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 50. Il précisait alors que « *la nécessité d'une investiture préalable est dans la logique d'un système répartissant les compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition* ».

²⁶⁰² « *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public est considérée classiquement comme l'instrument du contrôle public de l'intervention privée* » : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4.

²⁶⁰³ NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁰⁴ Jean-Paul Négrin parvenait d'ailleurs à démontrer cette exigence, précisant qu'elle résultait de la volonté du législateur et de la jurisprudence administrative. Il affirmait en effet que « *l'exigence d'une habilitation préalable ne résulte d'aucun texte général, mais découle de la volonté du législateur confirmée par la jurisprudence du juge administratif* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 52.

²⁶⁰⁵ Aussi évoquait-il par exemple l'article 4 de l'ordonnance du 22 avril 1945 en vertu duquel « *la formation prémilitaire est donnée dans (...) des établissements (...) privés habilités par le département militaire intéressé* » ; ou encore celui de l'arrêt : CE, 25 mai 1962, *Fédération sportive et gymnique du travail*, rec. p. 348,

dépassait ce simple constat d'une présence de l'habilitation en droit positif, il développait ses conséquences juridiques, et plus précisément les incidences d'une absence d'habilitation. Il précisait alors que « *l'intervention dans l'action administrative est subordonnée à la détention d'un titre juridique, d'un titre légal et non périmé, donc d'un titre juridique tout court* »²⁶⁰⁶. Malgré cette démonstration, la doctrine devait néanmoins rester relativement étrangère à cette nécessité en l'admettant implicitement sans en expliquer le fondement, le fonctionnement ou en préciser le contenu²⁶⁰⁷.

Quel que soit l'instrument qu'elle emprunte²⁶⁰⁸, il est par conséquent inévitable d'identifier, dans tout processus d'externalisation administrative, une habilitation à réaliser la compétence d'une personne publique. Il s'agit là d'une spécificité propre à ce concept qui vient s'articuler dans un rapport de complémentarité à l'assimilation de la prestation finale à la réalisation de la compétence de la personne publique. Il est d'ailleurs possible d'y déceler une forme de convergence avec le modèle du contrat-coopération dans la mesure où cette habilitation constituerait une prestation instrumentale au service de la prestation finale dès lors qu'elle met le partenaire en situation de pouvoir ainsi coopérer à sa réalisation²⁶⁰⁹. La structure du

à l'occasion duquel le Conseil d'État pouvait considérer que « *la Fédération sportive et gymnique du Travail était régulièrement constituée dans le cadre des dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, était agréée comme association sportive au titre de l'article 6 de l'ordonnance du 2 octobre 1943 et était titulaire, en vertu d'un arrêté du 25 novembre 1946, d'une délégation ministérielle l'habilitant à autoriser certaines compétitions sportives* ».

²⁶⁰⁶ NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 54. Il se fondait alors notamment sur l'arrêt : CE, sect., 28 janvier 1955, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait*, rec. p. 49, à l'occasion duquel le juge administratif considérait en effet que « *ledit groupement n'était plus légalement habilité à effectuer les opérations d'intérêt public* ».

²⁶⁰⁷ Aussi François Sabiani soulignait-il que « *l'habilitation pourtant reste une institution mal connue (...) qui n'est pas encore dotée(e) d'une signification unanimement admise* » ni d'une « *théorie générale* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁰⁸ En d'autres termes, qu'elle prenne la forme d'un contrat ou d'un acte unilatéral.

²⁶⁰⁹ Dans le contrat de franchise, le franchiseur transfère effectivement au franchisee le droit d'exploiter un savoir-faire ou une marque afin de permettre à celui-ci de réaliser des bénéfices dans l'intérêt commun des deux parties (rappelons que ce contrat est défini par Gérard Cornu comme celui par lequel « *une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisee, à la faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisee s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 6^e éd., 2004, p. 422). Suzanne Lequette rappelle sur ce point que « *la spécificité du contrat de franchise tient à ce qu'il opère la réitération d'un succès commercial au moyen de la transmission d'un savoir-faire et de la mise à disposition d'une marque* » au franchisee, et constitue ainsi un exemple typique de la mise en œuvre juridique d'une coopération économique : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 99 et 100. Notons que le rapprochement vaut également à l'égard du contrat d'édition entendu comme « *le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser ou de la faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* » : article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle. Christine Bertrand soulignait en effet, pour le cas particulier des agréments, que ces derniers procuraient également un avantage juridique à leur bénéficiaire dès lors qu'ils les mettaient en situation

contrat-coopération élaborée par Suzanne Lequette repose effectivement sur une logique similaire dans la mesure où la coopération économique s'exprime alors à travers un agencement particulier des obligations afin d'assurer une synergie des cocontractants profitant à la réalisation de la prestation finale²⁶¹⁰. Déterminée à l'aune de cette dernière, la structure du contrat-coopération se caractérise essentiellement par un agencement singulier des prestations destiné à assurer que « *l'une des parties transfère une valeur à l'autre partie qui s'engage, en vertu d'une prestation finale, à l'exploiter dans leurs intérêts respectifs* »²⁶¹¹. Rapportée au droit administratif et à l'expression qu'y adopterait l'externalisation, cette structure conduit à émettre l'hypothèse selon laquelle l'habilitation dérivée du partenaire à réaliser la compétence d'une personne publique se manifesterait au moyen d'une obligation par laquelle la personne publique transférerait une valeur, le droit d'exercer une activité, à un partenaire qui s'engage en contrepartie à l'exploiter afin d'accomplir la prestation finale ; c'est-à-dire, afin de réaliser cette compétence dans les conditions imposées par l'intérêt général²⁶¹².

191. La détermination de l'habilitation dérivée au sein de l'externalisation. Guillaume Tusseau précisait notamment que la hiérarchisation des normes d'habilitation pouvait résulter d'une forme d'enchaînement par lequel « *la première norme d'habilitation se limite à autoriser la seconde* »²⁶¹³, laquelle pourrait alors être qualifiée de dérivée. Or, si l'habilitation à agir contenue dans la compétence des personnes publiques est mise à part, l'habilitation à faire agir qu'elle renferme parfois serait de ces normes primaires permissives autorisant une personne publique à produire une norme d'habilitation secondaire, ou dérivée, à destination d'une autre personne, publique ou privée. Il convient d'ailleurs de préciser que Guillaume

de pouvoir coopérer à l'accomplissement des missions de la personne publique. Elle affirmait alors que « *l'avantage est donc constitué ici par la possibilité juridique de fonctionner* » : BERTRAND Ch., BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 204.

²⁶¹⁰ L'auteur démontre en effet qu'il « *apparaît tout aussi primordial de scruter non seulement les prestations réelles, mais encore la manière dont elles sont liées entre elles* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 135.

²⁶¹¹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 136.

²⁶¹² Ainsi lorsque l'article L. 6112-3 du Code de la santé publique dispose que « *le service public hospitalier est assuré par (...) 3° Les établissements de santé privés habilités* », il prohibe tout exercice de ce service public par une personne non habilitée. L'exercice d'une telle activité est donc possible qu'à la condition de détenir une habilitation. Ainsi en va-t-il également en matière d'archéologie préventive, ou encore en matière de mise en fourrière et de gardiennage. Dans ce dernier cas, alors que le législateur habilite implicitement la personne publique compétente à faire agir un tiers dans le cadre de l'activité de mise en fourrière dès lors qu'il indique que « *l'officier ou l'agent de police judiciaire peut (...) faire procéder à l'immobilisation et à la mise en fourrière du véhicule* » (article L. 325-1-1 du Code de la route), l'exercice de cette activité est conditionnée par l'obtention d'un agrément délivré par l'autorité compétente : « *Le préfet agréé le gardien de fourrière et les installations de celle-ci* » : article R. 325-24 du Code de la route. L'opérateur habilité étant alors soumis dans tous les cas à un certain nombre d'exigences au premier rang desquelles figure l'obligation de réaliser dans les conditions fixées par elle la compétence matérielle de la personne publique.

²⁶¹³ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 449.

Tusseau désignait cette hiérarchisation particulière des habilitations comme des rapports de délégation. Bien qu'il faille distinguer la délégation de compétence de l'externalisation administrative²⁶¹⁴, ce mécanisme pourrait cependant être transposé au service de la conceptualisation de la seconde. Guillaume Tusseau le décomposait en l'occurrence en démontrant l'existence de deux normes d'habilitation hiérarchiquement coordonnées faisant écho aux deux temps de la délégation de compétence théorisés par Herbert Maisl²⁶¹⁵ et Jean Delvolvé. Alors que, pour le premier, cette pratique s'expliquerait par un enchaînement des habilitations²⁶¹⁶, les second affirmaient que « *ce mécanisme comporte deux étapes (...). En premier lieu un acteur est habilité à déléguer son pouvoir (...). En second lieu, l'acteur procède effectivement à cette délégation* »²⁶¹⁷. De la même façon, l'externalisation administrative reposerait sur ce mécanisme usité en droit administratif et précisé au moyen du concept de norme d'habilitation. À l'habilitation primaire constituée par la compétence succéderait ainsi une habilitation dérivée autorisant une personne publique ou privée à coopérer à sa réalisation.

Un autre point de convergence avec le modèle du contrat-coopération peut alors être identifié. Si, à travers l'habilitation primaire de la personne publique à externaliser, la compétence admet que celle-ci puisse elle-même habiliter le partenaire, public ou privé, à coopérer à sa réalisation, elle appelle par conséquent une habilitation dérivée afin de mettre ce dernier en mesure de pouvoir accomplir une telle prestation finale. Cette habilitation dérivée semble donc devoir s'imposer comme le rouage constitutif et fondamental de l'externalisation administrative en tant que son essence coopérative implique un partage de la faculté d'agir à l'instar de l'essence coopérative en droit civil qui se traduit par la mise à disposition par l'une

²⁶¹⁴ Dans la mesure où la première procède à un transfert de compétence. Anne-Marie Le Bos-Le Pourhiet définissait en effet la délégation de compétence comme « *l'acte unilatéral par lequel une autorité qui y est habilitée transfère une partie de sa compétence, son propre titre de compétence étant maintenu* » : LE BOS-LE POURHIET A.-M., *Les substitutions de compétence en droit public français*, thèse dact., Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, 1985, p. 25.

²⁶¹⁵ Réservant « *le terme « délégation » aux déterminations « secondaires » de compétence* », il démontrait en effet que « *le caractère secondaire ou indirect du processus normatif en cause tient au fait qu'entre l'acteur qui attribue initialement une compétence et l'acteur qui l'exerce effectivement, s'intercale l'acteur initialement habilité, qui procède à la délégation* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 463, citant MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université de Paris II – Panthéon Assas, p. 95 et s.

²⁶¹⁶ « *Dans ces hypothèses, un acteur donné a le pouvoir de produire une norme d'habilitation. Le champ de réglementation de sa propre norme d'habilitation inclut la possibilité de produire une norme d'habilitation. L'une des particularités de la nouvelle norme d'habilitation est de comporter un champ d'application qui est inclus dans le champ d'application de la norme d'habilitation du délégant* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 464.

²⁶¹⁷ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 463, évoquant alors : DELVOLVÉ J., *Les « délégations de matières » en droit public*, Sirey, 1930, p. 150 à 166 ; MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université de Paris II – Panthéon Assas, p. 140 à 324.

des parties d'une valeur, d'un droit d'exploiter un savoir-faire, une marque, une œuvre. Le constat d'une forme de désintérêt de la doctrine posé par Jacques Georgel à propos de l'agrément administratif²⁶¹⁸ pourrait donc être généralisé à l'ensemble des habilitations. Partagé une décennie plus tard par François Sabiani²⁶¹⁹, il appelle d'autant plus une étude de l'habilitation dérivée à coopérer à la réalisation de la compétence des personnes publiques qu'elle paraît se situer au cœur du concept d'externalisation administrative²⁶²⁰.

En ce qu'il soulignait déjà, à propos de l'agrément, qu'il devait être considéré comme étant « *beaucoup moins à l'avantage de qui le reçoit qu'au service de celui qui le donne* », Jacques Georgel affirmait qu'il était devenu, dans la quasi indifférence de la doctrine, un « *procédé de collaboration* »²⁶²¹. De la même façon, François Sabiani parvenait en outre à démontrer que l'habilitation entendue largement assurait aux personnes publiques la coopération d'autres personnes, publiques ou privées, à la mise en œuvre de leurs compétences tout en garantissant également le respect de certaines modalités encadrant le déroulement de cette coopération²⁶²². Dépasant la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, il estimait notamment qu'une telle norme d'habilitation transcendait les instruments de sa manifestation juridique précisant alors qu'elle « *a donc un champ d'application universel* »²⁶²³ dans la mesure où elle compose plus qu'elle ne constitue en elle-même un acte administratif²⁶²⁴. Il en proposait par ailleurs une définition utile, bien qu'inadéquate, à la détermination de son unité selon laquelle elle procéderait de l'attribution d'une compétence à exercer une mission d'intérêt général ; en d'autres termes, un titre à agir délivré par la personne publique initialement compétente en

²⁶¹⁸ Il affirmait en effet que « *force est de se rendre à l'évidence ; procédure très fréquemment utilisée, l'agrément est de ces enfants abandonnés que nul père ne veut reconnaître ; et chacun cite l'institution avec autant plus de complaisance que jamais il ne l'a examinée de près* » : GEORGEL J., « L'agrément administratif », *AJDA*, 1962, p. 467.

²⁶¹⁹ « *Aussi une réflexion qui appréhende l'institution (l'habilitation) de manière globale et dans ses manifestations les plus diverses s'impose-t-elle* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 4.

²⁶²⁰ Il convient d'ailleurs de préciser brièvement que si l'avènement de l'intérêt doctrinal pour ces notions d'agrément et d'habilitation coïncide avec le passage d'un État-gendarme autoritaire à un État-providence admettant davantage la coopération, l'émergence de l'État-manager devrait donc en accentuer l'attrait et conduire à s'intéresser sous cet angle à l'externalisation administrative.

²⁶²¹ GEORGEL J., *op. cit.*, p. 467. Ce que ne remis d'ailleurs pas en cause Christine Bertrand en faisant de la finalité collaborative un critère d'identification de l'agrément. Elle précisait effectivement que « *l'agrément se caractérise par l'existence d'une collaboration* » et vise ainsi « *à associer une personne à une activité ayant un rapport, plus ou moins étroit, avec l'intérêt général* » : BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 59 et 77.

²⁶²² « *L'habilitation a pour objet de définir les conditions dans lesquelles la personne privée devra gérer le service. Cette dernière voit ainsi imposer un cadre de son activité : l'habilitation fixe notamment les objectifs assignés, les moyens juridiques, techniques, économiques et financiers qui seront utilisés (...). Ce cadre constitue le contenu de l'habilitation* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 10.

²⁶²³ SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 5.

²⁶²⁴ « (...) *certaines formes d'habilitation constituent des procédés classiques du droit administratif (concession de service public, délégation de compétence* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 4.

vertu d'une norme supérieure. Autorisant et conditionnant l'intervention d'une personne publique ou privée dans le cadre de l'exercice d'une compétence, l'habilitation dérivée pourrait donc valablement constituer le rouage essentiel du concept d'externalisation administrative.

Un bref examen du droit positif tend en l'occurrence à corroborer cette hypothèse d'une conceptualisation de l'externalisation administrative à partir du concept de norme d'habilitation dérivée. Ainsi le législateur impose-t-il l'obtention d'une habilitation préalable à l'exercice d'un service de pompes funèbres par une personne privée²⁶²⁵ aussi bien qu'à l'exécution d'une opération d'archéologie préventive²⁶²⁶. Elle se retrouve par ailleurs également dans des domaines régaliens manifestant ainsi son inclination à permettre l'exercice d'une activité d'intérêt général dans un cadre déterminé et sous un contrôle rigoureux de la personne publique compétente²⁶²⁷. Comme l'avait souligné Jean-Paul Négrin, la jurisprudence confirme également l'existence de telles habilitations à l'occasion de l'examen de la « compétence » de personnes publiques ou privées accomplissant une mission d'intérêt général²⁶²⁸. De manière plus générale encore, les juges du Palais en ont fourni une expression remarquable à l'occasion de leur décision *APREI*. En affirmant qu'une personne privée doit être regardée en dernier ressort comme « *assurant une mission de service public* » lorsqu'un faisceau d'indices révèle la volonté de la personne publique compétente de l'y habilitier²⁶²⁹, ils ont en effet admis implicitement qu'une habilitation dérivée était indispensable à l'exercice d'une mission de service public par une personne privée. Cette

²⁶²⁵ Article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales employant explicitement le terme habilitation.

²⁶²⁶ Article L. 523-8 du Code du patrimoine employant quant à lui le terme d'agrément.

²⁶²⁷ La détention d'un agrément constitue par exemple une condition préalable indispensable à l'exercice d'une activité privée de sécurité selon l'article L. 612-6 du Code de la sécurité intérieure en vertu duquel « *nul ne peut exercer à titre individuel une activité, ni diriger, gérer ou être l'associé d'une personne morale exerçant cette activité, s'il n'est titulaire d'un agrément délivré selon des modalités définies par décret en Conseil d'État* ». De même lorsqu'il s'agit d'une habilitation à la participation au service public hospitalier comme en dispose l'article L. 6112-3 du Code de la santé publique.

²⁶²⁸ Ainsi considère-t-elle que la société Électricité de France « *est chargée, à ce titre, d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays (...), est responsable d'un service public en ce qu'elle exploite les centrales nucléaires de production d'électricité* » et que « *la société Réseau de Transport d'Électricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport, assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau* » : CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines et a.*, rec. p. 94. Commentant cette décision, Xavier Dupré de Boulois indique d'ailleurs que si « *l'activité de production d'électricité assurée par EDF ne s'analysait pas comme une mission de service public* » dans la jurisprudence précédente, les juges du Palais Royal procédaient à une telle qualification par application de la jurisprudence *APREI* et affirmait ainsi que, « *la société EDF assurant l'exploitation de l'ensemble des centrales nucléaires situées en France, elle doit être considérée comme étant chargée d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays* » en tant qu'elle exploite ces unités de production » : DUPRÉ DE BOULOIS X., « La société EDF entre police administrative et service public », *RJEP*, août-septembre 2013, p. 24 et 25.

²⁶²⁹ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

solution fut d'ailleurs confirmée, quelques mois plus tard, par la décision *Cne d'Aix-en-Provence*²⁶³⁰. Aboutissement d'un long processus jurisprudentiel²⁶³¹, cette décision confirme que l'existence d'une habilitation dérivée, sous quelque forme que ce soit, comme le suggèrent le recours au critère du faisceau d'indices²⁶³² et la jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence*²⁶³³, est indispensable à la coopération d'une personne publique ou privée à la réalisation d'une compétence. Elle se situe donc nécessairement au cœur de l'externalisation administrative dans la mesure où une telle coopération en constitue l'essence.

Conclusion de section. Passée au crible de la notion de compétence, l'externalisation présente donc une fonction particulière en droit administratif susceptible de permettre l'élaboration du concept d'externalisation administrative. Inspiré du modèle du contrat-coopération, ce concept traduit en l'occurrence la mise en œuvre d'une logique coopérative dans le cadre de la réalisation de la compétence des personnes publiques au moyen d'une habilitation dérivée. Reste alors à déterminer le moyen d'expression de cette habilitation dérivée essentielle au concept d'externalisation administrative, et ainsi à procéder à l'identification de sa structure coopérative.

²⁶³⁰ « (...), lorsque les collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent (...) décider d'en confier la gestion à un tiers » et, précisant la mise en œuvre d'une telle habilitation, « elles doivent en principe conclure avec un opérateur (...) un contrat de délégation de service public ou (...) un marché public de service (...); qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat » à charge pour elles de procéder par la voie d'un acte administratif unilatéral : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Qu'à contrario, « lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ».

²⁶³¹ Processus initié par les jurisprudences : CE, ass., 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, rec. p. 1212, et CE, ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, rec. p. 417, selon laquelle « il résulte tant des termes de la loi que de ses travaux préparatoires que cette disposition vise tous les agents ressortissant à un organisme chargé de l'exécution d'un service public, même si cet établissement a le caractère d'un « établissement privé » ». Une jurisprudence enrichie notamment par l'arrêt : CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, Rec. p. 401, à l'occasion duquel le juge administratif considéra « qu'en vue de les mettre à même d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est ainsi confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission, (...) le législateur a entendu, sans leur enlever le caractère d'organismes privés, charger lesdits centres de la gestion d'un véritable service public ».

²⁶³² Dans lequel les juges du Palais Royal inclurent à titre non exhaustif, « l'intérêt général de son activité, (les) conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, (les) obligations qui lui sont imposées ainsi que (les) mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont atteints » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁶³³ Au-delà de l'affirmation selon laquelle l'habilitation d'une personne privée à gérer un service public pouvait résulter aussi bien de la conclusion d'un contrat que de l'édition d'un acte administratif unilatéral, le juge administratif admettait également « que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

Section 2 : Une structure coopérative singularisée autour de l'obligation

192. Une structure coopérative fondée sur la nécessité d'une habilitation dérivée. Quelques semaines seulement après sa lecture devant la section du contentieux et avant sa première application notable à l'occasion de l'affaire *UGC-Ciné-Cité*, Julien Boucher et Frédéric Lénica proposaient une lecture analytique et critique de la décision *APREI*. Analytique tout d'abord, lorsqu'ils précisaient les conditions jurisprudentielles désormais fixées pour l'apposition de ce « *label appliqué à une activité d'intérêt général* »²⁶³⁴ lorsqu'elle est confiée à une personne privée. Abandonnant le critère lié à la nécessaire détention de prérogatives de puissance publique, la décision *APREI* imposait selon eux « *la mise en évidence d'une « investiture » ou d'un « ordre de mission » émanant d'une personne publique* »²⁶³⁵ afin d'identifier une personne privée chargée de l'exécution d'un service public. Considérée comme un élément du rattachement organique à une personne publique, ce critère manifeste donc également la nécessaire identification d'une habilitation à coopérer à la réalisation d'une compétence telle que l'exécution d'une mission de service public. Cette hypothèse est d'ailleurs corroborée par la finalité du recours à la méthode du faisceau d'indices : la détermination de la volonté de la personne publique de confier une telle mission²⁶³⁶. Il s'agissait donc en quelque sorte d'affirmer que « *c'est la personne publique normalement en charge du service qui choisit, pour des considérations de gestion, d'en confier l'exécution à une personne privée* »²⁶³⁷ permettant ainsi d'identifier ici une forme d'externalisation fondée sur une habilitation dérivée, quelle qu'en soit la forme juridique.

Cette analyse se doublait ensuite d'une lecture critique dans la mesure où Julien Boucher et Frédéric Lénica soulignaient également certaines zones d'ombre. Ainsi regrettaient-ils que cette décision n'ait prévu *in extenso* que la seule hypothèse d'une habilitation unilatérale, législative ou individuelle, alors que l'habilitation contractuelle semblait parfaitement pouvoir s'y loger²⁶³⁸. Ils invitaient d'ailleurs la jurisprudence et la doctrine à porter leur attention sur

²⁶³⁴ TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre veillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

²⁶³⁵ BOUCHER J. et LENICA F., « Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogatives de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations », *AJDA*, 2007, p. 794.

²⁶³⁶ Julien Boucher et Frédéric Lénica soulignaient d'ailleurs ce point en indiquant qu'il s'agissait « *de rechercher dans un faisceau d'indices la marque d'une telle volonté (...) de la personne publique de faire d'une personne privée, en quelque sorte, son alter ego* » ou du moins son partenaire : BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 796.

²⁶³⁷ BOUCHER J. et LENICA F., *Ibid.*

²⁶³⁸ « (...) il est permis de penser qu'une telle approche, conduisant à traiter comme deux compartiments étanches la dévolution contractuelle et l'investiture unilatérale d'une mission de service public, a aujourd'hui

la question de savoir « *ce que peut être un service public géré par une personne privée indépendamment de son mode de dévolution* »²⁶³⁹. Ils ajoutaient en outre à cette critique une réflexion d'ensemble sur l'évolution de l'action administrative. Alors qu'ils rappelaient les propos de Didier Truchet selon lesquels « *l'attribution du label service public apporte désormais plus d'obligations que de prérogatives* »²⁶⁴⁰, ils précisaient notamment sur ce point le caractère essentiel et instructif du recours à la méthode du faisceau d'indices tant il faisait apparaître que l'habilitation dérivée à la réalisation d'une compétence comportait indubitablement « *certaines contraintes de gestion* »²⁶⁴¹ imposées à la personne habilitée au nom de l'intérêt général, et plus précisément dans cette hypothèse au nom des exigences inhérentes à toute activité de service public²⁶⁴². Pour sa part, Salim Ziani affirme d'ailleurs qu'une « *simple étude du régime de l'habilitation aurait permis de comprendre sereinement le rôle des obligations de service public* » en droit administratif²⁶⁴³, mais sans pour autant en approfondir l'examen. Ce que semble devoir permettre le concept d'externalisation administrative du fait notamment de sa structure coopérative dont il s'agit désormais de rendre compte.

Ces quelques questions soulevées « à chaud » par la doctrine pourraient en effet trouver une réponse dans le concept d'externalisation administrative. Conçu à partir du concept de norme d'habilitation par lequel il est possible de justement dépasser les distinctions et les clivages traditionnels fondés sur la prise en compte des instruments et des modalités de la dévolution, il devrait permettre de retrouver « *au-delà des différences de façade, l'unité profonde* »²⁶⁴⁴ de l'attribution d'une mission de service public, et plus largement d'intérêt général, à une

perdu une bonne partie de sa raison d'être » : BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 797. Et de préciser que le juge administratif, confronté à la question de la qualification d'un contrat en délégation de service public, tendant de plus en plus à « *se référer de plus en plus nettement aux critères définis par la jurisprudence relative aux organismes privés investis d'une mission de service public par la voie unilatérale* ».

²⁶³⁹ BOUCHER J. et LENICA F., *Ibid.*

²⁶⁴⁰ TRUCHET D., *op. cit.*, p. 437.

²⁶⁴¹ BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 798.

²⁶⁴² Évoquant les lois du service public, Virginie Donier rappelait par exemple que ces « *principes fondamentaux applicables à tous les services publics (...) indépendamment de leur mode de gestion* » devant « *guider et encadrer leur fonctionnement* », précisant même qu'elles avaient connu de profondes transformations liées notamment « *à l'évolution des pratiques administratives* » dont l'externalisation fait nécessairement partie : DONIER V., « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1219 et 1220. Jean-Paul Négrin puis François Sabiani avaient d'ailleurs déjà pu démontrer que l'habilitation des personnes privées à intervenir dans la réalisation de l'intérêt général s'accompagnaient nécessairement de telles obligations, et du contrôle indispensable à en assurer le respect.

²⁶⁴³ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 95 et 96. Et de préciser « *que la personne habilitée à exploiter l'activité de service public ne puisse l'exercer par elle-même, sans l'intervention d'une personne publique habilitante* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 99.

²⁶⁴⁴ BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 797.

personne publique ou privée. Il offre également une grille de lecture originale de la réalisation coopérative de la compétence des personnes publiques par la notion d'obligation éclairée pour ce faire par le modèle civiliste du contrat-coopération. Enrichie par le concept de norme d'habilitation dérivée, inspiré quant à lui des réflexions menées par Guillaume Tusseau et des diverses formes d'obligations systématisées dans le modèle du contrat-coopération, la structure coopérative du concept d'externalisation administrative offre une approche théorique simplificatrice des modalités de réalisation de la compétence des personnes publiques fondées sur une logique de coopération. De plus, les obligations telles que les obligations de service public ou les obligations domaniales qui seraient l'équivalent des obligations accessoires du modèle civiliste, confirment que la notion d'obligation devrait être un élément pivot de ce concept. Aussi bien comme vecteur de l'habilitation dérivée qu'à travers ces obligations accessoires, la notion d'obligation s'impose comme la clef de voûte sur laquelle repose la structure juridique coopérative du concept d'externalisation administrative.

Annonce de plan. Bien que l'externalisation se présente, ou qu'elle soit présentée, le plus souvent sous une apparence disparate, composite, et donc floue²⁶⁴⁵, il est toutefois possible de proposer un concept unifié d'externalisation administrative. Pour ce faire, il s'agit donc de procéder à la conceptualisation des modalités coopératives de réalisation de la compétence (§1) afin d'y associer ensuite celle d'une articulation des obligations caractéristiques d'une logique de coopération (§2).

§1 : Une conceptualisation des modalités coopératives de réalisation de la compétence

193. Une conceptualisation singulière de l'essence coopérative de l'externalisation. Comme le prouvent les réflexions doctrinales ou les rapports parlementaires, l'externalisation administrative semble devoir occuper une place grandissante dans la boîte à outil mise à la disposition des personnes publiques afin de parvenir à la réalisation efficace de leurs compétences. Outre l'utilisation d'un vocable identique, il apparaît que le recours au terme externalisation révèle davantage qu'une volonté de s'inscrire dans une démarche de gestion performante qu'atteste aujourd'hui cette stratégie d'entreprise. Elle manifeste effectivement

²⁶⁴⁵ Jean-Charles Froment soulignait en effet que l'externalisation de certaines missions relevant de la compétence de l'administration pénitentiaire avaient pu prendre la forme « *de multiples partenariats locaux avec d'autres services de l'État, les collectivités territoriales, les secteurs associatifs, les acteurs économiques, etc...* » : FROMENT J.-Ch., « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 : Une ambition modérée... », *RDP*, 2010, p. 693.

l'appropriation d'une logique de coopération particulière sur laquelle la littérature administrative ne s'était pas encore arrêtée, si ce n'est de manière médiate à travers les notions de partenariat, de concession, de délégation ou de coopération entre personnes publiques. Plus vaste, le concept d'externalisation administrative offrirait alors une nouvelle grille d'analyse de la réalisation coopérative de la compétence des personnes publiques. Il reposerait notamment sur l'existence d'une habilitation dérivée à l'origine d'une personne publique compétente et à destination d'une autre personne, publique ou privée²⁶⁴⁶. En tant que forme de coopération à la réalisation de la compétence des personnes publiques, l'externalisation administrative repose donc nécessairement sur une norme d'habilitation dérivée.

Il convient alors de procéder à la détermination concrète du contenu du concept d'externalisation administrative au moyen des outils juridiques disponibles, et du point de départ de cette réflexion : la notion d'externalisation telle qu'envisagée par la littérature managériale. Considérée comme un mode coopératif de gestion des ressources par la stratégie d'entreprise, l'externalisation y est définie comme un accord passé entre une organisation et un tiers afin de lui confier la prise en charge, l'exploitation, la gestion continue et l'amélioration d'une fonction, d'une infrastructure, ou encore de processus opérationnels, ne constituant pas son cœur de métier. Sur de nombreux points l'externalisation administrative apparaît donc comme un proche parent de cette pratique managériale. Fondés sur une forme d'habilitation, ces concepts partagent tous deux une même logique coopérative, et donc la structure juridique que cela implique. Julien Boucher suggérait d'ailleurs l'hypothèse d'une telle structure de l'externalisation administrative en évoquant successivement trois critères d'identification inspirés de l'externalisation originelle : l'intervention d'un tiers à une personne publique compétente, la dévolution d'une mission ou d'une activité concourant à ces missions et une maîtrise conservée par la collectivité²⁶⁴⁷. Prenant comme point de départ cette

²⁶⁴⁶ Proposant une lecture originale de la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* venue poursuivre l'œuvre engagée par la décision *APREI*, Salim Ziani démontre en effet que, pour l'exemple du service public, si « *les personnes publiques et, en bout de course, l'État sont considérés comme étant les prestataires originels des missions de service public* ». Dès lors toute intervention des personnes privées dans ce domaine ne peut avoir lieu qu'à condition d'y avoir été habilitées : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 327.

²⁶⁴⁷ « (...) l'externalisation se caractérise par trois éléments essentiels (...). Le premier élément d'identification, qui se lit dans le terme d'« externalisation », est évidemment l'intervention d'un tiers (...). Pour qu'il y ait externalisation, il faut, en deuxième lieu, que le tiers intéressé se voie confier l'une des missions de la collectivité ou une activité concourant à l'exécution de cette mission (...). Le dernier élément d'identification de l'externalisation n'a que l'apparence d'un paradoxe : il consiste à souligner qu'elle ne se conçoit pas sans que

inspiration devancière, il est possible d'élaborer un concept d'externalisation propre au droit administratif reposant sur une structure et des critères spécifiques voués à l'organisation de la réalisation coopérative de la compétence, de la même façon que l'externalisation permet d'assurer la gestion de certaines fonctions des entreprises par un partenaire. Il convient néanmoins de préciser, à l'instar de Rémy Schwartz, que si « *l'externalisation a toujours été très large, très forte (...) (et) relève d'un arbitrage traditionnel de gestion publique* »²⁶⁴⁸, elle n'a pas jusqu'alors encore bénéficié d'une étude théorique approfondie malgré son importance dans l'action administrative contemporaine. Mais avant de pouvoir en appréhender la portée, il convient d'en déterminer les contours conceptuels. Pour ce faire, les évolutions récentes du droit administratif en matière d'obligations permettent en l'occurrence d'adopter une démarche nouvelle en la matière empruntant les méandres de la norme d'habilitation et de l'externalisation stratégique, et apportant ainsi un prolongement et un enrichissement de la réflexion engagée par Julien Boucher. Il s'agira par conséquent de démontrer que la structure coopérative du concept d'externalisation administrative présente trois critères systématisés à partir des réflexions menées par Julien Boucher. D'une part, en procédant à la singularisation de la logique coopérative par la compétence en tant qu'elle est liée aux critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative (A). D'autre part, en en proposant une conceptualisation enrichie au moyen de la notion d'obligation dans la mesure où elle devrait s'imposer comme l'élément central de l'externalisation administrative (B), et donc comme un critère matériel permettant son expression juridique.

A. Une singularisation de la logique coopérative par la compétence

194. Une singularisation du modèle managérial. Alors qu'il suggérait en 2005 que si l'externalisation devait être systématisée et conceptualisée en droit administratif elle reposerait sur un mécanisme de dévolution, Julien Boucher semblait vouloir appliquer cette notion stratégique au cas particulier mais répandu dans lequel une personne privée est chargée de l'exécution d'une mission de service public²⁶⁴⁹ et, au-delà, à toutes missions. Élargissant le champ des possibles pour l'application de ce mécanisme théorique, Gilles Pélissier précise à l'occasion de ses conclusions rendues sur l'arrêt *Commune de Propriano* qu'il retient pour

la collectivité conserve la maîtrise des activités qu'elle confie au tiers intéressé » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4, 5 et 6.

²⁶⁴⁸ SCHWARTZ R., « Éditorial », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2015, p. 3.

²⁶⁴⁹ Une démarche d'ailleurs poursuivie apparemment aux côtés de Frédéric Lénica à l'occasion de leur chronique sur la jurisprudence *APREI*.

« les développements qui vont suivre le terme de délégation dans son acception la plus générale de dévolution à un tiers de l'exercice d'une activité »²⁶⁵⁰. Comme avaient pu le préciser Julien Boucher et Frédéric Lénica, la grille d'identification d'une personne privée chargée de la gestion d'une activité de service public devrait non seulement pouvoir être appliquée indistinctement à l'ensemble des modalités de dévolution des activités de service public, unilatérales ou contractuelles, mais également à l'ensemble des activités d'intérêt général confiées à une personne privée, voire publique. Lorsqu'il rappelait que l'externalisation était généralement définie par la littérature managériale comme une « pratique qui consiste à confier à des agents économiques extérieurs certaines des activités qui étaient jusque-là exercées au sein de l'entreprise »²⁶⁵¹, Julien Boucher envisageait en l'occurrence l'externalisation en droit public comme « l'opération par laquelle une collectivité publique confie à un tiers l'exécution d'une de ses missions ou d'une activité concourant à ces missions »²⁶⁵². En empruntant à la stratégie d'entreprise ses connaissances sur le sujet, il élaborait d'ailleurs sommairement les linéaments d'une conceptualisation de l'externalisation administrative. Alors qu'il présentait successivement différents critères d'identification de l'externalisation en droit public correspondants à la définition qu'il en retenait, il procédait concomitamment à une ébauche de singularisation de cette notion issue du management d'entreprise et des sciences économiques. Il convient donc de suivre ce canevas et de lui apporter certains approfondissements afin de proposer une conceptualisation enrichie de l'externalisation administrative. S'il en apportait des éléments cardinaux, il semble que Julien Boucher n'ait pas pris en compte en effet certains aspects qui devraient pourtant pouvoir éclairer ce concept naissant.

Ainsi serait-il nécessaire de les préciser à l'aide de la notion de compétence, laquelle pourrait conduire à un réarrangement de ces éléments tout en conservant l'essence. Elle devrait en outre permettre de proposer un critère organique et un critère fonctionnel propres à l'externalisation administrative. Alors que la présence d'un tiers correspondrait plus précisément au critère organique impliquant la présence de deux personnes juridiques dont l'une au moins est une personne publique compétente, l'habilitation à réaliser une compétence constituerait son critère fonctionnel inspiré de l'exigence d'une dévolution de l'une des

²⁶⁵⁰ Conclusions Gilles Pélessier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁶⁵¹ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4, citant : MAHINGA J.-Gr., « L'externalisation d'activités : où va la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *LPA*, 7 juin 2001, n° 113, p. 13.

²⁶⁵² BOUCHER J., *Ibid.*

missions de la collectivité²⁶⁵³. Sans remettre en cause l'hypothèse élaborée par Julien Boucher, il convient d'en proposer un approfondissement possible par la notion de compétence. Conservant l'esprit de ses réflexions, un tel travail conduit alors à en modifier l'expression juridique, faisant apparaître une singularisation du critère organique de l'externalisation (1), ainsi que de son critère fonctionnel (2).

1. Une singularisation du critère organique de l'externalisation

195. Un critère organique invariant : l'altérité indispensable à toute coopération. En ce qu'il évoquait ce qui serait le premier élément d'identification de l'externalisation en droit public, Julien Boucher affirmait que celui-ci, « *qui se lit dans le terme même d' « externalisation », est évidemment l'intervention d'un tiers, c'est-à-dire d'une entité extérieure à la collectivité publique concernée* »²⁶⁵⁴. Evident, ce dernier l'est à plus d'un titre. D'une part, car, comme il le précisait alors, le principe même de l'externalisation telle qu'élaborée par la littérature managériale et mise en œuvre dans le cadre de la stratégie d'entreprise repose sur une altérité qui lui est consubstantielle. Avant même les définitions proposées par les sciences de gestion, le terme externalisation en lui-même évoque et appelle l'intervention d'une personne ou d'une organisation extérieure à l'entreprise qui y recourt. Ainsi le dictionnaire Larousse ne déroge-t-il pas à cette antienne lorsqu'il présente l'externalisation comme désignant l'action « *pour une entreprise de confier une partie de ses activités à des partenaires extérieurs* »²⁶⁵⁵. Par ailleurs, l'étymologie ne fait que confirmer cette évidence. Issue du terme anglais *externalise* qui signifie rendre externe, l'externalisation ne serait pas autre chose que le fait de confier un élément interne à une structure externe. La stratégie d'entreprise quant à elle ne réserve pas un sort différent à l'externalisation, au point même de se demander laquelle de cette discipline ou du langage courant a pu en être à l'origine. Au-delà d'une signification sémantique, la définition proposée par la littérature managériale emporte également avec elle une signification scientifique utile à la compréhension de ce concept. Considérée communément comme « *le fait de confier une activité et son management à un fournisseur ou à un*

²⁶⁵³ Le concept d'externalisation administrative reposerait alors sur ce mécanisme ayant « *permis depuis la fin de l'époque médiévale d'organiser en France des activités d'intérêt collectif et puis d'intérêt général sous le contrôle d'une autorité sans toutefois revêtir, durant de longs siècles, d'appellation spécifique* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 73.

²⁶⁵⁴ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4.

²⁶⁵⁵ Dictionnaire Le Petit Larousse Illustré, 2016, p. 479. De même le dictionnaire Le Petit Robert la présente-t-il tout simplement comme le fait pour une entreprise de « *confier à une entreprise extérieure une tâche, une activité secondaire* » : Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française, 2015, p. 990.

prestataire externe plutôt que de la réaliser en interne »²⁶⁵⁶, l'externalisation repose donc essentiellement sur un critère organique d'altérité selon lequel doivent toujours être identifiées deux personnes distinctes.

Il s'agit d'une évidence également car, d'autre part, fondée sur une logique de coopération au cœur de toute forme hybride de gouvernance de l'économie, l'externalisation repose logiquement sur un critère organique d'altérité dans la mesure où il n'est pas possible de coopérer tout seul. Si le terme coopérer signifie étymologiquement faire avec, *co operari* en latin, les diverses définitions qui peuvent lui être attribuées dans la langue française de le démentent pas : « *agir, travailler conjointement avec quelqu'un à* »²⁶⁵⁷ pour certains ou tout simplement « *agir conjointement avec quelqu'un* »²⁶⁵⁸ pour d'autres, dans tous les cas la coopération implique toujours la présence d'au moins deux personnes. De la même façon la littérature managériale ne l'envisage pas autrement, quand bien même elle en préciserait la signification de façon à l'adapter à son champ d'étude²⁶⁵⁹. Tout comme le terme d'externalisation en lui-même, la logique qui le sous-tend repose par conséquent elle aussi sur le même critère organique d'altérité. Une évidence qui se prolonge d'ailleurs, par l'intermédiaire de la coopération, sur le terrain du droit civil dans la mesure où la logique coopérative s'y exprime juridiquement sous la forme d'un modèle contractuel dédié : le contrat-coopération. Or, non seulement, et ce à de rares exceptions près, toute relation contractuelle impose la présence d'au moins deux parties²⁶⁶⁰. Mais surtout, ce contrat est défini par Suzanne Lequette comme celui qui « *tisse un lien personnel d'une intensité particulière en vertu duquel les contractants y sont, davantage que des parties, des partenaires* »²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁶ TARONDEAU J.-Cl. et HUTTIN Ch., *Dictionnaire de stratégie d'entreprise*, Vuibert, 2^e éd., 2006, p. 92.

²⁶⁵⁷ Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française, 2015, p. 540.

²⁶⁵⁸ Dictionnaire Le Petit Larousse Illustré, 2016, p. 299.

²⁶⁵⁹ Ainsi désigne-t-elle par la notion de coopération « *tout accord à caractère stratégique noué par au moins deux firmes indépendantes qui choisissent de mettre en commun tout ou partie de leurs ressources, en vue de poursuivre un but commun* » : TARONDEAU J.-Cl. et HUTTIN Ch., *op. cit.*, p. 48. Et de préciser par ailleurs que « *la coopération est une forme hybride d'acquisition de ressources entre le recours au marché et la production interne sous le contrôle de la hiérarchie. Les concepts utilisés pour définir les formes de collaboration entre firmes sont nombreux : partenariat, coopération, alliance stratégique* ».

²⁶⁶⁰ La relation contractuelle peut en effet être définie, à l'instar de toute relation juridique, comme « *un rapport de droit ou (et) de fait entre deux ou plusieurs personnes* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 2016, p. 889. Plus précisément encore, il suffit de lire l'ancien article 1101 du Code civil pour s'en convaincre. Ce dernier dispose effectivement que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* », alors que le nouvel article 1101 prévoit quant à lui que « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

²⁶⁶¹ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 252, et dans lequel « *chacune des parties contracte en principe en considération*

Il n'y aurait donc aucune raison pour que, rapportée à la sphère administrative, l'externalisation subisse de telles transformations qu'elle en perde son critère organique d'altérité. Dans le cas contraire, il ne ferait d'ailleurs aucun doute sur la disparition même du concept. Que serait l'externalisation sans l'élément d'altérité si ce n'est rien de plus qu'une gestion par soi-même de ses propres ressources ? Quoi qu'il en soit, la question ne semble pas devoir se poser. Qu'il s'agisse de Jean-David Dreyfus²⁶⁶², de Julien Boucher²⁶⁶³ ou encore de Philippe Yolka, l'externalisation administrative ne semble pas s'être départie de ce critère en intégrant le domaine du droit administratif. Quel que soit le périmètre retenu pour délimiter son champ d'application, Philippe Yolka admet en effet que le critère organique de l'altérité demeure un élément consubstantiel de l'externalisation en matière administrative²⁶⁶⁴. Dans tous les cas l'identification du concept administratif d'externalisation impose donc toujours la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes²⁶⁶⁵. Quels que soient les désaccords doctrinaux sur la signification de ce concept ou même son existence, et ils sont nombreux²⁶⁶⁶, le critère organique de l'altérité revient, telle une antenne, à tel point qu'il paraît évident de l'admettre en tant que critère organique invariant de l'externalisation.

des qualités de l'autre » comme dans tout contrat frappé d'*intuitus personae* : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 265, citant : DESCORPS DECLÈRE F., *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération. Contribution à l'étude d'un contrat évolutif*, thèse dact., Université Paris – Panthéon Sorbonne, 2000, p. 112.

²⁶⁶² Rappelons que selon cet auteur, l'externalisation en droit administratif désignerait « l'opération par laquelle une personne – ici, publique – confie à un opérateur extérieur – privé – une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214. Précisons que cet auteur conservait la même approche de l'externalisation lorsque, huit ans plus tard, il affirmait qu'elle « peut être définie comme l'opération par laquelle une personne confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge » : DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529.

²⁶⁶³ Rappelons brièvement que, s'inspirant de l'approche adoptée par Jean-David Dreyfus, Julien Boucher envisageait l'externalisation en droit public comme « l'opération par laquelle une collectivité publique confie à un tiers l'exécution de l'une de ses missions ou d'une activité concourant à ses missions » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁶⁴ Il affirme en effet que si « dans une première approche, il ne saurait y avoir d'externalisation véritable qu'en cas de transfert du public vers le privé », ou que « dans une seconde approche, plus large et fondée sur un critère juridique, il y aurait externalisation dès qu'une personne juridique fait appel à une autre pour assurer certaines missions » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 14.

²⁶⁶⁵ D'autres auteurs soulignent effectivement cette évidence précisant que l'externalisation administrative ne peut être envisagée sans admettre qu'elle consiste pour une personne publique à « confier à des tiers les tâches externalisables qu'elle a décidé d'externaliser » : AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n° 6, repère 6, ou encore à « confier contractuellement des fonctions de nature publique à une entité qui n'est pas de nature publique » : AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 662.

²⁶⁶⁶ Qu'il s'agisse alors des divergences relatives aux modalités instrumentales de l'externalisation administrative, contractuelle ou unilatérale ou les deux, ou plus fondamentalement encore de la prise en compte ou non des relations entre personnes publiques.

Unanimement appréhendé comme un « *outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées directement par elle, à des prestataires de services extérieurs* »²⁶⁶⁷, le concept d'externalisation administrative n'en demeure pas moins opaque. Et les difficultés lexicales et scientifiques soulignées notamment par Julien Boucher²⁶⁶⁸ puis Philippe Yolka²⁶⁶⁹ ne participent pas d'une simplification de son appréhension. Elles permettent toutefois paradoxalement de prendre la mesure des adaptations nécessitées par son passage en droit administratif. Il faut effectivement reconnaître qu'il a subi certaines modifications. La définition « adaptée » à la sphère administrative proposée par Jean-Baptiste Morel met d'ailleurs déjà en évidence un certain nombre d'ajustements, certes spécieux et cosmétiques, mais également précieux et symboliques. Entendue comme le fait « *pour une personne publique de confier à un tiers des fonctions qui, bien qu'indispensables à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, sont susceptibles de ne pas être assurées directement par elle* »²⁶⁷⁰, l'externalisation administrative présente bien quelques particularités, y compris d'ailleurs s'agissant du critère organique. La comparaison avec la définition proposée par la stratégie d'entreprise est sans appel dans la mesure où, « *entendue comme l'opération consistant, pour une entité, à recourir à un tiers afin de lui confier des missions normalement prises en charge par ses propres moyens* »²⁶⁷¹, elle fait apparaître certains points de divergence qu'il s'agit de préciser, à commencer par ceux relatifs au critère organique invariant.

196. Un critère organique spécifique : la présence indispensable d'au moins une personne publique compétente. Alors qu'il démontrait qu'il ne cédait pas simplement « à la « *novlangue* » »²⁶⁷², Julien Boucher précisait la teneur du critère organique de l'externalisation administrative. Il indiquait en l'occurrence que « *le critère d'une telle extériorité doit en principe être recherchée dans l'existence d'une personnalité juridique*

²⁶⁶⁷ BABIN L. et LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37.

²⁶⁶⁸ Rappelant l'imprécision de cette notion dans la sphère de l'entreprise, Julien Boucher précisait qu'il « *ne faut pas s'étonner que les mêmes difficultés se rencontrent, et même s'accroissent, lorsque l'on quitte la sphère de l'entreprise pour celle de l'administration – à cela près que les tentatives de définition se font plus rares encore* » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁶⁹ Philippe Yolka donne quant à lui un visage à ces difficultés, et donc en partie la voie à suivre pour les surmonter, en soulignant d'une part « *l'inévitable contrainte tenant au passage de l'anglais au français : l'on traduit Outsourcing par un néologisme, qui désigne une « extériorisation » aux contours mal définis* » et d'autre part « *un second exercice de traduction, dès lors qu'il s'agit de faire parler dans la langue du droit un concept né ailleurs* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁷⁰ MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

²⁶⁷¹ MOREL J.-B., *Ibid.*

²⁶⁷² YOLKA Ph., « Les meubles de l'administration », *AJDA*, 2007, p. 968.

distincte celle de la collectivité »²⁶⁷³. Il démontrait également qu'elle devait nécessairement se singulariser par la présence d'au moins une personne publique en évoquant la démarcation du partenaire à l'égard de cette « *collectivité* ». De plus la référence à ce critère organique pour justifier la distinction opérée en droit administratif entre les modes de gestion directe et déléguée du service public²⁶⁷⁴ suggérait également qu'il impliquait incontestablement la présence d'une personne publique à l'initiative de toute externalisation d'une fonction administrative en tant que, à défaut d'une telle initiative, elle en assure elle-même la gestion. Cette intuition devait d'ailleurs trouver un écho retentissant dans la décision *Commune d'Aix-en-Provence*, ainsi qu'à travers les commentaires qu'elle suscita. Établissant un *vade-mecum* des modalités de gestion et de dévolution des activités de service public à des organismes privés, les juges du Palais Royal affirmaient de nouveau solennellement que les « *collectivités publiques sont responsables d'un service public* »²⁶⁷⁵. Qu'elles peuvent alors décider de le gérer elle-même par leurs propres moyens ou d'en confier la gestion à un tiers, mettant ainsi en évidence la présence nécessaire d'une personne publique compétente²⁶⁷⁶.

En dépassant la simple question de l'applicabilité des dispositions du Code général des collectivités territoriales en fonction de l'autorité administrative compétente²⁶⁷⁷, François Sénors soulevait implicitement dans ses conclusions prononcées sur l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* un point théoriquement déterminant : celui de la nécessaire compétence d'une personne publique pour assumer une activité de service public²⁶⁷⁸, et ainsi pouvoir la qualifier

²⁶⁷³ BOUCHER J., *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁷⁴ « *C'est ce critère qui, en particulier, dans la théorie classique des modes de gestion du service public, permet de tracer la frontière entre gestion en régie directe et gestion déléguée et, par suite, de déterminer le titulaire des droits et des obligations liés à l'exploitation du service* » : BOUCHER J., *Ibid.*

²⁶⁷⁵ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Précisons d'ailleurs que le juge administratif insistait alors dans l'usage de cette formule, la faisant précéder chacun des trois considérants de principe de sa décision : « *Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public (...); Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public (...); Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu (...), elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public* ».

²⁶⁷⁶ Jean-Claude Douence ne manquait d'ailleurs pas de souligner que « *ce n'est pas par hasard que le Conseil d'État emploie le terme de « collectivités publiques » et non celui de personnes publiques (...)* l'arrière-plan conceptuel est bien celui d'un groupement humain doté de la personnalité juridique et d'une forme de droit public pour prendre en charge ses intérêts collectifs, titulaire par la-même de compétences et responsable des activités de service public correspondantes » : DOUENCE J.-Cl., « L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public », *RFDA*, 2007, p. 822.

²⁶⁷⁷ « *L'exposé des faits qui étaient soumis à la cour conduit en revanche à prendre plus au sérieux la deuxième erreur invoquée, qui résulte, selon la ville, d'une dénaturation des pièces du dossier s'agissant de l'identité de la personne publique responsable du service public* » : conclusions de François Sénors sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 813.

²⁶⁷⁸ « *Si c'est la ville d'Aix qui a organisé le festival à la fin des années 1980, c'est incontestablement l'État qui en a assumé la responsabilité, l'organisation et le financement principal à partir de 1998 (...). On est cependant*

comme telle²⁶⁷⁹. Il convient par ailleurs de noter d'emblée que l'usage récurrent du verbe « confier », aussi bien par le juge que par la doctrine, appelle non seulement la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, mais également d'une personne publique compétente parmi elles. Une simple analyse lexicale de ce verbe éclaire en effet rapidement cette contrainte. Désignant l'action de « *remettre quelqu'un ou quelque chose aux soins d'un tiers, en se fiant à lui* »²⁶⁸⁰, le verbe « confier » impose non seulement un élément d'altérité mais contient également l'idée d'un dessaisissement, d'un abandon, de quelque chose ou de quelqu'un dans une finalité coopérative. Comment alors une personne publique pourrait-elle confier à un tiers la réalisation d'une compétence matérielle dont elle ne dispose pas ? En tout logique cela n'est ni possible, ni concevable dans un système juridique fondé essentiellement sur la répartition des « *compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition* »²⁶⁸¹. L'hypothèse de l'auto-prestation développée par les jurisprudences *Bourrageas et Moullot*²⁶⁸² puis *Société Unipain*²⁶⁸³ confirme en outre que la compétence doit nécessairement appartenir à la personne publique dès lors qu'en l'absence de dévolution elle en assure elle-même la réalisation par une gestion directe, en interne²⁶⁸⁴. Jean-Claude Douence remarquait d'ailleurs qu'il s'agissait là de « *l'une des raisons pour laquelle il a été longtemps difficile d'identifier et de distinguer la compétence pour créer des services publics et la compétence pour les organiser* »²⁶⁸⁵. Alors qu'ils soulignaient l'effort de

dans un cas où l'exercice des missions du service public résulte d'un concours d'intérêts nationaux et locaux assez équilibrés (...) la conduite des politiques culturelles associe depuis de nombreuses années l'État et les collectivités territoriales » : conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 813.

²⁶⁷⁹ « *La contestation de l'existence même d'un service public peut être rapidement écartée (...). Votre récente décision du 22 février 2007, Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541, à publier au Recueil, a confirmé ce précédent en jugeant que si une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est assurément chargée de l'exécution d'un service public, l'existence d'un service public peut également être révélée, même en l'absence de telles prérogatives, par un faisceau d'indices relatifs aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées et aux contrôles exercés sur l'accomplissement de la mission dévolue* » : concl. de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 812.

²⁶⁸⁰ Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française, 2015, p. 505.

²⁶⁸¹ NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 50.

²⁶⁸² CE, sect., 26 juin 1930, *Bourrageas et Moullot*, rec. p. 659.

²⁶⁸³ CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, rec. p. 280.

²⁶⁸⁴ « *Ni les textes, ni la jurisprudence n'interdisent aux collectivités publiques d'assurer par leurs propres moyens les fournitures ou prestations de services nécessaires à leurs missions (...) qu'une collectivité publique est libre de faire effectuer par ses propres services les prestations dont elle a besoin et qu'un service d'une collectivité peut offrir des prestations à un autre service de la même collectivité* » : conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 816. Jean-Claude Douence affirmait par ailleurs dans son commentaire que sous cette décision que « *la gestion directe est en effet le mode de gestion primordial, celui qui n'a pas besoin d'être choisi mais qui s'impose dès lors que qu'un autre n'est pas expressément adopté* » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 823.

²⁶⁸⁵ DOUENCE J.-Cl., *Ibid.*

clarification apportée par le Conseil d'État « *dans les modes de gestion des services publics par des tiers* », Michel Bazex et Sophie Blazy affirmaient sans ambages que les juges du Palais Royal avaient ainsi dégagé « *Les voies de l'externalisation des services publics* »²⁶⁸⁶.

La présence d'au moins une personne publique compétente comme critère organique de l'externalisation administrative s'impose finalement comme une évidence dans la mesure où « *nul ne peut s'étonner qu'une collectivité publique soit responsable d'un service public* »²⁶⁸⁷, et qu'une partie de la doctrine a pu également affirmer que le choix du mode de gestion, et donc du recours à l'externalisation, relevait du pouvoir d'organisation du service, lui-même lié à la compétence de la personne publique²⁶⁸⁸. Julien Boucher apportait par ailleurs un argument supplémentaire au service de cette spécification du critère organique de l'externalisation administrative. Il démontrait en effet aux côtés de Frédéric Lénica que toute activité confiée à une personne privée impliquait la compétence de la personne publique à l'origine de cette dévolution, et ce quelle qu'en soit la modalité retenue, dès lors que le lien de rattachement organique sert désormais à la détermination de la volonté de la personne publique de procéder au « *transfert de la gestion du service* »²⁶⁸⁹ relevant de cette compétence. Ainsi justifiaient-ils que ce critère demeure indispensable par exemple à l'identification d'une activité de service public exécutée par une personne privée²⁶⁹⁰. Qu'il soit alors permis de proposer d'une part, d'étendre cette démonstration à l'ensemble des

²⁶⁸⁶ BAZEX M. et BLAZY S., « Les voies de l'externalisation des activités de service public », *DA*, juin 2007, commentaires n° 95, p. 35 et 36. Ils précisaient alors implicitement que l'externalisation administrative présentait nécessairement un critère organique singulier impliquant la présence de deux personnes juridiques distinctes dont l'une est une personne publique disposant de la compétence matérielle pour exercer l'activité d'intérêt général en question. Ils reconnaissaient en effet qu'il ne faisait alors pas de doute « *que cette façon méthodique de présenter les modes de gestion du service public par une entité autre que la collectivité elle-même constitue une avancée sur un plan pédagogique* » : BAZEX M. et BLAZY S., *op. cit.*, p. 37.

²⁶⁸⁷ DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 821. Et de préciser par la suite que « *les collectivités publiques, et elles seules, peuvent être responsables d'un service public* » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 822.

²⁶⁸⁸ « (...), l'arrêt tient pour acquise une solution déjà consacrée par la jurisprudence. Toutefois, le choix du mode de gestion n'est pas considéré comme une compétence spécifique mais comme un aspect du pouvoir réglementaire d'organisation du service public qui est reconnu aux autorités de la collectivité responsable du service » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 823. La permanence d'une personne publique compétente dans le cadre de toute forme de délégation de service public était d'ailleurs ainsi soulignée dans la mesure où « *tout service public au sens matériel du terme reste nécessairement, en droit public français, dans l'orbite des personnes publiques et le cordon ombilical entre ces dernières et l'ensemble des missions de service public n'a jamais été totalement rompu, ne serait-ce que dans l'organisation fondamentale du service public* », dès lors notamment que « *l'exercice des compétences afférentes à ces moments importants de la vie du service public appartient aux seules personnes publiques* » : LACHAUME J.-Fr., PAULIAT H., BOITEAU Cl. et DEFFIGIER Cl., *Droits des services publics*, LexisNexis, coll. Manuel, 2012, p. 58.

²⁶⁸⁹ BOUCHER J. et LENICA F., « Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogatives de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations », *AJDA*, 2007, p. 797.

²⁶⁹⁰ « (...), le critère organique du rattachement, direct ou indirect, à une personne publique n'a ainsi jamais cessé d'être fondamental pour l'identification du service public : « *le négliger, le perdre de vue, sous-estimer son importance, c'est – pour citer de nouveau René Chapus – exclure toute chance de parvenir à une définition de la notion fonctionnelle de service public* » » : BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 795.

activités d'intérêt général et, d'autre part, de suggérer derrière ce rattachement organique la présence de la détention d'une compétence par la personne publique concernée. Les développements précédents ont pu en effet mettre en évidence l'impossibilité pour une personne publique d'intervenir dans un domaine, quel qu'il soit, s'en détenir un titre de compétence l'habilitant à agir. Aussi cette hypothèse de l'existence d'un lien entre le critère du rattachement organique et la compétence de la personne publique trouve-t-elle une résonance, par un raisonnement *a contrario*, dans la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* et dans l'avis du Conseil d'État relatif à la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française.

À ces deux occasions, le Conseil d'État eut en effet l'opportunité de préciser la situation dans laquelle une personne publique intervient *a posteriori* afin d'organiser une activité de service public prise en charge *ab initio* par une initiative privée d'intérêt général. Dans un premier temps les juges du Palais Royal précisèrent que si la Cinémathèque française est un organisme de droit privé ayant pris en charge de lui-même « *des missions d'intérêt général relevant de la sauvegarde du patrimoine cinématographique* », cela ne faisait pas obstacle à une reconnaissance postérieure de la qualification de service public dès lors qu'une personne publique y acquiescerait un certain contrôle manifestant sa volonté d'en assumer le bon fonctionnement²⁶⁹¹ tout en en confiant la réalisation à un organisme privé²⁶⁹². Ils vinrent

²⁶⁹¹ « *Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, les missions en cause sont constitutives d'un service public culturel, nonobstant le fait que la Cinémathèque française soit née d'une initiative privée* » : CE, avis, 18 mai 2004, *Sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française*, n° 370169. Et le juge de préciser alors que cette activité assurée par la Cinémathèque française devait désormais respecter les règles propres au fonctionnement d'un service public. Que notamment « *la vente par la Cinémathèque d'ouvrages spécialisés et la mise en place d'un service de restauration rapide sont, à condition de rester accessoires et d'être prioritairement destinées à son public, des activités commerciales complémentaires du service public culturel, susceptibles de lui apporter des ressources propres* ».

²⁶⁹² Ils indiquèrent en effet que si « *la mission exercée par la Cinémathèque ne correspond donc pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public* », elle devait néanmoins être analysée comme « *la reconnaissance par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard (...) et d'une contribution financière* », laquelle pouvait révéler l'intention d'une telle dévolution à posteriori exprimant alors l'exercice d'une compétence jusque-là latente et en dehors de toute délégation de service public proprement dite. « *S'il en découle présentement l'exécution par la Cinémathèque d'une mission de service public culturel, celle-ci n'implique pas (...), que la convention d'objectifs (...), soit soumise à la réglementation applicable aux délégations de service public* » : CE, avis, 18 mai 2004, *Sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française*, n° 370169. Christine Maugué devait d'ailleurs confirmer cette hypothèse en affirmant que « *l'avis admet en effet qu'une personne privée exerçant des missions d'intérêt général constitutives d'un service public puisse ne pas s'être vu déléguer ce service de la part de la puissance publique* » tout en suggérant également d'une part que la compétence de la personne publique refait surface dès lors qu'elle la reconnaît, « *lui alloue pour cette raison une contribution financière importante, tout en exerçant un droit de regard* » sur cette activité et, d'autre part, que « *de tels cas ne pourront être que rares car en principe ce sont les personnes publiques qui sont à l'initiative de la création de services publics* » : MAUGUÉ Ch., « *Le contrat de subvention qui lie la Cinémathèque française au CNC doit-il être qualifié de délégation de service public ou de marché public ?* », *BJDCP*, 2005, n° 40, p. 215.

confirmer dans un second temps cette position au contentieux, considérant alors dans ce cas que « *son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution* »²⁶⁹³. Il est donc possible d'affirmer qu'une telle reconnaissance d'une activité de service public, identifiée à l'aide du faisceau d'indices dégagé par la décision *APREI* et fondé sur la recherche de la volonté de la personne publique d'en confier la gestion à un tiers²⁶⁹⁴, ne traduit finalement pas autre chose que l'expression *a posteriori* de la compétence de la personne publique à travers l'identification d'un rattachement organique. Implicitement, François Séners ne suggérerait d'ailleurs pas autre chose lorsque, dans ses conclusions, il traitait indistinctement la dévolution unilatérale, contractuelle et *a posteriori* d'un service public²⁶⁹⁵, lesquelles aboutissaient finalement toutes à la même situation d'une activité d'intérêt général exercée par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique compétente qui « *assume le service public à défaut de l'avoir assuré* »²⁶⁹⁶.

Outre une appréciation volontairement restrictive portée sur cette hypothèse singulière²⁶⁹⁷, Jean-Claude Douence louait néanmoins l'intérêt de cette mise au point prétorienne s'agissant des modes de gestion du service public²⁶⁹⁸. Il est vrai qu'à compter de cette décision il ne

²⁶⁹³ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁶⁹⁴ La décision n'est d'ailleurs pas ambiguë sur le maniement de cette méthode dans la mesure où le juge administratif précise explicitement, quelques semaines seulement après la jurisprudence *APREI*, que cette reconnaissance doit se faire « *en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux* » ainsi qu'en raison du fait qu'elle « *exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde (...) des financements* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁶⁹⁵ « *Il n'est pas exclu, surtout, que l'exercice d'une mission de service public par une personne privée ne résulte ni d'un contrat ni d'un acte unilatéral chargeant cette personne de la mission d'intérêt général, mais qu'il résulte de la simple reconnaissance par la puissance publique de l'intérêt général d'une mission dont la personne privée a pris elle-même l'initiative* » : conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 814.

²⁶⁹⁶ Conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 814.

²⁶⁹⁷ Il affirmait en effet à l'instar de Christine Maugué que « *la Section du contentieux reprend fidèlement ce raisonnement pour être complète (c'est le troisième considérant « théorique »), tout en admettant qu'une telle situation ne peut être que fort rare, et en tout état de cause, ne se rencontre pas en l'espèce* » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 822. Il restait par ailleurs fort vague sur l'explication qu'il en apportait écartant simplement l'idée que « *le droit de regard de la personne publique ne peut être inhérent à l'existence du service public, sauf à ressusciter une théorie du service public virtuel reposant cette fois sur la seule volonté subjective de l'autorité publique* ». L'existence d'un tel droit de regard, de l'exercice d'un certain contrôle sur l'activité lié à l'octroi d'un financement manifestent pourtant clairement cette volonté subjective, et ce d'autant plus si l'on éclaire cette décision *Commune d'Aix-en-Provence* à l'aune de la jurisprudence *APREI*. Comment expliquer autrement cette situation que par le recours à la compétence de la personne publique et à l'hypothèse d'une dévolution à posteriori d'une mission de service public à un tiers.

²⁶⁹⁸ Il indiquait en effet qu'elle devait permettre de dépasser les distinctions opérées par Georges Vedel au sein des modalités de gestion indirecte ou déléguée fondées d'une part sur les destinataires de la dévolution et, d'autre part, sur l'instrument juridique utilisé. Il rappelait alors que « *Georges Vedel avait apporté une clarification importante en distinguant la gestion indirecte ou déléguée selon deux questions : qui est destinataire de la délégation (le clivage fondamental de notre système juridique opposant personnes privées et*

semble plus guère pertinent de distinguer entre la dévolution d'une activité d'intérêt général à une personne privée et à une personne publique, alors que la doctrine envisageait auparavant majoritairement « *la concession et l'établissement public comme deux modes distincts de gestion des services publics* » que Georges Vedel et Pierre Delvolvé suggéraient cependant déjà de réunir au début des années 1990 tout en justifiant encore leur différence²⁶⁹⁹. Aussi, comme le soulignait Jean-Claude Douence, la jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence* semble-t-elle mettre un coup d'arrêt brutal à ces distinctions doctrinales. S'agissant plus spécialement ici de la démarcation instituée selon la personnalité du destinataire, la référence exclusive à la notion de « *tiers* » sans précision aucune quant à son statut public ou privé atteste d'un tel dépassement²⁷⁰⁰. Mise à part celle de la personne publique nécessairement à l'origine de toute dévolution, les juges du Palais Royal ne semblent effectivement plus accorder d'importance à la qualité de personne publique ou privée de son bénéficiaire²⁷⁰¹. Le critère organique du concept d'externalisation administrative reposerait ainsi sur la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes dont l'une au moins est une personne publique disposant d'une compétence pour agir. Michel Bazex et Sophie Blazy suggéraient même que la distinction organique instituée en fonction du statut public ou privé du partenaire devait s'effacer face au critère fonctionnel ; en d'autres termes, que « *le vrai critère du régime de l'externalisation* »

personnes publiques) ? Quel est l'instrument juridique qui réalise cette délégation (ici le clivage oppose actes unilatéraux et actes contractuels) ? (...). Il faut donc se réjouir de ce que la Section du contentieux, (...), ait voulu dépasser le cas d'espèce pour le situer dans le cadre d'une présentation générale » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 821.

²⁶⁹⁹ Ils objectaient en effet à cette distinction que « *certains établissements publics gèrent un service public sous le régime de la concession, ce qui est le cas, notamment, d'Électricité de France, concessionnaire pour l'énergie hydraulique, pour le transport et la distribution du courant électrique* » : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tome 2, PUF, coll. Thémis Droit public, 12^e éd., 1992, p. 756. Cependant, insistant sur la compétence de la personne publique à l'origine de toute dévolution, ces derniers maintenaient la nécessité logique de telles distinctions. Ils précisaient notamment que « *le service peut être géré par une personne publique ou par une personne privée* » (VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 757), démontrant alors que « *ce point influence d'ailleurs, lui aussi, les conditions de gestion du service* » (VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 762) au point d'imposer qu'ils soient ainsi discriminés au même titre que les divers instruments juridiques de dévolution.

²⁷⁰⁰ Jean-Claude Douence précisait d'ailleurs dans son commentaire que la finalité poursuivie par le Conseil d'État dans ce considérant se résumait finalement « *à analyser les conditions dans lesquelles les collectivités publiques responsables d'un service public peuvent décider de confier sa gestion à un tiers* » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, p. 825. Et d'indiquer alors que « *le recours à un tiers est clairement présenté comme une possibilité de portée générale et, à ce titre, il se présente comme la formule alternative à la gestion directe* », excluant seulement l'hypothèse dans laquelle il ne s'agirait pas « *d'un tiers authentique* ».

²⁷⁰¹ Indifférence soulignée effectivement par Jean-Claude Douence selon lequel le Conseil d'État aurait bien témoigné de son « *indifférence au statut juridique de l'opérateur* », laquelle « *confirme que la délégation peut aussi bien être un établissement public ou une association qu'une société commerciale* » : DOUENCE J.-Cl., *Ibid.* Seul comptant finalement, pour l'application des règles de publicité et de mise en concurrence, la nature de l'activité exercée, hors marché ou sur le marché.

résiderait dans l'activité exercée²⁷⁰². Ce serait cependant négliger l'importance de ce critère organique, et méconnaître l'essence du critère fonctionnel.

2. Une singularisation du critère fonctionnel de l'externalisation

197. Une prestation finale particulière : la réalisation d'une compétence conservée. Julien Boucher évoquait également un second élément essentiel à l'identification de l'externalisation en droit public. Il affirmait en effet qu'il fallait, « *en deuxième lieu, que le tiers intéressé se voit confier l'une des missions de la collectivité ou un activité concourant à l'exécution de ces missions* »²⁷⁰³. De nature apparemment fonctionnelle dans la mesure où il recouvre une forme de réalisation de la fonction administrative²⁷⁰⁴, ce critère est en l'occurrence indispensable à la conceptualisation de l'externalisation administrative dès lors qu'il se fonde sur son essence coopérative et sa fonction économique. Il convient alors de s'y appesantir plus longuement et de l'appréhender sous l'éclairage apporté, là aussi, par la notion de compétence. Sans remonter jusqu'à Léon Duguit²⁷⁰⁵, il est un élément invariant du droit administratif que la jurisprudence, la pratique et la doctrine n'ont jamais démenti : celui de la compétence des personnes publiques dans l'organisation du service public, et plus largement des activités d'intérêt général²⁷⁰⁶. À ce titre René Chapus affirmait effectivement que la dévolution par une personne publique de la gestion d'un service public à un tiers « *ne signifie pas qu'elle pourrait se décharger globalement de ses compétences et responsabilités dans un secteur de son activité* »²⁷⁰⁷. Aussi la fonction de l'externalisation administrative consiste-t-elle, comme en matière de stratégie d'entreprise, à confier la gestion d'une activité à un partenaire dans la limite de la conservation de sa compétence par la personne publique. René Chapus confirmait d'ailleurs cette hypothèse dans le cas particulier du service public lorsqu'il le définissait comme une activité « *assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt*

²⁷⁰² : BAZEX M. et BLAZY S., *op. cit.*, p. 37.

²⁷⁰³ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 5.

²⁷⁰⁴ Est en effet fonctionnel au sens du dictionnaire de l'Académie française tout ce qui est « *relatif à une fonction, qui caractérise une fonction* » : Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., version numérique.

²⁷⁰⁵ Lequel affirmait en effet que « *l'État est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants* » ; c'est-à-dire relevant de leurs compétences : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, De Boccard, 3^e éd., 1928, p. 59.

²⁷⁰⁶ Signalons que les développements précédents relatifs à la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* convergent dans cette direction.

²⁷⁰⁷ CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 627 et 628.

public »²⁷⁰⁸. La démarcation alors instituée entre le fait qu'une personne publique « assure » ou « assume » une activité de service public confirme l'hypothèse de la conservation de sa compétence lorsqu'une personne publique en externalise la réalisation.

Alors que René Chapus rappelait que la personne publique compétente pouvait assurer elle-même la réalisation de sa compétence²⁷⁰⁹, il démontrait effectivement que lorsqu'elle la faisait assurer par un tiers, elle devait quoi qu'il en soit toujours en assumer la réalisation²⁷¹⁰. Le fait qu'il y ait irrémédiablement une personne publique qui assume le service public dans les diverses situations de dévolution atteste en effet de la conservation de sa compétence. Et le fait que l'autorité administrative dispose d'une relative liberté « *d'apprécier comment la gestion des services publics doit être assurée* »²⁷¹¹ corrobore encore davantage cette hypothèse dans laquelle la personne publique demeure ainsi responsable de l'organisation du service public. Ainsi le juge administratif a-t-il pu censurer une délibération par laquelle le conseil général des Alpes-Maritimes s'était « *déchargé globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole* »²⁷¹². Interprétant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Norbert Foulquier et Frédéric Rolin identifient même ce qui serait un « *principe de protection de la maîtrise publique des activités de service public* »²⁷¹³ à travers la référence aux « *exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics* »²⁷¹⁴. Claude Blumann ne démontrait pas autre chose lorsqu'il affirmait par ailleurs que « *la compétence demeure rigoureusement réfractaire à la renonciation* »²⁷¹⁵, et que tout acte « *ayant pour effet de transférer à un tiers, personne publique ou privée, les*

²⁷⁰⁸ CHAPUS R., *op. cit.*, p. 579. Alors même que jusqu'en 1938, la jurisprudence ainsi que la doctrine rechignaient à admettre qu'une personne privée puisse exercer une activité de service public. Ainsi le Tribunal des conflits affirmait-il que le service public est une activité d'intérêt général gérée par une personne publique dans la mesure où il « *incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public* » : TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. p. 208.

²⁷⁰⁹ « *Il signifie qu'elle assure elle-même, avec ses propres moyens, l'activité à qualifier* » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 580.

²⁷¹⁰ « *Nécessairement, c'est à propos des activités des institutions de droit privé qu'on peut avoir à se demander si ces activités ont avec une personne publique une relation telle qu'elles apparaissent comme lui étant rattachées, par l'intermédiaire d'une institution de droit privé, et qu'on puisse par suite les présenter comme assumées par la personne publique* » : CHAPUS R., *Ibid.*

²⁷¹¹ CHAPUS R., *op. cit.*, p. 627.

²⁷¹² CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142. Ou encore annuler un décret par lequel l'administration avait tenté de « *confier à un organisme privé l'ensemble des missions du service de médecine de prévention* » : CE, 12 novembre 1997, *Syndicat national des médecins du travail*, rec. p. 900.

²⁷¹³ FOULQUIER N. et ROLIN Fr., « *Constitution et service public* », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 33.

²⁷¹⁴ CC, 14 avril 2005, *Aéroports de Paris*, n° 2005-513 DC. Principe en vertu duquel les personnes publiques compétentes ne peuvent être privées des moyens juridiques nécessaires à assumer l'organisation et le bon fonctionnement de ces services.

²⁷¹⁵ BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 240.

compétences reconnues à une autorité publique déterminée est entaché de nullité » de manière constante et uniforme dans la jurisprudence du Conseil d'État²⁷¹⁶. Cet aspect particulier du critère fonctionnel de l'externalisation administrative en vertu duquel la personne publique conserve quoi qu'il arrive sa compétence correspond donc tout simplement à une adaptation de la notion managériale d'externalisation rendue nécessaire par le principe selon lequel l'administration ne peut abandonner ni céder sa compétence à un tiers²⁷¹⁷. Il s'agit en outre d'un principe réaffirmé de manière constante et unanime par la doctrine appelant donc d'autant plus une acclimatation du concept en droit administratif²⁷¹⁸ dans la mesure où il ne s'applique pas en droit civil, où règne par opposition la notion de libre capacité des sujets de droit²⁷¹⁹.

Alors qu'il présentait l'externalisation appréhendée par le droit administratif comme désignant « *la décision d'une personne publique de confier à une personne privée le soin de gérer une activité dont elle a la responsabilité* »²⁷²⁰, Rémy Schwartz insistait d'ailleurs sur la pertinence de ce critère fonctionnel dans la mesure où la personne publique demeure toujours responsable *in fine* de l'activité confiée à un tiers. La référence à cette responsabilité de la personne publique compétente est effectivement un indice supplémentaire de la conservation de sa compétence. Elle mérite cependant d'être précisée. Si elle demeure en effet responsable de son organisation en tant qu'elle assume le service public ou l'activité d'intérêt général pour laquelle elle a pu être habilitée initialement et dont elle ne peut se défaire, elle ne peut néanmoins être considérée comme responsable de sa gestion, du moins pas directement. Il est cependant possible qu'elle voit sa responsabilité engagée dès lors qu'une éventuelle faute du

²⁷¹⁶ Il indiquait en effet que, « *quelles que soient donc les formules employées, l'attitude du Conseil d'État à l'égard des cessions de compétence s'avère constante et uniforme* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 251. Et de préciser préalablement que, « *qu'elle soit confrontée à la concession de service public ou au mécanisme de la délégation, la cession de compétence apparaît donc au plan théorique, comme difficilement acceptable* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 247.

²⁷¹⁷ « *L'Administration n'est pas maîtresse de ses compétences. Elle n'est pas libre de les abandonner de façon unilatérale ni de les céder à des tiers par voie d'accord contractuel (...). La compétence est pour lui (elle) une donnée extérieure qu'il ne peut ni atteindre ni modifier* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 254.

²⁷¹⁸ Aussi Valérie Dufau affirmait-elle que « *si la renonciation peut s'analyser comme une prérogative dès lors qu'elle suppose une certaine liberté de décider, il se trouve que la renonciation des personnes publiques à leur compétence est en principe illicite et la doctrine est unanime à affirmer cette illicéité* » : DUFAU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000, p. 57.

²⁷¹⁹ Élodie Saillant, citant Jean Rivéro, rappelle en effet que, « *alors que le particulier est libre de la capacité que le droit privé lui reconnaît, qu'elle est pour lui une faculté pure, « pour l'agent public, à l'inverse, la compétence définit une obligation ; à l'égard de sa compétence, il n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre, lui sont également interdits* » » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 552.

²⁷²⁰ SCHWARTZ R., « *Éditorial* », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2015, p. 3.

gestionnaire serait dûe en partie à une mauvaise organisation préalable de l'activité²⁷²¹. Un autre argument, tiré notamment de la jurisprudence *Cne de Propriano*, en offre une illustration supplémentaire. Alors que le juge administratif rappelle en effet que la commune avait confié par une délégation de service public la construction et la gestion de son port de plaisance à une société privée, il affirme qu'elle doit se substituer de plein droit à son ancien partenaire pour l'exécution des contrats en cours afin d'assurer la continuité du service public²⁷²². Outre l'existence d'un rattachement organique, cette obligation imposée à la personne publique exprime également le fait qu'elle demeure en dernier lieu compétente et donc responsable de l'organisation du service, quand bien même elle en aurait confié la gestion ou l'exploitation à un tiers²⁷²³.

Enfin, quel que soit le mode de dévolution par lequel une personne publique peut décider de confier à une autre personne la réalisation d'une compétence, il est un autre élément commun à tous : à l'expiration de l'habilitation dérivée la personne publique la reprend en charge, sauf

²⁷²¹ Ainsi par exemple peut-on évoquer l'hypothèse de l'engagement de la responsabilité d'une autorité concédante du fait de l'insolvabilité de son partenaire : CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, rec. p. 607. En effet, alors que la responsabilité de la SEP pouvait à bon droit être engagée, les juges du Palais Royal précisèrent qu'il « résulte de l'instruction que la liquidation de la SEP a été close pour insuffisance d'actif (...) ; que la responsabilité de la ville de Paris en tant qu'autorité concédante est, dès lors, engagée à titre subsidiaire en raison de l'insolvabilité de la SEP ». Aussi convient-il également de rappeler que Georges Teissier définissait, dans ses conclusions sur la décision *Feutry*, la faute de service comme celle résultant d'une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement du service en reconnaissant la compétence du juge administratif « pour connaître d'une action dirigée contre la puissance publique elle-même et fondée sur le mauvais fonctionnement d'un service départemental, imputable, en dernière analyse (...), qui auraient mal organisé ou mal recruté le corps des gardiens » : conclusions de Georges Teissier sur : TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. p. 208, reproduit dans : DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015, p. 368. Définition qui devait par la suite être reprise par la jurisprudence : TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyanne*, rec. p. 642 : « considérant que les actes incriminés sont relatifs non à l'exercice de la fonction juridictionnelle mais à l'organisation même du service public de la justice (...) ; qu'elle met en jeu la responsabilité du service public indépendamment de toute appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires ».

²⁷²² Le Conseil d'État considère en effet « qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service » : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁷²³ Il convient d'ailleurs de préciser que le juge ne signifie pas autre chose lorsqu'il précise par son incise que la personne publique se doit toujours de « garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement ». Précisons sur ce point que si cette jurisprudence propose une solution intéressante, elle résulte notamment d'une reprise d'une jurisprudence datant des années 1920. Alors que la ville de Toulon avait pu prévoir qu'elle pourrait se substituer à son partenaire, le Conseil d'État avait effectivement pu limiter cette clause en considérant qu'elle devait « être entendue en ce sens que la ville succède à toutes les obligations que la compagnie a contractées en cours d'exploitation à l'égard des consommateurs et qu'elle ne saurait s'y soustraire qu'en établissant que la compagnie a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de son traité de concession ne lui permettait pas de prendre » ; c'est-à-dire dans le cas où le partenaire aurait dépassé le cadre de son habilitation, et par conséquent du champ de compétence et de responsabilité de la personne publique : CE, 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ministre de la Marine et ville de Toulon*, rec. p. 521.

à décider de ne plus la réaliser ou de la confier à une autre personne²⁷²⁴. Appliquée traditionnellement à l'expiration des contrats de délégation de service public, « *le transfert à la personne publique qui reprend le service qu'elle a délégué des engagements pris par le délégataire pour son exploitation* »²⁷²⁵ est d'ailleurs un principe admis de longue date par la jurisprudence²⁷²⁶ dans la limite que le délégataire n'ait pas débordé du cadre fixé par son habilitation²⁷²⁷, ainsi que par la doctrine²⁷²⁸. Alors qu'il paraît contraire au principe de l'effet relatif des conventions, ce principe manifeste néanmoins de manière évidente la conservation par la personne publique de sa compétence dans la mesure où cela s'impose comme la seule justification possible²⁷²⁹. Un maintien de la compétence par ailleurs reconnu et admis au soutien de cette solution proposée par Gilles Pélissier dans ses conclusions²⁷³⁰. Un principe qui pourrait finalement s'étendre au-delà du cas du service public à toutes les activités d'intérêt général²⁷³¹.

²⁷²⁴ Aussi Gilles Pélissier affirme-t-il dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294, que « *la fin du contrat ne signifie pas la fin du service. L'exécution de ce dernier se poursuit par la personne morale de droit public qui en est responsable, qui peut l'assumer elle-même en régie ou le déléguer de nouveau* ».

²⁷²⁵ Conclusions Gilles Pélissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁷²⁶ CE, 24 mars 1926, *Cie générale des eaux c/ ville de Lyon*, rec. p. 327.

²⁷²⁷ CE, 9 juillet 1975, *Sieur Félix-Faure*, rec. p. 411.

²⁷²⁸ Il convient de préciser que la doctrine affirme également que « *la collectivité concédante ou affermante se trouve normalement subrogée aux droits et obligations du concessionnaire, qu'il s'agisse d'un rachat ou d'un autre mode d'extinction du contrat* » dans les mêmes limites que celles fixées par le juge : DE LAUBADÈRE A., DELVOLVÉ P. et MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*, T. 2, LGDJ, 2^e éd., 1984, p. 741.

²⁷²⁹ C'est d'ailleurs ce que semble suggérer Gilles Pélissier dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294. Rappelant que cette solution « *déroge au principe traditionnel de l'effet relatif des contrats et où on pourrait considérer que le délégataire agissant pour son propre compte, à ses risques et périls, quel que soit son mode de rémunération, il doit assumer seul les engagements qu'il a pris dans le cadre de l'exercice de l'activité qui lui a été confiée* », il démontre en effet que le fait que « *les exigences propres au service public pour l'exécution duquel ont été conclus ces contrats et sous-contrats doit conduire à déroger dans une certaine mesure à ces conséquences générales de la résiliation du contrat initial sur les sous-contrats qui en dépendent (...) sauf dans le cas très particulier où la résiliation fait suite à la décision du délégataire de supprimer le service* », faisant disparaître ainsi de facto sa compétence matérielle.

²⁷³⁰ Il démontre en effet que « *même si une délégation n'est pas un mandat, dans la mesure où le délégataire exploite le service à ses risques et périls et n'engage, durant la période de la délégation, que lui, ces deux conventions ont pour point commun qu'elles confient à un tiers la réalisation de missions qui relèvent de la compétence de la personne qui s'en décharge temporairement* » : Conclusions Gilles Pélissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁷³¹ Au-delà de la justification tirée de la propriété de la personne publique, le statut des biens de retour semble en effet également pouvoir être interprétée comme une manifestation du maintien de sa compétence lorsqu'elle décide d'en confier la réalisation à un tiers. Ainsi lorsque le juge administratif affirme que « *le contrat qui accorde au délégataire ou concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public (...), ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de délégation* » (CE, ass., 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, rec. p. 479), il applique d'une certaine manière le principe de substitution évoqué précédemment et justifié par la conservation par la personne publique de sa compétence, principe qui serait valable pour toutes les modalités de dévolution d'activités d'intérêt général²⁷³¹, et donc pour toute externalisation administrative. L'article L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales ne suggère d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il dispose que « *les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* » et que l'article L. 1311-7 dudit Code précise que « *à l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et*

Caractéristique du concept d'externalisation administrative²⁷³², le fait que la personne publique conserve invariablement la maîtrise de sa compétence justifie par ailleurs que cette dernière bénéficie d'un certain nombre de prérogatives parmi lesquelles figurent nécessairement des attributions de réglementation et de contrôle de l'activité externalisée afin de s'assurer de son bon fonctionnement et de sa compatibilité avec l'intérêt général. Ainsi précisé, le concept d'externalisation administrative offre donc également une explication à la jurisprudence *APREI*, et à ses suites, en vertu de laquelle l'identification d'un organisme privé chargé de la gestion d'une activité publique peut dépendre de l'existence d'un pouvoir de contrôle, lequel manifesterait non seulement la volonté de la personne publique de confier cette activité à une autre personne, mais également le fait que, ce faisant, elle ne s'en dessaisisse pas. Traduction juridique de la volonté de la personne publique d'externaliser la réalisation d'une compétence, la norme d'habilitation prévoit aussi nécessairement un contrôle du partenaire dans la mesure où elle ne procède pas à un transfert ou à une substitution de compétence mais simplement à une habilitation à son exécution. Ce contrôle constitue d'ailleurs ce que Julien Boucher considérerait comme le dernier élément d'identification de l'externalisation administrative²⁷³³.

198. Une prestation finale contrainte : la réalisation d'une compétence contrôlée. Singularisée par la conservation de la compétence par la personne publique²⁷³⁴, l'externalisation administrative se caractérise ainsi par l'existence d'une volonté de la personne publique compétente de « confier » sa réalisation à un tiers²⁷³⁵ ; en d'autres termes, d'habiliter un

installations de caractère immobilier existant sur la dépendance du domaniale occupée doivent être démolies, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété des collectivités publiques ».

²⁷³² Gilles Pélissier indique en effet que la conservation de sa compétence par la personne publique explique la nécessité « d'assurer la continuité du fonctionnement du service qui résulte de la volonté de la personne publique qui en est responsable de poursuivre une activité qu'elle avait temporairement externalisée » : Conclusions Gilles Pélissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁷³³ « Le dernier élément d'identification de l'externalisation n'a que l'apparence d'un paradoxe : il consiste à souligner qu'elle ne se conçoit pas sans que la collectivité conserve la maîtrise des activités qu'elle confie au tiers intéressé » dans la mesure justement où elle en conserve la compétence matérielle : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 6.

²⁷³⁴ « À cet égard, une activité d'intérêt général conduite par une personne privée n'est susceptible d'être qualifiée de service public que si, à défaut d'être prise en charge directement par une collectivité publique, elle est, à tout le moins, assumée par elle » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 6.

²⁷³⁵ François Lichère semblait également retenir cette dimension du critère fonctionnel de l'externalisation administrative lorsqu'il la définissait, « à l'image de son équivalent anglais de l'outsourcing, comme l'ensemble « des opérations par lesquelles une entreprise confie à un tiers fournisseur, en dehors d'un lien de

partenaire à participer à la réalisation d'une compétence dont il ne dispose pas à l'origine²⁷³⁶. Les développements précédents ont pu effectivement démontrer que les jurisprudences *APREI* et *Cne d'Aix-en-Provence* pouvaient être analysées ensemble comme la manifestation d'une prise en compte globale des modalités de dévolution d'une activité de service public à un tiers fondée essentiellement sur la détermination de la volonté de la personne publique compétente d'en confier la réalisation²⁷³⁷. Interprété de manière téléologique, le considérant de principe de la décision *APREI* exprime *in fine* l'élément principal que le juge administratif cherche à identifier lorsqu'il est confronté à une activité d'intérêt général exercée par une personne privée : la volonté de la personne publique compétente d'en confier la réalisation. Il convient d'ailleurs de rappeler que les mêmes éléments sont alors pris en compte pour qualifier l'activité de service public lorsqu'il est question d'une activité d'intérêt général prise en charge, de sa propre initiative, par une personne privée²⁷³⁸. L'argument ici avancé conduit toutefois à remettre en cause la lecture doctrinale de cette jurisprudence en vertu de laquelle il conviendrait de distinguer la référence à la détention de prérogatives de puissance publique, et celle à l'intention de la personne publique de confier la réalisation de sa compétence à un tiers²⁷³⁹.

subordination, la prise en charge d'une de ses activités internes, qu'elle considère comme ne relevant pas de son « core business » » : LICHÈRE Fr., « Externalisation et personnes publiques », Cahiers de droit de l'entreprise, n°3, mai-juin 2006, p. 67, citant : FONTAINE M., « Les aspects juridiques de l' « Outsourcing » », Bruylant, 2002, p. 161.

²⁷³⁶ Confirmant l'existence d'une telle habilitation, Salim Ziani rappelle en effet que « *la personne habilitée à exploiter l'activité de service public ne (peut) pas l'exercer par elle-même, sans l'intervention d'une personne publique habilitante (...). D'autre part, la définition de l'habilitation rappelle que l'exercice des missions de service public est un monopole originel des personnes publiques* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 99.

²⁷³⁷ Alors que la jurisprudence *APREI* considère en effet que « *une personne privée doit également être regardée (...), comme assurant une mission de service public lorsque, (...), il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92, la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* vient quant à elle préciser que les collectivités publiques responsables d'un service public peuvent en principe « *décider de confier sa gestion à un tiers* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁷³⁸ Alors que la jurisprudence *APREI* se réfère « *à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints* » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92, la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* invoque également le fait qu'une « *personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁷³⁹ Jules David affirme effectivement que « *deux hypothèses doivent être distinguées. L'analyse du juge doit en principe s'exercer sur la base des critères dégagés par l'arrêt Nancy et porter notamment sur la détention de prérogatives de puissance publique. La méthode du faisceau d'indices issue de l'arrêt APREI ne doit, elle, intervenir que de manière subsidiaire, en l'absence de prérogatives de puissance publique* » : DAVID J., « L'arrêt APREI, huit ans après », *DA*, octobre 2015, n° 10, étude 12, p. 5. Une position également défendue par Claudie Boiteau, laquelle considérait en effet que le recours à la méthode du faisceau d'indice revêtait

Le critère fonctionnel de l'externalisation administrative suggère en l'occurrence que, quel que soit le cas de figure envisagé par la jurisprudence *APREI*, la volonté de la personne publique de procéder à une habilitation à réaliser sa compétence matérielle demeure l'élément que le juge administratif doit chercher à identifier²⁷⁴⁰. La détention de prérogatives de puissance publique ne peut en effet découler que d'une dévolution de la part de la personne publique compétente des moyens nécessaires à la bonne réalisation de sa compétence²⁷⁴¹. Julien Boucher et Frédéric Lénica devaient également confirmer la pertinence d'une telle lecture en affirmant que « *les prérogatives de puissance publique restent donc, pour le juge, la marque indubitable de la collectivité de faire d'une personne privée son alter ego* »²⁷⁴² en l'habilitant à participer à la réalisation de sa compétence²⁷⁴³. Les applications postérieures de

nécessairement un caractère « *subsidaire mis en œuvre en l'absence de prérogatives de puissance publique* » : BOITEAU Cl., « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 807.

²⁷⁴⁰ C'est d'ailleurs ce que semblait suggérer Célia Vérot dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. p. 92. Elle rappelait en effet explicitement que si « *l'arrêt Nancy lui-même ne donne aucune définition, il se contente de relever « qu'en vue de les mettre à même d'exercer la mission d'intérêt général qui leur est confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission, le législateur a conféré aux centres techniques industriels certaines prérogatives de puissance publique et les a soumis à divers contrôles de l'autorité de tutelle* », et l'arrêt en déduit que le législateur a chargé ces centres de la gestion d'un « véritable service public » ». Tâchant alors de le sortir d'un « *habit un peu trop étroit* », Célia Vérot proposait une nouvelle lecture du critère lié à la détention de prérogatives de puissance publique. Elle démontrait alors que si « *définir le service public à partir de la détention de prérogatives de puissance publique, c'est comme certains auteurs l'ont bien souligné, renverser l'ordre normal des causes et des conséquences* », l'identification d'une activité de service publique devait être déterminée essentiellement à l'aune d'un faisceau d'indices révélant ou non « *si la personne publique conserve le pilotage de l'activité* », et donc si la personne publique « *a simplement confié la gestion quotidienne d'un service dont elle a, par ailleurs, conservé la responsabilité fondamentale* ».

²⁷⁴¹ Célia Vérot affirmait effectivement dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. p. 92, « que ce n'est pas la détention de prérogatives de puissance publique qui justifie la qualification de service public, mais au contraire, l'exercice d'une mission de service public qui justifie l'octroi de prérogatives ». Qu'au surplus, « les deux prérogatives qui ont le plus servi à votre jurisprudence pour identifier un organisme privé chargé d'une mission de service public (...) qu'à raison précisément de la mission de service public qu'on peut leur reconnaître ».

²⁷⁴² BOUCHER J. et LENICA F., « Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogatives de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations », *AJDA*, 2007, p. 796.

²⁷⁴³ Aussi, alors qu'il évoque la nécessité de distinguer l'hypothèse de la détention de prérogatives de puissance publique et celle du faisceau d'indices, Jules David note que les applications postérieures de cette jurisprudence révèle en fin de compte « *que le raisonnement de juge ne s'organise pas exactement autour de cette logique (...), on observe ainsi que le critère tiré de la détention de prérogatives de puissance publique décline au profit du faisceau d'indices. (...) Il se dégage de la jurisprudence postérieure une nette reconfiguration de l'articulation des critères d'identification du service public* » afin de parvenir à faire apparaître, selon les mots du juge administratif, « *que l'Administration a entendu lui confier une telle mission* » : DAVID J., « L'arrêt *APREI*, huit ans après », *DA*, octobre 2015, n° 10, étude 12, p. 5 et 6. Une telle reconfiguration se manifeste notamment à travers la jurisprudence : CE, 10 juin 2013, *Mme B.*, n° 327375. Reprenant le considérant de principe de la décision *APREI*, les juges du Palais Royal considèrent effectivement que, sans tenir compte préalablement de la détention de prérogatives de puissance publique, « *que le fonctionnement de cette association est placée sous le contrôle de l'association (...), qu'au surplus, l'association reçoit des subventions publiques (...), que l'Association française pour le nommage internet en coopération, en qualité d'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaines (...), doit être regardée comme chargée d'une mission de service public* ».

ces jurisprudences permettent en outre d'envisager une extension de ce critère au-delà des activités de service public confiées à une personne privée.

Aussi la jurisprudence *SA Groupe Partouche* propose-t-elle, par exemple, un cas de figure particulier de qualification d'un contrat de délégation de service public ne portant pas sur une activité de service public en tant que telle mais considérée ainsi « *dès lors que le cahier des charges impose au contractant une participation à ces missions* »²⁷⁴⁴ d'intérêt général. S'il est exact que cette application ne sort pas du carcan des activités de service public dont la gestion est confiée à un organisme de droit privé par la personne publique compétente, il apparaît néanmoins qu'elle apporte un élément de compréhension susceptible d'éclairer la jurisprudence *APREI*, et de permettre son extension au-delà de cette seule hypothèse. Les juges du Palais Royal ont effectivement pu considérer que si l'activité d'exploitation de Casino ne pouvait en elle-même être considérée comme une activité de service public qu'à la condition qu'elle soit accompagnée d'activités accessoires la faisant participer aux activités de divertissement culturel²⁷⁴⁵, une telle qualification dépendait donc du cadre d'organisation imposé par la personne publique compétente²⁷⁴⁶. Nicolas Boulouis précise par ailleurs cet élément particulier dans ses conclusions prononcées sur cette affaire en mettant en évidence l'importance accordée au contrôle exercé et aux obligations imposées²⁷⁴⁷. Le troisième critère suggéré par Julien Boucher tenant au contrôle exercé par la personne publique dans le cadre de toute externalisation apparaît donc lui aussi essentiel, bien qu'il faille semble-t-il le rattacher au critère fonctionnel lié à une habilitation à la réalisation d'une consignée par la personne publique²⁷⁴⁸.

²⁷⁴⁴ CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91.

²⁷⁴⁵ Ce qui relève d'ailleurs d'une jurisprudence constante en vertu de laquelle la concession de l'exploitation d'un casino n'est un service public que si le contrat impose l'exploitation du casino « *avec tout ce que comporte un semblable établissement, tels que représentation théâtrales, concerts, bals, salle de lecture et bibliothèque, jeux divers, salle d'escrime* » : CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, rec. p. 237.

²⁷⁴⁶ C'est-à-dire ici le contenu du « cahier des charges » et des obligations contraignant l'activité du délégataire, soit « *des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation (...) l'activité hôtelière permise par la délégation, en complément de l'exploitation du casino* » : CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91.

²⁷⁴⁷ Il indique en effet qu'à travers ce cadre « *ce qui est le plus convaincant sur ce double plan, c'est l'incidence du contrôle de l'État sur l'activité de jeu* » et le contrôle également exercée par le délégant au moyen de « *l'obligation faite par les autorités municipales de proposer des complexes hôteliers ou de loisirs* » : Conclusions Nicolas Boulouis sur l'arrêt : CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91.

²⁷⁴⁸ Car, comme ce dernier le soulignait très justement, l'externalisation administrative sous la forme d'une « *délégation de service public suppose donc tout à la fois un véritable transfert au délégataire de l'exploitation du service, avec les risques qu'elle comporte, et un contrôle de la collectivité délégante, à qui appartient notamment la responsabilité de définir ce que le droit administratif appelle la « loi du service* » » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 6.

De la même façon, la jurisprudence *SARL plage « Chez Joseph »* atteste de la nécessité d'un tel contrôle exercé par la personne publique compétente dès lors qu'elle en conserve la maîtrise²⁷⁴⁹. Outre le fait notable que le juge administratif soulignait alors explicitement la volonté de la personne publique de « confier » une mission d'exploitation de la plage au concessionnaire pour requalifier le contrat en tant que délégation de service public, il se fondait essentiellement sur le contenu des obligations imposées pour remettre en cause la qualification initiale de la convention²⁷⁵⁰, ainsi que sur le contrôle exercé par la personne publique compétente²⁷⁵¹. L'éclairage alors apporté *a posteriori* par le système jurisprudentiel composé des jurisprudences *APREI* et *Cne d'Aix-en-Provence* confirme cette particularité du critère fonctionnel de l'externalisation administrative dans la mesure où le cadre imposé par la personne publique au tiers, ainsi que le contrôle indispensable qu'elle exerce sur lui, exprime finalement le fait qu'elle conserve la maîtrise de la réalisation de la compétence externalisée sous la forme d'une délégation de service public²⁷⁵². Certaines jurisprudences peuvent en outre permettre d'envisager que des autorisations d'occupation du domaine public soient également considérées comme des habilitations à la réalisation de la compétence d'une personne publique au moyen de ce singulier critère fonctionnel de l'externalisation administrative.

Aussi la jurisprudence *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin* présente-t-elle finalement un exemple symptomatique de contrat comportant une habilitation dérivée à coopérer à la réalisation de la compétence d'une personne publique : d'une part, en ce qu'elle autorise le partenaire à exploiter et donc à gérer cet élément du domaine public et, d'autre

²⁷⁴⁹ Confronté à la qualification délicate d'une concession domaniale, le Conseil d'État préféra identifier une habilitation à l'exploitation et à la gestion d'un service public dans la mesure où « le sous-traité d'exploitation, s'il porte autorisation d'occupation du domaine public par le sous-traitant et présente ainsi le caractère d'une concession domaniale, tend également à organiser l'exploitation de la plage, dans l'intérêt du développement de la station balnéaire (...) qu'en regard à la nature de la mission ainsi confiée au concessionnaire (...) le sous-traité litigieux organisait une délégation de service public » : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282.

²⁷⁵⁰ « (...) ; que le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage, doit également veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers dans les conditions prévues par le sous-traité » : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282.

²⁷⁵¹ « (...), sous le contrôle de la commune et sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité de police municipale » : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282.

²⁷⁵² Cf. dans le même sens : CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, rec. p. 607. Le Conseil d'État considérait effectivement « que cette société était chargée, par la Ville de Paris et sous son contrôle, de gérer une dépendance du domaine publique dans le cadre d'une mission d'intérêt général d'animation culturelle et d'accueil d'activités artistiques et artisanales » pour retenir la qualification de délégation de service public à propos de la convention litigieuse (en référence notamment à ses « stipulations faisant apparaître un droit de regard de la ville sur l'exécution de la convention par la SEP »).

part, car elle lui impose en conséquence des obligations particulières. Les juges du Palais Royal retiennent en l'occurrence que la ville de Paris ne s'est pas contentée simplement de « *concéder cet équipement* » à l'association Paris Jean Bouin, elle lui a également imposé un cadre destiné « *à assurer une coexistence harmonieuse entre l'occupant et l'utilisateur de ces biens* »²⁷⁵³. Bien qu'elle n'en constitue pas pour autant une délégation de service public dans la mesure où elle n'a justement pas entendu lui confier une mission de service public²⁷⁵⁴, il n'en demeure pas moins que ce cadre révèle sa volonté d'organiser d'une certaine façon l'utilisation du domaine public par son partenaire²⁷⁵⁵. Précisant tour à tour les diverses obligations ainsi imposées au concessionnaire, le Conseil d'État écarte donc l'identification d'obligations de service public²⁷⁵⁶ préférant celle d'obligations domaniales²⁷⁵⁷. Les conclusions prononcées à l'occasion par Nathalie Escaut manifestent d'ailleurs cette volonté du juge de focaliser désormais son attention moins sur la nature de l'activité que sur les obligations imposées et le contrôle organisé par la personne publique dans le cadre de son habilitation²⁷⁵⁸.

Au-delà des obligations de service public, l'habilitation dérivée à la réalisation de la compétence d'une personne publique par une autre personne, publique ou privée, s'exprime donc également à travers des obligations imposées par les exigences de l'intérêt général. Aussi alors que la décision *Jean Bouin* le suggère, la décision *Mme Gilles* le confirme dans la mesure où elle admet que si la convention litigieuse « *ne confiait aucune mission particulière*

²⁷⁵³ CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁵⁴ « (...) ; que la cour ne pouvait déduire la volonté de la ville d'organiser un service public des stipulations de la convention » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁵⁵ « (...) ; qu'il résulte des stipulations de cette convention que les parties au contrat ont défini conjointement les modalités d'utilisation, par cette équipe professionnelle, du terrain de rugby, des tribunes et de certaines dépendances, installations et équipements » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁵⁶ « (...) que la cour ne pouvait ainsi déduire des éléments qu'elle a relevés qu'eu égard au montant des investissements, la ville faisait peser sur son cocontractant une obligation de service public » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁵⁷ Obligations domaniales « que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁵⁸ Dans la mesure où ces conventions sont tenues d'« organiser les modalités permettant à la collectivité propriétaire de s'assurer du respect, par son cocontractant, à la fois de l'intégrité et de la destination du domaine public », elles se caractérisent également par des clauses prévoyant des obligations à travers lesquelles sont fixées les conditions dans lesquelles la personne habilitée à exploiter le domaine peut intervenir et manifestant clairement le « contrôle de l'utilisation du domaine » : Conclusions de Nathalie Escaut sur l'arrêt : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472. Cela relève d'ailleurs d'une jurisprudence constante en vertu de laquelle « il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation » : CE, 8 juillet 1996, *Merie*, rec. p. 272. Voir dans ce sens : CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, n° 284802.

au cocontractant seul compétent pour gérer l'équipement », elle avait néanmoins « *entendu imposer une utilisation principale* » déterminée, ainsi que « *des contraintes découlant de la mise à disposition de l'équipement sportif* »²⁷⁵⁹. Le mécanisme de l'habilitation dérivée est donc au centre du concept : d'une part, en ce qu'il justifie le maintien de la compétence et, d'autre part, car il permet en conséquence d'imposer un certain nombre de contraintes et de contrôles inhérents à ce maintien. Ainsi éclairé par le concept d'externalisation administrative, l'édifice jurisprudentiel élaboré à partir des décisions *APREI* et *Cne d'Aix-en-Provence* révèle finalement la substance véritable et spécifique de ses critères organique et fonctionnel. Ce concept désignerait effectivement toute pratique par laquelle une personne publique disposant d'une compétence à agir habilite un tiers, personne publique ou privée, à participer à sa réalisation selon ses conditions et sous son contrôle. Si toutefois la réflexion offerte par Julien Boucher constitue à n'en pas douter un point de départ incontournable pour la compréhension du concept d'externalisation administrative, sa conceptualisation paraît ne pas pouvoir être complète sans le recours à la notion d'obligation. L'adaptation des critères traditionnels de l'externalisation au contexte particulier inhérent à la sphère administrative, et notamment à la notion de compétence, conduit en l'occurrence invariablement à prendre en compte cette notion d'obligation par laquelle l'habilitation s'effectue, les contraintes s'imposent et le contrôle s'instaure.

B. Une conceptualisation enrichie de l'externalisation par l'obligation

199. Un enrichissement de la norme d'habilitation dérivée par l'obligation. Les réflexions menées par Julien Boucher dans son éminente contribution à l'étude de l'externalisation en droit public encouragent effectivement à les poursuivre dans cette voie de l'habilitation à la réalisation de la compétence. Alors qu'il soulignait que la décision d'y recourir soulève une question de compétence, il précisait en effet qu'elle relève soit des autorités compétentes en tant que chefs de service, soit de la compétence de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée²⁷⁶⁰. De son côté, lorsque le juge administratif focalise son attention sur un faisceau

²⁷⁵⁹ CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n° 339409. Qu'elle ne devait donc pas être considérée comme confiant une mission de service public mais bien comme « *une convention autorisant l'exploitation d'un équipement* » encadrée par des obligations domaniales.

²⁷⁶⁰ « (...), la décision de recourir à l'externalisation doit être regardée comme relevant essentiellement, en ce qui concerne l'État, de la compétence des ministres, en leur qualité de chefs de service (...). En ce qui concerne les collectivités territoriales (...), sauf si elle ne met en cause que l'organisation interne des services de la collectivité, la décision d'externaliser une activité relève en principe de la compétence de l'assemblée délibérante » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 6 et 7.

d'indices destiné à déterminer cette volonté de la personne publique de confier la réalisation de sa compétence²⁷⁶¹, il exprime en fin de compte la nécessité d'identifier une norme d'habilitation. De la même façon, la recherche d'un cadre contraignant fixé par la personne publique compétente, ou encore d'un contrôle exercé par cette dernière, manifestent également l'existence d'une telle norme à travers le déterminant des conditions qu'elle organise²⁷⁶².

S'il n'est en effet « *pas très simple (pour résumer) de savoir où commence l'externalisation, où elle finit, ni ce qu'elle recouvre exactement* »²⁷⁶³, il est cependant possible de discerner dans la norme d'habilitation une voie qui ne devrait pas être sans issue. Alors qu'elle permet de concilier efficacement la mise en œuvre de l'externalisation et les contraintes inhérentes à la compétence, elle conduit également à prendre en compte une notion dont le retour en droit administratif arrive avec « force et fracas » : celle d'obligation. L'hypothèse selon laquelle l'obligation servirait de vecteur juridique à cette habilitation naît alors essentiellement du constat selon lequel celle-ci intervient aussi bien par l'intermédiaire d'un contrat que d'un acte unilatéral. De plus, le terme d'obligation est parfois explicitement utilisé aussi bien dans le droit positif que dans la doctrine. Conciliée avec le concept de norme d'habilitation, la notion d'obligation conduit ainsi à envisager un enrichissement du critère fonctionnel de l'externalisation administrative. Alors que ce dernier réside dans l'existence d'une habilitation à la réalisation de la compétence d'une personne publique sous son contrôle, la notion d'obligation pourrait en effet préciser son mécanisme juridique concret. Elle offre en outre la possibilité d'approfondir encore davantage l'utilisation du concept de norme d'habilitation en illustrant comment celle-ci pourrait se manifester à la fois comme une ressource autant que comme une contrainte pour chacun des acteurs en présence²⁷⁶⁴.

²⁷⁶¹ « (...), une personne privée doit également être regardée (...), comme assurant une mission de service public lorsque (...), il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁷⁶² Ainsi en va-t-il notamment lorsque le juge administratif affirme que « *si des prescriptions sont imposées à l'aménageur par le cahier des charges (...), elles s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine (...), qu'il dispose, en vertu du cahier des charges, de la possibilité d'exercer un contrôle sur la programmation des actions de promotion et d'animation* » : CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, n° 284802.

²⁷⁶³ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 15.

²⁷⁶⁴ Guillaume Tusseau démontre effectivement dans son étude que la norme d'habilitation présente, à travers une analyse dynamique, un aspect dual. Manifestation d'un acte de volonté, elle peut donc être appréhendée à la fois comme une ressource ou comme une contrainte. De la même manière que les administrativistes à propos de la compétence, Guillaume Tusseau démontre en effet que la norme d'habilitation peut être « *appréhendue à la fois comme une prérogative qui autorise des actions spécifiques et une charge qui impose des sujétions particulières* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60,

Abordé sous cet éclairage, le concept d'externalisation administrative semble alors reposer sur une norme d'habilitation ambivalente²⁷⁶⁵ considérée aussi bien comme une ressource que comme une contrainte. Un tel usage de la notion d'obligation n'est en l'occurrence pas complètement étranger à la doctrine. Aussi Salim Ziani suggère-t-il dans sa thèse consacrée au concept d'obligation de service public qu'elle existerait finalement depuis fort longtemps « *en tant que moyen d'investissement* » reconnu par le droit administratif²⁷⁶⁶. De la même façon, René Capitant développait également une théorie qui devait connaître une admirable postérité en la matière. Il affirmait en effet que se manifestait à travers la décision *Commune de Barran* une évolution particulière de la théorie de l'inaliénabilité²⁷⁶⁷ lue par le prisme de la notion d'affectation. Reprenant une réflexion avancée dans sa copie au concours d'agrégation de droit public de 1930, il précisait que l'objet de l'inaliénabilité ne portait « *pas sur le domaine – c'est-à-dire la propriété – mais seulement (sur) son affectation* »²⁷⁶⁸. Il en déduisait alors que « *l'administration n'est liée que par l'affectation et elle peut faire tout ce qui est compatible avec celle-ci* »²⁷⁶⁹, préfigurant ainsi la notion d'obligation domaniale²⁷⁷⁰ imposée par l'autorité publique compétente afin d'assurer la compatibilité de la gestion domaniale avec son affectation. Qu'il s'agisse finalement des obligations de service public ou des obligations domaniales, le critère fonctionnel de l'externalisation administrative s'enrichit d'une dimension supplémentaire liée à l'existence indispensable d'une norme d'habilitation dérivée qui s'exprime à travers une obligation. Considérée comme son vecteur juridique,

2006, p. 633. Il précisait alors que « *précisément parce qu'elle est une ressource juridique capitale, convoitée par des acteurs qui se font concurrence et interagissent les uns avec les autres, la norme d'habilitation fait figure de contrainte* ».

²⁷⁶⁵ Dans la mesure effectivement où elle serait à la fois constitutive de « *ressources dans le cadre d'une interaction entre acteurs juridiques soucieux de maximiser leur position de pouvoir* » et qu'il est possible également « *aux différents acteurs juridiques d'instrumentaliser non seulement leur propre habilitation, mais également les normes d'habilitation qu'ils adressent à d'autres acteurs* » en faisant alors une source de contraintes : TUSSEAU G., *Ibid.*

²⁷⁶⁶ Il affirme plus précisément que « *l'obligation de service public s'est désormais généralisée dans le droit positif mais, en tant que moyen d'investissement, elle existait déjà depuis longtemps* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 75.

²⁷⁶⁷ « (...) , l'arrêt nous semble toucher directement à la théorie de l'inaliénabilité domaniale montrer de façon particulièrement frappante l'évolution profonde qu'elle a subie (...), la solution qu'il apporte jette un trait de lumière éclatante au sein de cette obscure théorie » : note René Capitant sous l'arrêt : CE, 17 février 1932, *Commune Barran*, rec. p. 189 ; note CAPITANT R., *D.*, 1933.III.49.

²⁷⁶⁸ DE GAUDEMAR H., « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de droit public de 1930 », *RFDA*, 2007, p. 1297.

²⁷⁶⁹ CAPITANT R., « Concours d'agrégation des facultés de droit. 1930. Section de Droit Public », *RFDA*, 2007, p. 1303.

²⁷⁷⁰ Une obligation se manifestant notamment lorsqu'il apparaît qu'« *il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation* » : CE, 8 juillet 1996, *Merie*, rec. p. 272.

l'obligation apparaît en effet à la fois comme une habilitation ressource pour les acteurs de l'externalisation (1), et comme une habilitation contrainte (2).

1. Un enrichissement du critère fonctionnel : l'obligation, une habilitation ressource

200. Une ressource pour le partenaire de la personne publique compétente. Considérée comme « *un moyen d'investissement* »²⁷⁷¹, l'obligation peut être en l'occurrence appréhendée comme une norme d'habilitation à gérer un service public. Salim Ziani affirme d'ailleurs en ce sens que « *les gestionnaires de services publics virtuels sont donc des personnes habilitées par l'autorité publique à gérer un service public, par le biais d'un acte, qu'il soit un contrat, une autorisation ou permission accompagnée d'obligations de service public* »²⁷⁷². De plus, il s'avère que la jurisprudence procède désormais invariablement à l'identification d'une activité de service public gérée par une personne privée en référence à un faisceau d'indices dans lequel la notion d'obligation occupe une place essentielle²⁷⁷³. Il est donc possible de voir à travers cela davantage qu'une simple coïncidence dans le fait que se trouvent ainsi mêlées habilitation à la réalisation de la compétence d'une personne publique d'un côté, et obligation de service public de l'autre. L'hypothèse de la coïncidence ne résiste d'ailleurs pas à la lecture des conclusions prononcées par Célia Vérot à l'occasion de l'arrêt *APREI*. En ce qu'elle présentait les obligations de service public comme une forme modernisée des sujétions exorbitantes, elle affirmait en effet que l'identification d'une personne privée chargée de la gestion d'un service public pouvait notamment être retenue à l'aune de telles sujétions²⁷⁷⁴. Elle précisait également que la volonté d'habiliter un tiers à réaliser la gestion quotidienne d'un service public, et donc l'existence d'une norme d'habilitation dérivée, pouvait être révélée notamment par la recherche des « *obligations qui pèsent* » sur le partenaire²⁷⁷⁵.

²⁷⁷¹ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 75.

²⁷⁷² ZIANI S., *op. cit.*, p. 100.

²⁷⁷³ « (...) ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard (...) aux obligations qui lui sont imposées (...), il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁷⁷⁴ « Les sujétions exorbitantes, ce qu'on appellerait aujourd'hui dans un langage modernisé les « obligations de service public », nous paraissent tout aussi caractéristiques d'une mission de service public. Un organisme privé chargé de la gestion d'un service public pourrait donc être identifié à partir (...) de son régime exorbitant, qu'il s'agisse de la détention de prérogatives ou de sujétions spéciales » : conclusions de Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁷⁷⁵ Conclusions de Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

Étroitement liée à l'identification d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public, l'obligation de service public pourrait donc parfois être envisagée comme emportant elle-même habilitation à gérer une telle activité. Le fait que cette méthode d'identification élaborée par la jurisprudence *APREI* transcende la distinction jusque-là instaurée entre les modes de dévolution contractuels et unilatéraux²⁷⁷⁶ confirme d'ailleurs cette hypothèse. L'obligation s'impose alors effectivement comme le plus petit dénominateur commun et l'unique point de convergence entre chacun de ces deux ensembles d'instruments concourant à l'expression juridique d'une même opération : l'externalisation. Julien Boucher et Frédéric Lénica suggéraient d'ailleurs que la notion d'obligation puisse ainsi permettre « *de clarifier les rapports entre les deux grandes hypothèses de dévolution d'un service public à un organisme privé, ne serait-ce que pour en faire apparaître, au-delà des différences de façade, l'unité profonde* »²⁷⁷⁷. Et le postulat selon lequel une telle unité pourrait être trouvée en la matière au moyen de la notion d'obligation de service public semble logiquement s'imposer dès lors qu'elle a notamment « *pour objet de confier au cocontractant de l'administration (...) la gestion d'un service public* »²⁷⁷⁸. L'obligation de service public, et l'obligation de manière générale, peuvent par conséquent être envisagées dans leur dimension habilitatrice comme une ressource mise à la disposition d'une personne, publique ou privée, afin de l'autoriser à exercer une activité particulière participant de la réalisation de la compétence de la personne publique habilitante. Guillaume Tusseau démontrait en effet que « *pour l'acteur habilité, une norme d'habilitation peut s'avérer une ressource de deux points de vue* »²⁷⁷⁹. Plus précisément encore, il révélait que l'un des arguments de l'habilitation en tant que ressource consistait pour un acteur juridique à « *se prétendre alors détenteur d'une norme d'habilitation afin de justifier une action déterminée* »²⁷⁸⁰. Or, invoquant le contrat dont il est titulaire ou l'acte unilatéral dont il est bénéficiaire, le partenaire de l'administration ne fait finalement pas autre chose que de fonder la légitimité de son intervention sur l'obligation qu'ils contiennent et qui l'habilite ainsi à agir. Si cela paraît évident dans le cas de la gestion des services publics, une conclusion identique peut également être tirée de l'analyse de la dévolution d'activités d'intérêt général.

²⁷⁷⁶ Cf. VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tome 2, PUF, coll. Thémis Droit public, 12^e éd., 1992.

²⁷⁷⁷ BOUCHER J. et LENICA F., « Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogatives de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations », *AJDA*, 2007, p. 797.

²⁷⁷⁸ BOUCHER J. et LENICA F., *op. cit.*, p. 796.

²⁷⁷⁹ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 482.

²⁷⁸⁰ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 503. Essentiellement monopolisé par Guillaume Tusseau dans le cas particulier de l'activité des juridictions, il convient d'envisager de l'étendre à l'ensemble des activités administratives.

Qu'il s'agisse alors d'autoriser un tiers à procéder à l'occupation et à l'exploitation du domaine public ou à exercer toute autre activité d'intérêt général, il est possible d'identifier invariablement l'existence d'une ressource habilitante prenant notamment la forme d'une obligation. Il convient d'ailleurs de suggérer à ce titre qu'à la notion d'obligation de service public répond celle d'obligation domaniale, présente dans toute convention d'occupation du domaine public. La décision *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin* apporte d'ailleurs un élément jurisprudentiel en faveur d'un tel rapprochement, bien qu'il ne faille pas les confondre comme le précise également le juge administratif²⁷⁸¹. Fixant les conditions d'utilisation des dépendances domaniales afin de garantir leur compatibilité avec l'affectation, les obligations domaniales peuvent tout autant être assimilées à une ressource habilitante autorisant cette activité exercée sur le domaine public, et participant de ce fait à la réalisation de l'intérêt général ainsi que de la compétence de la personne publique propriétaire. Une majeure partie de la doctrine s'accorde d'ailleurs pour admettre que les obligations domaniales « *doivent être rattachées au pouvoir de gestion du domaine public* »²⁷⁸². L'habilitation autorisant un tiers à occuper une dépendance du domaine public doit donc être vue comme autorisant l'accomplissement d'une mission d'intérêt général en lien avec la compétence de gestion du domaine, distincte de la gestion du service public²⁷⁸³. La décision *Commune de Tours*²⁷⁸⁴ semble en outre également pouvoir être interprétée en ce sens lorsqu'elle rappelle que l'autorité administrative compétente peut conditionner l'exploitation

²⁷⁸¹ Les juges du Palais Royal ne font en effet pas de mystère quant à la distinction à opérer entre les obligations de service public et les obligations domaniales. Ainsi affirment-ils que « *la cour ne pouvait déduire la volonté de la ville de d'organiser un service public des stipulations de la convention* », lesquelles manifestaient simplement la présence des « *obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine* » ; c'est-à-dire d'obligations domaniales : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁸² DIDIERLAURENT M., *Obligations domaniales, obligations de service public. Contribution à la qualification des conventions d'occupation du domaine public*, mémoire dact., Université Montpellier I, 2013, p. 27.

²⁷⁸³ Il est en effet communément admis que, distincte de la gestion des services publics, la gestion du domaine public et du domaine privé doit être envisagée comme relevant du « *pouvoir par lequel sont réglés les usages des biens (...), pouvoir justifié par l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques* » : DIDIERLAURENT M., *op. cit.*, p. 32. Aussi Philippe Yolka démontre-t-il que la gestion du domaine public devait effectivement être détachée de la gestion du service public dans le mesure où « *le détour par le service public est inutile en matière domaniale, où la détermination de la compétence contentieuse résulte directement, sauf cas particulier, de l'appartenance d'un bien au domaine public* » : YOLKA Ph., *Propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p. 284. Pour sa part, Jean-François Giacuzzo précise que « *la distinction entre la gestion du service public et la gestion du domaine privé (...) tient plutôt à sa nature patrimoniale, c'est-à-dire au fait qu'elle est essentiellement un rapport entre un propriétaire public et ses biens, et non pas une prestation fournie au public* » : GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 96.

²⁷⁸⁴ Le juge administratif considère en effet que « *l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine ou à l'utiliser en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation ou cette utilisation soit compatible avec son affectation et sa conservation* » : CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, rec. p. 368.

du domaine public par une autre personne, publique ou privée, au moyen d'obligations domaniales indispensables afin de l'y habilitier²⁷⁸⁵.

Il est finalement possible d'évoquer l'existence d'une obligation ressource au sein de toute autorisation à exercer une activité d'intérêt général délivrée par l'administration. Si l'identification d'une obligation pourrait ici surprendre dans des cas de figure présentant le plus souvent l'emprunt de la voie unilatérale, il ne faut pas oublier que l'obligation, à la différence du contrat, n'implique pas nécessairement un consentement²⁷⁸⁶. Désignant l'existence d'un lien de droit, elle doit pouvoir en effet être dévoilée derrière toute forme d'autorisation habilitant une personne, publique ou privée, à intervenir dans le cadre de la réalisation de la compétence d'une autre personne publique. François Séners soulignait d'ailleurs dans ses conclusions sur l'arrêt *Cne d'Aix-en-Provence* qu'il existait, au titre des habilitations unilatérales, un nombre important d'activités dont l'exercice était soumis à l'obtention d'un agrément²⁷⁸⁷. Bien qu'il s'agisse alors là essentiellement d'activités de service public, le droit positif en prévoit également concernant des activités d'intérêt général non nécessairement pourvu du label de service public. Aussi Jacques Georgel affirmait-il en 1962 que l'agrément semblait revêtir « *progressivement le caractère d'une obligation* »²⁷⁸⁸. Dans le même ordre d'idée, Jean-Paul Négrin ne s'arrêtait pas aux habilitations à exercer une activité de service public lorsqu'il énumérait successivement les diverses catégories d'habilitations nécessaires à l'intervention des personnes privées dans l'action administrative²⁷⁸⁹. La tendance semble d'ailleurs s'être accentuée aujourd'hui dans un contexte fortement marqué par la régulation, et dans lequel l'autorisation ou l'agrément

²⁷⁸⁵ Nathalie Escaut précise également dans ses conclusions sur cette décision que « *le propriétaire du domaine dispose d'une grande liberté dans sa gestion dès lors que ses décisions ne doivent être motivées que par l'intérêt du domaine ou l'intérêt général* » et que « *l'utilisation privative du domaine public est soumise à une autorisation (...). Elle ne peut être accordé que si l'utilisation qui doit en être faite est compatible avec le respect de l'affectation du domaine à l'utilité publique* » : conclusions de Nathalie Escaut sur l'arrêt : CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, rec. p. 368 ; concl. ESCAUT N., *BJCL*, 2013, n° 1, p. 55.

²⁷⁸⁶ Citons sur ce point la formulation du nouvel article 1100 du Code civil en vertu duquel « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité de la seule loi ».

²⁷⁸⁷ « (...) ; voyez, s'agissant d'agréments relatifs au dépannage et au remorquage sur les autoroutes (...). L'agrément administratif faisant participer une personne privée à l'exécution du service public est parfois directement prévu par la loi (...). Il arrive même que la dévolution unilatérale soit décidée par le législateur lui-même » : conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 814.

²⁷⁸⁸ GEORGEL J., « L'agrément administratif », *AJDA*, 1962, p. 468 et 469. Précisant la teneur de son évolution au fil des périodes, il indiquait également que d'un « *agrément-faculté* » il était devenu la manifestation « *d'un consentement donné par une autorité publique à une personne ou à une institution privée et permettant à celle-ci d'accomplir, sous surveillance, certaines activités* » sans ajouter qu'il devait s'agir d'une activité de service public : GEORGEL J., *op. cit.*, p. 469.

²⁷⁸⁹ Ainsi évoquait-il par exemple certaines habilitations à intervenir en matière de polices spéciales de la chasse ou des courses de chevaux.

constituent autant d'habilitations à exercer une activité devenue d'intérêt général dans la mesure où elle prend place dans un secteur régulé sans pour autant toujours constituer une activité de service public²⁷⁹⁰.

201. Une ressource pour la personne publique compétente. Si l'obligation peut ainsi servir de vecteur d'expression juridique de l'habilitation à une personne, publique ou privée, lui permettant de participer à la réalisation de la compétence d'une personne publique, elle peut également être envisagée comme une ressource pour l'organisation et l'encadrement de la réalisation de la compétence externalisée ; c'est-à-dire comme une ressource pour l'acteur habilitant. Guillaume Tusseau démontrait effectivement que « *l'habilitant produit une norme d'habilitation dont il entend tirer un certain avantage (...). Ce bénéfice peut consister en un gain de temps et de compétence technique* »²⁷⁹¹. Autant dire que le concept d'externalisation administrative répond exactement à cette recherche de performance, de « *gain de temps et de compétence technique* » que l'habilitation permet d'atteindre. Située au cœur de ce concept, la norme d'habilitation dérivée constitue donc également, au-delà de ces considérations d'efficacité de l'action administrative, une ressource pour l'acteur habilitant dès lors qu'il peut bénéficier à travers elle d'un certain nombre de prérogatives sur le déroulement de l'activité externalisée, voire même sur le comportement de son partenaire²⁷⁹². Une ressource qui s'exprime de même généralement sous la forme d'obligations. Qu'il s'agisse effectivement de l'obligation de service public, de l'obligation domaniale, ou encore des obligations encadrant l'exercice de certaines activités d'intérêt général, chacune constitue aussi une ressource au bénéfice de la personne publique compétente. Ainsi l'obligation de service public permet-elle à l'autorité administrative compétente d'en fixer les règles d'organisation en fonction des exigences inhérentes à ces activités, ou des exigences qu'elle attend de son exploitation par son partenaire et des objectifs qu'elle souhaite lui assigner. Manifestant alors l'exercice par cette dernière de son pouvoir d'organisation du service

²⁷⁹⁰ Ainsi en va-t-il par exemple lorsque l'Autorité de régulation des jeux en ligne délivre, conformément à la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, les agréments nécessaires à l'exploitation de l'activité de paris en ligne ne relevant pas d'une activité de service public. Effectivement, « *compte tenu des risques d'atteinte à l'ordre public et à l'ordre social (...), sont soumis à un régime d'agrément (...) les jeux et les paris en ligne* » (article 3-II), « *l'agrément pouvant bénéficier aux opérateurs (...) est délivré par l'Autorité de régulation des jeux en ligne* ».

²⁷⁹¹ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 511.

²⁷⁹² Guillaume Tusseau affirmait également que « *l'habilitation conférée à un acteur B par un acteur A peut être comprise comme une manière indirecte pour A d'augmenter son propre pouvoir. L'habilitation de B constitue une ressource pour A* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 512.

public²⁷⁹³, l'obligation de service public permet en effet à la personne publique compétente de déterminer le comportement de la personne habilitée. Il suffit d'ailleurs d'évoquer la jurisprudence *APREI* pour prendre conscience de la réalité de cette ressource. Le critère du faisceau d'indices destiné à identifier l'existence d'une habilitation à exercer une activité de service public ne repose-t-il pas essentiellement sur les « *conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement* » ainsi que sur les « *obligations qui lui sont imposées* »²⁷⁹⁴ par la personne publique ? De la même façon, l'obligation domaniale manifeste également l'exercice par la personne publique compétente de son pouvoir de gestion du domaine par lequel elle fixe les conditions de son utilisation et s'assure de sa conformité avec son affectation²⁷⁹⁵. S'agissant enfin des obligations encadrant l'octroi d'un agrément ou d'une autorisation à exercer une activité d'intérêt général, il apparaît également qu'elles permettent à l'autorité habilitante de déterminer en partie le comportement de la personne habilitée. Quelle qu'elle soit, l'obligation en tant que norme d'habilitation dérivée située au cœur du concept d'externalisation administrative constitue donc tout autant une ressource pour la personne publique habilitante. Une ressource impliquant également un contrôle sur le comportement de la personne habilitée.

Conséquence de la possibilité reconnue à la personne publique habilitante d'encadrer dans une certaine mesure l'organisation de l'activité externalisée, et donc le comportement de la personne habilitée, l'obligation constitue également une ressource pour le contrôle de la réalisation de la compétence externalisée. Guillaume Tusseau affirmait d'ailleurs que si « *la norme d'habilitation des premiers (des acteurs habilitants) a pour champ d'application l'exercice de leur propre pouvoir par les seconds (les acteurs habilités)* »²⁷⁹⁶, il résulte de la compétence même de l'acteur habilitant la faculté de contrôler le respect de la norme

²⁷⁹³ C'est-à-dire le pouvoir, relevant d'une compétence normative, par lequel la personne publique compétente fixe « *le cadre juridique qui « informe » sur le fonctionnement effectif du service, le dispositif normatif qui régit son fonctionnement, c'est-à-dire encore, l'ensemble des normes juridiques applicables à l'activité de service public* » : DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service public*, thèse dact., Université de Pau et des pays de l'Adour, 2003, p. 36.

²⁷⁹⁴ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁷⁹⁵ « (...) il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation » : CE, 8 juillet 1996, *Merie*, rec. p. 272, repris dans la jurisprudence *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin* selon laquelle les « *prescriptions à l'association Paris Jean Bouin, s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général aux concessionnaires du domaine* » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁷⁹⁶ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 512.

d'habilitation dérivée par les acteurs habilités²⁷⁹⁷. À l'instar de la première, cette ressource trouve également une expression explicite dans la jurisprudence *APREI*. Figurent en effet aux côtés de l'encadrement du service public, au sein du faisceau d'indices, des éléments relatifs « *aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints* »²⁷⁹⁸. Ainsi une telle faculté de contrôle reconnue à la personne publique permet-elle également d'identifier une habilitation *a posteriori* d'une personne privée à exercer une mission de service public dont elle avait *ab initio* pris l'initiative comme a pu l'admettre le juge administratif à l'occasion de sa décision *Cne d'Aix-en-Provence*²⁷⁹⁹. Elle résonne également à travers la jurisprudence *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, notamment à la lecture des conclusions prononcées par Nathalie Escaut. Elle rappelait en effet que « *la mise à disposition d'une personne privée d'une parcelle du domaine public ne prive pas pour autant l'autorité administrative de tout droit de contrôle sur son bien* »²⁸⁰⁰. Une solution que les juges du Palais Royal avaient d'ailleurs déjà pu affirmer explicitement dans leur décision *Société Unibail Management*²⁸⁰¹.

2. Un enrichissement du critère fonctionnel : l'obligation, une habilitation contrainte

202. Une contrainte pour le partenaire de la personne publique compétente. Envisagée comme l'instrument d'expression juridique de la norme d'habilitation dérivée indispensable à toute

²⁷⁹⁷ Aussi précisait-il d'ailleurs que « *l'ampleur de l'habilitation à contrôler est donc à la mesure de l'activité normative des acteurs supervisés* » : TUSSEAU G., *Ibid.*

²⁷⁹⁸ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Que cet élément lié au contrôle se retrouvait déjà précédemment dans la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi considérait-il par exemple « *que le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage, doit également veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers (...), sous le contrôle de la commune* » : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282.

²⁷⁹⁹ Les juges du Palais Royal affirmèrent en effet qu'une activité d'intérêt général prise ne charge de sa propre initiative par un organisme privé « *peut se voir reconnaître un caractère de service public* » eu égard au fait, notamment, que la personne publique « *exerce un droit de regard sur son organisation* », et donc exerce une forme de contrôle : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. François Séners soulignait d'ailleurs dans ses conclusions « *que l'exercice d'une mission de service public résulte parfois d'une initiative privée dont la puissance publique vient constater l'existence et la nature, avant de lui apporter sa contribution et d'y exercer son contrôle* » : conclusions de François Séners sur l'arrêt : CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SENERS Fr., *RFDA*, 2007, p. 814.

²⁸⁰⁰ Conclusions de Nathalie Escaut sur l'arrêt : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472. Jean-François Giacuzzo démontre d'ailleurs sur ce point que, « *en acceptant de ne plus exercer l'intégralité de sa maîtrise juridique, le propriétaire ne perd pas tout contrôle sur la fraction de gestion dont il charge autrui. Des obligations personnelles sont créées qui lui permettent de surveiller les actes pris par le gérant* » : GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 244.

²⁸⁰¹ Ils précisèrent effectivement que l'autorité compétente pouvait « *exercer un contrôle sur la programmation des actions de promotion et d'animation* » menées par son cocontractant : CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, n° 284802.

externalisation, l'obligation est également une contrainte aussi bien pour l'acteur habilité que pour l'acteur habilitant. Guillaume Tusseau démontrait en effet que, issue d'un acte de volonté, la norme d'habilitation n'en demeure pas moins soumise à un certain nombre de contingences, et contient en elle-même un certain nombre de contraintes envisagées alors « *comme le produit d'une nécessité qui s'impose à eux* »²⁸⁰². Il précisait que parmi elles figurait notamment la contrainte inhérente à toute habilitation d'une personne privée, et parfois d'une personne publique, par laquelle l'acteur habilitant dispose du pouvoir de réglementer le comportement de l'acteur habilité²⁸⁰³. Il convient d'ailleurs de préciser que, en bonne logique, les ressources précédemment évoquées au bénéfice de la personne publique compétente sont à envisager, du point de vue de son partenaire, comme autant de contraintes fixées par la norme d'habilitation dérivée à l'exercice de son activité. Aussi les obligations de service public, les obligations domaniales ou encore les obligations contenues dans les différents agréments et autorisations habilitant des personnes publiques ou privées à prendre en charge une activité d'intérêt général apparaissent-elles par conséquent comme des contraintes. Avers et envers d'une même médaille, ces obligations sont donc tout autant des ressources que des contraintes pour les personnes habilitées.

Didier Truchet soulignait déjà au début des années 1980 que l'attribution du label de service public à une activité d'intérêt général entraînait nécessairement l'application d'un certain nombre d'obligations de service public envisagées alors comme « *des règles de conduite que toute personne exerçant une mission de service public doit respecter lorsqu'elle agit pour l'accomplissement de cette mission* »²⁸⁰⁴. Ces exigences ont certes connu de nombreuses transformations au fil des ans²⁸⁰⁵, elles demeurent cependant indispensables²⁸⁰⁶ au

²⁸⁰² TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 561.

²⁸⁰³ Expliquant ainsi la thèse institutionnaliste développée par Maurice Hauriou, il indiquait en effet que la compétence matérielle de la personne publique justifiait l'exercice du pouvoir de réglementer le fonctionnement des activités concernées : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 575 et s.

²⁸⁰⁴ TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 435.

²⁸⁰⁵ Déjà pressentie par Didier Truchet, cette évolution a vu le triptyque formé par les Lois de Rolland s'aboucher d'un nombre croissant d'obligations supplémentaires imposées par « *l'influence du droit communautaire et son intégration dans le droit interne, ainsi que (par) l'apparition de politiques de modernisation administrative* » : DONIER V., « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1221.

²⁸⁰⁶ Didier Truchet remarquait en effet que « *l'attribution du label service public apporte désormais plus d'obligations que de prérogatives ; et ce serait bien plus vrai encore si l'évolution future confirmait l'existence de missions de services publics ne conférant aucune prérogative de puissance publique* », ce que vint justement confirmer la jurisprudence *APREI* : TRUCHET D., *op. cit.*, p. 439.

fonctionnement de tout service public²⁸⁰⁷ ; qu'il s'agisse des principes de continuité, de mutabilité, d'égalité ou encore par exemple des règles de bonne gestion²⁸⁰⁸. Salim Ziani rappelle d'ailleurs sur ce point « *que les sujétions qui pesaient sur l'exploitant, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, sont qualifiées d' « obligations »* »²⁸⁰⁹. Ce dernier affirme également que, bien plus que de simples obligations contractuelles, « *elles renvoient strictement à la réglementation imposable au secteur* »²⁸¹⁰ ; c'est-à-dire à la réglementation d'une activité de service public. Et de préciser alors que l'obligation de service public se caractérise notamment aujourd'hui par la détermination d'un certain comportement imposé par l'autorité publique compétente, à elle-même si elle gère le service public par ses propres moyens, ou à son partenaire si elle en a externalisé la gestion comme le suggère la jurisprudence *APREI* à travers l'importance accordée aux contraintes encadrant cette gestion²⁸¹¹. Précédemment, la décision *SARL plage « Chez Joseph »* avait d'ailleurs déjà suggéré l'importance de l'obligation de service public comme contrainte imposée à la personne habilitée à gérer un service public²⁸¹². Et Salim Ziani de préciser que l'obligation de service public imposée au partenaire habilité se distingue nécessairement « *de celles qui existeraient durant l'exploitation normale de l'activité commerciale (...), que le gestionnaire n'aurait pas prise en charge* »²⁸¹³ de cette façon, accentuant d'autant le fait que l'obligation apparaisse effectivement comme une contrainte exorbitante encadrant la gestion du service public.

²⁸⁰⁷ Virginie Donier rappelait d'ailleurs qu'il « *s'agit d'un socle commun à tous les services publics, censé guider et encadrer leur fonctionnement dans l'intérêt des usagers* », et donc dans l'intérêt général : DONIER V., *op. cit.*, p. 1219.

²⁸⁰⁸ Virginie Donier affirmait effectivement, à l'instar d'une partie de la doctrine, que « *la liste des nouveaux principes gravitant autour des services publics ne serait pas complète si l'on ne mentionnait pas les principes de qualité et d'efficacité* » : DONIER V., *op. cit.*, p. 1227. Pour une étude plus complète dans le même sens, voir : CLUZEL-MÉTAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 52, 2006, spéc. p. 421 et s.

²⁸⁰⁹ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 107.

²⁸¹⁰ ZIANI S., *Ibid.*

²⁸¹¹ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une posture jurisprudentielle issue de la décision *APREI*. Ainsi les juges du Palais Royal avaient-ils déjà eu l'occasion d'affirmer que les opérateurs chargés de la gestion de services publics pouvaient se voir imposer un certain nombre de sujétions et d'obligations destinées à en assurer le bon fonctionnement : exemple : « (...) ; *qu'il résulte tant de ces prescriptions que de l'ensemble des dispositions de ladite loi et, notamment, de la faculté qu'elle a donnée aux règlements d'administration publique prévus pour son application d'imposer aux propriétaires certaines obligations pour leur exécution (...), que le législateur a entendu créer, pour les fins ci-dessus mentionnées, un service public* » : CE, sect., 20 avril 1956, *Min. de l'agriculture c./ Consorts Grimouard*, rec. p. 168.

²⁸¹² Le juge administratif considérait en effet que l'autorisation d'occupation délivrée tendait « *également à organiser l'exploitation de la plage, dans l'intérêt du développement de la station balnéaire* » dès lors que le concessionnaire devait également « *veiller à la salubrité de la baignade* », et devait en conséquence être qualifiée de délégation de service public : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282.

²⁸¹³ ZIANI S., *op. cit.*, p. 218.

En ce qui concerne la gestion du domaine public, et en prenant pour point de départ la réflexion théorique menée par René Capitant au début des années 1930, il est également possible de proposer une lecture originale de la notion d'obligation domaniale envisagée alors comme la dimension contraignante de la norme d'habilitation dérivée au cœur de l'externalisation administrative. Considérant que « *la mesure de l'inaliénabilité d'une chose se réduit à la mesure de son affectation* »²⁸¹⁴, René Capitant démontrait en l'occurrence que la protection du domaine public concernait avant tout la préservation de son affectation. Ce faisant, il se détachait de la question de la propriété publique pour focaliser son attention sur l'affectation du bien en question à une utilité publique²⁸¹⁵. Il est alors possible de comprendre la jurisprudence récente relative à l'identification des concessions domaniales, et la mise en avant des obligations domaniales, comme la prise en compte de cette théorie dans la mesure où ces dernières visent essentiellement à permettre à la personne publique compétente de s'assurer que l'utilisation autorisée demeure conforme à l'affectation du bien. La théorie élaborée par René Capitant conforte d'autant plus cette lecture qu'il affirmait également que le domaine public n'était finalement pas inaliénable en lui-même, et que seule l'était son affectation à une utilité publique particulière. L'obligation domaniale apparaît donc, sous cet éclairage, comme une contrainte d'autant plus forte que la compétence de la personne publique est conservée au même titre que l'affectation est inaliénable²⁸¹⁶ dans le cadre de l'externalisation d'une partie de la gestion du domaine public²⁸¹⁷.

²⁸¹⁴ CAPITANT R., « Concours d'agrégation des facultés de droit. 1930. Section de Droit Public », *RFDA*, 2007, p. 1303, et que finalement « *on peut même dire que l'idée d'inaliénabilité se mue en l'idée d'affectation et ne subsiste qu'autant qu'elle se confond avec elle* » : CAPITANT R., *op. cit.*, p. 1302.

²⁸¹⁵ Hervé de Gaudemar précisait en effet que la copie d'agrégation de René Capitant suggérait en effet de procéder à « *la dissociation du régime de l'utilisation du domaine destiné à préserver les exigences de l'affectation et du régime de l'appropriation* » : DE GAUDEMAR H., « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de droit public de 1930 », *RFDA*, 2007, p. 1299.

²⁸¹⁶ Notons également que la théorie développée par René Capitant, du moins dans sa note de 1932, admettait qu'une personne privée puisse acquérir une dépendance du domaine public dans la mesure où elle demeurerait grevée d'une servitude destinée à garantir son affectation. En ce sens René Capitant pourrait être considéré comme un précurseur de l'externalisation des biens publics.

²⁸¹⁷ Hervé de Gaudemar ajoutait par ailleurs que cette théorie devait permettre « *de dissocier les conséquences stricto sensu de l'inaliénabilité, qui concernent le droit de propriété, de ses conséquences lato sensu, qui concernent l'utilisation de la dépendance* », et plus particulièrement son utilisation par une personne privée, voire même parfois par une autre personne publique. Il soulignait d'ailleurs « *que cette approche se recoupe avec certaines réformes introduites par le Code général de la propriété des personnes publiques. On pense en particulier à la circulation du domaine public entre personnes publiques et à l'affirmation selon laquelle « les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique »* » : DE GAUDEMAR H., *op. cit.*, p. 1299.

Le lien entre cette théorie et les obligations domaniales se retrouve d'ailleurs dans une phrase tirée de la copie d'agrégation de René Capitant selon laquelle « *l'inaliénabilité de la chose n'est autre que la force obligatoire de cette affectation, mesure unilatérale, mesure du prince, opposable à quiconque tant qu'elle n'est pas retirée* »²⁸¹⁸, et qui se traduit aujourd'hui sous cette forme afin d'encadrer toute utilisation du domaine public²⁸¹⁹. Ces obligations se manifestaient en outre déjà dans les conclusions prononcées par Léon Blum sur l'arrêt *Tramways des Bouches du Rhône* lorsqu'il précisait que l'affectation d'un bien à une utilité publique relevait de la compétence inaliénable de toute personne publique²⁸²⁰ et lui permettait ainsi de prendre « *toutes les mesures que commandera la gestion de la chose conforme à cette destination* »²⁸²¹. René Capitant les identifiait pour sa part dans la jurisprudence *Commune de Barran* alors qu'il affirmait que l'affectation concernait seulement l'utilisation des biens publics²⁸²², et qu'elle imposait alors des servitudes nécessaires à son encadrement. Il convient cependant de ne pas non plus restreindre les obligations domaniales à la seule protection de l'affectation au service public. La référence à la théorie élaborée par René Capitant y invite en l'occurrence dans la mesure où il faisait référence de manière générale à une affectation à l'utilité publique. Par conséquent, si les obligations de service public et les obligations domaniales partagent une même logique de protection, voire même se recoupent parfois lorsqu'il est question d'une affectation au service public, il ne semble pas être pertinent de procéder à une assimilation de ces deux ensembles. D'une part, parce qu'elle ne procède finalement pas du même pouvoir et, d'autre part, car elle ne présente pas toujours un objet identique. Ce à quoi la jurisprudence du Conseil d'État confère une portée concrètement saisissable.

Alors qu'ils distinguent nettement les obligations fixant les conditions d'exécution d'une mission de service public de celles encadrant les conditions d'exploitation d'une dépendance du domaine public²⁸²³, les juges du Palais Royal retiennent en effet dans leur décision *CCI de*

²⁸¹⁸ CAPITANT R., *op. cit.*, p. 1302.

²⁸¹⁹ Rappelons que cette théorie conduisait même René Capitant à envisager que « *l'administration peut concéder de véritables droits réels sur le domaine public, valables dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'affectation du domaine* » : CAPITANT R., *op. cit.*, p. 1303.

²⁸²⁰ Conclusions de Léon Blum sur l'arrêt : CE, 11 mars 1910, *Tramways des Bouches du Rhône*, D., 1912.III.49.

²⁸²¹ CAPITANT R., *op. cit.*, p. 1303.

²⁸²² « *La notion d'inaliénabilité s'est changée en celle d'affectation, affectation qui ne touche pas d'ailleurs à la propriété des choses, mais seulement à leur utilisation* » : note René Capitant sous l'arrêt : CE, 17 février 1932, *Commune Barran*, rec. p. 189 ; Note CAPITANT R., D., 1933.III.49.

²⁸²³ Ils affirment effectivement que si les obligations imposées à l'occupant du domaine public pouvaient « *être regardées comme relevant d'une mission de service public, elles n'auraient pas pour objet de confier à ce*

Pointe-à-Pitre la qualification de convention d'occupation du domaine public assortie à cet effet d'obligations domaniales destinées à assurer le respect de l'affection, laquelle recoupe en partie le service public, mais pas exclusivement²⁸²⁴. Ayant insisté sur le fait que la convention litigieuse avait principalement pour objet de permettre au cocontractant d'utiliser le domaine public, ils considéraient en outre que les obligations domaniales en cause visaient principalement à encadrer cette utilisation et non à organiser un véritable service public²⁸²⁵. Nicolas Boulouis confirme par ailleurs dans ses conclusions que la participation à l'exécution d'une mission de service public peut alors ne revêtir qu'un caractère accessoire à l'occupation du domaine public telle qu'encadrée par les obligations domaniales identifiées²⁸²⁶. Le même jour, le Conseil d'État réaffirme également dans sa décision *Commune de Limoges* l'existence d'une telle distinction entre les obligations de service public et domaniales. Il admet néanmoins implicitement qu'elles puissent l'une comme l'autre servir d'habilitation contraignante à la réalisation de la compétence d'une personne publique²⁸²⁷. Bien qu'indiscutablement différentes, ces obligations poursuivent effectivement une logique commune de protection si prégnante qu'elle s'impose à la personne publique compétente comme une contrainte : obligation de protection du domaine, des principes du service public ou de satisfaction de l'intérêt général.

cocontractant la gestion d'un service public mais seulement la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service » : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

²⁸²⁴ La convention contenant en effet « des obligations imposées à l'exploitant, s'agissant notamment de la promotion des produits locaux et des activités d'animation » qui avaient puis conduire le juge administratif à retenir dans un premier temps la qualification de délégation de service public : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

²⁸²⁵ « (...), cette autorisation étant assortie de prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale (...), elles n'auraient pas pour objet de confier à ce cocontractant la gestion d'un service public » : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

²⁸²⁶ Il démontrait que si « on ne peut exclure en effet que la convention fasse participer l'occupant du domaine aéroportuaire à la mission de service public de développement économique (...) : en aucune manière il n'est possible d'affirmer que la CCI a entendu confier à son futur partenaire la gestion, même partielle, (...) du service du développement économique de la Guadeloupe » eu égard aux obligations domaniales qui lui étaient imposées : conclusions de Nicolas Boulouis sur l'arrêt : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 102. Que ces obligations relevaient donc de la catégorie des obligations domaniales vouées à garantir et à protéger l'affectation, et non de la catégorie des obligations de service public consacrées à l'organisation et au fonctionnement du service public.

²⁸²⁷ Il considère en effet « que l'intention de la commune de Limoges de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation de la convention d'occupation du domaine public » : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924. Et ce notamment dans la mesure où ces obligations se substituaient aux précédentes obligations domaniales modifiant alors la teneur de l'activité confiée au partenaire. Dans ses conclusions prononcées à cette occasion, Bertrand Dacosta démontre en effet que le motif d'intérêt général justifiant la résiliation de la convention d'occupation peut effectivement résulter du fait que le « changement des conditions d'exploitation impliquait une résiliation, parce qu'elle a cru qu'il devait nécessairement s'accompagner d'un changement de catégorie juridique, soit le passage d'une concession domaniale à une délégation de service public » : conclusions Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924 ; DACOSTA B., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 106.

203. Une contrainte pour la personne publique compétente. La jurisprudence précédemment évoquée *Commune de Limoges* permet également de mettre en évidence la relative liberté dont disposent les personnes publiques en matière de choix des modes de gestion des activités relevant de leurs compétences²⁸²⁸. Comme toute liberté, elle est cependant nécessairement circonscrite. Dans le cadre de l'externalisation administrative, il apparaît alors que même la personne publique compétente subit un certain nombre de contraintes issues de la norme d'habilitation dérivée qu'elle produit à destination de son partenaire²⁸²⁹. Le principe de continuité du service public, à l'instar de celui de la protection de l'affectation du domaine public, permettent notamment d'éclairer par un raisonnement *a contrario* un ensemble de contraintes imposées à la personne publique habilitante. Alors qu'il est possible de considérer que la personne habilitée se « substitue » temporairement à la personne publique habilitante dans la réalisation de sa compétence dans le cadre de l'externalisation administrative, une série de contraintes s'imposent effectivement à la seconde. Pendant la durée de l'externalisation, elle demeure d'ailleurs en quelque sorte privée de toute possibilité d'intervenir et d'exercer sa compétence. La jurisprudence *Commune de Propriano* constitue sur ce point une parfaite illustration. Calquant en partie son raisonnement sur les dispositions relatives au transfert du contrat de travail en cas d'externalisation d'une activité, le Conseil d'État rappelle en effet le principe de substitution de la personne publique à son partenaire pour l'exécution des contrats en lien avec le service public à l'expiration du titre habilitant²⁸³⁰.

Deux enseignements principaux peuvent finalement être tirés de cette solution pour ce qui concerne les contraintes imposées à la personne publique compétente par l'obligation exprimant juridiquement la norme d'habilitation dérivée. Il apparaît explicitement, d'une part, que l'acteur habilitant dans le cadre d'une externalisation administrative doit, comme cela a

²⁸²⁸ Christine Maugué notait sur ce point que « *cette intéressante décision juge qu'ériger une activité en service public justifie la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public en cours d'exécution. Son intérêt est de mettre en exergue la liberté des personnes publiques dans le mode de gestion des activités relevant de leurs compétences* » : note Christine Maugué sous l'arrêt : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924 ; note MAUGÜE Ch., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 112.

²⁸²⁹ Aussi Frédéric Aladjidi affirme-t-il par exemple dans ses conclusions prononcées à l'occasion de l'affaire *Fédération FO énergie et mines et a.* qu'il incombe toujours « à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d'interruption due à la grève » : Conclusions de Frédéric Aladjidi sur l'arrêt : CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines et a.*, Rec. p. 94 ; concl. ALADJIDI Fr., *RJEP*, août-septembre 2103, p. 27.

²⁸³⁰ Il considère en effet « *qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public (...), la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son cocontractant pour l'exécution des contrats conclus* » : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

pu être précédemment démontré, reprendre en charge la gestion de l'activité confiée à l'expiration de l'habilitation²⁸³¹. Mais il est également possible d'envisager, d'autre part, une seconde contrainte suggérée par cette décision. En effet, si la personne publique compétente se « *substitue de plein droit à son cocontractant* » c'est qu'elle ne pouvait pas agir auparavant dans la mesure où elle avait confié son titre à un tiers. Aussi ne peut-elle pas intervenir dans le fonctionnement de l'activité au-delà de ce que lui permettent ses prérogatives d'encadrement²⁸³². Elle se retrouve donc dans une certaine mesure en situation de devoir surveiller son partenaire sans pouvoir agir, et de subir les conséquences des actions raisonnables de ce dernier²⁸³³. D'où la nécessité renforcée, et donc la contrainte accentuée, d'assurer un bon encadrement et d'exercer un contrôle efficace de l'activité de l'acteur habilité. Une autre contrainte paraît ainsi plus fondamentale encore pour l'identification de l'externalisation administrative. L'articulation de la norme d'habilitation primaire et de la norme d'habilitation dérivée, et le maintien caractéristique de la compétence de la personne publique, appellent effectivement un élément indispensable au critère fonctionnel de l'externalisation administrative : le contrôle de la personne publique compétente. Plus précisément, le fait que l'obligation en tant que norme d'habilitation dérivée présente une dimension contraignante également pour l'acteur habilitant amène à considérer que ce contrôle figure au nombre de ces contraintes.

Une contrainte essentielle qui pèse elle aussi sur la liberté de choix des modes de gestion dans la mesure où il est admis que les obligations de service public, aussi bien que les obligations domaniales, s'imposent quel que soit le choix opéré à ce titre par la personne publique compétente. Il est alors possible d'affirmer que ces contraintes puisent leur origine dans l'habilitation primaire dont l'autorité administrative compétente bénéficie. La décision *Cne de*

²⁸³¹ Dans la mesure où « *la pérennité (c'est-à-dire la continuité) du service ne tient pas seulement à la poursuite de l'activité, mais aussi à l'ensemble des engagements pris pour son exercice* » : conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294 ; PELLISSIER G., BJCP, 2015, n° 99, p. 78.

²⁸³² Le même constat peut également être posé s'agissant de l'externalisation de la gestion des biens publics. Jean-François Giacuzzo démontre en effet que « *lorsqu'il autorise la gestion sans jouissance de son bien, le propriétaire n'exerce plus la maîtrise exclusive qui lui confère l'appropriation. En effet, il habilite un autre que lui à prendre des actes patrimoniaux relatifs à son bien afin de mieux bénéficier de ses utilités. En d'autres termes, il accepte de se défaire d'une fraction des pouvoirs qu'il exerce sur son bien au bénéfice d'autrui* » : GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 242.

²⁸³³ Uniquement des actions raisonnables dès lors que les juges du Palais Royal précisent effectivement « *qu'il n'en va toutefois ainsi que si les contrats en cause ne comportent pas d'engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettrait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée, à moins que, dans ce cas, la personne publique n'ait donné, dans le respect de la réglementation applicable, son accord à leur conclusion* » : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

Propriano offre d'ailleurs une première approche de cette seconde série de contraintes liées cette fois au contrôle exercé, et donc incidemment à l'encadrement fixé par la personne publique compétente. Dès lors que le juge administratif précise en effet que les limites de l'obligation qui lui est imposée de se substituer à son partenaire résident en partie dans les « conditions d'exécution »²⁸³⁴ du service public qu'elle a elle-même organisé, avant même d'être contrainte de le contrôler elle doit nécessairement encadrer le plus efficacement possible son action. Gilles Pellissier souligne en outre dans ses conclusions sur cette décision qu'au-delà de l'exercice du pouvoir de résiliation, l'attention de la haute-juridiction est portée sur ses conséquences. Si la personne publique compétente peut effectivement, pour un motif d'intérêt général, mettre fin à tout moment à la norme d'habilitation, elle ne peut en effacer les effets²⁸³⁵. Par conséquent « si le mécanisme de l'externalisation implique que le délégant assume le risque d'une gestion qu'il a choisi de déléguer, ce risque ne saurait excéder le périmètre de la délégation »²⁸³⁶, à condition bien sûr que ce périmètre ait été suffisamment précisé.

Dans la mesure où ce principe de substitution est limité au champ d'intervention déterminé²⁸³⁷, il appelle également de la part de la personne publique une certaine diligence dans l'encadrement fixé par la norme d'habilitation dérivée, et plus précisément dans la détermination « des engagements pris par le délégataire dans le cadre de la délégation et relatifs à l'exploitation du service délégué »²⁸³⁸. Il convient d'ailleurs de préciser que les obligations de service public, les obligations domaniales, ou encore les obligations déterminant les conditions d'octroi d'un agrément ou d'une autorisation s'imposent la plupart du temps à la personne publique compétente elle-même et constituent en cela également une

²⁸³⁴ CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294.

²⁸³⁵ Rappelons simplement que le principe du transfert à la personne publique des engagements pris par le délégataire pour l'exploitation du service public dont il avait la charge jusqu'à l'expiration de son habilitation résulte d'une jurisprudence constante datant des années 1920 : CE, 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ministre de la Marine et ville de Toulon*, rec. p. 521, et : CE, 24 mars 1926, *Cie générale des eaux c/ ville de Lyon*, rec. p. 327.

²⁸³⁶ Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294 ; concl. PELLISSIER G., *BJCP*, 2015, n° 99, p. 80.

²⁸³⁷ Gilles Pellissier précisant que la limitation de ce principe « vise donc à exclure du mécanisme de substitution les actes du délégataire qui excèdent les pouvoirs que le délégant avait entendu lui conférer en lui confiant l'exploitation du service » : Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294 ; concl. PELLISSIER G., *BJCP*, 2015, n° 99, p. 81. Et ce d'autant plus qu'il précisait que « le périmètre de la délégation ressort des stipulations conventionnelles et de la marge de manœuvre qui leur interprétation raisonnable laisse au délégataire ».

²⁸³⁸ Conclusions de Gilles Pellissier sur l'arrêt : CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n°368294 ; concl. PELLISSIER G., *BJCP*, 2015, n° 99, p. 82.

forme de contrainte²⁸³⁹. De la même façon, le contrôle qu'elle exerce sur l'acteur habilité constitue également une telle contrainte. Salim Ziani démontre par exemple que les obligations de service public doivent nécessairement faire l'objet d'un contrôle de la part de la personne publique compétente²⁸⁴⁰.

Si de longue date le Conseil d'État a admis effectivement que ces contrôles doivent être exercés à titre principal par l'autorité administrative compétente²⁸⁴¹, l'état semble s'être encore davantage resserré sur les personnes publiques. Aussi les juges du Palais Royal peuvent-ils se fonder, en application de la jurisprudence *APREI*, sur l'absence d'organisation d'un tel contrôle pour écarter la qualification de service public²⁸⁴², et donc l'identification d'une forme d'externalisation administrative. À l'inverse, Bertrand Dacosta affirme dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Limoges* qu'on « ne voit pas très bien ce qui peut s'opposer à ce que l'activité fasse l'objet d'une délégation de service public, dès lors que la collectivité entend imposer des obligations à son cocontractant et exercer un contrôle »²⁸⁴³. Nathalie Escaut précise quant à elle que la lecture globale de la décision *APREI* conduit invariablement à considérer l'existence du contrôle comme une telle contrainte, laquelle peut également se retrouver à propos des obligations domaniales ou autres dans la mesure où les conventions d'occupation doivent elles aussi « organiser les modalités permettant à la collectivité propriétaire de s'assurer du respect, par son cocontractant, à la fois de l'intégrité et de la destination du domaine public »²⁸⁴⁴. Dans la mesure où elle constitue à la fois une ressource et une contrainte pour l'acteur habilité et l'acteur habilitant, toute obligation

²⁸³⁹ La personne publique compétente ne peut en effet disposer de la mise en œuvre des Lois de Rolland ou de l'affectation d'un bien du domaine public.

²⁸⁴⁰ Ainsi affirme-t-il que l'obligation de service public « doit traduire la soumission d'un partenaire de l'autorité publique à un pouvoir de contrôle auquel elle ne peut elle-même renoncer et qu'elle ne peut externaliser » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 228.

²⁸⁴¹ Voir pour une application nuancée : CE, 2 novembre 1962, *ASSEDIC de la Sidérurgie de l'Est*, rec. p. 588.

²⁸⁴² « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que si la société d'économie mixte « *Palace Epinal* » (...), a, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, son activité, eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville d'Epinal et de contrôle objectifs qui lui auraient été fixés, ne revêt pas le caractère d'une mission de service public confiée par la commune » : CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC Ciné-Cité*, rec. p. 418.

²⁸⁴³ Conclusions Bertrand Dacoste sur l'arrêt : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924 ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 107. Le Conseil d'État avait d'ailleurs déjà pu considérer que participait de la qualification de concession de service public le fait qu'une convention prévoit que le concessionnaire soit chargé, « par la ville de Paris et sous son contrôle, de gérer cette dépendance du domaine public dans le cadre d'une mission d'intérêt général d'animation culturelle et d'accueil d'activités artistiques et artisanales » : CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, rec. p. 607.

²⁸⁴⁴ Conclusions de Nathalie Escaut sur l'arrêt : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472. Elle précise d'ailleurs que ces obligations « se distinguent des stipulations d'une délégation de service public car elles ont pour objet non le pilotage de l'activité exercée par le cocontractant mais uniquement le contrôle de l'utilisation du domaine ».

emportant habilitation dérivée d'une personne, publique ou privée, à réaliser la compétence d'une personne publique présente un certain nombre de caractéristiques enrichissant le critère fonctionnel de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire participant de son identification. Le concept d'externalisation administrative recouvre donc finalement l'ensemble des pratiques juridiques par lesquelles une personne publique habilite par le biais d'obligations une autre personne, publique ou privée, à participer à la réalisation de sa compétence. Il est alors possible d'envisager un autre approfondissement de ce concept qui devrait permettre d'en préciser davantage encore les contours. L'utilisation du modèle civiliste du contrat-coopération devrait effectivement permettre d'appréhender plus justement encore le rôle qu'y occupent les obligations en éclairant leur agencement particulier. Or cette structure obligationnelle caractéristique de la mise œuvre juridique d'une logique coopérative conduit à la détermination d'un troisième critère fondamental parachevant la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif : le critère matériel.

§2 : *Une conceptualisation précisée de la réalisation de la compétence par l'obligation*

204. Un critère matériel inspiré du contrat-coopération. Destiné à être la traduction juridique d'une logique coopérative, Suzanne Lequette détaille dans son étude le contenu du contrat-coopération. Pour ce faire, elle met plus précisément l'accent sur l'agencement des obligations en lien avec la réalité de l'opération économique envisagée par les parties²⁸⁴⁵. Apparaît alors au fil de sa démonstration une structure obligationnelle caractéristique de la mise en œuvre sur le plan juridique d'une telle logique. Plus encore, elle affirme que l'originalité de ce modèle ne réside pas tant dans l'objet de l'obligation essentielle mais plutôt dans l'agencement des diverses obligations²⁸⁴⁶ destiné à permettre l'instauration d'une relation coopérative entre les parties, et à en garantir le maintien. Frédéric Rouvière apporte sur ce point un éclairage supplémentaire en rappelant la distinction, au sein du contenu du

²⁸⁴⁵ « On délaissera, dans ces développements, le contrôle de la licéité (de ce contenu) qui n'appelle pas de remarque particulière dans le cadre du contrat-coopération, pour se concentrer sur le contrôle de la réalité de l'opération contractuelle. Celui-ci requiert un examen des éléments essentiels de l'opération économique » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 299 et 300.

²⁸⁴⁶ « Selon la conception échangiste traditionnelle, cela conduit à rechercher les termes de l'échange dans l'objet des obligations dites, précisément, « essentielles ». Mais dans le contrat-coopération, l'originalité tient moins à l'objet des obligations qu'à leur agencement » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300. Dans le même sens, Valérie Pironon affirmait en effet à propos du contrat de *joint venture* que « son originalité ne provient pas véritablement des obligations qu'il fait naître mais de leur combinaison particulière et de l'esprit dans lequel elles sont conçues » : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, p. 48.

contrat, entre les obligations essentielles et les obligations accessoires²⁸⁴⁷. Or dans le contrat-coopération les obligations instrumentales s'articulent au sein des obligations essentielles afin de favoriser la réalisation de l'obligation finale, et les obligations accessoires gravitent autour de ce complexe afin de le renforcer et de garantir son bon fonctionnement. Mises au service de la réalisation d'une prestation finale destinée à satisfaire les intérêts de chacune des parties, les obligations s'associent alors les unes aux autres afin « *de procéder à la mise en relation des prestations complémentaires de manière à lier les intérêts convergents mais différents des partenaires* »²⁸⁴⁸. Typique de la mise en œuvre juridique de la coopération économique, ce modèle civiliste renseigne à n'en pas douter sur l'agencement particulier des obligations afin d'assurer la traduction juridique d'une relation coopérative. Il faut toutefois admettre qu'il appelle un certain nombre d'ajustements en droit administratif dans la mesure où il a pu être démontré que la coopération, et donc l'externalisation, s'y exprimait de manière particulière notamment du fait de la fonction particulière qu'elle endosse : la réalisation de la compétence d'une personne publique²⁸⁴⁹. Certes, le modèle du contrat-coopération devrait toujours reposer sur une articulation particulière des obligations essentielles et des obligations accessoires, les secondes assurant la bonne exécution des premières dans un rapport de complémentarité ordonnancée. Mais, prises séparément, elles subissent toutefois certaines adaptations. Alors que, d'une part, les obligations essentielles ne permettent plus à elles seules d'identifier la mise en œuvre de l'externalisation, les obligations accessoires semblent, d'autre part, être revalorisées tant elles paraissent indispensables au bon déroulement de l'opération. Participant à l'instauration d'une relation coopérative entre les parties en conformité avec l'intérêt général, elles constituent effectivement un « *moyen juridique de remplir le but poursuivi par les parties, d'accomplir le résultat recherché* »²⁸⁵⁰.

Malgré ces adaptations nécessaires, l'emploi du modèle du contrat-coopération permet cependant de préciser encore davantage les contours et les critères du concept

²⁸⁴⁷ « *Dans l'opération envisagée par les parties, tous les éléments n'ont pas une égale importance. La distinction entre les engagements essentiels et accessoires exprime la hiérarchie voulue par les contractants* » : ROUVIÈRE Fr., *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, p. 20.

²⁸⁴⁸ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 141.

²⁸⁴⁹ Outre les développements précédents, Gilles Le Chatelier précisait en effet que la problématique de l'externalisation posait au gestionnaire public la question de savoir si « *lorsqu'il doit assumer ses compétences (...) s'il doit la gérer par des moyens internes ou s'il doit la confier à un opérateur extérieur* » : LE CHATELIER G., « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », *CP-ACCP*, 2008, n° 73, p. 40.

²⁸⁵⁰ Or il s'agit là d'une remarque que Frédéric Rouvière soulignait à propos des obligations essentielles : ROUVIÈRE Fr., *op. cit.*, p. 21.

d'externalisation administrative. Dès lors que l'obligation constitue le vecteur juridique de la norme d'habilitation dérivée, sa conceptualisation peut être facilitée par le recours à ce modèle, tout particulièrement en ce qui concerne l'agencement des obligations. Si le contenu obligationnel est divers, deux catégories d'obligations peuvent néanmoins être distinguées à l'aide du modèle civiliste. D'une part l'obligation essentielle, c'est-à-dire la norme d'habilitation dérivée instaurant la coopération et ayant pour objet la prestation finale et, d'autre part, l'obligation accessoire destinée à organiser le bon déroulement de la coopération et à assurer la convergence des intérêts, notamment par l'organisation de la gestion en conformité avec les exigences de l'intérêt général. Une certaine similitude transparait d'ailleurs entre l'agencement des obligations au sein du contrat-coopération et au sein du concept d'externalisation administrative. Alors que les obligations essentielles relèvent de la volonté des parties et de la poursuite de leurs intérêts, les obligations accessoires peuvent être envisagées comme des contraintes extérieures qui leur sont imposées au nom de la coopération et de l'intérêt commun poursuivi²⁸⁵¹. L'étude du contrat-coopération offre par conséquent la possibilité d'enrichir le concept d'externalisation administrative d'un critère matériel tenant à l'agencement des obligations essentielle et accessoire lié à la traduction juridique d'une logique coopérative. Le modèle du contrat-coopération ne peut toutefois être transposé à l'identique. Constituant son critère matériel, les obligations essentielles présentent effectivement une articulation particulière au sein du concept d'externalisation administrative (A). De plus, alors que les obligations accessoires du contrat-coopération s'épuisent essentiellement dans l'instauration et la garantie du maintien de la logique coopérative, leur détermination dans le cadre de l'externalisation administrative s'avère également particulière (B).

²⁸⁵¹ L'étude menée par Suzanne Lequette suggère d'autant plus un tel rapprochement qu'elle distingue, au sein du contenu du contrat-coopération, les « obligations essentielles » des « clauses exorbitantes » en lieu et place des obligations essentielles et des obligations accessoires : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300. Par ailleurs elle précise à propos des secondes que « la logique de coopération qui « s'induit de façon générale des motifs qui ont présidé à la conclusion du contrat, en particulier la complémentarité des qualités des parties et des obligations acceptées par elles pour atteindre un même objectif (...) se traduit-elle (aussi) par l'insertion dans le contrat de clauses singulières » » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 317, citant : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, n° 93. L'intérêt commun se trouverait alors essentiellement de l'intérêt général à la réalisation duquel les acteurs habilitant et habilité participent. Ainsi par exemple, outre l'interdiction singulière de procéder à l'externalisation de certaines missions, les personnes publiques sont en effet soumises à de nombreuses exigences : Tout en les relativisant, François Lichère rappelait en effet que « leur statut public les contraint à respecter certaines modalités d'externalisation » : LICHÈRE Fr., « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°3, mai-juin 2006, p. 67. Ces contraintes paraissent d'ailleurs encore plus évidentes lorsqu'elles sont mises en perspective avec la compétence des personnes publiques et non seulement liées à ce seul statut public.

A. Une articulation particulière des obligations essentielles

205.L'articulation originelle des obligations essentielles. En ce qu'elle rompt avec le modèle contractuel échangiste, Suzanne Lequette suggère d'abandonner en partie la symétrie de la cause et de l'objet des obligations réciproques pour adopter une approche distincte, afin de mettre en évidence la complémentarité des obligations essentielles ; c'est-à-dire leur organisation afin d'assurer une adéquation entre les moyens et la fin au service d'une seule prestation finale²⁸⁵². Elle démontre alors que les obligations instrumentales occupent une fonction primordiale au sein des obligations essentielles. Mises au service de la prestation finale, elles permettent en effet de mettre l'un des contractants à même d'accomplir l'obligation finale dans laquelle la coopération trouve l'expression de son résultat²⁸⁵³. Envisagée à l'aune des développements précédents, l'externalisation administrative présente alors de nombreux points communs avec l'une des illustrations typiques du contrat-coopération : le franchisage, par lequel se réalise la transmission à un franchisé d'un savoir-faire et l'autorisation d'utiliser un nom, une marque ou une enseigne développés par le franchiseur. Au savoir-faire correspondrait la « compétence », et au reste l'intérêt général dont la personne publique confierait la réalisation. Dans les deux cas, effectivement, le partenaire « *cherche à réaliser des bénéfices à partir de l'exploitation commerciale du concept qui lui a été transmis par le franchiseur* »²⁸⁵⁴, ou de l'habilitation à réaliser la compétence qui lui a été octroyée par la personne publique, et ce toujours dans une logique « *de concourir à la production d'un effet de synergie qui profite à chacun* »²⁸⁵⁵, et qui profite même à tous dans l'externalisation administrative à travers la satisfaction de l'intérêt général.

La question qui se pose alors est de savoir comment le modèle du contrat-coopération pourrait éclairer l'agencement des obligations au sein de l'externalisation administrative afin de

²⁸⁵² Alors que la structure du contrat-échange, « *pour figer l'équilibre entre les intérêts contraires des parties, cristallise par le truchement des obligations essentielles, chacun des termes de l'échange* », dans la structure du contrat-coopération « *les obligations essentielles ne font, en effet, que cristalliser les moyens de concourir à cette fin* » commune : la réalisation de la prestation finale : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 301.

²⁸⁵³ L'obligation finale a en effet pour objet « *non de transférer une valeur mais d'exploiter la valeur que lui a transmise son cocontractant (par les obligations instrumentales) dans l'intérêt commun des parties* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 305.

²⁸⁵⁴ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 101.

²⁸⁵⁵ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 102. Aussi précise-t-elle également que Le contrat de franchisage ne se résume cependant pas à un contrat de communication de savoir-faire, ou à un contrat de société dans la mesure où chacun des « *engagements des parties paraissent dirigés tout à la fois vers l'intérêt individuel du cocontractant qui obtient le droit d'en exiger l'exécution et vers la réussite du projet commun* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 105.

parvenir à une telle organisation. L'assimilation, fréquente dans la doctrine administrativiste de l'externalisation à une forme de « faire faire »²⁸⁵⁶, offre d'ores et déjà un premier indice sur l'organisation des obligations à laquelle elle procède. Ainsi l'obligation finale présenterait-elle le caractère d'une obligation de faire à l'instar du modèle du contrat-coopération²⁸⁵⁷. Si l'éclairage apporté par ce dernier pourrait être sur de nombreux aspects riche d'enseignements, dans la mesure où il mettrait notamment en évidence l'articulation des obligations, il doit néanmoins être pondéré et relativisé, ne serait-ce que parce que l'externalisation administrative n'adopte pas toujours la voie contractuelle²⁸⁵⁸ bien qu'il repose toujours sur une obligation habilitatrice. L'étude de ce modèle civiliste devrait cependant permettre d'appréhender de manière renouvelée cette obligation essentielle à la mise en œuvre juridique de l'externalisation, et donc située au cœur du concept d'externalisation administrative. Déjà enrichi par le recours à la notion d'obligation, ce concept présenterait alors un critère matériel constitué en partie par la confusion des obligations essentielles ; c'est-à-dire par l'amalgame des obligations finale et instrumentales. Le modèle du contrat-coopération conduit en effet à distinguer au sein des obligations essentielles entre les obligations instrumentales et l'obligation finale. De la même manière une telle démarcation pourrait être utilisée en droit administratif afin de préciser l'agencement particulier des obligations dans le cadre de l'externalisation. Le fait que ce concept, propre au droit administratif, ait été élaboré autour du concept de norme d'habilitation invite par conséquent à envisager les obligations essentielles sous un angle particulier qui tout en exprimant leur existence (1) révèle leur réunion (2).

1. La persistance des obligations essentielles

206. Une persistance théorique dans le concept d'externalisation administrative. Fondé sur une dichotomie instaurée au sein des obligations essentielles entre les obligations instrumentales et l'obligation finale, le modèle du contrat-coopération proposé par Suzanne

²⁸⁵⁶ À tel point d'ailleurs que Jean-Joël Governatori suggérait « d'écarter ce terme au profit de l'expression « faire faire » » : GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 16.

²⁸⁵⁷ « L'obligation finale diffère du schéma de l'obligation contractuelle échangiste classique. En effet, le prestataire finale s'oblige non à transférer une valeur mais à exploiter la valeur que lui a transmise son cocontractant dans l'intérêt commun des parties », et présente donc les contours d'un *facere* : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 305.

²⁸⁵⁸ Focalisant pourtant son étude sur les contrats publics d'affaires, Jean-Baptiste Morel précise néanmoins que l'externalisation peut être exercée par une personne publique, « notamment par l'intermédiaire d'un contrat », suggérant alors qu'il pourrait en aller autrement : MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

Lequette repose sur un agencement obligationnel susceptible de favoriser l'instauration d'une relation de coopération entre des contractants poursuivant un but commun. À cette fin, il procède effectivement à une articulation particulière à travers laquelle une obligation instrumentale fournit juridiquement à un partenaire les moyens de parvenir à la réalisation d'une prestation finale qu'il n'aurait pu accomplir sans eux. Ainsi l'obligation instrumentale d'un contrat d'exploitation de droits d'auteur par un tiers réside-t-elle dans la transmission des droits d'auteur en question afin que le cocontractant puisse en disposer afin de les exploiter²⁸⁵⁹, alors que l'obligation finale porte justement sur le fait que l'exploitant « *est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale* »²⁸⁶⁰. De la même façon, le contrat de franchisage repose quant à lui sur l'articulation d'une obligation instrumentale, la fourniture d'un savoir-faire et/ou d'une marque ou d'une enseigne, nécessaires à une obligation finale consistant en l'exploitation de ce savoir-faire ou de cette marque ou enseigne dans l'intérêt commun des parties²⁸⁶¹. Une telle complémentarité des obligations essentielles, recouvrant les obligations instrumentales et finale, constitue donc un élément essentiel de la traduction juridique de la coopération économique.

De la même façon, les développements précédents sont parvenus à démontrer que si l'externalisation administrative repose également sur une logique coopérative, elle s'exprime juridiquement à travers l'existence d'une norme d'habilitation dérivée par laquelle une personne publique autorise une autre personne, publique ou privée, à participer à la réalisation d'une de ses compétences. Il est donc *a priori* tout à fait possible de faire correspondre en théorie le concept d'externalisation administrative au modèle civiliste du contrat-coopération. À l'instar des deux exemples précédents tirés de l'encadrement juridique de pratiques usitées dans le monde des affaires, cette pratique administrative repose *prima facie* sur le même ressort intrinsèquement lié à la mise en œuvre d'une logique coopérative. Identifiée comme la prestation finale de toute externalisation administrative, la réalisation de la compétence d'une personne publique relève en effet du monopole de cette dernière. Ainsi par exemple est-ce

²⁸⁵⁹ « *La précision de la destination de l'œuvre est essentielle et révèle bien que la cession du droit n'est que l'instrument mis au service d'une exploitation* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 303.

²⁸⁶⁰ Article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle. Le contrat d'édition est donc bien, de la sorte, « *le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droits cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre* » comme en dispose l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁸⁶¹ Relevant qu'il s'agit dans les deux cas d'une obligation essentielle, Suzanne Lequette précise en effet que « *dans le contrat de franchise, celui qui bénéficie du savoir-faire s'engage non pas simplement à rémunérer son cocontractant mais à exploiter le savoir-faire* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 103.

uniquement par le moyen d'une habilitation en ce sens qu'une personne privée peut être chargée de la gestion d'une mission de service public²⁸⁶², et ce, quand bien même elle en aurait pris l'initiative à l'origine²⁸⁶³. Alors qu'un éditeur ou un franchisé ne peut exploiter une œuvre protégée ou un savoir-faire et/ou une marque sans y avoir été habilité au moyen d'une obligation instrumentale, le partenaire de l'administration ne peut intervenir dans le cadre de l'externalisation de la réalisation d'une compétence qu'à la condition d'y avoir été habilité par la personne publique disposant de l'habilitation primaire²⁸⁶⁴. D'une certaine manière la norme d'habilitation dérivée située au cœur du concept d'externalisation administrative peut donc être théoriquement assimilée à une obligation instrumentale permettant la réalisation de la prestation finale ainsi identifiée.

Qu'il s'agisse du critère organique ou du critère fonctionnel associés au concept d'externalisation administrative, l'un comme l'autre soulignent à la fois l'importance de la réalisation de la compétence et la nécessité, pour y parvenir, d'une norme d'habilitation dérivée. Aussi est-il possible de pousser plus loin encore le rapprochement de ce concept et du contrat-coopération en affirmant : d'une part, que la norme d'habilitation dérivée s'exprime à travers une obligation instrumentale par laquelle la personne publique compétente fournit à un tiers les moyens juridiques de participer à la réalisation de sa compétence, laquelle constitue, d'autre part, l'obligation finale imposée au partenaire de l'administration. Philippe Cossalter identifiait d'ailleurs, entre la réglementation des activités et leur prestation directe par la personne publique, toute une palette d'instruments juridiques par lesquels elle « *attribue l'exercice d'une de ses fonctions à une autre personne* »²⁸⁶⁵. Ainsi rappelait-il notamment que « *tout service public relève de la « titularité » de l'administration publique ; un tiers à*

²⁸⁶² Rappelons sur ce point que Salim Ziani affirme effectivement que « *la personne habilitée à exploiter l'activité de service public ne peut l'exercer par elle-même, sans l'intervention d'une personne publique habilitante* » et que « *la définition de l'habilitation rappelle que l'exercice des missions de service public est un monopole originel des personnes publiques* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 99.

²⁸⁶³ Cf. sur ce point : CE, avis, 18 mai 2004, *Sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française*, n° 370169, et surtout : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁸⁶⁴ La nécessité d'une telle habilitation dans le cadre de l'intervention des personnes privées dans l'action administrative est d'ailleurs admise par une partie de la doctrine depuis les années 1970 : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, puis : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4 et s. Ce dernier précisait en effet que « *l'habilitation est d'abord une condition. Elle est la condition sans la réalisation de laquelle l'exercice de certaines activités est interdite aux personnes privées* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 5, alors que le premier affirmait quant à lui que « *l'exigence d'une habilitation préalable, si elle est rarement indiquée par la doctrine, est également souvent peu contestée par les auteurs* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 51.

²⁸⁶⁵ COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 377.

l'administration ne peut le gérer que sur délégation »²⁸⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, Jean-François Giacuzzo relève également l'existence, dans les titres d'occupation du domaine public, d'une habilitation par laquelle « *le propriétaire permet à autrui de jouir de son bien (...) de le faire largement bénéficiaire de ses utilités* »²⁸⁶⁷ tout en précisant que cette utilisation « *reste tournée vers la satisfaction de l'intérêt général* »²⁸⁶⁸. Ce faisant, il affirme que la gestion des propriétés publiques relève en premier lieu d'un monopole au profit de ces dernières, soumettant la coopération d'un tiers à une habilitation de l'autorité compétente sans laquelle il ne peut y avoir accès. Il apparaît donc à travers chacun de ces deux exemples que la réalisation de la compétence d'une personne publique, prestation finale de l'externalisation administrative, ne peut être accomplie par un tiers qu'à la condition préalable qu'il bénéficie pour ce faire d'une habilitation dérivée. Le concept d'externalisation administrative repose par conséquent sur une obligation instrumentale, contenue dans la norme d'habilitation dérivée, permettant à un tiers d'exécuter une obligation finale consistant à coopérer à la réalisation d'une compétence détenue par une personne publique.

207. Une dichotomie en apparence préservée à travers la norme d'habilitation dérivée.

L'enrichissement du critère fonctionnel de l'externalisation administrative à l'aide d'une approche par l'obligation a, par ailleurs, permis de mettre en évidence la double dimension de la norme d'habilitation dérivée. En ce qu'elle s'exprime juridiquement à travers l'obligation, cette dernière se présente en effet à la fois comme une ressource et comme une contrainte pour l'acteur habilitant, et surtout pour l'acteur habilité. Alors que cette ambivalence concernant l'acteur habilitant trouve essentiellement sa justification dans l'omniprésence de l'intérêt général et le maintien de la compétence de la personne publique, elle ne peut apparemment être identifiée dans le modèle civiliste du contrat-coopération. Toutefois, s'agissant de l'acteur habilité le constat est tout autre et entraîne avec lui la possibilité d'une préservation de cette dichotomie des obligations essentielles à travers cette norme d'habilitation dérivée. L'analyse du contrat-coopération proposée par Suzanne Lequette fait d'ailleurs précisément ressortir que « *l'agencement original des obligations essentielles* »²⁸⁶⁹ repose sur la complémentarité de l'obligation instrumentale et de l'obligation finale²⁸⁷⁰. Déjà

²⁸⁶⁶ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 378.

²⁸⁶⁷ GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 278.

²⁸⁶⁸ GIACUZZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 390.

²⁸⁶⁹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300.

²⁸⁷⁰ « *Inscrite au sein de l'objet du contrat comme le droit d'exiger une co-prestation, la cause révèle que le contrat tisse entre les engagements un lien de complémentarité ordonnancée* » qui se trouve être « *la traduction*

mise en évidence par Marie-Élodie Ancel, cette complémentarité trouve alors un écho dans la double dimension de la norme d'habilitation dérivée à l'égard de l'acteur habilité, et par répercussion à l'égard de l'acteur habilitant. S'attelant à l'étude de l'agencement des obligations dans les contrats d'intérêt commun, Marie-Élodie Ancel parvenait en effet à démontrer qu'il se présentait sous la forme « *d'un engrenage, une première roue (la prestation réelle, « instrumentale » et qui est fournie par une des parties) entraînant une seconde roue (la prestation réelle, finale, fournie par le cocontractant), l'assemblage devant se révéler profitable aux deux prestataires* »²⁸⁷¹. Or, une telle présentation invite bel et bien à envisager l'obligation instrumentale comme une ressource au service d'une obligation finale à l'exécution de laquelle le cocontractant se trouve nécessairement contraint à l'égard de l'acteur habilitant²⁸⁷².

À l'inverse, il est possible de suggérer que l'acteur habilitant bénéficie, en contrepartie de l'obligation instrumentale dont il est débiteur, du droit d'exiger l'exécution de l'obligation finale imposée à l'acteur habilité. Abandonnant l'idée de symétrie, Suzanne Lequette décèle là la substance même de la complémentarité des obligations essentielles, caractéristique du contrat-coopération. C'est parce que l'une des parties s'engage à lui fournir une prestation instrumentale que l'autre partie est contrainte à accomplir une prestation finale dans l'intérêt de tous. Appliquée au concept d'externalisation administrative cette complémentarité doit alors pouvoir être retrouvée à travers la norme d'habilitation dérivée. Ainsi l'obligation finale saurait-elle être facilement rapprochée de sa dimension de contrainte. Il a pu en effet être démontré précédemment que, quelle que soit leur nature, les obligations imposées à l'acteur habilité dans le cadre de l'externalisation administrative lui confient la réalisation d'une compétence dans des conditions bien déterminées et selon des objectifs préétablis. Ainsi en va-t-il par exemple du concessionnaire d'une plage²⁸⁷³, d'un titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public à des fins d'exploitation sous certaines conditions d'une

d'un rapport d'adéquation moyen-fin qui intègre dans son champ une dimension supplémentaire, la poursuite d'un projet commun » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 140.

²⁸⁷¹ ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 124.

²⁸⁷² Nécessairement contraint dès lors que « *la cause de l'obligation instrumentale réside, quant à elle, dans le droit d'exiger une co-prestation finale* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 309.

²⁸⁷³ « (...) ; que le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage, doit également veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers (...) ; qu'en égard à la nature de la mission ainsi confiée au concessionnaire » : CE, 21 juin 2000, SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants, rec. p. 282.

activité de commerce hors-taxe dans un aéroport²⁸⁷⁴, ou encore de l'exploitant d'un hôtel-restaurant situé sur un golf municipal²⁸⁷⁵. Dans tous les cas, l'obligation imposée au cocontractant présente bien les caractéristiques d'une obligation finale par laquelle « *le prestataire final s'oblige à exploiter la valeur que lui a transmise son cocontractant dans l'intérêt commun des parties* »²⁸⁷⁶; c'est-à-dire dans l'intérêt général et le sien.

L'identification de l'obligation instrumentale s'avère quant à elle plus délicate. Si paradoxalement elle semble peser sur l'acteur habilité dans la mesure où l'habilitation prend la forme d'une obligation de gérer l'activité selon des conditions précises, elle n'en demeure pas moins une habilitation sans laquelle elle ne pourrait intervenir en la matière, et constitue ainsi un droit subjectif à exercer cette activité reconnu et attribué par l'autorité compétente. Aussi est-ce parfois relativement explicite comme à l'occasion de la décision *Ville de Paris et association Jean Bouin* alors que les juges du Palais Royal considèrent que « *ce contrat a pour objet de concéder à l'association Paris Jean Bouin le droit d'occuper et d'utiliser de façon privative les dépendances du domaine public* »²⁸⁷⁷. Jean-François Giacuzzo affirme d'ailleurs que, de manière générale, « *l'autorisation de jouir d'un bien public (...), emporte une habilitation à gérer* »²⁸⁷⁸. Elle est cependant le plus souvent implicite. Ainsi en va-t-il par exemple lorsque le Conseil d'État identifie la dévolution d'une activité de service public à un organisme privé eu égard à la volonté de la personne publique de « *lui confier une telle mission* » révélée notamment par les « *obligations qui lui sont imposées* »²⁸⁷⁹, ou encore par

²⁸⁷⁴ « (...), cette autorisation d'occupation du domaine public étant assortie de prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale » : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

²⁸⁷⁵ Dès lors effectivement que la Commune manifeste « *son intention de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement* » : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924.

²⁸⁷⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 305.

²⁸⁷⁷ CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472, et que Nathalie Escaut précise également dans ses conclusions prononcées à cette occasion que « *le contrat purement domanial est celui qui a pour objet de permettre à une personne publique de mettre une partie de son domaine public à la disposition d'une personne, le plus souvent privée, afin que cette dernière y exerce une activité privée ou commerciale* ». Ou bien lorsqu'ils affirment qu'une commune « *a autorisé la société VMB devenue société anonyme Albatros, à édifier dans l'enceinte du golf municipal dépendant du domaine public communal, un complexe d'hôtellerie-restauration et à l'exploiter* » : CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924.

²⁸⁷⁸ GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 272.

²⁸⁷⁹ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Claudie Boiteau indiquait d'ailleurs dans sa note que le juge administratif devait en effet rechercher « *la « délégation » consentie par une personne publique qui manifeste sa volonté d'« assumer », à défaut d'« assurer » elle-même le service public* » ; c'est-à-dire donc bien « *la volonté des pouvoirs publics* » d'assurer une personne privée à prendre en charge une activité qu'ils avaient d'ériger en « *véritable service public en considération de l'intérêt général inclus dans l'activité en cause* » : BOITEAU Cl., « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 810. En cela l'attitude du Conseil d'État est à mettre en

un « *cahier des charges fixant des obligations au cocontractant, relatives notamment à la prise en charge (...) de missions d'intérêt général* »²⁸⁸⁰.

Si la complémentarité des obligations essentielles s'avère dans ces conditions intrinsèque à toute forme de mise en œuvre juridique de la coopération, il résulte de cette transposition au concept d'externalisation administrative une forme inévitable et surprenante d'inégalité entre les acteurs juridiques. Il paraît en effet que les obligations instrumentales et finale pèsent en fin de compte exclusivement sur l'acteur habilité. L'acteur habilitant n'étant soumis qu'à des contraintes inhérentes à l'intérêt général et au fait qu'il conserve la maîtrise de sa compétence, et l'exerce d'ailleurs à l'encontre de son partenaire²⁸⁸¹. Bien que surprenante, une telle inégalité avait déjà pu être soulignée auparavant par François Sabiani. Ce dernier affirmait en effet que l'habilitation des personnes privées à gérer un service était nécessairement frappée du sceau de l'inégalité dans la mesure où elle manifeste invariablement l'exercice par l'autorité administrative compétente d'une parcelle de sa puissance publique, et ce qu'elle se matérialise par la voie unilatérale ou contractuelle²⁸⁸². Il précisait également que cette inégalité se justifiait également par l'objet de l'activité confiée : une activité d'intérêt général relevant de la compétence de la personne publique dont elle « *n'acceptera pas aisément de perdre le contrôle* »²⁸⁸³. Présente également au cœur de la démonstration proposée par Jean-Paul Négrin²⁸⁸⁴, cette idée d'inégalité se prolonge encore aujourd'hui, qu'il s'agisse de l'externalisation de la gestion du service public²⁸⁸⁵, ou de celle des propriétés publiques²⁸⁸⁶.

perspective avec les propos de Léon Duguit selon lesquels le service public est une activité « *de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 2^{ème} éd., 1923, E. de Boccard, p. 54.

²⁸⁸⁰ CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91. À l'inverse, le juge administratif peut également rejeter la qualification de délégation de service public à un organisme privé dès lors que « *eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville (...), (elle) n'avait ainsi à consentir aucune délégation à cet égard* » : CE, 5 octobre 2007, *UGC Ciné cité*, rec. p. 418.

²⁸⁸¹ François Sabiani soulignait effectivement que si « *la personne habilitante est tenue par les exigences de la légalité (...)* ceci atteste que dans la relation habilitant-habilité l'autorité habilitante joue le rôle dominant » : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 7.

²⁸⁸² « *Quel que soit le procédé utilisé, l'habilitation, du point de vue juridique, est l'expression de la puissance publique. Les partenaires que l'opération met en présence sont en situation d'inégalité. L'autorité habilitante occupe la position privilégiée* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 6.

²⁸⁸³ SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 8.

²⁸⁸⁴ Précisant que la jurisprudence atteste « *que l'intervention dans l'action administrative est subordonnée à la détention d'un titre juridique* », il affirmait alors que, outre le fait que « *l'effet le plus important de l'habilitation est de les faire participer à l'exercice de l'action administrative* », les personnes publiques conservaient nécessairement un « *pouvoir de « haute direction » sur l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative* » permettant d'imposer et de s'assurer qu'elles l'exercent dans les respects des exigences inhérentes à la satisfaction de l'intérêt général : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1971, p. 54, 83 et 85.

²⁸⁸⁵ Toute la jurisprudence précédemment citée exprime en effet l'influence considérable de la personne publique compétente sur l'activité exercée par l'acteur habilité. Le titre à agir dont il bénéficie se manifeste effectivement

Cette situation inégalitaire est donc consubstantielle à l'externalisation administrative dès lors que la prestation finale, caractéristique de celle-ci, porte sur la réalisation de la compétence d'une personne publique, et donc sur la satisfaction de l'intérêt général. En réalité, bien que la relation soit effectivement inégalitaire, cela révèle une caractéristique propre à l'externalisation administrative : la réunion de l'obligation instrumentale et de l'obligation finale au sein d'une unique obligation essentielle : la norme d'habilitation dérivée.

2. La réunion des obligations essentielles

208. La présence singulière d'une seule obligation essentielle. Il est indéniable que toute externalisation de la réalisation de la compétence d'une personne publique au bénéfice d'une autre personne, publique ou privée, comporte une dimension inégalitaire. Il est néanmoins possible d'en offrir une autre interprétation, complémentaire plutôt qu'exclusive, à l'aune de l'éclairage apporté par le modèle du contrat-coopération. Indiscutablement déséquilibrée, l'articulation des obligations essentielles présenterait en l'occurrence une spécificité propre au concept d'externalisation administrative. Alors que le contenu obligationnel du contrat-coopération est tel que les parties se trouvent nécessairement sur un pied d'égalité²⁸⁸⁷, celui de l'externalisation administrative fait peser en apparence l'ensemble des obligations, instrumentales et finale, sur le partenaire de la personne publique compétente alors unique

sous la forme d'une obligation à réaliser la compétence dans des conditions déterminées par l'autorité administrative, obligation le plus souvent présentée comme « *une réelle contrainte imposée par l'autorité publique à ce dernier* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 215. Ce dernier précisant également « *qu'une obligation de service public aggrave les conditions d'exercice et d'exploitation d'une activité en imposant la réalisation de prestations extraordinaires délimitées par l'autorité publique et distinctes de l'intérêt du particulier, à destination d'une universalité d'usagers* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 224.

²⁸⁸⁶ Jean-François Giacuzzo rappelle à ce propos que si « *la puissance publique est associée au pouvoir de commandement des personnes morales de droit public* » poursuivant la satisfaction de l'intérêt général, ce pouvoir se manifeste nécessairement lorsqu'elles confient la gestion de biens dont elles demeurent propriétaires, et qui restent dédiés à cette finalité d'intérêt générale, à un tiers : GIACUZZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 314. Ainsi affirme-t-il que les autorisations d'occupation du domaine public placent en principe « *l'utilisateur dans une incertitude juridique* », et plus précisément encore que « *l'intérêt général, à la satisfaction duquel sont affectés les biens en cause, commande qu'ils n'abandonnent pas le pouvoir de modifier et de résilier le titre. Il s'agit de ne pas stabiliser la situation juridique du jouisseur en délaissant des prérogatives qui assurent l'adéquation de son utilisation privative avec l'affectation publique du bien* » : GIACUZZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 409. Précisons d'ailleurs que « *les obligations domaniales sont ainsi les obligations imposées à l'activité privée occupante du domaine publique, des obligations qui révèlent les préoccupations d'un propriétaire soucieux de la bonne gestion du domaine* » : DIDIERLAURENT M., *Obligations domaniales, obligations de service public. Contribution à la qualification des conventions d'occupation du domaine public*, mémoire dact., Université Montpellier I, 2013, p. 17 ; cf. dans ce sens : CE, 8 juillet 1996, *Merie*, rec. p. 272.

²⁸⁸⁷ Dès lors que, « *que l'on se place du point de vue du prestataire instrumental ou de celui du prestataire finale, un même constat s'impose : une partie obtient le droit d'exiger une prestation qui vient s'ajouter à sa propre prestation et la compléter, en d'autres termes qui lui est complémentaire* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 139.

débiteur réel de la relation de coopération instaurée. Il est toutefois possible de suggérer une lecture différente de cette situation inégalitaire. Au-delà de la supériorité affichée et affirmée de l'autorité administrative compétente, elle serait également due au critère fonctionnel singulier de l'externalisation administrative : l'existence d'une norme d'habilitation dérivée à la réalisation de la compétence d'une personne publique. Une telle hypothèse trouve d'ailleurs une confirmation sur deux points. D'une part, étant donné que la réalisation de la compétence implique nécessairement de ne pas simplement autoriser le tiers à réaliser cette compétence mais davantage à l'y contraindre dans un sens bien défini en fonction des exigences de l'intérêt général. D'autre part, en ce qu'elle prend la forme d'une obligation unique, la norme d'habilitation dérivée semble devoir procéder à la réunification des obligations essentielles en une seule mise à la charge du tiers.

Consacrées à la notion d'obligations essentielles en droit civil, les recherches effectuées par Nelia Cardoso-Roulot et Marie-Élodie Ancel offrent alors la possibilité d'appréhender plus clairement cette réunion des obligations essentielles constituant en partie le critère matériel du concept d'externalisation administrative. Elles démontraient en effet toutes deux que les obligations essentielles participaient de la détermination du but poursuivi par les contractants²⁸⁸⁸. La jurisprudence *Chronopost* semble d'ailleurs confirmer une telle acception²⁸⁸⁹, ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 qui procède à sa codification. Il est en effet désormais admis que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* »²⁸⁹⁰ dans la mesure où elle constitue un obstacle à l'accomplissement de l'opération envisagée par les parties. De nature réflexive, la notion d'obligation essentielle participe donc à la détermination du contenu du contrat, ainsi qu'à sa qualification. Mais elle en dépend également, dès lors que de la finalité économique et juridique poursuivie par les parties dépendent les obligations essentielles²⁸⁹¹, ainsi que leur

²⁸⁸⁸ Marie-Élodie Ancel affirmant pour sa part que l'obligation essentielle, ou prestation caractéristique, désignait « *l'effet contractuel voulu par les parties et sélectionné par le droit objectif pour devenir la pièce maîtresse du régime de nombreux contrats* » poursuivant une finalité économique identique : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 7.

²⁸⁸⁹ « (...), *spécialité du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* » : Cass. com., 22 octobre 1996, *Société Chronopost*, n° 93-18632. Confirmée par la suite : exemple : Cass. com., 29 juin 2010, *Faurecia c/ Oracle*, n° 09-11841 : « *Mais attendu que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

²⁸⁹⁰ Nouvel article 1170 du Code civil.

²⁸⁹¹ « *La nature constitue l'outil de base permettant de saisir l'essence des contrats, et c'est à travers les références à ce vocable « nature » que se dégageront les obligations essentielles qui en découlent pour les*

articulation. La structure du contrat-coopération d'ailleurs en fournit un parfait exemple à travers leur complémentarité structurée, de même que dans un contrat de vente où elle se reflète à travers leur stricte réciprocité. C'est ainsi toujours « à partir des éléments fondamentaux des contrats, que se déduisent les obligations essentielles »²⁸⁹² ; c'est-à-dire ici une logique coopérative pour l'un, et une logique translatrice pour l'autre.

Alors qu'il pousserait ainsi cette complémentarité des obligations essentielles à l'extrême, et prendrait en compte les nécessités inhérentes à la compétence de la personne publique dont la réalisation constitue la prestation finale, le concept d'externalisation administrative présenterait par conséquent une seule et unique obligation essentielle constituant la norme d'habilitation dérivée. La jurisprudence *CCI de Pointe-à-Pitre* semble d'ailleurs parfaitement illustrer cette réunion. En ce qu'ils maintiennent la qualification de convention d'occupation du domaine public aux dépens de celle de délégation de service public, les juges du Palais Royal confirment qu'elle comportait bien une habilitation permettant de confier à une personne privée « la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service »²⁸⁹³, mais à l'exclusion de toute mission de service public. Il est alors possible de déterminer l'unique obligation essentielle habilitant la personne privée à participer à la gestion de cette parcelle du domaine public : l'obligation de l'utiliser conformément aux exigences prévues par la convention en question²⁸⁹⁴. De la même façon la dévolution de la gestion d'un service public semble présenter une telle structure, et ce d'autant plus depuis que la jurisprudence *APREI* a procédé au renouvellement des « modalités d'identification et de

parties » : CARDOSO-ROULOT N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008, p. 161.

²⁸⁹² CARDOSO-ROULOT N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008, p. 171.

²⁸⁹³ Le Conseil d'État affirme en effet que, « à supposer même que ces obligations puissent être regardées comme relevant d'une mission de service public, elles n'auraient pas pour objet de confier à ce cocontractant la gestion d'un service public mais seulement la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service » : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

²⁸⁹⁴ Car si « l'objet n'est pas en effet la prestation d'un service mais l'occupation du domaine », celle-ci ne peut s'accomplir que dans le respect des « obligations imposées au cocontractant de consacrer une partie de la surface commerciale à la vente de produits locaux » : conclusions de Nicolas Boulouis prononcées sur l'arrêt : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n° 341669 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 103. Nicolas Boulouis précise d'ailleurs quelques temps plus tard sa position, affirmant que si le cocontractant « se voit déléguer par une personne publique donnée la gestion d'une activité dont cette personne est responsable » à savoir la gestion d'un équipement sportif, elle doit nécessairement être encadrée par des exigences liées à son affectation se traduisant par des obligations domaniales : conclusions de Nicolas Boulouis sur l'arrêt : CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, rec. p. 331. Ainsi peut-il être effectivement affirmé que l'externalisation administrative se traduit par une obligation essentielle unique autorisant le débiteur à intervenir dans l'action administrative dans les conditions préalablement fixées par l'autorité compétente.

matérialisation du service public »²⁸⁹⁵. Ainsi l'externalisation de la gestion d'un service public se caractérise-t-elle par une norme d'habilitation dérivée prenant la forme d'une obligation essentielle en vertu de laquelle la personne habilitée s'engage à réaliser la compétence de la personne publique conformément aux obligations imposées, lesquelles se révèlent être un accessoire indispensable de cette obligation essentielle caractéristique. L'obligation instrumentale, l'autorisation à exercer dans certaines conditions une activité, et l'obligation finale, imposant de l'exercer dans ces conditions, sont donc réunies dans le cadre de l'externalisation administrative au sein de la norme d'habilitation dérivée.

Une telle hypothèse trouve un argument supplémentaire en sa faveur dans le fait que l'externalisation en matière administrative n'empruntant pas uniquement la voie contractuelle, elle peut effectivement se manifester en droit positif sous la forme d'un acte unilatéral²⁸⁹⁶. Le fait que les obligations essentielles du contrat-coopération s'y trouvent réunies confirme effectivement qu'il désigne non seulement une forme précise de coopération mise en œuvre en droit administratif, mais aussi une forme de coopération dont l'instrument peut varier en fonction des besoins de la personne publique et des contraintes que lui impose sa compétence. Et si la présence d'obligations est indiscutable en matière contractuelle²⁸⁹⁷, elle existe également au cœur même de l'acte unilatéral. Alors qu'il rappelle que la décision administrative est un acte de volonté, Benjamin Defoort démontre en effet qu'elle présente nécessairement une portée normative par laquelle « *des autorités administratives prescrivent une certaine conduite concrètement réalisable* »²⁸⁹⁸ par le biais d'obligations dans la mesure où « *l'obligation est la norme* »²⁸⁹⁹. Dans les deux cas de figure, le contenu structurel de

²⁸⁹⁵ CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 238. Il est en effet avéré aujourd'hui que l'identification d'une activité de service public prise en charge par un organisme privé dépend essentiellement de la volonté de la personne publique compétente d'en confier ainsi la gestion. Que cette volonté s'exprime essentiellement à travers les obligations de service public imposées au partenaire de l'administration.

²⁸⁹⁶ S'agissant tout particulièrement du service public, Guylain Clamour affirme d'ailleurs que si « *traditionnellement, le service public a été étudié comme une notion extrinsèque offrant en matière contractuelle des points de résurgence du droit administratif unilatéral, il présente tout autant les traits d'une notion intrinsèque devant être appréhendée au sein du droit des obligations* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 238.

²⁸⁹⁷ Au-delà des divergences de régimes, les contrats de droit privé et les contrats publics désignent en effet invariablement une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation* » et sont en tant que tels une source parmi d'autres d'obligations : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, p. 227. L'assimilation du contrat à une norme juridique en droit public positif menée par Denys de Béchillon constitue de plus un argument supplémentaire en faveur de cette évidence. Ce dernier appelait en effet à « *considérer le contrat pour ce qu'il est : l'acte générateur d'une norme authentique* » et donc d'obligations : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 34.

²⁸⁹⁸ DEFOORT B., *La décision administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015, p. 253.

²⁸⁹⁹ Hans Kelsen affirmait effectivement que « *l'obligation n'est pas quelque chose de différent de la norme, l'obligation est la norme dans sa relation avec le sujet dont le comportement est commandé* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 175.

l'acte présente donc nécessairement le même agencement obligationnel destiné à instaurer une relation coopérative particulière et étendue en droit administratif. Il se compose alors d'une unique obligation essentielle autorisant de manière prescriptive le partenaire de l'administration à réaliser une compétence. Cette unification des obligations essentielles permet enfin de préciser davantage la prestation caractéristique de l'externalisation administrative. Ainsi l'obligation essentielle y est-elle essentielle à un double titre : d'une part, car elle en est en substance l'obligation principale et, d'autre part, parce qu'elle est caractéristique de l'essence coopérative qui l'anime.

209.L'incidence sur la prestation caractéristique de l'externalisation administrative. Animée d'une logique coopérative qui lui est consubstantielle, l'externalisation administrative se démarque donc par l'existence d'une seule et unique obligation essentielle prescrivant au partenaire habilité de réaliser la compétence matérielle d'une personne publique dans les conditions strictes fixées par cette dernière, et sous son étroit contrôle. Justifiée dans un premier temps par l'emprise de la compétence sur l'action administrative et les moyens juridiques qu'elle déploie, une explication codicillaire émerge également de l'utilisation du modèle civiliste du contrat-coopération. Ainsi le concept d'externalisation administrative permettrait-il de mettre à jour un nouveau mode d'intervention publique conciliant une volonté coopérative et l'exercice d'un magistère de commandement au nom de l'intérêt général. Prenant la forme d'une obligation essentielle pesant principalement sur le partenaire de l'autorité administrative, la norme d'habilitation dérivée lui impose paradoxalement un comportement particulier déterminé à l'avance par la personne publique compétente. Dans une certaine mesure l'externalisation administrative réconcilierait par conséquent ces deux facettes de l'administration évoquées par René Chapus : une administration « *commandante* » ou « *partenaire* »²⁹⁰⁰. Forme particulière de l'action administrative, l'externalisation administrative se présenterait finalement comme une forme rénovée et étendue de coopération : il s'agirait d'une coopération imposée, ou du moins commandée ; ou d'un commandement coopératif selon le point de vue adopté.

²⁹⁰⁰ René Chapus considérait en effet que l'administration présentait dans son acception contemporaine un double visage. Il la présentait soit « *comme une institution commandante, imposant sa volonté, c'est-à-dire agissant unilatéralement* », soit « *comme une institution contractante* » participant de ce « *phénomène de « partenariat » contractuel* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 499.

Les développements précédents ont pu démontrer par ailleurs que la logique coopérative n'impliquait pas toujours une relation égalitaire et pouvait parfois admettre une forme de commandement, par exemple en droit de la distribution. Ainsi les contrats complexes de distribution mettent-ils le plus souvent en présence une partie dominante et une autre en état de dépendance économique. De même, si l'agencement des obligations s'y caractérise par une complémentarité et une égalité évidente dans sa traduction civiliste, elle n'exclut pas non plus qu'elle soit fondée sur une relation inégalitaire entre les parties, qu'elle participerait d'ailleurs à équilibrer²⁹⁰¹. Le contexte propre au droit administratif n'est pas non plus hostile, dans l'extrême opposé, à cette forme de commandement coopératif²⁹⁰². Associée à la décision *APREI*, la jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence* semble avancer dans cette direction en inversant la logique jusque-là dominante dans la gestion des services publics. Si traditionnellement le principe était jusque-là que cette gestion s'accomplissait par la personne publique compétente elle-même dans le cadre de la gestion directe, la formulation retenue pour les deux premiers considérants de principe suggère effectivement un renversement au bénéfice de la gestion déléguée²⁹⁰³ ; c'est-à-dire externalisée. Le fait que toute référence à la gestion directe soit reléguée à un second temps du raisonnement du juge pourrait en l'occurrence être interprété comme un argument, certes réversible²⁹⁰⁴, en faveur d'une

²⁹⁰¹ L'exemple des contrats de franchise, également tiré des contrats complexes de distribution offre une parfaite illustration de ce déséquilibre. En effet, au-delà du déséquilibre économique inhérent aux situations de chacun, le contrat de franchise repose sur une relation inégalitaire dans la mesure où répond au contrôle exercé par le franchiseur un faisceau d'obligations imposées au franchiseur relatives au respect des normes de la franchise parmi lesquelles l'obligation « d'appliquer les normes correspondant au savoir-faire transmis par le franchiseur ainsi que les modifications décidées par le franchiseur » : FERRIER D. et FERRIER N., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2014, p. 404. Notons que le contrat de franchise se rapproche en cela étroitement du concept d'externalisation administrative.

²⁹⁰² Au-delà du simple emploi de l'obligation de service en tant qu'élément d'identification de l'intérêt général par la jurisprudence administrative, Salim Ziani parvient également à démontrer qu'elle peut être envisagée comme un vecteur de la satisfaction de l'intérêt général par le recours au marché, donc à un tiers, par une voie singulière de coopération. Ayant évoqué la fonction d'ordonnateur de l'État contemporain, en vertu de laquelle l'action administrative « doit finalement s'appréhender comme étant celle d'une autorité « ordonnatrice » qui « met de l'ordre » dans l'économie en la commandant » (ZIANI S., *op. cit.*, p. 65), il précise effectivement qu'il demeure une autorité publique au pouvoir de commandement transformé. Reprenant l'affirmation d'Hans Kelsen selon laquelle « commander » est l'équivalent de « prescrire » (KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 125), il démontre que le pouvoir de commandement s'exerce aujourd'hui dans la superposition d'une « fonction d'autorité ordonnatrice, partenariale et banalisée » admettant la coopération avec des tiers ; « c'est-à-dire des externalisations et des modalités de collaboration entre le secteur public et le secteur privé » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 67 et 327.

²⁹⁰³ « Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent (...), décider de confier sa gestion à un tiers (...), des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

²⁹⁰⁴ Il n'est en effet pas exclu que cette absence manifeste la volonté de maintenir la gestion directe en tant que mode de gestion de principe des activités de service public. Jean-Claude Douence précisait d'ailleurs que « la gestion directe est en effet le mode de gestion primordial, celui qui n'a pas besoin d'être choisi mais qui s'impose dès lors qu'un autre n'est pas expressément adopté » : DOUENCE J.-Cl., « L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public », *RFDA*, 2007, p. 823. Il ne se refusait d'ailleurs pas à proposer une telle lecture affirmant que « la motivation de l'arrêt présente la gestion directe comme un second

valorisation de l'externalisation de la gestion du service public. Mis en perspective avec la grille de lecture instaurée par la jurisprudence *APREI* selon laquelle l'identification d'un service public géré par une personne privée reposerait notamment sur l'existence ou non d'obligations imposées dans le cadre de la dévolution²⁹⁰⁵, ce complexe jurisprudentiel laisse à penser que les juges du Palais Royal adopteraient désormais une attitude favorable à la promotion d'une modalité de l'action administrative mêlant l'aspect coopératif de la gestion déléguée et le commandement de l'obligation de service public²⁹⁰⁶; c'est-à-dire une modalité de coopération commandée constituant la prestation caractéristique de l'externalisation administrative²⁹⁰⁷.

Dès lors, si la prestation caractéristique du contrat-coopération porte sur la réalisation d'un projet commun au moyen des valeurs fournies par la prestation instrumentale²⁹⁰⁸, celle de l'externalisation administrative s'en distingue sur certains points qu'il s'agit de préciser tour à tour. Il apparaît tout d'abord à première vue que ce « *projet en commun* » relève de l'expression de la volonté d'une seule partie à la relation coopérative : la personne publique compétente²⁹⁰⁹, si ce n'est des exigences de l'intérêt général, affirmant ainsi sa dimension

choix, l'adverbe « aussi » semblant indiquer une possibilité supplémentaire » et non le choix par défaut en absence de volonté manifestée par la personne publique compétente.

²⁹⁰⁵ Lesquels participent de la détermination de « *volonté de l'administration de lui confier une telle mission* » : BOITEAU Cl., « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 804. Qu'il s'agisse de la volonté de la personne publique compétente ou de la volonté du législateur, l'obligation de service public apparaît comme un révélateur de l'intention d'habiliter une personne privée à exercer une mission de service public. Claudie Boiteau affirmait d'ailleurs à ce propos que, assimilées à une portion des prérogatives de puissance publique, il y aurait alors une substitution « *des « obligations » imposées à l'organisme privé, paraissant ainsi renvoyer aux obligations de service public et donc traduire un aspect du régime exorbitant révélant le service public* » : BOITEAU Cl., *op. cit.*, p. 808. Célia Vérot indiquait également dans ses conclusions que « *les sujétions exorbitantes, ce qu'on appellerait aujourd'hui dans un langage modernisé les « obligations de service public », nous paraissent tout aussi caractéristiques d'une mission de service public* » : conclusions prononcés par Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁹⁰⁶ Guylain Clamour précise sur ce point que « *les arrêts contemporains insistent ainsi sur l'existence ou non d'obligations de service public, de clauses de service public* » pour procéder à la qualification du service public : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 241.

²⁹⁰⁷ De même, la gestion des propriétés publiques soumise à des obligations tenant à la garantie de l'intérêt général ou la gestion d'activités d'intérêt général ainsi encadrées emprunterait également la voie offerte par la prestation caractéristique de ce concept particulier.

²⁹⁰⁸ « *À proprement parler, elle opère, en effet, moins un transfert de valeurs qu'une affectation de valeurs : le prestataire final s'engage à affecter les moyens fournis par le prestataire instrumental au projet commun de coopération en les exploitant dans leur intérêt partagé* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 136 et 137.

²⁹⁰⁹ Dans la mesure où elle demeure l'unique titulaire du pouvoir de création, d'organisation et de choix du mode gestion de cette réalisation. S'agissant des activités de service public, la doctrine s'accorde pour dire que si « *la collectivité étatique ou locale dispose normalement du pouvoir de création des services publics ne signifie pas pour autant qu'elle en assure nécessairement la gestion. Elle peut confier cette dernière à une personne privée, à un établissement public, voire se la réserver si elle adopte le système dit de la régie direct* » ainsi que pour affirmer que « *l'exercice des compétences afférentes à ces moments importants de la vie du service public appartient aux seules personnes publiques* » : LACHAUME J.-Fr., PAULIAT H., BOITEAU Cl. et DEFFIGIER

objective. En conséquence les « *valeurs fournies par la prestation instrumentale* » révèlent davantage une habilitation contraignante qu'une habilitation permissive. Il s'agit en effet pour la personne publique compétente de prescrire à une autre personne, publique ou privée, un comportement prédéterminé par lequel, selon une logique coopérative symptomatique, elle participerait à la réalisation de sa compétence. À l'origine de son contenu structurel, autant qu'elle en est déduite, cette prestation porte donc sur la réalisation contrainte d'un projet commun de coopération à l'accomplissement de la compétence d'une personne publique au moyen d'une habilitation dérivée par laquelle une autre personne, publique ou privée, y participe. Il faut toutefois relativiser la dimension contraignante de l'externalisation administrative dans la mesure où, si elle ne s'exprime pas toujours explicitement dans l'acte juridique, la volonté du partenaire de l'autorité administrative compétente est un préalable indispensable à sa mise en œuvre dans une logique coopérative²⁹¹⁰. Ce n'est qu'une fois sa volonté exprimée que le pouvoir de commandement de la personne publique compétente se manifeste comme une contrepartie de l'habilitation dérivée dont la personne habilitée bénéficie : que ce soit alors principalement à travers l'obligation essentielle imposée, qu'aux moyens d'obligations accessoires nécessaires à la garantie de la bonne marche de l'action administrative externalisée.

B. La détermination particulière des obligations accessoires

210. La détermination originelle des obligations accessoires. Au sein du modèle du contrat-coopération l'ensemble des obligations poursuit une finalité particulière : l'instauration et le maintien d'une relation coopérative entre les parties. Il en découle par conséquent qu'elles ne correspondent pas nécessairement toutes à une expression directe de leurs volontés, mais s'imposent parfois à elles, en complément des obligations essentielles, afin d'assurer le bon accomplissement de la prestation finale. Suzanne Lequette démontre en effet que les obligations accessoires sont nécessaires afin d'assurer la convergence des intérêts de chacune

Cl., *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. Manuel, 2012, p. 58 et 192. S'agissant de la gestion des propriétés publiques, Jean-François Giacuzzo affirme quant à lui que « *la gestion des propriétés publiques est une manifestation de la puissance publique* » au service de l'intérêt général et dont les personnes publiques demeurent les titulaires exclusifs : GIACUZZO J.-Fr., *op. cit.*, p. 343.

²⁹¹⁰ Dans sa dimension unilatérale, c'est d'ailleurs sur ce point que se fera la démarcation entre l'externalisation et la réquisition. Alors que dans le premier cas le partenaire de l'administration exprime sa volonté de coopérer, dans le second il s'y trouve contraint dans la mesure où, « *par la réquisition, l'autorité administrative impose, dans un intérêt général, à une personne privée le transfert de la propriété d'un bien ou le louage d'une chose ou impose une prestation de service et ce, par un acte unilatéral en échange d'une rémunération ou d'une indemnisation. La réquisition est donc par nature une manifestation type de la prérogative de puissance publique* » : LEVAYE P., « Les pouvoirs de réquisition », *AJDA*, 1999, p. 22.

des parties, et donc la poursuite de la coopération²⁹¹¹. Apparemment extérieures à la volonté exprimée des parties, les obligations accessoires ont ainsi pour objet d'imposer la poursuite d'une relation coopérative, et d'en délimiter les conditions de réalisation²⁹¹². Supplémentaires mais pas superflues, ces obligations endossent cependant une fonction déterminante dans la coopération en permettant son instauration, en favorisant son maintien et en assurant son respect²⁹¹³. Elles constituent donc, à l'instar des obligations essentielles, un élément caractéristique de la traduction juridique d'une logique coopérative dans la mesure où, notamment, elles participent de la bonne réalisation de la prestation finale. Le choix de les désigner sous l'appellation de « *clauses exorbitantes* »²⁹¹⁴ effectué par Suzanne Lequette retranscrit d'ailleurs parfaitement cet état de fait selon lequel elles sont imposées aux parties par la finalité coopérative qu'elles poursuivent et non directement de leur volonté propre.

Ce choix dans la désignation des obligations accessoires opérée par Suzanne Lequette fait écho, au-delà du contrat-coopération, au concept d'externalisation administrative. Considérées comme la formulation modernisée des traditionnelles « *sujétions exorbitantes* »²⁹¹⁵, les obligations de service public apparaissent en effet explicitement comme ces obligations accessoires indispensables au bon déroulement de l'externalisation et imposées aux parties en présence au nom de l'intérêt général. Les développements précédents ont pu d'ailleurs démontrer que ces obligations (de service public, domaniales, ou générales) dépendaient la plupart du temps des exigences inhérentes à l'intérêt général davantage que de

²⁹¹¹ Elle précise en effet que le contrat-coopération « *opère la rencontre des intérêts convergents mais différents des partenaires, non seulement par le truchement des obligations essentielles, mais encore par toute une série de clauses accessoires* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 317.

²⁹¹² En d'autres termes, « *formellement accessoires, (elles) revêtent une portée substantielle essentielle en ce qu'elles agissent sur le lien qui unit les intérêts économiques des parties* » et « *agissent sur l'opération de coopération et plus encore, sur les conditions dans lesquelles la mise en relation des actifs complémentaires doit s'opérer* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²⁹¹³ L'auteur précise alors que certaines de ces obligations accessoires « *agissent sur les conditions de l'opération de coopération et renforcent l'efficacité de la mise en relation des actifs complémentaires* » : LEQUETTE S., *Ibid.*

²⁹¹⁴ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300.

²⁹¹⁵ Célia Vérot indiquait effectivement dans ses conclusions que « *les sujétions exorbitantes, ce qu'on appellerait aujourd'hui dans un langage modernisé les « obligations de service public », nous paraissent tout aussi caractéristiques d'une mission de service public* » : conclusions prononcés par Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Notons qu'elle adoptait alors une position déjà évoquée auparavant dans ses conclusions sur la décision Sieurs Arcival par Jean Kahn. Ce dernier défendit alors l'idée selon laquelle, dans l'identification d'une activité de service public exercée par un organisme privé, « *bien que les arrêts aient souvent tendance à traiter séparément les sujétions et les prérogatives, comme s'il s'agissait, pour être admis dans la classe des services publics, de satisfaire à deux épreuves distinctes, il nous semble que, complémentaires jusqu'à un certain point, les deux conditions sont aussi, dans une certaine mesure, alternatives* » : conclusions de Jean Kahn sur la décision : TC, 8 décembre 1969, *Sieurs Arcival et autres c/ SAFALT*, rec. p. 695.

leur volonté. Bien qu'elles poursuivent une même finalité, et présentent le même caractère d'une contrainte exogène, elles ne portent pas directement sur la coopération dans le concept d'externalisation administrative mais plutôt sur la garantie de la satisfaction de l'intérêt général. Aussi Guylain Clamour affirme-t-il, à propos des obligations de service public que « *sous la lumière de l'intérêt général, le service public s'incarne et se dévoile dans les obligations contractuelles ; il se fragmente* »²⁹¹⁶ en autant d'obligations accessoires que nécessite la bonne réalisation de l'obligation essentielle caractéristique de l'externalisation de la réalisation de la compétence. Ainsi en va-t-il également lorsqu'il s'agit de la gestion du domaine public. L'affectation à l'utilité publique, tributaire des exigences imposées au nom de l'intérêt général, se fragmente en autant d'obligations domaniales que le nécessite la conciliation de l'intérêt privé de l'occupant et de l'affectation. Il est en outre logique que les obligations accessoires, dans le cadre de l'externalisation, présentent certaines particularités dans la mesure où, son obligation essentielle étant spécifique, l'accessoire suit la aussi le principal. De ce fait, comme pour le contrat-coopération, les obligations accessoires participent également à la conceptualisation de l'externalisation administrative. Dans le cadre de l'externalisation administrative, les obligations accessoires apparaissent par conséquent sous une forme adaptée aux exigences particulières liées à la particularité de l'obligation essentielle caractéristique. La détermination de ces obligations accessoires conduit finalement à constater la disparition apparente des obligations de coopération (1), et la valorisation des obligations de protection de l'intérêt général (2).

1. La disparition apparente de l'obligation de coopération

211.Des obligations accessoires n'ayant pas pour objet direct la coopération. Prenant le plus souvent la forme d'obligations de service public ou d'obligations domaniales, parfois même d'obligations particulières conditionnant l'exercice d'une activité jugée d'intérêt général²⁹¹⁷, les obligations qui pourraient être qualifiées d'accessoires dans le concept

²⁹¹⁶ CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 241.

²⁹¹⁷ Ainsi en va-t-il par exemple s'agissant de l'autorisation d'installer et d'exploiter un système de vidéoprotection sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public imposée à l'article L. 252-1 du Code de la sécurité intérieure. Aussi l'article L. 252-2 du Code de la sécurité intérieure prescrit-il que chaque autorisation doit prévoir « *toutes les précautions utiles* », l'article L. 252-3 précisant également que « *l'autorisation peut prescrire (...) les modalités de transmission des images et d'accès aux enregistrements ainsi que la durée de conservation des images* ». Sur un point plus technique l'article L. 252-4 dispose quant à lui que « *les systèmes de vidéoprotection installés doivent être conformes à des normes techniques définies par arrêté du ministre de l'intérieur* ». Dans un mouvement de généralisation de ce constat, Florence Nicoud soulignait récemment qu'il s'agissait là d'un « *mouvement apparu au cours des années 1970 et consistant à faire assurer la sécurité par des*

d'externalisation administrative ne portent donc pas sur la coopération en tant que telle, se démarquant ainsi de leurs homologues contenus dans le modèle civiliste du contrat-coopération. Découvertes à la fin du XX^e siècle par une jurisprudence davantage réceptive aux théories solidaristes et profitant d'une réinterprétation de l'ancien article 1135 du Code civil, les obligations accessoires ont principalement fleuri afin de permettre d'imposer aux cocontractants une obligation de sécurité ou une obligation d'information destinées toutes deux à favoriser la coopération et le rééquilibrage de certaines relations contractuelles. Alors que, plus ancienne, la première semble relativement étrangère à la coopération²⁹¹⁸, la seconde quant à elle paraît en être un accessoire indispensable²⁹¹⁹ et extérieur à la volonté des parties²⁹²⁰. Apparaissent ainsi deux caractéristiques propres aux obligations accessoires intégrées aux relations contractuelles de coopération. Alors que, étrangères au consentement initial exprimé par les parties, elles sont de plus en plus souvent imposées par une lecture des anciens articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil²⁹²¹, elles le sont aussi afin d'avoir une forte incidence sur la bonne exécution du contrat²⁹²², et donc de lui fixer une direction coopérative lorsque tel est l'objet de la prestation caractéristique.

entités privées telles que des entreprises de gardiennage, surveillance, convoyage de fonds ou chargées d'un dispositif de surveillance » : NICOUD Fl., « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, p. 1250. Le cadre ainsi instauré par le législateur devait finalement permettre d'éviter le « développement anarchique d'un phénomène (la sécurité privée) incontrôlé mais toléré, puisque non interdit, par la puissance publique » : NICOUD Fl., *op. cit.*, p. 1251.

²⁹¹⁸ Issue de la célèbre décision de la chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1911, cette obligation de sécurité était clairement présentée comme une obligation accessoire à l'obligation essentielle du contrat de transport, et destinée à rééquilibrer une relation dans laquelle l'une des parties étaient dépendantes de son partenaire : « que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination », ajoutant à l'obligation de conduire, l'obligation de garantir sa sécurité pendant le voyage : Cass. civ., 21 novembre 1911.

²⁹¹⁹ « En vue d'une exécution satisfaisante de la prestation caractéristique, le prestataire caractéristique est parfois tenu de délivrer certaines informations à son cocontractant. De telles obligations, a-t-on pu écrire, doivent « permettre au créancier de retirer l'utilité maximale de l'exécution du contrat ou, tout au moins, celle qu'il pouvait légitimement en attendre » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 256.

²⁹²⁰ Muriel Fabre-Magnan affirmait effectivement que « les obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat semblent plus intéressantes lorsqu'elles sont accessoires à d'autres obligations du contrat. Ces obligations d'information accessoires ne sont en effet généralement pas prévues par les parties, mais créées et imposées par le juge dans certaines circonstances » : FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 334.

²⁹²¹ « De plus en plus souvent, les tribunaux ont tendance à individualiser en quelque sorte les obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat, et à les sanctionner sur un fondement juridique propre, autonome (...). Ainsi, selon les juges, dans de nombreux contrats, l'obligation d'informer le cocontractant fait partie de l'obligation d'exécuter les conventions « de bonne foi », ou est « une des suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » » : FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 350.

²⁹²² « Ces obligations d'information ne sont pas des obligations autonomes ; elles sont liées aux obligations principales dont elles permettent la bonne exécution. En particulier, ces obligations d'information n'ont pas un régime juridique propre puisqu'elles sont, en réalité, sanctionnées à travers l'inexécution de l'obligation fondamentale du contrat » : FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 338 et 339.

Marie-Élodie Ancel précisait également que si de la prestation caractéristique dépendent les obligations accessoires, alors ces dernières présentent nécessairement un objet propre relatif à cette prestation. Plus précisément, elles prendront pour objet la coopération dès lors qu'elle constitue la prestation finale caractéristique du contrat en cause²⁹²³. Unanimement reconnues comme des obligations étrangères à la volonté initiale des parties, les obligations accessoires s'imposent donc aux cocontractants afin de garantir la satisfaction de l'intérêt commun et la poursuite d'une relation de coopération, et ce, à plus forte raison, dans le cadre du contrat-coopération²⁹²⁴. L'obligation accessoire pouvait d'ailleurs dans certains cas prendre, par exemple, la forme d'une obligation d'assistance envers le partenaire contractuel considéré comme étant en situation de dépendance ou de faiblesse²⁹²⁵. Suzanne Lequette souligne en outre également la présence d'obligations accessoires ayant pour objet de procéder à une délimitation matérielle du champ de la coopération envisagée par les parties, un peu à la manière du statut social dans un contrat d'entreprise²⁹²⁶. Elle précise alors que de telles obligations sont nécessaires à la conservation par chacune de leur indépendance en marquant précisément « *la frontière entre ce qui relève du domaine du projet commun et de ce qui relève des activités respectives des partenaires* »²⁹²⁷.

En ce qu'elles se rapprochent au plus près des obligations apparemment accessoires au sein du concept d'externalisation administrative, ces dernières offrent une approche originale pour appréhender ces obligations ayant alors pour objet de préciser le contenu et la forme de la prestation finale caractéristique attendue par la personne publique procédant à

²⁹²³ Marie-Élodie Ancel indentifiait alors dans les contrats d'intérêt commun, proches d'une logique coopérative, des obligations « *non énoncées par les parties (...), nécessaires à la réalisation de cette prestation* » destinées principalement à « *veiller à ce que les parties, prestataires instrumental et final, collaborent à une œuvre d'utilité commune* » : ANCEL M.-É., *op. cit.*, p. 261.

²⁹²⁴ « *Seront évoquées quelques unes de ces obligations, nécessaires à la bonne fin de la prestation caractéristique, et trouvant leur raison d'être dans l'existence de celle-ci* » et non directement dans le consentement initial des parties : ANCEL M.-É., *Ibid.*

²⁹²⁵ La Cour d'appel de Paris affirmait en effet en 1999 que « *la création par le constructeur d'un réseau de distribution de ses produits et l'adhésion des concessionnaires à ce réseau à l'essor duquel ils vont contribuer au mieux d'intérêts économiques communs, impliquent de la part du constructeur, propriétaire du réseau, des obligations d'assistance et de conseil* » : Paris, 11 février 1999. Précisons que la Cour de cassation, sans remettre en cause l'existence de telles obligations d'assistance, vint toutefois par la suite l'écarter en l'espèce : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » : Cass. com., 6 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 81.

²⁹²⁶ Elle souligne en effet un rapprochement entre les deux, bien qu'elle insiste sur le fait que dans le cadre du contrat-coopération, « *l'entreprise se présente, alors, moins comme l'objet d'un regroupement que comme le cadre général dans lequel les parties nouent un rapport d'obligations. Pour cette raison, elle ne fait pas l'objet d'une définition statutaire comme il en va dans le contrat de société. Pour autant, la délimitation du projet de coopération n'en demeure pas moins essentielle* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 326.

²⁹²⁷ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 327.

l'externalisation de la réalisation de sa compétence. Venant restreindre la liberté des cocontractants en vertu d'exigences le plus souvent étrangères à leur volonté explicitée initialement²⁹²⁸, elles évoquent en effet dans une certaine mesure les obligations pesant sur chacune des parties à l'externalisation administrative et liées à l'impératif de satisfaction de l'intérêt général. Alors qu'elles participent toutes deux à la détermination de la prestation finale attendue, les obligations accessoires dans le concept d'externalisation administrative s'en distinguent dès lors qu'il est admis qu'elle ne poursuivent pas explicitement la délimitation du champ matériel de l'opération de coopération projetée, mais plutôt directement la fixation d'un cadre contraignant à l'exercice de la compétence de la personne publique, que son partenaire devra nécessairement respecter. Bien que d'essence coopérative, l'externalisation administrative se démarque alors du modèle du contrat-coopération sur le terrain de la détermination des obligations accessoires. La prestation caractéristique de l'externalisation administrative impose effectivement une spécificité assurément absente du modèle civiliste du fait de son caractère contraignant. Généralement inconnu des raisonnements développés dans le cadre de la théorie générale du contrat²⁹²⁹, l'intérêt général constitue en effet l'élément cardinal de toutes les réflexions menées en droit administratif. Sur le terrain particulier des obligations, la majorité de la doctrine s'accorde d'ailleurs pour dire qu'elles y puisent toutes leur légitimité et leur force contraignante²⁹³⁰. Les obligations accessoires paraissent, dans le cadre de l'externalisation administrative, devoir donc subir l'attraction de l'intérêt général²⁹³¹. Elles se focaliseraient alors principalement sur

²⁹²⁸ Suzanne Lequette affirme en effet que ces obligations accessoires « viennent limiter l'autonomie et l'indépendance de l'un des partenaires dans l'intérêt de son cocontractant » et de l'intérêt commun que la coopération s'attèle à satisfaire : LEQUETTE S., *Ibid.*

²⁹²⁹ Mises à part certaines études isolées de grande qualité telle que : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004. Cet auteur engageait en effet la démonstration de l'intégration du contrat à la fois dogmatique et pragmatique du contrat dans l'intérêt général en tant qu'il participerait ainsi à sa réalisation.

²⁹³⁰ Rappelons d'ailleurs les propos de Guylain Clamour selon lesquels, « sous la lumière de l'intérêt général, le service public s'incarne et se dévoile dans les obligations contractuelles » : CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 241. Deux extensions peuvent d'ailleurs être envisagées à propos de ce constat. D'une part, au-delà des seules obligations de service public, les obligations domaniales, et d'autres obligations particulières, peuvent également être interprétées comme la traduction des exigences liées à l'intérêt général dans le cadre de l'externalisation de la réalisation d'une compétence matérielle d'une personne publique. Aussi Jean-François Giacuzzo affirme-t-il par exemple que, bien que dotée d'une fonction instituante, l'intérêt général justifie également « que des limites soient posées au pouvoir de gestion des propriétaires publics afin d'éviter que leurs décisions patrimoniales bénéficient aux intérêts privés au détriment de l'intérêt général » : GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, p. 372. D'autre part, au-delà des seules obligations contractuelles, le concept d'externalisation administrative permet d'envisager une multiplication des obligations ayant pour objet de traduire juridiquement en droit positif les exigences de l'intérêt général aussi bien sous la forme contractuelle qu'unilatérale.

²⁹³¹ Jean-David Dreyfus suggérait d'ailleurs déjà une telle évasion de l'orbite des moyens du fait de l'attraction de la finalité d'intérêt général poursuivie par l'externalisation. Il affirmait effectivement que « dans le cadre

l'instauration d'un cadre contraignant afin d'en assurer la satisfaction et le respect des exigences qu'il impose.

212.Des obligations accessoires participant activement à la coopération. Bien qu'ayant pour objet d'assurer que l'externalisation administrative respecte les exigences inhérentes à l'intérêt général attaché à la compétence matérielle des personnes publiques²⁹³², il est difficilement concevable de ne pas envisager au second plan une participation active des obligations accessoires à la réalisation et au maintien d'une relation coopérative. Alors que ces obligations sont nécessairement marquées par l'intérêt général, il ne faudrait pas non plus négliger leur caractère habilitant, et ce d'autant plus lorsque l'obligation essentielle impose au partenaire de l'autorité administrative d'intervenir dans l'accomplissement de l'intérêt général. Sous l'ombre portée d'un commandement public omniprésent, l'externalisation administrative demeure en effet toujours animée d'une essence coopérative consubstantielle²⁹³³. Les obligations accessoires qui la composent devraient par conséquent participer à l'instauration et au maintien de la coopération²⁹³⁴, quand bien même cette participation serait indirecte et transparaîtrait en fin de compte de l'encadrement déterminé au nom de l'intérêt général²⁹³⁵. Deux arguments permettent d'ailleurs de renforcer cette

d'une opération d'externalisation, les moyens sont moins importants que le résultat à atteindre » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1216.

²⁹³² Unanimement admis aujourd'hui par la doctrine, ce rattachement de la compétence des personnes publiques en lien avec la satisfaction de l'intérêt général est ainsi toujours évoqué comme une évidence. Prenant pour fondement les réflexions menées en la matière par Didier Truchet à la fin des années 1970 (TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977), Émilie Barbin rappelle en effet que « la définition fonctionnelle de la personne publique est ainsi intrinsèquement liée à la notion d'intérêt général » au point que « l'action de l'administration doit, dès lors, toujours être réalisée dans un but « direct » et affichée, celui de l'intérêt général » : BARBIN É., *Le régime juridique de l'intérêt général*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, coll. Collection des mémoires de l'équipe de droit public de Lyon, n° 23, 2014, p. 34. Elle rappelle enfin que « l'action administrative est conditionnée par le respect de la poursuite de l'intérêt général » justifiant ainsi qu'il « comporte également intrinsèquement une connotation négative, consistant en la limite de cette même action » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 38 et 39.

²⁹³³ Aussi Julien Boucher remarquait-il d'ailleurs qu'en matière d'externalisation « le contrat est traditionnellement l'instrument privilégié pour régir les rapports entre les collectivités publiques et ces collaborateurs que sont, comme on l'a vu, les bénéficiaires d'une opération d'externalisation » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 8. Parlant ainsi de bénéficiaire de l'opération et de collaborateurs, il insistait sur l'importance de cette essence coopérative.

²⁹³⁴ Dans la mesure où les obligations accessoires ont pour principale objet de participer à la prestation contractuelle finale et caractéristique qui les détermine. Dès lors que demeure dans la prestation finale de l'externalisation administrative une fonction coopérative irréductible, alors les obligations accessoires manifesterait nécessairement une contribution à l'instauration d'une telle relation.

²⁹³⁵ Une telle hypothèse semblait d'ailleurs être suggérée par Michel Bazex et Sophie Blazy lorsqu'ils précisait qu'il conviendrait peut-être de « se demander si le vrai critère du régime de l'externalisation de la gestion d'un service public ne réside pas dans la nature de l'activité concernée » ; c'est-à-dire notamment dans la coopération à la réalisation de l'intérêt général voulue à la fois par la personne publique compétente (tel que le suggère la jurisprudence *APREI*) et son partenaire (dans la mesure où l'externalisation administrative se distingue nécessairement de la réquisition) : BAZEX M. et BLAZY S., « Les voies de l'externalisation des

hypothèse en vertu de laquelle les obligations accessoires contribuent à l'organisation et au fonctionnement d'une relation de coopération à la réalisation de la compétence.

D'une part, l'externalisation administrative demeure effectivement animée d'une logique coopérative ayant une incidence sur la détermination des obligations accessoires. Ainsi, par exemple, l'obligation de contrôle imposée à la personne publique compétente permet-elle, au-delà de veiller à la sauvegarde de l'intérêt général, de s'assurer du bon déroulement de la relation de coopération²⁹³⁶. Les conclusions prononcées par Célia Vérot à l'occasion de la décision *APREI* laissent d'ailleurs planer peu de doutes sur l'importance du contrôle dans la détermination juridique d'une relation de coopération, faisant alors référence au « *pilotage de l'activité* » ainsi conservé par la personne publique²⁹³⁷. Il est donc possible de déceler dans cette obligation de contrôle une obligation accessoire caractéristique de l'essence coopérative de l'externalisation administrative dans la mesure où elle contribue à sa traduction juridique²⁹³⁸. De la même façon, participant de l'efficacité de la réalisation de l'obligation essentielle, les obligations accessoires fixant les conditions particulières de satisfaction de l'intérêt général contribuent indirectement à l'accomplissement d'une relation coopérative au service de ce dernier. Ceci ne serait d'ailleurs pas pour surprendre. En effet, parmi ces obligations imposées en matières administratives, certaines se rapprochent de celles existant au sein du modèle civiliste. Ainsi est-il possible d'identifier dans l'obligation de coopération imposée au prestataire final une forme d'obligation de service public ou domaniale dans la

activités de service public », *DA*, juin 2007, commentaires n° 95, p. 37. De même Benoit Schmalz démontre quant à lui que l'usage de la propriété publique doit par principe être justifiable au regard de l'exercice d'une compétence poursuivant un but d'intérêt général, et ce quand bien même l'exercice de cette compétence se réaliserait de manière coopérative par le biais de l'externalisation administrative ; « *autrement dit, l'habilitation que constitue la compétence a pour effet d'assigner aux personnes publiques une finalité générale, une prédestination que ne connaissent pas la plupart des personnes privées, et notamment les individus car c'est là le contraire de la liberté* » : SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016, p. 200.

²⁹³⁶ Aussi Salim Ziani semble-t-il suggérer une telle hypothèse lorsqu'il instaure une nette démarcation entre « *les obligations contractuelles et de réelles sujétions* », c'est-à-dire des « *obligations que l'administration peut imposer à des particuliers dans un but d'intérêt public* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 226.

²⁹³⁷ Elle affirmait en effet que l'appréciation des obligations de service public devait alors servir à déterminer « *si les procédures de contrôle et les obligations qui pèsent sur l'organisme donnent à la personne publique, comme dans un régime de délégation de service public, les moyens de définir les objectifs poursuivis, de préciser le contenu des prestations offertes, de vérifier la façon dont l'organisme privé assume la satisfaction des besoins ainsi identifiés, et d'adapter l'activité en conséquence, autrement dit, si la personne publique conserve le pilotage de l'activité* » : conclusions prononcées par Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁹³⁸ Rappelons que le contrôle était déjà considéré par Julien Boucher comme un élément d'identification de l'externalisation en droit public. Il affirmait en effet que, « *quelles que soient les contraintes qui la déterminent, elle est un processus initié et (en principe) contrôlé par la collectivité publique qui y a recours* » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 6, et que « *celle-ci a donc pour conséquence de faire de son bénéficiaire, à un degré ou à un autre, en l'attirant dans la sphère publique, un collaborateur de l'administration* ».

mesure dès lors qu'elle lui impose de prendre en compte l'intérêt du prestataire instrumental²⁹³⁹, à ceci prêt que ce dernier recouvre alors l'intérêt général. Maintenus dans l'ombre de l'intérêt général, certaines obligations accessoires permettent ainsi, au sein du concept d'externalisation administrative, d'assurer la convergence des intérêts en présence ; c'est-à-dire de l'intérêt général et de l'intérêt du partenaire de l'autorité administrative compétente.

Il apparaît, d'autre part, que servir l'intérêt général revient à coopérer à l'intérêt de tous. Admis aujourd'hui en droit civil, un tel constat relève depuis longtemps de l'évidence en droit administratif. Pour autant, le concept d'externalisation administrative, éclairé par le modèle du contrat-coopération, invite à revenir brièvement sur cette évidence afin de la rappeler, et de tenter d'en offrir une explication nouvelle. Si la doctrine civiliste reconnaît désormais derrière Mustapha Mekki que le contrat participe de la satisfaction de l'intérêt général dans la mesure où il intègre des considérations qui en relèvent à travers l'objectif particulier de la satisfaction des intérêts particuliers des cocontractants²⁹⁴⁰, la doctrine administrativiste a fondé son édifice sur certains piliers posés sur le socle commun de l'intérêt général²⁹⁴¹. L'assimilation de la compétence des personnes publiques à une norme d'habilitation conforte d'ailleurs cette affirmation dans la mesure où l'intérêt général la justifie et la limite en toute circonstance²⁹⁴².

²⁹³⁹ Suzanne Lequette précise en effet que l'obligation de coopération lui « *celle-ci a donc pour conséquence de faire de son bénéficiaire, à un degré ou à un autre, en l'attirant dans la sphère publique, un collaborateur de l'administration* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 356.

²⁹⁴⁰ Faisant de la dignité de la personne humaine la valeur étalon de l'intérêt général en droit privé et de l'ordre public néo-libéral qu'il poursuit, Mustapha Mekki démontrait en effet que « *l'intérêt général s'impose aux intérêts véhiculés par le contrat sans s'y opposer. C'est d'autorité que le contrat est intégré dans la hiérarchie des intérêts ainsi posée ; hiérarchie elle-même justifiée sur la base d'une grille de valeurs prédéterminées (...). C'est dans ce contexte que l'ordre public s'est présenté comme la technique privilégiée de l'intégration dogmatique du contrat dans l'intérêt général. Mécanisme d'éviction, outil axiologique, standard juridique* » : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004, p. 367. Il devait par la suite affirmer qu'en tant que technique de conciliation des intérêts, le contrat s'impose comme un instrument de régulation privée participant de l'articulation des intérêts particuliers avec l'intérêt général : « *En matière de régulation privée, le contrat s'apparente naturellement à un instrument de liberté et d'émancipation. L'accord de volontés est un instrument de conciliation amiable des intérêts* » : MEKKI M., *op. cit.*, p. 676.

²⁹⁴¹ Étudiant les relations complexes entretenus par les critères du service public et de la puissance publique dans la théorie du droit administratif, Jacques Chevallier aboutissait finalement à la conclusion selon laquelle « *le binôme puissance/service, sur lequel ce droit est fondé, joue dans le cadre de l'idéologie de l'intérêt général (...). Les thèmes de la puissance et du service sont les éléments constitutifs de l'idéologie de l'intérêt général, appliquée à l'administration : l'administration défend l'intérêt général dans la double mesure où, d'une part elle n'a pas d'intérêt propre à faire valoir et est dominée par le service exclusif du public, d'autre part elle représente l'État et est chargée de mettre en œuvre sa puissance. Le croisement de la puissance et du service n'est en fin de compte que la traduction tangible, la concrétisation de l'idéologie de l'intérêt général* » : CHEVALLIER J., « *L'idéologie du droit administratif* », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, t. 2, 1979, p. 55.

²⁹⁴² Dès les années 1970, Jacques Chevallier rappelait en effet que « *l'idéologie de l'intérêt général n'est pas une forme idéologique contingente, mais la matrice des discours de légitimation des formes sociales instituées* ».

Contrainte à l'accomplissement d'une telle finalité il est par conséquent tout à fait envisageable de considérer que, même imposée, la satisfaction de l'intérêt général par la voie de l'externalisation administrative et des obligations accessoires qui la garantissent manifeste la mise en œuvre d'une coopération. Le droit civil n'est d'ailleurs pas étranger à une telle hypothèse. Aussi Mustapha Mekki parvenait-il à démontrer que les contrats complexes de distributions participaient d'une certaine manière à une finalité d'intérêt général dans la mesure où les parties entretenaient alors « *une relation contractuelle combinant intérêt personnel et intérêt d'autrui par une collaboration loyale* »²⁹⁴³ au service d'un intérêt commun.

2. La valorisation d'obligations de protection de l'intérêt général

213. Le rôle essentiel de ces obligations dans la logique coopérative. Alors que les développements précédents ont pu rappeler que les obligations accessoires, présentes dans le modèle du contrat-coopération, ont explicitement et directement pour objet d'assurer une coopération active des parties à la réalisation de l'intérêt commun, celles qui se retrouvent dans l'externalisation administrative semblent à titre principal s'en éloigner. En effet, alors que l'intérêt général se substitue à l'intérêt commun des parties qu'elles ont elles-mêmes définies, les obligations accessoires se voient nécessairement attribuer une fonction nouvelle prédominante : la définition et la protection de l'intérêt général poursuivi par la personne publique compétente ainsi que par son partenaire. L'objet de coopération semblerait par conséquent contraint de céder la place à un objet de protection de l'intérêt général constituant alors la vocation première des obligations accessoires²⁹⁴⁴. Attribuée de façon prescriptive aussi bien aux personnes publiques compétentes, par une norme d'habilitation primaire, qu'aux personnes habilitées, par une norme d'habilitation dérivée, la mission de satisfaction

modernes » par laquelle ils répondent « à une nécessité inéluctable de légitimation du pouvoir » : CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, t. 1, 1978, p. 41. Il démontrait également « l'idéologie de l'intérêt général dissimule efficacement la réalité de la domination ; elle exclut toute possibilité pour les dirigeants d'user de leurs prérogatives, non pas dans l'intérêt collectif des membres mais pour leur profit personnel » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 34.

²⁹⁴³ MEKKI M., *op. cit.*, p. 736.

²⁹⁴⁴ Émilie Barbin suggère d'ailleurs une telle hypothèse lorsqu'elle affirme que si « la réalisation de l'intérêt général n'est pas le fait exclusif de la personne publique » dans la mesure où elle peut y faire participer d'autres personnes, publiques ou privées, par le biais de l'externalisation administrative, « sa protection constitue la finalité exclusive de son action » justifiant alors que l'intérêt général y prenne en apparence le pas sur la coopération : BARBIN É., *Le régime juridique de l'intérêt général*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, coll. Collection des mémoires de l'équipe de droit public de Lyon, n° 23, 2014, p. 75.

de l'intérêt général impose au-delà de la coopération, et à travers elle, une protection stricte de la garantie de sa bonne réalisation²⁹⁴⁵.

Circonscrite par définition à la question des propriétés publiques, la théorie de la gestion domaniale proposée par Philippe Yolka contribue d'ailleurs grandement à l'étayage d'une telle argumentation en vertu de laquelle la réalisation de la compétence des personnes publiques est nécessairement contrainte au respect d'exigences inhérentes à la satisfaction de l'intérêt général²⁹⁴⁶. Derrière la gestion du domaine public aussi bien que du domaine privé, derrière la gestion du service public aussi bien que d'autres activités contrôlées par les personnes publiques compétentes, il y a toujours une telle finalité guidant la conduite des personnes chargées directement ou indirectement de sa réalisation à travers la gestion publique²⁹⁴⁷. Externalisée ou non, l'action administrative se présente toujours par conséquent sous l'ombre portée de l'intérêt général, laquelle s'exprime le plus souvent par des obligations imposées à ceux qui y participent²⁹⁴⁸. Qu'il s'agisse alors d'obligations fixant des conditions d'utilisation d'un bien public, ou qu'il s'agisse d'obligations instaurant un cadre strict de fonctionnement du service public ou d'une activité jugée d'intérêt général, elles partagent

²⁹⁴⁵ Dès lors qu'une personne publique compétente prend en charge directement une activité d'intérêt général, ou décide d'en externaliser la réalisation à une autre personne, « *l'exercice de l'activité d'intérêt général doit, dès lors, être constamment conforme à sa finalité* » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 77.

²⁹⁴⁶ Dépassant le critère holiste du service public (Il affirmait effectivement que l'assimilation du pouvoir de gestion à celui de gestion du service public conduisait finalement à une conception restrictive de ce pouvoir dans la mesure où elle trouvait sa justification dans la déduction selon laquelle « *la gestion du domaine public, parce qu'elle est publique, doit nécessairement être regardée comme un service public* » : YOLKA Ph., *Propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p. 283), il invitait en effet à concevoir la gestion des propriétés publiques comme étant exercée « *en vue de l'intérêt général ; elle se dissout dans le service public, parce qu'elle poursuit la même finalité* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 298. La jurisprudence devait d'ailleurs admettre dès 1957 « *qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation* » : CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, rec. p. 702.

²⁹⁴⁷ Philippe Yolka précisait en effet « *que cette dernière notion n'est que le plus petit commun dénominateur de l'action administrative, elle n'est pas spécifique à l'activité de gestion domaniale* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 299.

²⁹⁴⁸ « *Les activités d'intérêt général se caractérisent par des régimes spécifiques, au travers desquels se dessine, par transparence, une protection globale de l'intérêt général. En effet, l'instauration d'une véritable protection de l'intérêt général suppose le déploiement d'un certain nombre d'obligations* » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 77. Au-delà de l'affectation de l'activité à l'intérêt général, qu'il s'agisse du service public ou des propriétés publiques, constituant la première de ces obligations de protection de l'intérêt général (Dans la mesure où elles s'imposent au gestionnaire de l'activité, lequel ne peuvent en conséquence se détourner de la satisfaction de l'intérêt général. Émilie Barbin affirme d'ailleurs sur ce point que « *cette nécessaire concordance se traduit par une obligation directe de comportement pour les personnes en charge d'une activité d'intérêt général* » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 80), les obligations accessoires participent également de cette finalité en précisant les conditions de réalisation de cet intérêt (Elle précise effectivement que « *les obligations qui encadrent les activités d'intérêt général ne se cantonnent pas à la seule orientation perspectiviste mais s'étendent à l'ensemble de leur mise en œuvre, et influencent particulièrement la question de leur disposition* » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 82).

toutes une même finalité de protection de l'intérêt général contre les tendances à s'en écarter au profit d'un intérêt particulier²⁹⁴⁹, et permettent ainsi une conciliation des intérêts en présence avec les exigences de l'intérêt général. Afin d'en assurer le respect, les obligations accessoires portent donc également sur l'instauration d'un contrôle intrinsèque à toute externalisation administrative²⁹⁵⁰.

Destinée à garantir que la réalisation de la compétence confiée à un partenaire soit bien accomplie dans l'objectif d'intérêt général fixé et encadré, la personne publique compétente se voit effectivement imposer également l'exercice d'un contrôle sur l'activité externalisée²⁹⁵¹. Alors que de la manière la moins intrusive la personne publique compétente se voit imposer une telle obligation lorsqu'elle habilite tout simplement une personne privée à exercer une activité jugée d'intérêt général, à l'autre extrémité elle exerce un véritable contrôle dans le cadre des dévolutions, unilatérales ou contractuelles, de service public. Ainsi André Demichel²⁹⁵² identifiait-il ce contrôle aussi bien dans les procédures encadrant l'établissement d'entreprises privées d'intérêt général²⁹⁵³, que comme une manifestation de l'existence même d'un service public²⁹⁵⁴ comme le confirmera par la suite la décision *APREI*.

²⁹⁴⁹ « La mise en œuvre de l'intérêt général ne suppose pas, dans l'absolu, d'obligations particulières. Pour autant, lorsqu'elle risque de se trouver en contrariété avec des intérêts privés, elle suppose le déclenchement d'obligations » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 92.

²⁹⁵⁰ « L'intérêt général ainsi « délégué » requiert alors la même protection que lorsqu'il est mis en œuvre directement par la personne publique. Aucun *distinguo* dans le degré de protection à accorder ne s'opère. Et pour conserver une certaine assise, sans pour autant participer à la mise en œuvre de l'intérêt général, l'administration peut conserver une présence, matérielle, au sein de l'organisme se chargeant de la mission d'intérêt général » : BARBIN É., *op. cit.*, p. 56.

²⁹⁵¹ Jean-François Lachaume reconnaît d'ailleurs que lorsque « la personne publique laisse l'initiative privée jouer seule en matière de satisfaction de l'intérêt général, les activités en cause n'échappent pas pour autant à l'intervention des personnes publiques », celle qu'elles semblent aujourd'hui privilégier à travers l'externalisation administrative se concrétise essentiellement sous la forme d'une obligation de contrôle : LACHAUME J.-Fr., « La définition du droit administratif », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 135.

²⁹⁵² Appréhendé à l'époque comme « la partie la plus nouvelle et la plus typique du contrôle de l'État », et alors même que celui exercé par les autres personnes publiques ne semblait pas attirer l'attention de la doctrine, le contrôle particulier imposé à certaines activités « en raison de leur intérêt général » n'échappait pas à son analyse : DEMICHEL A., *Le contrôle de l'État sur les organismes privés. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 29, 1960, p. 121 et s. Il affirmait effectivement que « ce caractère justifie un renouvellement des méthodes de contrôle. L'État ne joue plus le rôle d'un gendarme qui recherche des infractions, mais bien plutôt celui d'un tuteur qui oriente l'activité des organismes privés dans le sens de l'intérêt commun » : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁵³ « Les entreprises privées d'intérêt général sont des activités que l'État n'a pas estimé nécessaire ou opportun d'ériger en service public qui restent aussi entre les mains de particuliers et de nature privée, mais qui, en raison de l'importance que présentent leurs tâches pour la collectivité sont exceptionnellement dotées par le législateur de certains éléments de droit public, en particulier de certaines prérogatives de droit public » en contrepartie desquelles l'État exerce un contrôle sur l'activité d'intérêt général exercée : DE LAUBADÈRE A., *Manuel de droit administratif*, LGDJ, 2^e éd., 1947, p. 45.

²⁹⁵⁴ Il affirmait en effet « que mis à part certaines exceptions que nous aurons à définir, le contrôle de l'État manifeste l'existence du service public, c'est-à-dire que les activités contrôlées par l'État doivent être considérées comme des services publics » : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 676. Il précisait d'ailleurs plus loin que

Accessoire à l'obligation essentielle imposant la réalisation de l'activité d'intérêt général dans les conditions déterminées, l'obligation de contrôle participe activement à l'instauration d'une relation de coopération, et surtout à la garantie du respect de cette obligation essentielle à travers celle de l'intérêt général qui demeure son fondement originel²⁹⁵⁵. En tant que telle, l'obligation de contrôle pesant sur la personne publique compétente constitue également une obligation accessoire caractéristique de l'externalisation administrative dans la mesure où elle est produite à partir de son obligation essentielle. Elle s'impose comme la seconde partie du critère matériel, présente également au sein du critère fonctionnel. Reste cependant à proposer une brève cartographie de ces obligations accessoires composant le concept d'externalisation administrative.

214. Un rôle endossé par des obligations accessoires diverses. Évoquée par Didier Truchet en tant que conséquence de l'attribution du « label » de service public sur une activité d'intérêt général²⁹⁵⁶, l'obligation de service public recouvrait déjà dans son propos un ensemble d'exigences imposées aux gestionnaires d'un service public quelque soit leur statut et dépassant les seules Lois de Rolland²⁹⁵⁷. En précisant qu'elles constituaient l'ensemble « *des règles de conduites que toute personne exerçant une mission de service public doit respecter lorsqu'elle agit pour l'accomplissement de cette mission* »²⁹⁵⁸, il rejoignait finalement la

« la généralisation des solutions données par la jurisprudence doit aboutir à la conséquence suivante : toutes les fois que l'activité d'un organisme sera contrôlé par l'État cet organisme doit être considéré comme chargé de la gestion d'un service public » : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 678.

²⁹⁵⁵ Ainsi André Demichel rappelait-il que « l'intérêt général est à l'origine du contrôle, mais dès lors que le contrôle a été institué, il y a quelque chose de plus : l'activité contrôlée est un service public » : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 680. Il précisait également que ce contrôle poursuivait alors essentiellement une finalité de garantie d'un autre élément caractéristique du service public : les principes du service public ; en d'autres termes les exigences liées à l'intérêt général : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 682 et s. Il concluait d'ailleurs en affirmant qu'il existait un lien relativement étroit entre l'existence d'un contrôle sur une activité d'intérêt général et la volonté d'instaurer une relation de coopération dans le cadre de son exercice en précisant que « lorsque le contrôle a pour but de faire collaborer un organisme privé à la promotion d'un « ordre » économique ou social « positif » l'activité de cet organisme est un service public, quelles que soient les modalités du contrôle » : DEMICHEL A., *op. cit.*, p. 681.

²⁹⁵⁶ L'auteur notait alors que « s'il n'a pas connu de révolution, le service public a évolué (...) : de plus en plus le service public apparaît comme un label appliqué à une activité d'intérêt général » : TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

²⁹⁵⁷ Elles constituaient selon lui le « *minimum commun à tous les services publics, qui tient à ce qu'ils ont tous pour objet la poursuite d'un intérêt général et pour caractéristique leur prise en charge partielle par une personne publique* » : TRUCHET D., *op. cit.*, p. 433 et 434.

²⁹⁵⁸ TRUCHET D., *op. cit.*, p. 435. Il relevait également que l'obligation de contrôle comptait parmi elles et précisait que ces obligations prédominaient désormais dans le statut du service public : « l'attribution du label de service public apporte désormais plus d'obligations que de prérogatives » : TRUCHET D., *op. cit.*, p. 439. Notons qu'il annonçait déjà le bouleversement jurisprudentiel apporté par la décision *APREI*.

définition qu'en donnait le droit communautaire depuis 1969²⁹⁵⁹. Ralliant cette ligne doctrinale, le Conseil d'État, ainsi que le législateur et le pouvoir réglementaire, reconnaissent et imposent dorénavant ces obligations conditionnant ou complétant la dévolution d'une mission de service public à une autre personne que l'autorité administrative compétente, par le biais notamment du contenu du cahier des charges²⁹⁶⁰. Quelque soit la forme de l'instrument, le contenu obligationnel de l'externalisation administrative se compose par conséquent d'un certain nombre d'obligations accessoires destinées à fixer un cadre juridique adapté à la réalisation de la mission de service public en cause²⁹⁶¹ et à concilier les exigences de l'intérêt général à l'intérêt de l'exploitant.

Il est effectivement possible de les identifier dans le cahier des charges prévu dans les contrats de dévolution²⁹⁶². À l'instar des obligations accessoires incontournables dans les contrats

²⁹⁵⁹ Le règlement du Conseil du 26 juin 1969 définissait en effet l'obligation de service public comme celle « *que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise (...) n'assumerait pas dans la même mesure ni les mêmes conditions* » : article 3 du règlement n° 1191/69, JOCE n° L. 156 du 28 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et voie navigable, modifié par le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991, JOCE n° L. 169 du 29 juin 1991.

²⁹⁶⁰ Lucie Cluzel-Métayer précisait en effet à propos de l'obligation de qualité envisagée comme une obligation de service public, que « *de plus en plus de textes, législatifs et réglementaires, ont donné à cette exigence une assise juridique (...). La traduction juridique de cette exigence dans l'ordre interne a pris des formes différentes : normes de qualité inscrites dans les lois de transposition des directives communautaires relatives au service universel, obligations de qualité déclinées dans les cahiers des charges (...), tout est mis en œuvre pour contraindre les services publics à améliorer la qualité de leurs prestations et rendre compte de l'efficacité de leur gestion* » : CLUZEL-MÉTAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 52, 2006, p. 458.

²⁹⁶¹ S'agissant des dévolutions unilatérales, il arrive que le législateur ou le pouvoir réglementaire prévoient de tels obligations dans le cadre d'habilitation à l'exercice d'activités de service public par des personnes, publiques ou privées, ne disposant pas de la compétence pour agir. Ainsi en va-t-il par exemple pour l'organisation de l'épidémiologie, de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales lorsqu'y est associé un professionnel du secteur. Alors que l'ordonnance n° 2011-862 du 22 juillet 2011 prévoit en effet « *la constitution par l'autorité administrative, sous son autorité, de réseaux de surveillance et de prévention des dangers sanitaires, dont elle définit l'organisation, ainsi que l'obligation pour un ensemble d'acteurs d'adhérer au réseau correspondant (...)* l'ordonnance instaure la possibilité de reconnaître des organismes à vocation sanitaire ou des associations sanitaires régionales regroupant ces organismes et de leur confier des missions de surveillance et de prévention », le décret du 30 juin 2012 pose les conditions de reconnaissance de ces organismes au vu de l'objet, et donc de l'obligation essentielle, de cet acte unilatéral et des obligations de service public, donc des obligations accessoires, qu'il comporte en tant que mesure unilatérale d'organisation du service public. Qu'il en va de même dans le cadre de l'organisation des transports en région Ile-de-France : CE, avis, 9 mars 1995, n° 356931 : dans la mesure où le choix de confier à une autre personne la gestion du service public du transport parisien peut résulter d'une décision unilatérale, cette dernière fixe par un certain nombre d'obligations « *les relations à desservir, les exploitant, le mode technique d'exécution des services, les conditions générales d'exploitation et les tarifs à appliquer* ».

²⁹⁶² Dans ce cas, en miroir de la dévolution unilatérale, la concession doit « *en vue d'assurer le meilleur emploi de l'énergie (...) et la satisfaction des besoins de la collectivité* », mettre à la charge du concessionnaire « *un certain nombre d'obligations en matière de fourniture du courant, de tarifs maxima, de réserves d'énergie et des tarifs préférentiels à la disposition des services publics et de certaines activités d'intérêt général et de travaux à réaliser dans ce but* » : CE, avis, 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263. Lucie Cluzel-Métayer rappelait en outre que, « *conformément aux dispositions législatives précédemment étudiées, les conditions d'exécution du service sont exposées dans les cahiers des charges* », et précisait à propos de l'exigence de qualité que « *des*

relevant du modèle du contrat-coopération²⁹⁶³, ces contrats à objet de dévolution d'une activité de service public y présentent « *des règles impératives qui imposent ou interdisent des clauses déterminées* »²⁹⁶⁴. Il est alors possible de déceler derrière ces clauses des obligations accessoires, ici de service public, dès lors que leur est reconnu un caractère obligatoire déterminé par la loi, le pouvoir réglementaire ou encore le juge²⁹⁶⁵. Ainsi en va-t-il par exemple de longue date pour les clauses réglementaires relatives aux horaires d'ouverture du service²⁹⁶⁶, ou encore pour les clauses tarifaires²⁹⁶⁷ dans la mesure où elles procèdent à une conciliation efficace entre l'intérêt général, un prix et des horaires d'ouvertures raisonnables, et l'intérêt particulier du partenaire, lié à la rentabilité de l'exploitation de l'activité. De même, les spécifications techniques et fonctionnelles peuvent être assimilées à des obligations accessoires dans la mesure où, nécessairement en lien avec l'objet du contrat²⁹⁶⁸ et donc son obligation essentielle, elles participent à la satisfaction de l'intérêt général. Il en va encore ainsi des clauses relatives au contrôle effectué sur le partenaire de la personne publique compétente. Accentuées et précisées avec le temps, ces obligations accessoires sont imposées

normes de qualité sont fixés afin de concrétiser l'exigence de qualité issue du droit communautaire » : CLUZEL-MÉTAYER L., *op. cit.*, p. 465.

²⁹⁶³ Pour ne s'en tenir qu'aux obligations accessoires ayant pour objet la coopération, Suzanne Lequette évoque à ce titre successivement : les clauses de rendement et les clauses d'exclusivité, ainsi que le devoir de coopération envisagé à l'aune des anciens articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 344 et s.

²⁹⁶⁴ RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 9^e éd., 2014, p. 513. Lucie Cluzel-Métayer précisait d'ailleurs, toujours à propos de l'exigence de qualité, que « *parce que le service public doit être de qualité, qu'il soit géré en régie ou délégué, il est nécessaire que la personne publique délégante s'assure de la capacité du délégataire à remplir au mieux ses obligations* » : CLUZEL-MÉTAYER L., *op. cit.*, p. 470 et 471

²⁹⁶⁵ Parmi elles, la jurisprudence a par ailleurs admis que certaines devaient être qualifiées de réglementaires en fonction de leur objet dès lors qu'elles portent sur l'encadrement de l'organisation et du fonctionnement du service public. Aussi le Conseil d'État affirmait-il que « *les clauses d'un contrat de concession, et notamment du cahier des charges, relatives à l'organisation et au fonctionnement du service présentent un caractère réglementaire* » : CE, ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, rec. p. 96. Confirmée récemment par exemple : CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*, n° 360904 : « *Considérant que les clauses invoquées devant les juges du fond par les unions requérantes, qui ne sont pas relatives à l'organisation et au fonctionnement d'un service public* » impose au juge administratif d'exclure la qualification de clauses réglementaires.

²⁹⁶⁶ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. p. 962, à propos d'une clause relative à l'ouverture d'une ligne de tramway : « *le syndicat requérant a demandé au préfet d'user des pouvoirs qu'il tient des articles 21 et 39 de la loi du 11 juin 1880 pour assurer le fonctionnement du service des tramways afin d'obliger la compagnie des tramways électriques de Bordeaux à reprendre l'exploitation, qui aurait été indûment supprimée par elle, du tronçon Tivoli de la ligne n° 5* ».

²⁹⁶⁷ CE, 23 mai 1936, *Commune de Vésinet*, rec. p. 591, à propos d'une clause relative à la fixation des tarifs de fourniture de gaz aux particuliers d'une commune par la Compagnie du gaz franco-belge et prévoyant notamment une « *fixation d'un tarif assurant au concessionnaire une équitable rémunération* ».

²⁹⁶⁸ Le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession précise par exemple à son article 2 que « *les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services. Ces caractéristiques peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs* ».

autant par le législateur²⁹⁶⁹ que par le pouvoir réglementaire²⁹⁷⁰. Elles peuvent donc être qualifiées ainsi dès lors qu'elles contribuent elles aussi à assurer la satisfaction performante de l'intérêt général, et le respect d'autres obligations accessoires de service public²⁹⁷¹. Plus récemment encore, le développement des considérations sociales et environnementales a conduit les autorités administratives compétentes à insérer dans les cahiers des charges des nouvelles obligations accessoires destinées à assurer le respect de ces exigences d'intérêt général²⁹⁷². Permettant également d'assurer un équilibre entre la rentabilité de l'activité du partenaire et le respect d'une politique sociale et environnementale active, ces obligations accessoires participent en effet pleinement à l'approfondissement de la coopération entre les parties²⁹⁷³. Il est enfin possible de rattacher à ces obligations accessoires les clauses relatives à la durée de l'externalisation administrative dans la mesure où, intégrée à l'intérêt général, la préservation de la concurrence ne leur est pas étrangère. Assurant une conciliation équilibrée entre l'intérêt du partenaire de l'administration lié à la rentabilité de son exploitation et l'intérêt général lié à la préservation d'une libre et égale concurrence sur les marchés, les clauses liées à la durée peuvent effectivement être envisagées comme des obligations accessoires prévoyant la remise en concurrence de la dévolution de l'activité à l'expiration

²⁹⁶⁹ Le législateur impose en effet désormais que « le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services (...), ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public » : article 52 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

²⁹⁷⁰ Les articles 33 à 34 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession précisent en effet en détail le contenu de ce rapport annuel destiné à tenir l'autorité concédante informée de la gestion du service dévolu. Par exemple : « Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers ».

²⁹⁷¹ Aussi le décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession prévoit-il que « les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services » (Article 2 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession) afin de concilier les exigences inhérentes à l'intérêt général et le rendement attendu par le partenaire de l'exploitation de l'activité de service public dévolue. Le cahier des charges peut par exemple prévoir, au titre de ces prescriptions techniques particulières nécessaires au bon fonctionnement du service que « pour l'accessibilité de la voirie et des espaces public, et visant à faciliter la détection par les malvoyants des mobiliers urbains sur panneaux ou sur pieds, (que) ces mobiliers doivent ménager un passage libre d'au moins 2,20 m de hauteur ou, à défaut, être rappelés par un élément de bas se situant au maximum à 0,40 m du sol » et ce quand bien même les recettes publicitaires pourraient s'en trouver amoindries : CE, 4 février 2009, *Commune de Toulon*, rec. p. 841.

²⁹⁷² L'assimilation de ces clauses à des obligations accessoires se justifie notamment au vu des motivations influençant leur développement : « d'un côté, une observation réaliste des risques de dérives inhérents à l'élargissement des considérations qui doivent guider l'élaboration du contenu des contrats publics (...); de l'autre, une vision globale des conditions d'efficacité de l'action publique (...) propice à une pénétration durable des considérations sociales et environnementales dans les comportements des acteurs privés » : IDOUX P., « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA*, 2016, p. 260.

²⁹⁷³ Pascal Idoux affirme d'ailleurs sur ce point que l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession apporte des précisions utiles à l'insertion de ces obligations nouvelles. Ainsi précise-t-elle que « les nouveaux textes nationaux confortent la possibilité d'utiliser les spécifications techniques et les clauses détaillant les conditions d'exécution du contrat pour préciser les caractéristiques sociales ou environnementales du produit, des travaux ou de la prestation attendue » : IDOUX P., *op. cit.*, p. 261.

d'un délai suffisant pour permettre au partenaire de l'administration d'y trouver son compte²⁹⁷⁴. Les juges du Palais Royal avaient d'ailleurs déjà eu l'occasion de consacrer une exigence de proportionnalité entre la durée de la délégation et la durée d'amortissement des investissements du partenaire afin de ménager son rendement potentiel²⁹⁷⁵.

Également imposées par les exigences inhérentes à l'intérêt général, nombre de ces clauses se retrouvent également dans les conventions d'occupation du domaine public. Cependant, elles se présentent généralement sous la forme d'obligations domaniales, elles-mêmes également assimilables à des obligations accessoires dans la mesure où elles visent à concilier la garantie de l'affectation et les intérêts du partenaire de l'autorité administrative compétente. Aussi est-il possible d'évoquer, s'agissant de l'occupation contractuelle du domaine public et par extension de l'occupation unilatérale, l'existence de ces obligations imposées par l'autorité administrative compétente à l'activité de l'occupant. Intimement liées à l'objet du contrat, et donc à son obligation essentielle, les obligations domaniales présentent donc, elles aussi, le caractère d'obligations accessoires. De plus, imposées au nom de l'intérêt général²⁹⁷⁶, elles s'y assimilent d'autant mieux. Complétant une obligation essentielle ayant pour objet d'autoriser sous certaines conditions l'occupation privative du domaine public, ces obligations accessoires viennent ainsi en préciser le cadre juridique. Manifestant l'exercice du pouvoir de gestion de la personne publique compétente, ces obligations accessoires se retrouvent invariablement dans les autorisations d'occupation du domaine public sans porter

²⁹⁷⁴ Ainsi est-il prévu que « *les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés aux concessionnaires, dans les conditions prévues par voie réglementaire* » : article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66. L'article 6 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession précise quant à lui notamment que « *pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'exécède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou des services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat* ».

²⁹⁷⁵ « (...) ; qu'il résulte de ces dispositions que la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée d'amortissement comptable des investissements » : CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517. Pascale Idoux et François Cafarelli précisait d'ailleurs sur ce point que cette solution s'inscrivait « *dans une tendance plus générale à faire prévaloir l'esprit des règles des contrats publics sur la lettre du texte (...). Il ne s'agit ni de permettre à la liberté contractuelle de contourner les règles dont la finalité est de protéger la libre et égale concurrence, ni de rigidifier l'encadrement juridique des montages conçus « sur mesure » pour une situation particulière* » : IDOUX P. et CAFARELLI Fr., « Durée des délégations de service public », *DA*, novembre 2009, p. 28.

²⁹⁷⁶ Norbert Foulquier affirme en effet que « *si tous les actes domaniaux servent les intérêts patrimoniaux de l'administration, ils ne peuvent négliger les autres préoccupations d'intérêt général, et notamment le maintien de l'ordre public* » : FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 2^e éd., 2013, p. 291 et 292.

sur l'organisation ou le fonctionnement d'un service public²⁹⁷⁷. De même, pour des raisons similaires à celles précédemment évoquées en matière de service public, les clauses relatives à la durée, présentes dans les contrats ou les actes d'occupation du domaine, peuvent également être identifiées à des obligations accessoires pesant sur l'occupant²⁹⁷⁸. Deux conséquences sont alors susceptibles d'en être tirées s'agissant des obligations domaniales accessoires. D'une part, les clauses de durée peuvent y être à juste titre assimilées dans la mesure où elles participent indirectement à la circulation des autorisations entre les opérateurs économiques en dehors même de toute obligation de mise en concurrence. D'autre part, il serait possible d'envisager l'existence de clauses ayant pour objet d'imposer à l'occupant un certain nombre d'obligations accessoires destinées à assurer la compatibilité de son activité avec l'exigence d'une libre et égale concurrence²⁹⁷⁹.

Enfin, de telles obligations peuvent également être décelées dans les autorisations administratives habilitant sous certaines conditions une personne, publique ou privée, à exercer une activité d'intérêt général. Ainsi en va-t-il par exemple des conditions d'attribution de la licence nécessaire à l'ouverture d'une officine de pharmacie²⁹⁸⁰, qu'il s'agisse des conditions tenant au nombre d'habitants recensés dans la zone, de l'obligation d'être propriétaire de l'officine, ou encore des obligations énumérées à l'article L. 5125-1-1 A relatives aux obligations directement imposées à l'activité de pharmacien d'officine et exigées en vue de la satisfaction des besoins d'intérêt général de la population. Autre exemple, l'autorisation de stationnement nécessaire pour l'exercice de la profession de taxi comporte elle aussi un certain nombre d'obligations pouvant être considérées comme des obligations accessoires à une obligation essentielle par laquelle une personne publique confie, dans des

²⁹⁷⁷ Aussi en va-t-il par exemple pour l'obligation de réserver un temps d'occupation d'installations sportives à un club professionnel ou l'obligation d'utiliser ces installations selon certaines conditions (CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, rec. p. 472) ; ou encore de manière plus générale les clauses relatives à la superficie et à l'emplacement de la dépendance occupée (CE, 9 décembre 1983, *Association « SOS Paris » et Association « Sté pour la protection des paysages et de l'esthétique de France »*, rec. p. 449), la destination de celle-ci (CE, 28 avril 2004, *Association pour le respect du site du Mont-Blanc et autres*, n° 236076) ou bien les horaires d'ouverture au public (CE, 23 décembre 2011, *Halfon*, rec. p. 646).

²⁹⁷⁸ Salim Ziani précise en effet que même dans le cadre exclusif de la gestion du domaine public, les actes d'occupation doivent prendre en compte les exigences liées à la concurrence : « (...) la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante » : CE, 23 mai 2012, *RATP*, rec. p. 231, cité par ZIANI S., « Occupation du domaine public et intérêts économiques », *DA*, février 2014, n° 2, commentaires 12, p. 37.

²⁹⁷⁹ Ainsi par exemple pourrait-il être envisageable d'imposer à l'occupant des règles d'occupations permettant d'éviter tout abus de position dominante ou toute entente dans l'exercice de son activité.

²⁹⁸⁰ L'article L. 5125-4 du Code de la santé publique dispose en effet que « toute création d'une nouvelle officine, tout transfert d'une officine d'un lieu dans un autre et tout regroupement d'officines sont subordonnés à l'octroi d'une licence délivrée par le directeur général de l'agence régionale de santé ».

conditions particulières, l'exercice d'une activité d'intérêt général à une autre personne. Imposant notamment que les taxis comportent « huit places assises au maximum, munis d'équipements spéciaux et d'un terminal de paiement électronique »²⁹⁸¹, ces obligations permettent à l'autorité administrative de guider le comportement des opérateurs du secteur afin de leur imposer la prise en compte d'exigences particulières²⁹⁸² imposées par l'intérêt général.

Conclusion de section. Inspiré par les réflexions conduites par la doctrine civiliste et administrativiste, le concept d'externalisation administrative se confirme en tant que théorisation de l'extension de l'application de la coopération en droit administratif. Fondé sur une norme d'habilitation dérivée confiant la réalisation de la compétence d'une personne publique à un partenaire, il présente ainsi un critère organique et un critère fonctionnel singulier. De plus, l'approfondissement de l'hypothèse avancée par Salim Ziani conduit à la détermination d'un critère matériel supplémentaire par lequel l'obligation, essentielle ou accessoire, s'impose comme le vecteur juridique de la mise en œuvre de l'externalisation en matière administrative. Plus qu'un simple « gadget » ou que le résultat d'un effet de mode traversant la doctrine et voué à disparaître aussi vite et aussi subitement qu'il était apparu, le concept d'externalisation administrative suggère une lecture rénovée du droit positif, et notamment de la jurisprudence, à l'aune d'une logique coopérative jusque-là négligée ou, à tout le moins, réduite à une portion congrue circonscrite aux hypothèses de coopération entre collectivités territoriales, ou entre celles-ci et des collectivités étrangères.

Conclusion de Chapitre

La singularisation du concept d'externalisation administrative invite à appréhender l'essence profondément coopérative de cet outil stratégique de gestion des ressources de l'entreprise dans le cadre d'une confrontation avec l'une des notions cardinales du droit administratif : la compétence. Il apparaît en effet que ce concept a subi en cette matière une forte influence fonctionnelle impliquant un certain détachement de l'instrument managérial qu'elle constitue à l'origine. Si elle demeure un mode de gestion coopératif de la compétence des personnes publiques, elle recouvre conceptuellement l'ensemble des procédés par lesquels elles confient

²⁹⁸¹ Article L. 3121-1 du code des transports.

²⁹⁸² Il en va de même à propos de l'article L. 3121-2 du code des transports, lequel dispose que « l'autorité administrative compétente pour délivrer les autorisations de stationnement (...) peut fixer des signes distinctifs commun à l'ensemble des taxis, notamment une couleur unique de ces véhicules automobiles ».

sa réalisation matérielle à une autre personne, publique ou privée. En ce qu'elle subit ainsi un certain nombre de contraintes et d'exigences inhérentes à cette notion, elle s'enrichit néanmoins du concept de norme d'habilitation et du modèle civiliste du contrat-coopération. Aussi se présente-t-elle par conséquent comme une application conceptuelle étendue de la coopération en droit administratif. Dépassant les hypothèses restrictives connues jusque-là, le concept d'externalisation administrative ouvre un champ théorique élargi à la réalisation coopérative de la compétence des personnes publiques à travers la détermination d'une habilitation dérivée d'une autre personne à exercer la compétence.

Envisagée conceptuellement comme une voie éventuelle de théorisation étendue de la coopération dans le domaine de la réalisation des compétences des personnes publiques, l'externalisation administrative suppose une structure typique particulière fondée notamment sur la notion d'obligation. Inspirée du modèle civiliste du contrat-coopération, elle offre un éclairage inédit de la jurisprudence administrative et plus largement du droit positif. Il est en effet possible, à l'aune de ce concept, de proposer une lecture systémique d'un ensemble de décisions déterminantes rendues depuis le milieu des années 2000, ainsi que des réformes successives que le droit administratif a pu connaître dans la même période. Aussi le concept proposé apporte-t-il sur ces questions une cohérence supplémentaire reposant sur son essence coopérative. Conformément à l'intuition de Julien Boucher, l'externalisation administrative révèle en l'occurrence une articulation rénovée des outils traditionnels, contractuels ou non, empruntés par les personnes publiques dans le cadre de la réalisation de leurs compétences. Animée d'une logique coopérative, celle-ci implique alors toujours la présence de deux personnes au moins dont l'une est une personne publique disposant d'un titre de compétence l'habilitant à agir (critère organique). C'est également à travers la prestation finale qu'elle se fixe qu'apparaît sa spécificité. Elle endosse effectivement toujours comme fonction de confier la réalisation d'une compétence au bénéfice d'une autre personne sur laquelle l'autorité administrative initialement compétente en vertu du droit abjectif exerce nécessairement un contrôle (critère fonctionnel). Enfin l'externalisation administrative s'appuie sur la notion d'obligation dans la mesure où c'est par l'articulation d'obligations essentielles et accessoires que s'organisent la relation coopérative entre les parties (critère matériel). Alors que l'obligation essentielle donne corps à l'habilitation dérivée autorisant l'autre personne, publique ou privée, à coopérer à la réalisation de la compétence, les obligations accessoires viennent en encadrer l'accomplissement.

Conclusion de Titre

Alors que le constat d'une existence artificielle, ou du moins superficielle, de l'externalisation administrative a pu être posé durant le titre précédent en se fondant notamment sur la confrontation de l'existence de l'externalisation élaborée par les sciences du management et de son existence conceptuelle inachevée en droit administratif, il a pu être cependant démontré qu'il était envisageable de l'améliorer à partir de la prise en compte de son essence coopérative. Il apparaît effectivement que le trait saillant de l'externalisation, en tant que mode de gouvernance hybride de l'économie, réside en premier lieu dans la rupture de logique qui la distingue du marché et de la firme ; c'est-à-dire de l'abandon d'une logique patrimoniale au profit d'une logique de coopération assurant la convergence des intérêts des acteurs économique au service de la satisfaction d'un intérêt partagée par tous et bénéfique à chacun. Aussi la recherche d'un aboutissement et d'un approfondissement de la conceptualisation de l'externalisation administrative appelle-t-elle irrémédiablement une prise en compte suffisante de cette essence coopérative dont elle ne saurait se défaire, et ce même dans le cadre de sa transposition au sein de la sphère publique. C'est d'ailleurs en cela que l'étude de ce concept contribue également à poser les jalons d'une théorie de la gestion administrative coopérative dans le cadre de la théorie générale du droit administratif. Parce qu'elle en constitue aujourd'hui la manifestation la plus notable dans le discours doctrinal autant que dans la pratique des personnes publiques, l'externalisation administrative, du fait de son essence propre, s'impose comme l'expression caractéristique de la mise en œuvre d'une telle modalité de gestion inspirée des préceptes du *New Public Management* et imposée par les nécessités induites par les transformations de la vie économique et des affaires. Toutefois, l'esquisse d'une telle théorie à partir de l'observation et de la conceptualisation de l'externalisation administrative ne peut se contenter simplement d'un tel constat. Elle commande nécessairement de donner corps à ce concept, et incidemment à cette théorie, par l'exploration de son essence, et plus spécialement des conditions de sa réception en droit administratif.

La conceptualisation de l'externalisation administrative, et la théorisation attenante de la gestion administrative coopérative, exige en effet de présenter les contours d'une telle essence coopérative en droit administratif alors que ce dernier ne lui accordait jusqu'alors qu'une attention réduite à des cas spécifiques et limités. Sans cela, le concept d'externalisation administrative serait ainsi condamné à un état d'inachèvement, dépourvu qu'il serait de sa

substance, de sa substantifique moelle. Il n'est par conséquent possible de saisir la quintessence de l'externalisation administrative qu'à la condition d'appréhender, en droit administratif, la traduction de la logique coopérative qui la sous-tend. Alors qu'il aurait pu être proposé une construction hypothétique afin de répondre à cette nécessité impérative indispensable à la poursuite de la recherche entreprise, il a été préféré une autre issue consistant à s'inspirer de la traduction élaborée récemment par une partie de la doctrine civiliste à travers la formulation du modèle du contrat-coopération. Davantage en lien avec le monde de l'entreprise que le droit administratif, le droit civil était effectivement bien plus susceptible que ce dernier de se trouver confronté au besoin d'assurer juridiquement l'instauration de relations de coopération entre les acteurs économiques. Outre sa situation de proximité particulière avec les sciences économiques et de gestion, le droit civil connaissait d'ailleurs déjà des débats relatifs à la consécration de la coopération au sein des relations contractuelles sous l'influence croissante d'un retour en grâce du courant solidariste. Ce dernier ne pouvait toutefois suffire pour rendre compte de la coopération économique en tant que logique directrice des modes de gouvernance intermédiaires, laquelle prescrivait davantage la consécration d'une forme juridique de coopération par le contrat, laquelle prescrivait par conséquent de la rechercher en dehors des modèles contractuels traditionnels que sont le contrat-échange et le contrat-organisation, dédiés respectivement à l'expression en droit du mode de gouvernance par le marché et par la firme.

L'option retenue consiste en somme à prendre appui sur l'observation des caractéristiques singulières du modèle du contrat-coopération pour éclairer la présentation d'une traduction juridique possible de l'essence coopérative de l'externalisation en droit administratif, et conférer ainsi au concept d'externalisation administrative la substance indispensable pour achever sa conceptualisation et préparer le terrain à l'esquisse d'une théorie de la gestion administrative coopérative. Déduite par Suzanne Lequette de la détermination de l'économie du contrat-coopération, dédiée à l'organisation d'une relation coopérative entre les agents économiques, sa structure singulière se compose d'un agencement des obligations assurant la convergence des intérêts des parties. Ainsi traduite par l'association complémentaire d'obligations essentielles et accessoires afin d'assurer la succession de prestations instrumentales participant à la réalisation d'une prestation finale au bénéfice de tous, la coopération bénéficie d'une modalité d'expression juridique propre suffisante pour satisfaire les besoins des opérateurs économiques, et en particuliers des entreprises, qui y recourent pour l'organisation de la gestion de leurs ressources. Ce modèle alors présenté, il convient

d'en tirer les enseignements utiles à la découverte de l'essence coopérative de l'externalisation administrative. Distincte irrémédiablement de celui-ci, elle en conserve néanmoins certains attributs adaptés à son objet et à sa fonction en droit administratif : la gestion coopérative de la réalisation de la compétence des personnes publiques. Mais si sa fonction évolue de la sorte en passant dans la sphère administrative, sa structure juridique demeure largement inspirée du modèle civiliste pris pour référence en ce que la coopération serait ainsi retranscrite en droit administratif au moyen d'un agencement d'obligations essentielles et accessoires qui organise une succession similaire de prestations instrumentales et finales. En d'autres termes, l'essence coopérative de l'externalisation administrative, fondement principal d'une théorie de la gestion administrative coopérative, s'exprime juridiquement à travers les trois critères du concept étudié : la présence de plusieurs personnes dont une au moins est une personne publique compétente (critère organique), l'existence d'une norme d'habilitation dérivée confiant à un tiers la réalisation d'une compétence (critère fonctionnel) et l'assistance d'obligations indispensables à sa concrétisation juridique (critère matériel), à savoir : une obligation essentielle dotée d'une fonction habilitante et des obligations accessoires garantissant la pérennité de la relation de coopération instaurée entre la personne publique et son partenaire.

Conclusion de Partie

Si l'observation de l'existence doit précéder l'étude de l'essence de toute chose, il y a néanmoins deux enseignements à tirer d'une telle approche existentialiste appliquée à l'examen du concept d'externalisation administrative. D'une part, l'existence ne peut suffire à elle seule à en fournir une conceptualisation aboutie dans la mesure où elle opèrerait alors sans se référer à son essence coopérative pourtant déterminante dans son élaboration et dans son contenu. D'autre part, l'essence s'enrichit de la prise en compte de l'existence dès lors qu'elle en rectifie les errements en guidant le juriste pas à pas tout au long du processus de conceptualisation à travers la confrontation dialectique de l'hypothèse théorique aux contraintes du réels et du droit positif. Il apparaît en effet que l'existence de l'externalisation renvoie tout d'abord à son élaboration par les sciences économiques et les sciences du management à partir d'une rupture avec les modes de gouvernance de l'économie par le marché et par la firme, fondés chacun sur une logique patrimoniale d'acquisition des ressources nécessaires au fonctionnement des entreprise ou des moyens de production utiles à la fabrication de ces ressources en interne par les entreprises elles-mêmes. L'externalisation

repose en l'occurrence sur une logique coopérative d'accès à ces ressources par l'instauration de relations de coopération avec les acteurs économiques susceptibles de leur en faire bénéficier. L'abandon de l'acquisition au profit de l'accession répond de cette façon au souci majeur de la performance dès lors qu'il autorise les entreprises qui y procèdent à concentrer leurs propres ressources sur la réalisation de leur « cœur de métier », et non à les disperser pour la réalisation d'activités secondaires. Dès lors, si son existence en droit administratif relève d'une même motivation managériale, elle emprunte irrémédiablement une telle logique constitutive de son essence.

En cette matière comme en droit civil, de façon différente certes, l'existence qui lui est attribuée s'écarte cependant sensiblement de la logique de coopération. Tandis qu'elle demeure, pour le second, l'expression juridique d'un instrument d'échange, elle se présente, pour le premier, principalement comme un élément de discours destiné en grande partie à légitimer l'action administrative par la mise en avant d'une démarche d'efficacité marquée par l'influence du *New Public Management*. Il convenait donc de poursuivre la conceptualisation de l'externalisation administrative par la prise en compte explicite et concrète de la traduction juridique de la logique coopérative en tant qu'elle en constitue ainsi l'essence même. À partir de là, il fallait néanmoins de s'enquérir une nouvelle fois des réflexions civilistes, lesquelles ont effectivement proposé récemment une telle traduction de la coopération à travers un modèle contractuel propre : le modèle du contrat-coopération, à partir duquel il serait plus pertinent de rattacher l'expression de l'externalisation que lorsqu'il est envisagé de la transposer au moyen de la figure du contrat d'entreprise. Ainsi guidée par ce modèle, le concept d'externalisation administrative dispose alors d'une structure obligationnelle singulière de référence afin de parfaire la proposition de son existence en fonction de son essence. Il s'impose alors comme un instrument de gestion coopératif de la réalisation de la compétence des personnes publiques consistant à en confier l'accomplissement à un tiers lorsqu'elle ne s'impose pas comme une activité essentielle, et qu'elle pourrait avantageusement être assurée par une personne disposant de compétences techniques et de moyens humains et financiers spécialement appropriés à l'exécution d'une telle fonction. Elle requiert cependant certains ajustements rendus indispensables par la spécificité de son objet, la réalisation de la compétence, qui se répercute sur la fonction des obligations qui assurent concrètement l'expression juridique. Il est néanmoins possible de déterminer alors, à partir de la définition de l'externalisation administrative en tant que modalité coopérative de gestion de la compétence des personnes publiques, les critères

d'identification de ce concept : un critère organique lié à la présence de personnes juridiques distinctes dont une au moins est une personne publique compétente, un critère fonctionnel selon lequel l'externalisation administrative s'organiserait à partir de l'édiction, par une autorité administrative disposant d'un titre à agir, d'une norme d'habilitation dérivée autorisant un tiers à participer à la réalisation de sa compétence, et enfin un critère matériel en vertu duquel cette habilitation dérivée s'exprime juridiquement par une obligation essentielle complétée par des obligations accessoires garantissant la pérennité de la relation de coopération instaurée, ainsi que la satisfaction des exigences de l'intérêt général par le partenaire de l'administration, et l'administration elle-même.

L'adoption d'une démarche dialectique a donc permis d'attribuer une signification appropriée au concept d'externalisation administrative jusque-là cantonné à l'expression d'une tendance managériale dans le discours doctrinal et, parfois, dans le discours de droit ; c'est-à-dire finalement d'une manifestation dénuée de sens et donc d'utilité si ce n'est pour rendre compte d'une transformation des modes de gestion des personnes publiques sous l'influence du développement croissant des préceptes du *New Public Management* sans pour autant lui conférer une teneur suffisante pour qu'il soit opérationnel autrement que comme un simple « slogan » ou une facilité de langage. L'enrichissement apporté par les acquis des sciences économiques et de gestion et par ceux du droit civil permet en l'occurrence de combler cette lacune, et mène à la découverte d'un concept prodigue susceptible d'éclairer de manière inédite les modalités de mise en œuvre, en droit administratif, d'une logique économique de coopération au service de la réalisation de l'action administrative. Typique de l'adoption de cette logique par les personnes publiques, le concept d'externalisation administrative élaboré au cours de cette première partie du raisonnement avancé en propose en effet une traduction juridique susceptible de constituer la clef de voûte d'une théorie de la gestion administrative encore en gestation. Il s'agirait en somme de concevoir cette théorie en référence à la structure juridique assurant l'instauration d'une relation de coopération dédiée à l'externalisation de la réalisation d'une compétence relevant d'une personne publique. Celle-ci reposerait alors sur les trois critères précédemment exposés et consisterait, pour les autorités administratives, à habiliter par le biais de l'obligation une autre personne, publique ou privée, à participer à l'accomplissement d'une compétence qui leur est pourtant confiée par l'ordre juridique et le droit objectif au nom de la satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit toutefois de ne pas jeter le manche après la cognée, mais plutôt de poursuivre plus loin encore l'étude du concept d'externalisation à partir de l'identification de la signification et de la

traduction de son essence coopérative en droit administratif. Un certain nombre de questions sont effectivement soulevées par la découverte de ce concept, des interrogations auxquelles les réponses apportées pourraient favoriser l'esquisse d'une théorie de la gestion coopérative de l'action administrative. Il ne suffit pas en effet de simplement suggérer l'essence coopérative de ce concept, et de proposer une hypothèse susceptible d'assurer au mieux sa traduction juridique, pour satisfaire la démarche entreprise par cette étude. La confrontation du droit administratif et de l'externalisation administrative appelle ensuite un examen des conditions de sa réalisation dans un cadre strict imposé d'un côté par les exigences issues de son objet, la compétence des personnes publiques, et de l'autre par les caractères propres à son moyen d'expression juridique, l'obligation. Il convient en d'autres termes de rendre opérationnel le résultat de cette coopération en examinant certains points essentiels de sa réalisation en droit administratif.

**THESE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER**

En Droit public (Section 02)

École doctorale Droit et Science politique

**Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier
(CREAM EA 2038)**

L'externalisation administrative
Éléments pour une théorie
Volume II

**Présentée par Raphaël RENEAU
Le 14 novembre 2017**

**Sous la direction de Guylain CLAMOUR
et Pascale IDOUX**

Devant le jury composé de

Benoît PLESSIX, professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas

Guillaume TUSSEAU, professeur, Sciences Po – Paris

Thierry REVET, professeur, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Marion UBAUD-BERGERON, professeur, Université de Montpellier

Guylain CLAMOUR, professeur, Université de Montpellier

Pascale IDOUX, professeur, Université de Montpellier

Rapporteur

Rapporteur

Suffragant

Suffragant

Directeur

Co-directeur



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

Partie 2 : Réalisation de l'externalisation administrative

« Ils admirèrent tous l'invention (...). Rien ne leur semblait si simple, après que l'idée en eu été rendue publique : auparavant ils auraient trouvé la difficulté insurmontable »

MILTON J., *Le paradis perdu*, Librairie des bons livres, 1853, p. 140 et 141.

215. Un concept confronté à l'épreuve du « clair-obscur ». Prisée des peintres de la Renaissance¹, la méthode dite du « clair-obscur » reposait sur un effet de contraste² et produisait une sensation de relief particulièrement saisissante de réalisme. Bien qu'en apparence l'art pictural ne paraisse pas être d'un grand secours en apparence pour l'appréhension juridique du concept d'externalisation administrative dont l'unique profondeur semble résider jusque-là dans son essence coopérative, l'œuvre des caravagesques pourrait néanmoins inspirer par sa maîtrise des « ombres et de la lumière »³, sa mise en relief, et la détermination plus nette de ses contours. Il s'agit donc d'approfondir davantage ce concept par l'identification des outils qui en servent l'expression, à partir de l'examen de ses trois critères : organique, fonctionnel et matériel. Aussi la détermination de sa traduction juridique en droit administratif présente-t-elle encore des zones d'ombres sur lesquelles il convient de revenir afin de saisir la mesure de la réalisation de l'externalisation administrative au-delà de sa seule conceptualisation. Alors qu'elle désigne *prima facie* une tentation séculaire des personnes publiques à rechercher la satisfaction de l'intérêt général par le recours à des ressources extérieures, il n'est pas anodin de souligner l'archaïsme d'une telle pratique ainsi que la richesse des réflexions déjà menées sur le sujet. Dès les premières lueurs du XXe siècle, tout juriste pouvait par exemple trouver, de Toulouse à Bordeaux, une appréhension singulière de la délégation d'activités relevant de la compétence des personnes publiques⁴. C'est donc bien une pratique ancienne et constante qui a pu conduire à la reconnaissance d'un

¹ Tout particulièrement par le courant initié par Le Caravage, fondé sur une utilisation particulière du ténébrisme.

² « Il (Le Caravage) offrait cependant un répertoire formel nouveau, et un moyen d'expression immédiatement évident : le clair-obscur (...); beaucoup de caravagesques prirent pour une innovation purement technique un art qui impliquait un changement de vision » : BREJON DE LA VERGNÉE Ar., « Caravage », in *Encyclopaedia Universalis*, Corpus 4, 2002, p. 946.

³ Il s'agit effectivement d'une « manière de traiter les jours et les ombres. On dit d'un peintre qu'il entend bien le clair-obscur, lorsqu'il détache bien ses figures, par heureuse disposition des ombres et de la lumière » : LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, T. 1, Hachette et Cie, 1873, p. 635.

⁴ Précisons toutefois que la doctrine demeurerait encore partagée sur la question, comme en témoigne par exemple le traitement de la question de la gestion déléguée dans le manuel de droit administratif rédigé par Jacques Moreau. Si celui-ci commençait par rappeler que « les modes d'exploitation des services publics sont variés, et difficiles à classer car leur densité juridique est inégale », il admettait que « ce secteur est donc mal connu, car en pleine évolution » : MOREAU J., *Droit administratif*, PUF, coll. Droit Fondamental, 1^{ère} éd., 1989, p. 331.

véritable « modèle français de la gestion déléguée »⁵ auquel il convient d'offrir, à l'aide du concept d'externalisation administrative, une vision repensée à l'aune de la postmodernité et de la nouvelle gestion publique ; en d'autres termes, « un modèle administratif de gestion externalisée ». Ce dernier serait notamment fondé sur les outils existants dont la mise en œuvre révélerait « *un nouveau faire faire (...) pour réaliser* » la compétence des personnes publiques⁶ en coopération avec un partenaire mieux à même d'y parvenir.

Mais cette démarche n'est finalement pas facilitée par l'ancienneté de la pratique considérée, elle semble plutôt, bien au contraire, devoir en perturber l'appréhension. Comment justifier tout d'abord de la pertinence d'une nouvelle approche à l'encontre d'une notion, la délégation, tant éprouvée et largement débattue ? Il faut cependant se rappeler que le concept d'externalisation administrative permet de s'extirper des questionnements traditionnels. Il offre notamment la possibilité de retranscrire en la matière les enseignements de l'économie et du droit civil, et ainsi de replacer au centre des réflexions la thématique de la coopération⁷. Il présente donc au moins le mérite de poser en des termes renouvelés la problématique : comment assurer par le recours aux obligations la satisfaction de l'intérêt général par une coopération performante dans le cadre de la mise en œuvre des compétences des personnes publiques ? S'ajoute ensuite le foisonnement des instruments juridiques contemporains et l'imprécision de la traduction juridique de l'externalisation administrative. Alors qu'elle invite à une approche de l'action publique « *renouvelée par le développement contemporain et la diversification des formes d'association de personnes privées aux fonctions administratives* »⁸, il ne faut pas succomber non plus à la tentation de la voir par le prisme

⁵ BAUER-BRUX A., « Le modèle français de gestion déléguée fait écho dans le monde », *Les Échos*, 3/11/1993. La promotion Willy Brandt de l'École Nationale d'Administration 2007-2009 précisait d'ailleurs que « *la notion de « modèle » paraît d'autant plus pertinente que ce procédé bénéficie d'une réelle diffusion chez nos partenaires européens, portée par le savoir-faire d'entreprises françaises dont le rayonnement est aujourd'hui mondial* » : « La délégation de service public : un modèle à repenser ? », Février 2009, p. 2.

⁶ Préface d'Alain Madelin à l'ouvrage de Xavier Bezançon : BEZANÇON X., *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs*, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 2004, p. 11. Dans cette logique, Xavier Bezançon soulignait d'ailleurs que l'État aurait été bien « *incapable de mobiliser les fonds, organiser la planification et construire les dizaines de milliers de kilomètres de lignes que le secteur privé érigea de 1845 à 1880* » : BEZANÇON X., *op. cit.*, p. 24. La grande loi sur les chemins de fer de 1842 devait par conséquent prévoir expressément la possibilité d'en confier la réalisation et l'exploitation à des partenaires privés : « *ces lignes pourront être concédées en totalité ou en partie à l'industrie privée* », ainsi qu'en disposait l'article 2 de la loi du 11 juin 1842 relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer abrogée seulement le 22 décembre 2007.

⁷ Citons en effet, parmi les travaux les plus récents, les recherches récompensées en matière économique portant sur la théorie des contrats menées par Oliver Hart, ou encore les réflexions juridiques engagées par Yves et Suzanne Lequette relatives au contrat coopération.

⁸ AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 662.

déformant de la nouveauté absolue et péremptoire, ni non plus par excès inverse lui dénier tout intérêt dès lors qu'elle ne serait rien de mieux que la « *simple resucée* »⁹ de ces pratiques bien connues au premier rang desquelles figurent la concession, la délégation et, plus récemment, le partenariat. Le plus souvent réduite à des manifestations exclusivement contractuelles, elle connaît néanmoins des formes d'expression en droit potentiellement liées à des notions juridiques avec lesquelles elle est souvent confondue. Même dans son acception circonscrite au partenariat public-privé, l'expression de l'externalisation administrative paraît paradoxalement multiple et hétérogène¹⁰. Elle s'avèrerait cependant également « *vide de sens en droit* »¹¹ si tant est que son contenu ne puisse être précisément déterminé à sa juste mesure par une analyse détaillée des fonctions et des frontières particulières du concept, et donc d'éclaircir les zones d'ombre laissées par sa conceptualisation. Afin de conférer une perspective harmonieuse à ce relief conceptuel dégagé en première partie, il serait donc judicieux de retenir à la manière des artistes du *quattrocento* des « points de fuite » destinés à instaurer de l'ordre et à préciser ce concept au-delà de la seule détermination des manifestations qui en font la richesse¹². Elle permettra alors d'envisager une « renaissance » de l'action administrative à travers l'examen de sa réalisation.

216. Un concept invitant à une mise en perspective à « point de fuite ». Considérée dès la Renaissance comme un processus de rationalisation de la vision destiné à rendre compte d'un relief, la perspective¹³, et particulièrement la perspective à point de fuite¹⁴, inspire la démarche entreprise. Si le concept d'externalisation administrative produit effectivement cet

⁹ DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

¹⁰ À l'instar d'ailleurs de la situation des instruments juridiques des partenariats public-privé révélée par Étienne Muller. Il affirme en effet qu'ils « *sont multiples, et ne sauraient se réduire aux seuls contrats de partenariat créés par l'ordonnance du 17 juin 2004, malgré ce que suggère la dénomination de ces derniers* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 45.

¹¹ GAUDEMET Y., « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (La réforme de la commande publique et le Partenariat Public-Privé) », *RJEP*, janvier 2004, p. 5.

¹² Le foisonnement et la complexité ne sont effectivement pas l'apanage du chaos et de la confusion. Aussi Jean-Bernard Auby soulignait-il que les nombreuses mutations traversant le droit administratif contemporain devaient leur beauté, à l'instar de *La Bataille de San Romano*, à « *leur extraordinaire foisonnement, ils sont tous les trois faits d'un enchevêtrement d'armes, de soldats, de chevaux* » suggérant « *une expérimentation tous azimuts de la perspective (...) qui allait servir énormément aux générations futures de peintres* » : AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.

¹³ Celle-ci est en effet « *synonyme de conception spatiale ou de représentation empirique de la profondeur et du relief* » : DALAI EMILIANI M., « Perspective », in *Encyclopaedia Universalis*, corpus 17, 2002, p. 795.

¹⁴ La perspective dite « perspective à points de fuite » correspond effectivement à un procédé, initialement artistique, typique des peintres de la Renaissance tels que Piero Della Francesca dans son œuvre *La Flagellation du Christ*, ou encore plus généralement dans les œuvres de Masaccio par exemple. Envisagé en art plastique comme un point imaginaire destiné à faciliter la représentation de perspectives réalistes des sujets et objets représentés, le « point de fuite » constitue un élément essentiel de la figuration de l'espace tel qu'il se donne à voir à l'œil d'un observateur.

effet de « clair-obscur » susceptible de lui conférer un relief doctrinal certain, il convient de s'assurer d'en proposer alors une représentation ordonnée en fonction du point de vue adopté pour sa mise en perspective. Il ne peut ni ne doit être réduit, à l'instar de la notion de partenariat avant lui, à cette considération artificielle d'actualité en tant que simple effet de mode. Il emporte au contraire avec lui un angle d'observation original des modalités de réalisation de la compétence des personnes publiques dont il s'agit de rendre compte par l'adoption d'un référent ouvrant la voie à une telle analyse. Or le recours à la technique du « point de fuite » pourrait contribuer à ériger ce concept encore plat en *Città Ideale* à partir de la détermination de points de convergence, propre à la fois à son essence coopérative et aux spécificités du droit administratif ; c'est-à-dire, finalement, aux « points de fuite » envisagés à l'aune de ce mode de coopération de réalisation de la compétence reposant sur l'obligation.

Plus qu'un simple outil juridique, l'externalisation administrative doit effectivement être appréhendée comme un concept doctrinal destiné à recouvrir un ensemble de pratiques existantes avec lesquelles elle ne doit pas être confondue mais à travers lesquelles elle s'exprime. Elle propose alors une lecture nouvelle de l'action administrative envisagée du point de vue de la coopération afin d'éclairer « *un des aspects d'une modification plus large des structures et des pratiques administratives* »¹⁵ dictée par l'influence du *New Public Management*. Afin de prendre la mesure de ce bouleversement potentiel, il convient par conséquent de le situer précisément eu égard à la mise en œuvre de la compétence des personnes publiques sur laquelle il porterait un éclairage susceptible d'en élargir la structure post-moderne en dehors du cadre désormais dépassé, fixé par la seule expression hiérarchique d'un pouvoir de commandement autoritaire. Instruite de son essence coopérative, la posture retenue conduit alors à prendre pour premier « point de fuite » la notion cardinale de compétence, substituant alors au prisme de la nature¹⁶ des activités externalisées celui plus révélateur de la nature de la relation aménagée afin d'organiser la réalisation coopérative de la compétence. Déjà employé par la doctrine pour analyser les mutations profondes du droit

¹⁵ VOISIN A., « Le développement du recours à l'externalisation au sein de la Défense : problématiques et comparaisons internationales », *Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, 2002, p. 187.

¹⁶ « *Au final, ici comme dans le monde de l'entreprise, c'est bien la nature de la mission confiée à l'opérateur extérieur qui fait la différence entre l'externalisation et la délégation ou le marché public de service. Dans le cadre d'une externalisation la mission confiée a un caractère global et l'élément central en est le résultat* » : GRAILLES B. et MARCILLOUX P., « Caesar pontem fecit : formes, logiques et enjeux du faire faire », Texte prononcé le 21 mars 2006 à l'occasion de la journée d'étude annuelle organisée par l'Association des archivistes français (AAF) sur L'Externalisation de la fonction archives : état des lieux, 2006, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00331878/document>. Voir dans le même sens : DREYFUS J.-D., *op. cit.*, p. 1215 : « *La différence entre l'externalisation et la délégation ou le marché public de service concerne la mission confiée à l'opérateur. Loin d'être ponctuelle, la mission confiée est globale* ».

administratif¹⁷, ce « point de fuite » s'avère d'ailleurs étroitement lié à la personnalité publique et à l'organisation de son action. Or le concept d'externalisation administrative repose de la même façon sur un critère organique imposant la présence d'une personne publique compétente, et sur un critère fonctionnel conduisant à l'envisager comme un mode de réalisation de la compétence qui constitue son objet essentiel. Aussi, la retenir comme premier « point de fuite » de la mise en perspective de l'externalisation administrative permet-il à partir de cette convergence de délimiter avec précision ses contours.

Le second point de convergence disponible pour une telle démarche doit être quant à lui emprunté au droit civil. Alors que le droit administratif contemporain connaît une altération du « *contenu des normes (...) et du rapport juridique* »¹⁸, la notion d'obligation apparaît, au travers de ces perturbations, comme un élément de stabilité s'imposant comme le ciment de ces divers instruments à la disposition des personnes publiques pour favoriser la réalisation de leurs compétences. Au-delà de la pénétration par le droit civil des rapports administratifs, il est effectivement possible de déceler en arrière-plan l'intégration du lien obligationnel, unilatéral ou contractuel, dans les rapports juridiques noués par les personnes publiques. Aussi le concept d'externalisation administrative invite-t-il à compléter l'observation de la réalisation de la compétence par l'étude de l'obligation dès lors qu'il a pu être précédemment démontré qu'elle en constitue le vecteur juridique essentiel. Il se concrétise en effet en droit à travers ce dernier aux moyens d'instruments multiples dont le point commun réside dans l'instauration de liens obligationnels entre la personne publique compétente et la personne avec laquelle elle souhaite coopérer. Alors que le fil conducteur de l'élaboration du droit administratif réside dans son inspiration par le Code civil et la prise en compte des spécificités irréductibles induites par la satisfaction de l'intérêt général et la détention de prérogatives de puissance publique, il convient d'appréhender la notion cardinale d'obligation afin de mettre en relief les relations juridiques contemporaines par lesquelles une personne, publique ou

¹⁷ Citons en particulier le débat relatif à l'identification de la personnalité morale des autorités publiques, ou encore celui attenant au développement de la décentralisation. S'agissant du premier il était admis que « *la compétence peut alors être comprise comme la notion qui permet à la capacité juridique de s'insérer dans la légalité administrative* » : LINDITCH Fl., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 176, 1997, p. 186, alors que Gaston Jèze affirmait pour sa part que « *la compétence et la capacité ont manifestement la même nature juridique* » : JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58. Concernant le second, Jean-Marie Pontier, poursuivant l'œuvre de Jean Delvolvé, démontrait que « *la distribution des compétences est un révélateur de l'état de centralisation d'un pays* » : PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 77, 1978, p. 571.

¹⁸ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 917.

privée, « *collabore directement* »¹⁹ à la réalisation de la compétence d'une personne publique. Les développements précédents ont d'ailleurs permis de mettre en évidence l'importance à accorder à la notion d'obligation au sein du concept d'externalisation administrative au point de confirmer le choix de ce repère théorique en tant que second « point de fuite » disponible pour sa mise en perspective²⁰, et plus largement pour un éclairage inusité de la théorie générale du droit administratif²¹. L'étude de l'externalisation à l'aune de l'obligation apporterait ainsi une réponse à l'invitation lancée par Yves Gaudemet à « *mener plus avant la réflexion et prendre dans la doctrine de droit privé tout ce qui est susceptible d'aider une meilleure intelligence* »²² de cette matière, et permettrait de ne plus « *se priver d'une telle richesse* »²³. À l'instar de la compétence, l'obligation conduit par conséquent à éclairer les conditions de réalisation de l'externalisation administrative et à envisager, à partir de là, la théorie générale du droit administratif sous un angle original.

Annonce de plan. La mise en perspective du concept d'externalisation administrative permet d'appréhender de manière ordonnée le relief qu'il confère à l'action administrative à partir d'un point de vue déterminé par son essence coopérative. Elle offre également la possibilité d'assurer une certaine correspondance entre ses manifestations concrètes en droit administratif et leur représentation théorique par ce concept. Ayant ainsi acquis une profondeur susceptible de déceler « *derrière l'étonnante complexité* » de ce concept « *les recettes d'un ordonnancement à venir* »²⁴, la réalisation de l'externalisation administrative émerge à proprement parler dans l'espace doctrinal en s'appuyant sur deux « points de fuite » vers lesquels ses lignes de forces convergent à savoir : son expression à travers la compétence (titre 1) et son instrumentalisation de l'obligation (titre 2).

¹⁹ Conclusions prononcées par Louis Corneille sur l'arrêt : CE, 3 décembre 1920, *Fromassol*, RDP, 1921, p. 79.

²⁰ Jacques Chevallier affirmait d'ailleurs que « *la question de l'obligation constitue donc un excellent fil conducteur pour faire ressortir la logique de structuration et la dynamique d'évolution du droit public* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 194.

²¹ Soulignant que « *le droit administratif s'est toujours passé d'une théorie des obligations* », Benoît Plessix s'en réfère néanmoins aux réflexions de certains maîtres contemporains pour encourager des « *réponses pleines de lucidité mais non résignée* » à cette lacune que le concept d'externalisation administrative pourrait participer à combler : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 921.

²² GAUDEMET Y., « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Nonagesimo Anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 627.

²³ DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 49. L'auteur expliquait d'ailleurs que cette lacune du droit public pouvait trouver une justification dans le fait que rien ne soit « *prêt encore pour l'élaboration d'une théorie générale des obligations en droit public* ».

²⁴ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912. Il considérait en effet à partir d'une observation du triptyque novateur de Paolo Uccello qu'il était possible de mettre en perspective les évolutions récentes du droit administratif en analysant son foisonnement et sa complexité pour y lire « *à la fois une profonde déstabilisation du modèle, mais aussi le filigrane de sa rénovation* ».

Titre 1 : L'expression de l'externalisation administrative à travers la compétence

« La notion de compétence sert à déterminer la mesure et les conditions dans lesquelles les agents peuvent intervenir dans le domaine juridique »
DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 1.

217. Une transformation de la sphère administrative questionnant la puissance publique.

Analysant, à l'aube du XXe siècle, *les transformations du droit public*, Léon Duguit constatait déjà un net repli de la puissance publique qu'il tachait d'expliquer par la conjonction de facteurs dont il présentait les causes et les conséquences²⁵. Il démontrait en l'occurrence que la multiplication des services publics et l'extension de la sphère administrative à des activités autrefois laissées à la seule initiative des particuliers devaient nécessairement conduire à penser un tout autre modèle d'exercice de la puissance publique²⁶. Il soulignait notamment l'importance des conséquences de « *la disparition de la conception impérialiste de l'État* »²⁷ sur l'appréhension des actes administratifs. Alors que ceux-ci apparaissaient auparavant toujours comme la manifestation d'un pouvoir politique de commandement autoritaire exercé par les personnes publiques²⁸, le maître de Bordeaux remarquait que l'expression de la puissance publique comme un pouvoir normatif tendait de plus en plus à s'effacer au bénéfice de l'organisation matérielle et finalisée de la satisfaction d'un besoin socialement déterminé : le service public. Aussi rejoignait-il dans une certaine mesure les réflexions engagées par Édouard Laferrière et par Maurice Hauriou à propos de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion²⁹, laquelle pourrait aujourd'hui être

²⁵ « Aujourd'hui pour des causes très complexes et très nombreuses, par suite surtout des progrès de l'instruction, des transformations économiques industrielles, ce n'est plus seulement le service de guerre, de police et de justice que l'on demande aux gouvernants ; ce sont des services très nombreux et très variés dont beaucoup ont le caractère industriel » : DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, 1913, p. 30 et 31.

²⁶ Constatant le déclin de la souveraineté comme fondement du droit public, Léon Duguit soulignait en effet que le « système de droit public ne peut réunir ces conditions de vitalité que s'il fonde et sanctionne les deux règles suivantes : 1° Ceux qui détiennent la puissance ne peuvent pas faire certaines choses ; 2° ils doivent faire certaines choses » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 26.

²⁷ DUGUIT L., *op. cit.*, p. 144.

²⁸ Dans la mesure où, notamment, « des actes qui émanent des agents de gouvernement et qui comme tels échappent au contrôle des tribunaux, voilà en bref quelle était la conception impérialiste de l'acte administratif » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 145.

²⁹ Édouard Laferrière constatait en effet qu'« une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part elle est chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et de son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette

prolongée sur le terrain de l'identification de la sphère administrative par la distinction du « cœur de métier » des personnes publiques duquel elles ne sauraient se défaire au profit d'un tiers et des activités périphériques dont elles pourraient confier la réalisation.

Alors que Joseph Barthélemy réaffirmait également le constat d'un tel recul du commandement autoritaire dans la mise en œuvre de l'action administrative³⁰ et l'admission progressive d'une participation accrue des particuliers³¹, une telle banalisation demeurait cependant marginale dans le discours doctrinal³² et dans le droit positif³³. La réduction de l'influence et de l'exercice de la puissance publique dans la sphère administrative se retrouvait toutefois au sein des réflexions théoriques menées à partir de l'observation de son repli et du déploiement concomitant du service public ; en d'autres termes, à partir du repli de l'exercice du pouvoir normatif exorbitant sur le « cœur de métier » des personnes publiques et du déploiement de l'action matérielle des personnes publiques et privées pour la satisfaction de l'intérêt général. Il convenait alors d'envisager une ouverture plus franche de la sphère administrative à l'intervention coopérative des particuliers, prémisse d'une forme d'externalisation administrative³⁴. Il subsistait néanmoins toujours une part indisponible de puissance publique souveraine dont seuls les titulaires désignés par le droit objectif pouvaient

*mission sont ceux qu'on appelle actes de gestion. D'un autre côté, l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif (...) l'administration agit alors comme autorité, comme puissance et les actes qu'elle fait ainsi sont des actes de commandement ou de puissance publique » : LAFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 6.*

³⁰ Il précisait en effet que « *les actes de gestion sont des actes comme tout le monde en pourrait faire dans l'administration d'un patrimoine particulier et qui n'impliquent en rien l'existence de la puissance publique* » : BARTHÉLÉMY J., *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 5^e éd., 1908, p. 18 et 43 ; et 7^e éd., 1913, p. 139.

³¹ Notons en effet que Maurice Hauriou se fondait en grande partie sur cette distinction pour étayer sa théorie de la gestion administrative reposant notamment sur le critère de « *la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 7.

³² Ainsi Léon Duguit remarquait-il par exemple que « *lorsque l'administration intervient, elle n'intervient jamais comme le ferait un particulier* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 156.

³³ Il n'y a qu'à se remémorer les conclusions prononcées par Georges Teissier sur la décision : TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. p. 208 ; S, 1908.3.97. Ce dernier affirmait alors que « *cette distinction n'a aucune base légale, ne repose sur rien de réel et ne correspond nullement à la réalité des faits. La vérité c'est que tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents pour assurer la gestion des services publics, constituent des applications des lois et règlements administratifs... On peut dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers* ».

³⁴ Maurice Hauriou considérait d'ailleurs dès 1899 que l'« *on sent tout de suite la réalité de cette collaboration du milieu administrable à l'action administrative ; on voit bien qu'il y a des cas où la volonté de l'administrateur tend à s'imposer par sa seule énergie, qu'il en est d'autres au contraire où elle est accompagnée d'un concours de volontés qui facilite sa tâche ; on s'aperçoit que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 8.

user et qui faisait ainsi obstacle à l'émergence d'une telle modalité de mise en œuvre de l'action administrative. La thématique du repli de l'État et du déploiement de l'externalisation, soulignée par la doctrine, repose par conséquent sur un terreau déjà fertilisé mais dont l'approche semble désormais devoir être précisée par le renouvellement contemporain de la puissance publique qui paraissait jusque-là semblable « *au brick perdu jouet du flux et du reflux* »³⁵.

Reprenant l'étude de ces transformations près d'un siècle plus tard, la doctrine soulignait de nouveau ces deux tendances générales et de sens contraires similaires, au flux et au reflux de la mer³⁶. Si elle évoquait alors un recentrement de la sphère administrative sur la notion de puissance publique concomitamment au déploiement d'une intervention publique « moderne » manifestée par la multiplication des instruments et des acteurs typique du développement de la coopération déjà interrogée par Maurice Hauriou³⁷, elle y décelait un facteur de renaissance de l'action administrative à travers ce double mouvement de décentralisation du pouvoir et de désétatisation de la société³⁸ au sein duquel pourraient se développer des pratiques nouvelles telles que l'externalisation au côté des formes classiques d'intervention publique³⁹. Aussi l'action administrative ne devait-elle plus se restreindre à l'exercice de la puissance publique commandante, mais également à l'admission d'une modalité coopérative impliquant l'intervention volontaire des particuliers dont il convient désormais de délimiter les contours, et ainsi de préciser les conditions du redéploiement

³⁵ VERLAINE P., *Poèmes Saturniens*, Alphonse Lemerre, 1867, p. 27.

³⁶ François Bérroujon affirmait par exemple que « *pour prendre la mesure de cette modernité, il est indispensable de recenser les principaux changements qui viennent affecter la structure du droit administratif. Cette dernière est assaillie de différents mouvements de sens contraires* » : BÉROUJON Fr., « Évolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? », RFDA, 2008, p. 449. Et d'ajouter que le droit administratif « *est à la fois atrophié en son centre et hypertrophié à sa périphérie* ».

³⁷ Aussi affirmait-il dès la fin du XIX^e siècle qu'« *il est un phénomène remarquable dans les forces sociales en mouvement et en travail, c'est que leur travail s'accomplit avec la collaboration du milieu* ». Il démontrait alors « *que le criterium de la gestion administrative est la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 7. Maurice Hauriou faisait donc ainsi de la coopération une composante essentielle du droit administratif dont l'appréhension était indispensable à une bonne compréhension de l'action administrative.

³⁸ Jean-Bernard Auby démontrait en effet que la société avait connu « *un double mouvement de réduction de l'espace de l'État (...) traduisant un phénomène commun de « désétatisation » de la société, même si, en vérité, il apparaît à beaucoup d'égards comme abritant davantage une transformation de l'intervention publique qu'une véritable régression de celle-ci* » : AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 2001, p. 914.

³⁹ Cette « *réduction de l'espace de l'État* » se matérialisait selon lui notamment par le développement de « *l'externalisation d'activités publiques, des fonctions jusque-là exercées « en régie », tendant à être confiées plus volontiers au secteur privé sur la base de contrats que l'on appellera un peu plus tard des délégations de service public* » : AUBY J.-B., *Ibid.*

contemporain de la puissance publique⁴⁰. Ainsi détachée de l'exercice systématique de la puissance publique souveraine, la question de la réalisation des compétences des autorités administratives incite-t-elle à s'intéresser davantage à l'étude de ces titres à agir en tant que clef de voûte de l'édifice administratif moderne en lieu et place de la seule observation du pouvoir exorbitant exercé et de la nature régaliennne des activités accomplies⁴¹.

218. Une transformation du droit administratif régénérant la compétence. Cette évolution considérable de la puissance publique a d'ailleurs invité une partie de la doctrine à pressentir qu'une « *crise du modèle est en train d'advenir* »⁴², laissant notamment la place à la notion de compétence, laquelle apparaît de plus en plus comme la substantifique moelle du droit administratif et de sa théorie générale⁴³. Qu'il soit question d'une mutation de la théorie des normes ou encore de la théorie des organes, les mutations récentes de cette discipline charrient effectivement avec elles leur lot d'épreuves et de facteurs de rénovations auquel le concept d'externalisation administrative n'est pas étranger⁴⁴. Ces transformations révèlent

⁴⁰ Il s'agit donc pour nous de suggérer ici un approfondissement du travail engagé par Guylain Clamour à propos du redéploiement de la puissance publique en économie de marché une fois posé le constat de la régénération de l'intérêt général par les exigences concurrentielles dès lors qu'elle « *emporte la banalisation des personnes publiques dans l'économie, elle conduit simultanément à les redéployer, cette fois-ci en leur qualité de pouvoirs publics en cela qu'elle conduit à rénover le rôle et les moyens de la puissance publique* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 557.

⁴¹ Notons qu'un tel glissement de la notion de pouvoir à la notion de compétence n'est pas inédit dans la doctrine administrativiste. Consacrée à une problématique par ailleurs voisine de celle soulevée par le concept d'externalisation administrative, la thèse de Jean Delvolvé le conduisit en effet à l'envisager dès les premiers temps de sa démonstration. Ainsi considérait-il que l'exercice de son pouvoir par une personne publique était nécessairement limité dès lors qu'il est « *défini par la mesure ou les conditions dans lesquelles la puissance publique est mise à sa disposition* » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 30. Aussi proposait-il alors à la suite des préconisations de Maurice Hauriou dans sa note sous l'arrêt de Sigalas de substituer à la notion de délégation de pouvoirs celle de délégation de matières, évoquant alors en creux le remplacement du pouvoir par la notion plus large de compétence. Poursuivant ce glissement, Lino Di Qual démontrait par la suite que si « *compétence et pouvoir se situent à des degrés différents (...), la compétence pourrait donc se traduire par l'idée de pouvoir à l'état potentiel, le pouvoir se traduisant par la mise en œuvre de la compétence* » : DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964, p. 2.

⁴² AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 916.

⁴³ Notons d'ailleurs qu'elle pouvait déjà être considérée ainsi dans les réflexions de Léon Duguit, Maurice Hauriou ou encore Gaston Jèze alors que le droit administratif naissant cherchait dans la notion objective de compétence un vecteur d'autonomie par rapport au droit commun dominé par la notion subjective de capacité.

⁴⁴ Bien qu'il en propose une acception confuse, notamment du fait de son assimilation à la notion de privatisation, Jean-Bernard Auby affichait clairement dès 2001 l'importance de la pratique d'externalisation dans le mouvement général de repli de la puissance publique face au marché. Il affirmait alors que « *ce qui est évident, c'est que le droit administratif a dû s'adapter au mouvement d'externalisation des activités publiques* » : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 914, et ce d'ailleurs au même titre qu'il avait du également se transformer au gré des vagues successives de décentralisation dans la mesure notamment où « *ces réformes n'ont fait en vérité que rendre plus difficile à appréhender la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales, et la distribution des compétences entre les collectivités elles-mêmes* », et appelant entre autre à la mise en œuvre de logiques partenariales : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 920.

notamment l'accomplissement d'une « redistribution des rôles entre le secteur public et le secteur privé »⁴⁵, ainsi qu'une forme de banalisation de la puissance publique, ou du moins de ses manifestations. Participant sans nul doute de leur expression, l'externalisation administrative semble par exemple remettre en cause le monopole des autorités publiques dès lors que certaines de leurs missions pourraient être confiées à d'autres, au point qu'elle « gagne les fonctions nobles, celles qu'on désigne habituellement comme les services régaliens (...), c'est ici que l'externalisation rencontre la puissance publique »⁴⁶ et que se pose par conséquent la question des conséquences d'une telle confrontation. C'est alors en creux la problématique des relations public-privé et public-public qui demeure la pierre d'achoppement des réflexions contemporaines menées par la doctrine⁴⁷. Une thématique qui repose en particulier sur la question de la « solubilité » de la puissance publique dans une économie de marché ; en d'autres termes de sa « disponibilité » eu égard à la mise en œuvre d'une logique de coopération. Et si la question du rôle des personnes publiques est désormais posée de manière insistante, la notion de compétence s'impose d'autant plus comme un point de repère essentiel de sa détermination dans la mesure où elle est intrinsèque à la personnalité publique⁴⁸ et à l'exercice de la puissance publique. Elle constitue par conséquent un jalon inamovible du cadre juridique d'une action administrative perturbée par le dépassement de l'État-providence, et par le repli apparent de la puissance publique face au développement d'une satisfaction coopérative de l'intérêt général. Il s'agit donc de mener l'étude du concept d'externalisation administrative dans un premier temps sur le terrain de la compétence afin notamment de « tenter une définition actuelle de la puissance publique (...) empruntant certains matériaux au droit contemporain »⁴⁹.

Contribuant au recentrement des réflexions doctrinales sur la notion paradoxalement méconnue de compétence⁵⁰, le concept d'externalisation administrative pourrait en

⁴⁵ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 919.

⁴⁶ LINDITCH FL., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 79.

⁴⁷ Cela en particulier sous l'influence croissante exercée par les économistes dans le sens d'une prise en compte accrue de la logique coopérative dans le cadre de l'action administrative

⁴⁸ Aussi Florian Linditch affirmait-il que « capacité et compétence coexistent et concourent à former la situation juridique des personnes morales de droit public » : LINDITCH FL., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 176, 1997, p. 185.

⁴⁹ MOREAU J., « Rapport de synthèse », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 288.

⁵⁰ Bertrand Seiller faisait par exemple remarquer en ouverture du colloque de l'AFDA qui lui était consacré que, « comme la plupart des notions fondamentales du droit administratif, la compétence n'est plus au cœur des interrogations doctrinales depuis longtemps. Et pourtant, comme bien d'autres, elle n'est que très

l'occurrence éclairer des aspects auparavant ignorés de l'action publique⁵¹. L'hypothèse ici avancée consiste alors à suggérer que les modalités de mise en œuvre de la compétence par les personnes publiques, et donc le repliement ou le déploiement du concept d'externalisation administrative, dépend de la détermination des fonctions que chaque titre à agir recouvre ; c'est-à-dire soit l'accomplissement de « *fonctions stratégiques de décision* », soit celui « *des fonctions dites « administratives* » (...), de la « *simple* » exécution ou de la prise en charge des politiques publiques »⁵². Encore faut-il, pour confirmer cette hypothèse, déterminer dans un premier temps avec précision les conditions de réception de l'externalisation par la compétence. Il apparaît effectivement que si l'essence coopérative de l'externalisation administrative permet d'envisager de nouvelles modalités de mise en œuvre des compétences attribuées aux personnes publiques, elle ne puisse toutefois être effective dans tous les domaines de l'action administrative⁵³.

La règle de l'indisponibilité des compétences conduit en effet à confirmer l'exclusion du champ de l'externalisation administrative des activités autrefois considérées en fonction de leur nature régaliennne, et aujourd'hui envisagées à l'aune de leur lien avec l'exercice de la puissance publique dans la mesure où la coopération ne saurait être admise en ce domaine⁵⁴. Il

imparfaitement connue » : SEILLER B., « Avant-propos », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. XI.

⁵¹ Il porterait par exemple des réponses nouvelles aux nombreuses problématiques soulevées en aval de la compétence par la profusion des exigences inhérentes au développement du *New Public Management*. Largement « *inspirée des conceptions et des instruments du New Public Management* », la réforme de l'État engagée par les autorités publiques et gouvernementales à partir des années 1990 conduisait effectivement à « *repenser tout l'architecture de l'État à l'aune du modèle néo-managérial de réorganisation. L'objectif est, à terme, de recentrer les administrations centrales (...) en les différenciant de services spécialisés dans la mise en œuvre opérationnelle* » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 342.

⁵² Philippe Bezes soulignait d'ailleurs que les réformes administratives successives avaient progressivement contribué à ce que se « *dessine une nouvelle forme d'organisation étatique qui acclimate les principes et solutions prônés par le New Public Management (...). Le leitmotiv de la nouvelle architecture organisationnelle repose sur le souci de séparer et de différencier les fonctions stratégiques de décision, de conception, de pilotage mais aussi de contrôle ou d'évaluation des politiques publiques, des fonctions dites « administratives » chargées de la mise en œuvre, de la « simple » exécution ou de la prise en charge des politiques publiques* » : BEZES Ph., *op. cit.*, p. 377 et 378.

⁵³ Ainsi existe-t-il des situations dans lesquelles persisterait cette affirmation de Michel Guibal selon laquelle une autorité administrative ne saurait toujours se comporter comme un entrepreneur. Il affirmait en effet qu'une « *administration ne doit pas faire le métier de l'entreprise* » : GUIBAL M., « Commerce et industrie », *Répertoire commercial Dalloz*, février 2003, p. 14.

⁵⁴ Le resserrement de l'externalisation administrative sous l'effet de cette règle cardinale apparaît d'ailleurs comme un élément indiscutablement admis par la doctrine. Laure-Tonnet Mirepoix évoque par exemple « *ce principe (qui) justifie la prohibition de la délégation à un tiers public ou privé, de compétences appartenant en propre à l'administration, que celles-ci soient contractuelles ou unilatérales* » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 67. Julien Boucher rappelait quant à lui que les « *collectivités n'ont pas « la compétence de la compétence », c'est-à-dire qu'elles ne peuvent l'excéder, mais pas davantage renoncer à l'exercer* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 7.

sera donc possible de mesurer les implications de ce concept sur le cadre juridique de l'action administrative, d'une part au regard du principe de sa mise en œuvre pour la réalisation d'une compétence et, d'autre part, en fonction des moyens juridiques employés pour son accomplissement. Il convient enfin de souligner que la seule nature des activités ne semble plus constituer l'unique justification du choix des moyens employés pour la réalisation de la compétence. Le caractère objectif de celle-ci fournit effectivement une autre lecture aux limites du champ d'intervention de l'action administrative qui seraient essentiellement fondées sur la distinction des compétences normatives et matérielles et sur une interprétation renouvelée de la règle de l'indisponibilité. Concernant la première, elle rejoindrait l'opinion déjà émise par le passé d'une démarcation entre l'action normative et matérielle des personnes publiques. Élodie Saillant évoque également, au sujet de la seconde, une telle distinction du principe et des moyens de la mise en œuvre de l'action administrative à travers le prisme de l'indisponibilité du pouvoir politique justifiant, entre autre, la prohibition de sa délégation⁵⁵. Dès lors, semblable à la coactivation musculaire, l'expression de l'externalisation administrative recouvre un double mouvement antagoniste participant de la réalisation de la compétence. Elle serait effectivement exclue s'agissant de l'exercice d'un pouvoir normatif consubstantiel à la puissance publique par essence indisponible, et encouragée s'agissant de l'exécution matérielle des diverses missions d'intérêt général.

Annnonce de plan. L'adoption de la compétence comme « point de fuite » confère à ce concept un relief suffisant pour recouvrir ces questions liées à sa réalisation coopérative, et en déterminer les modalités d'expression. Prenant la place occupée auparavant par la notion de puissance publique, elle présente une dualité symptomatique des transformations contemporaines du droit administratif. Elle désigne en effet, d'une part cette dimension exorbitante de l'action publique fondée sur l'exercice d'un pouvoir normatif singulier et, d'autre part, un aspect renouvelé de cette action semblable sur bien des aspects à l'intervention des agents économiques. Aussi l'observation du concept d'externalisation administrative conduit-elle à la fois à la constatation de son repliement face à la réalisation de la compétence normative (chapitre 1), et à celle de son déploiement dans la réalisation de la compétence matérielle (chapitre 2).

⁵⁵ L'auteur démontre en effet que « ce sont donc bien les moyens juridiques nécessaires à l'exercice de l'activité, plutôt que la considération de sa seule nature, qui sont des obstacles à la délégation » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 581. Et d'affirmer à contrario que « c'est en ce sens que seules des prestations matérielles peuvent faire l'objet d'une délégation : ce sont des activités qui ne sont pas nécessairement accompagnées de prérogatives exorbitantes » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 581 et 582.

Chapitre 1 : Un repliement face à la réalisation de la compétence normative

« En d'autres termes, le pouvoir est une caractéristique de l'organe ; le domaine lui est un élément extérieur »

DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 8.

219. L'importance de la distinction des dimensions normative et matérielle de la compétence.

Le concept d'externalisation administrative trouve dans la notion de compétence un appui pour sa prise en compte à travers la distinction de ses dimensions normative et matérielle. Déjà suggérée par d'éminents auteurs tels que Maurice Hauriou, Léon Duguit, Gaston Jèze ou Léon Michoud, puis relayée par d'autres tel que Jean Delvolvé, l'hypothèse d'une appréhension duale de la notion de compétence resurgit avec force dès la seconde moitié du XXe siècle. La résurgence d'une caractérisation du droit administratif à partir du couple formé par les critères du service public et de la puissance publique⁵⁶ participait d'ailleurs d'une telle approche, sans poursuivre cependant une finalité similaire⁵⁷. Ainsi Roger Latournerie rappelait-il en effet que l'un des griefs adressés à l'encontre du premier était de négliger les considérations normatives au bénéfice des considérations matérielles⁵⁸, alors même qu'il lui semblait tout à fait acceptable d'admettre « *qu'un critère de nature « formelle » ou « organique » peut parfaitement s'accompagner de la coexistence avec un critère « matériel »* »⁵⁹. À contrario, la définition articulée autour de la puissance publique était quant à elle principalement fondée sur la détention d'un pouvoir normatif d'édition d'actes juridiques que la compétence conférait, voire imposait, aux personnes publiques⁶⁰. Il

⁵⁶ Rappelant que l'âge d'or de la notion de service public semblait largement dépassé, Jean Rivéro supposait que l'échec de ses illustres prédécesseurs à rechercher un unique critère du droit administratif relevait essentiellement d'une démarche erronée. Aussi suggérait-il dès lors que « *c'est du rapprochement de ces vérités partielles et complémentaires que peut se dégager l'image d'un droit administratif non point unifié, mais pourtant harmonieux* » : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP*, 1953, p. 292.

⁵⁷ Alors que la recherche d'un critère du droit administratif relève d'une volonté de parvenir à l'identification d'un signe de l'application du régime exorbitant qu'il impose, l'analyse de la compétence sous l'angle de la dualité de dimension qu'elle propose relève quant à elle d'une volonté de déterminer le cadre général de l'action administrative au-delà de la distinction entre le droit privé et le droit public.

⁵⁸ « *Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que l'un des principaux griefs faits par ce même auteur à la notion de service public consiste, à ses yeux, en ce qu'elle méconnaîtrait le rôle primordial assigné par notre droit public, aux considérations « formelles » ou « organiques », qu'il ferait, selon lui, prévaloir sur les considérations dites matérielles* » : LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *EDCE*, 1960, p. 85 et 86.

⁵⁹ LATOURNERIE R., *op. cit.*, p. 86.

⁶⁰ Bien qu'il admette l'existence de deux acceptions de la notion de compétence, François Vincent retenait effectivement à titre principal la signification la plus étroite en vertu de laquelle « *le mot de compétence désigne essentiellement le pouvoir du fonctionnaire de faire des actes d'ordre juridique (décisions unilatérales ou contrats)* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 16. Typique de cette tendance majoritaire de la doctrine de son temps,

s'agissait d'ailleurs d'une acception étroite préférée par une doctrine⁶¹ en quête de sens et d'un système dont Léon Duguit ne devait d'ailleurs pas se départir, si ce n'est de manière discrète et implicite⁶². Il est toutefois possible d'observer une érosion progressive de cette vision monolithique et restrictive de la compétence, et de discerner la construction par accréation d'une conception duale empruntant à la fois à l'aspect normatif de la puissance publique et à l'aspect matériel du service public, et cela malgré la résistance d'auteurs attachés à cette acception stricte⁶³.

L'interpellation de Jean Rivero laissait en outre supposer qu'une telle approche pourrait constituer la clef de voute d'un édifice reposant sur plusieurs piliers⁶⁴. Ainsi pourrait-elle finalement faire écho à la distinction originelle entre les actes d'autorité et les actes de gestion⁶⁵ ; c'est-à-dire entre le moyen et le but⁶⁶ tous deux ainsi réunis au sein de la

François Vincent dénonçait d'ailleurs « *la pauvreté de notre langue juridique. Le fait que le terme « compétence » revête deux significations distinctes, prête nécessairement à équivoque* » : VINCENT Fr., *Ibid.*

⁶¹ Entendue alors en tant que « *pouvoir prévu par un texte (...) un pouvoir qui aboutit à la création d'actes juridiques* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 17.

⁶² S'il ait une notion que le maître de Bordeaux ne devait pas perdre de vue tout au long de ses réflexions, la compétence se présente sous le sceau de l'évidence. Son appréhension de cette dernière ne fut cependant pas toujours identique, et ce notamment quant à son contenu. Il admettait effectivement que « *le mot compétence désigne non seulement le pouvoir pour un fonctionnaire de faire des actes juridiques, mais encore de faire régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations matérielles n'ayant point le caractère juridique* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Brocard, 1930, p. 151 et 152. Suggérant alors la possibilité d'une double dimension de la compétence, il rejeta néanmoins longtemps cette hypothèse en précisant dans un premier temps que « *la compétence ne peut être qu'un pouvoir de faire des actes ayant un caractère juridique* » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 494, ajoutant même que « *la compétence est le pouvoir de faire des actes d'autorité et le non le pouvoir de faire des actes de gestion (...). Sa compétence proprement dite ne comprend que les actes d'ordre juridique* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 495 et 496.

⁶³ Il n'y a sur ce point qu'à citer Francis-Paul Benoît pour prendre la mesure de cette opposition radicale, sans être pour autant agressive, à l'admission d'une dimension duale de la compétence. Une position qui transparait clairement dans son manuel par l'instauration d'une nette distinction entre la compétence et l'attribution, le pouvoir normatif et l'activité matérielle. Il affirmait alors, à l'instar d'ailleurs de Léon Duguit, que « *dans une langue juridique bien faite il serait opportun de réserver le terme compétence à l'aptitude à faire des actes juridiques, et celui d'attribution à l'aptitude à réaliser des opérations matérielles. Comme on va le voir, cette terminologie précise est justifiée par de considérables différences de fond* » : BÉNOIT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 468.

⁶⁴ Il affirmait en effet que « *la notion fondamentale de compétence, rapprochée de la notion civile de capacité, est un premier exemple à l'appui de ce qu'on avance* », érigeant alors celle-ci en tant que point cardinal de son raisonnement bien qu'il n'en fasse pas non plus la pierre angulaire : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 287. Aussi se demandait-il en effet « *pourquoi, parmi tant de cathédrales portées par des piliers nombreux, s'érigerait cette unique pyramide assise sur sa base monolithique* », le droit administratif : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 291.

⁶⁵ Rappelons qu'il s'agit là d'une distinction aujourd'hui largement abandonnée mais que l'on pourrait croire retrouver dans la distinction entre le pouvoir et l'activité administrative. Les deux dimensions de la compétence dont il est ici question semblent effectivement pouvoir être décelées dans les différentes dichotomies successives ayant eu cours durant l'évolution du droit administratif : gestion publique/gestion privée, puissance publique/service public, ou encore pouvoir/activité.

⁶⁶ Une dichotomie d'ailleurs déjà proposée par Jean Rivéro, lequel envisageait « *d'esquisser cette formule (...), selon la leçon d'Hauriou, sur une première distinction : celle du but, et celle des moyens* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 292.

compétence. Alors que François Vincent choisissait lui aussi de l'appréhender exclusivement sous l'angle de sa dimension normative⁶⁷, d'autres auteurs avant et après lui suggéraient en effet de la superposer à une dimension matérielle. Ce fut logiquement à partir de l'intérêt marqué de la doctrine pour la question de l'exercice de la compétence qu'une telle hypothèse en vint à affleurer sensiblement à la surface d'un discours bien établi⁶⁸. Aussi est-il indispensable d'évoquer sur cette question les réflexions menées par Jean Delvolvé, ainsi que leur approfondissement par Lino Di Qual et Hubert Maisl⁶⁹. Le premier fondait effectivement en grande partie sa théorie de la délégation de matières sur la distinction qu'il percevait entre le pouvoir lié à la puissance publique, attachée au critère organique, et les fonctions rapprochées du domaine d'action matérielle des personnes publiques⁷⁰. Il parvenait de ce fait à démontrer que chaque personne publique « *aurait selon cette théorie un domaine naturel, qui serait un des éléments caractéristiques de son pouvoir* »⁷¹ et qui participerait également du contenu de la compétence⁷². Influencé par le principe d'indisponibilité des compétences, il concluait son propos en affirmant que les personnes publiques ne peuvent qu'exercer « *leur pouvoir dans la zone d'action qui leur est attribuée (et) ne peuvent modifier eux-mêmes leur*

⁶⁷ Il n'ignorait toutefois pas l'existence, dans la doctrine, d'un courant évoquant cette double dimension dans le cadre d'une acception étendue de la notion de compétence.

⁶⁸ Une question pourtant longtemps ignorée, et envisagée dans un premier temps de manière essentiellement incidente à l'occasion de réflexions sur des problématiques voisines.

⁶⁹ Celui-ci confirma en effet la distinction à opérer entre le pouvoir et la compétence. Il démontrait notamment que la délégation portait nécessairement sur la seconde dans la mesure où, selon Adhémar Esmein, « *les pouvoirs s'exercent mais ne se délèguent pas* » (ESMEIN A., « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, p. 200) et que si « *le pouvoir est la force dont une autorité revêt un acte* », la compétence correspond quant à elle à la « *faculté de faire des actes juridiques (ou non juridiques d'ailleurs) au nom de l'État dans une matière déterminée* » : MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université Paris II, 1972, p. 45 et 46.

⁷⁰ Alors qu'il rappelait que « l'idée de la séparation des fonctions matérielles ne vient qu'après coup, car il est naturel d'attribuer à chacun des organes des organes distincts, qu'on a voulu investir d'une fraction de la puissance publique, une fonction distincte », il démontrait de surcroît que cette notion de pouvoir « n'est pas en soi exclusive d'une autre notion, que notre droit ne reconnaît pas en réalité, mais à laquelle sont attachés maints auteurs, et qui dérive, sinon de la théorie des fonctions matérielles, du moins de l'idée que chaque organe aurait une zone d'action exclusive (...) de l'exercice de leur pouvoir à l'occasion de matières déterminées (...). En d'autres termes, son pouvoir ne serait pas défini seulement par la force dont ses actes sont revêtus, mais aussi par les matières auxquels ces actes sont susceptibles de s'appliquer » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 33, 34 et 35.

⁷¹ DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 35.

⁷² Bien qu'il réservât alors en partie son raisonnement à la détermination de la frontière entre le domaine de la loi et celui du règlement, la démonstration qu'il proposait suggérait de manière évidente cette double dimension de la notion de compétence partagée entre le pouvoir juridique formel et le domaine d'action matérielle. Ainsi précisait-il à partir de la Constitution de 1875 qu'elle « *fixera dans le domaine du Parlement et du Chef de l'État les matières qu'elle jugera devoir être réglée par l'un ou par l'autre d'une façon indispensable, suivant qu'elle prétendra donner aux citoyens une garantie plus grande ou que, au contraire, elle voudra qu'il puisse être satisfait plus facilement et plus rapidement aux nécessités du gouvernement et de l'administration* », pour finalement constater qu'elle « *fixe un certain nombre d'actes qui sont de la compétence du président de la République* » et d'autres de celle du Parlement : DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 117. Notons que la pertinence de cette analyse devait être renforcée par la Constitution de 1958, et plus particulièrement par les articles 34 et 37 posant la détermination respective du domaine de la loi et du règlement, et précisant ainsi la sphère de compétence du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

compétence »⁷³ en dehors des cas où elles peuvent y être autorisées par la voie de la délégation prévue par le droit objectif⁷⁴. Poursuivant l'œuvre de son prédécesseur sur cette question, Lino Di Qual précisait encore davantage l'articulation de la compétence et du pouvoir et apportait ainsi une lecture enrichie de cette dualité⁷⁵. C'est toutefois sous l'impulsion décisive de Jean Rivéro que cette acception duale devait trouver un véritable écho dans la doctrine et dévoiler ses conséquences les plus notables. Initiateur du retour au premier plan d'une réflexion fondamentale liée à la recherche d'un critère du droit administratif, il entraîna avec lui quelques émules poursuivant le sillon qu'il avait tracé à l'occasion de sa retentissante contribution⁷⁶.

220. Du bon usage de la distinction des dimensions normative et matérielle de la compétence.

Partant d'une définition particulière du droit⁷⁷, Jean-Paul Buffelan considérait à sa suite qu'« à côté du point de vue formel, qui est le propre du droit et qui englobe les procédures utilisées et les organes créateurs des actes juridiques, il existe un point de vue matériel qui prend en considération la nature de l'activité ou de la situation, objets de l'acte juridique »⁷⁸. Ainsi en découlait-il inévitablement une conception singulière de la compétence, résultat d'une déclinaison de cette vision du droit reposant sur une approche mêlant chacun de ces points de vue, et ce afin de ne pas en perdre une partie de la substance⁷⁹. Une telle approche invitait par conséquent à faire de la notion de compétence la clef de voûte de l'action administrative par la réunion du critère normatif, l'exercice d'un pouvoir lié à la puissance

⁷³ DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 148 et 149.

⁷⁴ Et le cas bien spécifique des règlements d'administration publique venait ainsi parfaitement illustrer sa démonstration et les conclusions auxquelles elle le menait. Il considérait par conséquent le règlement d'administration publique comme permettant d'accroître « la compétence de l'autorité déléguée, en agrandissant le champ de l'exercice de son pouvoir » : DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 96.

⁷⁵ Son raisonnement prenait effectivement pour point de départ le constat selon lequel « la compétence entraîne, pour l'agent, le pouvoir de faire certains actes dans le cadre de ces attributions (...). On dira que, dans une matière où elle est compétente pour agir, l'autorité administrative a le pouvoir de faire tel acte ou tel autre acte » : DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964, p. 2.

⁷⁶ Alors qu'il soulevait la question de la pertinence de rechercher un critère unique du droit administratif, il appelait ses successeurs à poursuivre « les deux directions du « plus » et du « moins », de la puissance publique et des servitudes particulières imposées à l'action administrative, d'après les exigences de l'utilité publique » : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP*, 1953, p. 296.

⁷⁷ « En effet, considéré du point de vue dynamique qui doit être le nôtre, le droit est essentiellement une forme hiérarchisée du réel qu'il schématise et spécifie. Selon cette définition, le droit est l'union d'une forme et d'une substance : d'où un aspect formel et un aspect matériel » : BUFFELAN J.-P., « L'introuvable critère du droit administratif », in *Études de droit public*, Éditions Cujas, 1964, p. 181.

⁷⁸ BUFFELAN J.-P., *Ibid.*

⁷⁹ Une approche nécessairement duale de la notion de compétence dans la mesure où il apparaissait alors que dans toute démarche doctrinale, « l'écueil, qui n'est pas toujours évité, réside dans l'abandon complet de l'un des deux critères. Cette absence de contre-poids dans le raisonnement contribue souvent à fausser la théorie par ailleurs très rigoureusement construite » : BUFFELAN J.-P., *op. cit.*, p. 182. Et d'ajouter que « le point de rencontre de l'élément formel et de l'élément matériel, nous permet d'affirmer avec certitude l'existence d'une notion ».

publique, et d'un critère matériel, l'exercice de tâches « concrètes » et ordinaires dans un domaine d'activité déterminé au regard des exigences de l'intérêt général. Il convient également de citer, au titre des précurseurs d'une telle acception duale de la compétence, les travaux engagés par Francis-Paul Bénoit. Certes ce dernier n'admettait pas qu'il existât dans la compétence autre chose qu'un pouvoir normatif. Mais il remarquait cependant qu'il subsistait au sein de la doctrine une certaine tendance à admettre à ses côtés une dimension matérielle de l'action administrative comprise dans les attributions de chacun des agents, et qui se trouvait souvent confondue sous l'acception de compétence⁸⁰. Une fois franchi le pas de l'assimilation de l'attribution à la compétence, la double dimension de celle-ci devait apparaître comme une évidence malgré l'opposition d'une partie de la doctrine. Les travaux menés par Jean-Marie Pontier contribuèrent par la suite à l'installer au sein de la théorie générale du droit administratif⁸¹. Théorie à laquelle il s'agit justement de tâcher d'intégrer le concept d'externalisation administrative dont l'objet est essentiellement constitué par la réalisation de la compétence elle-même, et est donc incontestablement influencé par ces deux dimensions⁸². Alors que sa dimension normative ferait référence au pouvoir exorbitant qu'elle attribue aux personnes publiques⁸³ et à l'habilitation qu'elle leur confère pour en user, sa

⁸⁰ Ainsi affirmait-il « *que, dans l'activité des agents administratifs, il (convient) de distinguer ce qui est activité juridique et ce qui est activité matérielle* », en dénonçant dans le même temps le fait « *que cette distinction est en général très insuffisamment faite sur le plan de l'aptitude à agir des agents publics. Qu'il s'agisse d'aptitudes juridiques ou d'aptitudes matérielles, l'usage est bien souvent de les englober sous un vocable unique – qui est indifféremment celui de compétence ou d'attribution – et, sous cette terminologie unique, de les confondre sur le plan du fond* » : BÉNOIT Fr.-P., *op. cit.*, p. 467.

⁸¹ Il convient en effet d'indiquer dès maintenant le caractère essentiel de la contribution apportée par Jean-Marie Pontier à l'appréhension contemporaine de la notion de compétence en droit administratif. Confirmant dans un premier temps qu'il convenait de ne pas la confondre avec le pouvoir, il proposait avant d'entrer dans le vif de son sujet, la décentralisation, un véritable exposé théorique de la définition à retenir pour cette notion. Plus précisément il en présentait à la fois le sens et la portée. Alors que son contenu recouvrait selon lui à la fois une expression contrainte de la capacité ainsi qu'un pouvoir, sa dimension impliquait de la mesurer à l'aune du « *champ matériel d'exercice des pouvoirs d'une autorité* » selon les mots de Jean Delvolvé (DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 87) : voir de manière exhaustive cette présentation théorique renouvelée de la notion de compétence : PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 77, 1978, p. 29 et s.

⁸² À l'instar, soulignons-le, de la notion de décentralisation telle qu'elle y fut aussi agrégée dans l'œuvre de Jean-Marie Pontier. Rappelons en effet que l'intégration de la notion de décentralisation à la théorie générale du droit administratif, et notamment de l'organisation administrative, impliqua au préalable de la part de Jean-Marie Pontier un certain nombre de précisions à apporter à la notion de compétence dont il indiquait en effet qu'elle « *apparaît souvent, mais recouvre rarement le même contenu* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 29. Il poursuivait en indiquant également qu'il s'agissait pour la plupart des membres de la doctrine d'un « *terme commode que l'on utilise indifféremment à la place d'autres termes* », et notamment de celui de pouvoir serait-il possible de préciser.

⁸³ Reprenant l'expression adoptée par Lino Di Qual, Jean-Marie Pontier affirmait effectivement que « la compétence n'est qu'un « *pouvoir à l'état potentiel* » (...). *La compétence ne devient pouvoir que lorsqu'elle apparaît dans l'ordre normatif* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 34. Ainsi établissait-il dans une certaine mesure un pont entre le pouvoir et l'ordre juridique kelsenien par l'intermédiaire de la notion de compétence. Le pouvoir ne serait valide dans cet ordre juridique particulier que sous réserve qu'il soit exercé en vertu d'une compétence. Il s'agirait là de la dimension formelle, ou normative, de la compétence.

dimension matérielle préciserait la matière dans laquelle il s'exerce⁸⁴ et, plus précisément, les activités de prestations ordinaires et diverses qu'elle implique. Aussi le principe même de la mise en œuvre de l'externalisation administrative pour la réalisation de la compétence paraît-il devoir être éclairé par son indisponibilité en fonction des dimensions normative ou matérielle que cet outil de gestion prend pour objet⁸⁵.

Annonce de plan. Il y a donc lieu de trouver ici une solution au problème soulevé par Philippe Yolka pour qui « *il n'est donc pas très simple de savoir où commence l'externalisation, où elle finit, ni ce qu'elle recouvre exactement* »⁸⁶. Entendue comme la pratique consistant à « *confier une activité à un prestataire extérieur après l'avoir réalisée en interne* »⁸⁷, l'externalisation administrative s'exprime en effet d'autant plus nettement en droit administratif lorsqu'elle est observée à partir du « point de fuite » que constitue la notion cardinale de compétence, laquelle détermine les activités que les personnes publiques sont susceptibles d'exercer. Dans un premier lieu, l'étude de la dimension normative de son contenu importe dans la mesure où elle présente une exorbitance spécifique justifiée en grande partie par la supériorité du pouvoir politique sur les relations entre particuliers⁸⁸. Il apparaît alors qu'elle impose par principe un repliement de l'externalisation administrative lorsque sa réalisation en constitue l'objet. D'une part, car la substitution de l'indisponibilité à l'indélégalité instruit a priori d'un repliement face à la dimension normative de la compétence (section 1) et, d'autre part, car elle invite à déduire ce repliement de l'externalisation administrative confrontée à cette dimension normative (section 2).

⁸⁴ Apportant alors une approche originale de la notion de compétence, Jean-Marie Pontier poursuivait en effet son exposé théorique en démontrant que « *la notion de compétence emporte donc à la fois l'idée d'un domaine propre d'action et l'idée conséquente d'une limitation de ce domaine* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵ Et ce notamment dans la mesure où « *l'activité de l'administration, comme toute activité humaine, emprunte deux voies : celle de la décision, celle de l'opération* » : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 427. Notons que bien avant lui Maurice Hauriou affirmait déjà « *que l'action administrative peut être envisagée soit du point de vue des décisions exécutoires soit de celui des opérations administratives* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 458.

⁸⁶ YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 15.

⁸⁷ CHANSON G., « L'externalisation, les raisons d'une stratégie gestionnaire », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2131, p. 20.

⁸⁸ Élodie Saillant démontre en effet que « *l'exorbitance est l'expression juridique de cette puissance qui trouve à se manifester sous différentes formes : l'acte législatif, l'acte juridictionnel, ou l'acte administratif unilatéral directement exécutoire, tous marqués par ce même pouvoir d'imposer aux particuliers sans l'expression directe de leur consentement* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 116.

Section 1 : Un repliement instruit par une relecture de l'indisponibilité

221. Un repliement inhérent à la règle objective d'indisponibilité de la compétence. La problématique retenue invite logiquement à entreprendre une démarche prenant appui sur la compétence dont la réalisation coopérative constitue l'objet essentiel de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Appréhendée comme une forme objectivée de l'intérêt général⁸⁹, la compétence est en outre considérée comme norme d'habilitation attribuée aux personnes publiques et fixant strictement l'étendue de leur champ d'intervention⁹⁰; en d'autres termes, permettant de procéder à la détermination objective de ce qui, de l'action administrative, peut ou pas constituer l'objet de la mise en œuvre d'une telle stratégie pour sa réalisation. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse alors d'intérêt général ou de compétence envisagés chacun commun les deux faces d'une même médaille, ils participent nécessairement aux « *limitations communes à l'ensemble des actes par lesquels va se manifester la volonté administrative* »⁹¹, et donc à l'ensemble de l'action administrative. Il est donc à double titre cohérent d'y rechercher les limitations imposées au concept d'externalisation administrative⁹² au-delà de la seule prise en compte du principe

⁸⁹ Sur ce point, les démonstrations proposées par François-Xavier Fort et Thiphaine Rombauts-Chabrol contribuent à confirmer la pertinence de cette hypothèse. Confrontés aux diverses « *interrogations propres à la notion de compétence locale* », le premier suggère en effet qu'il est possible de « *s'appuyer sur la notion plus objective de compétence et démontrer ainsi l'existence d'une base légale autorisant les collectivités territoriales à agir* », et ce au-delà de la notion d'affaires locales envisagées comme une manifestation de l'intérêt public local : FORT F.-X., « Observations sur la notion de compétence locale », *JCP A*, juin 2014, n° 26, étude 2200, p. 3. Le second vient d'ailleurs quant à lui préciser cette articulation de la compétence et de l'intérêt public locale, démontrant alors que « *la fonction principale de l'intérêt public local réside dans ce qu'il constitue pour une collectivité déterminée, selon les circonstances particulières de l'espèce envisagée, un titre à agir* » ; c'est-à-dire participe de la détermination d'une compétence : ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016, p. 229. Et de préciser que la jurisprudence a imposé « *un ensemble de conditions dont la réunion est nécessaire pour caractériser, dans une démarche casuistique, ce titre à agir* », parmi lesquelles figure celle de l'existence d'un intérêt public local : ROMBAUTS-CHABROL T., *op. cit.*, p. 230.

⁹⁰ L'analyse engagée par Jean Rivéro à l'aube de la seconde moitié du XXe siècle incitait d'ailleurs la doctrine à emprunter ce chemin encore en friche de la compétence. Il y voyait en effet un élément objectif déterminant de la singularité du droit administratif, et exprimait clairement ce lien l'unissant à la notion subjective d'intérêt général. Il affirmait effectivement, après avoir fait la démonstration une première fois du caractère contraignant de la compétence pour les personnes publiques, que « *l'administration ne peut vouloir légalement que les fins positives à elle assignées : l'intérêt général toujours, et plus strictement encore, dans un grand nombre de cas, le but précis qui correspond à telle compétence particulière* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 288.

⁹¹ RIVÉRO J., *Ibid.*

⁹² Expliquant les motivations d'une résurgence de cette thématique du critère du droit administratif, Jean Rivéro justifiait ainsi la nécessaire détermination d'un « *critère, un principe, dont puisse s'inspirer le juge, et qui, à la fois, délimite et explique le droit administratif* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 281. Sans pour autant en constituer un critère, la notion de compétence pourrait effectivement tout à fait être envisagée aujourd'hui comme un principe cardinal de cette branche particulière du droit endossant à la fois une fonction délimitative et explicative. Une fois de plus le propos tenu ici rejoint celui avancé auparavant par Jean Rivéro selon lequel les personnes publiques subissent en vertu de leurs compétences autant de prérogatives que de sujétions. S'il parvenait à démontrer que l'administration bénéficie, pour la poursuite de l'intérêt général, d'un certain nombre de

d'indélégalité touchant les activités de nature régaliennne. La notion de compétence incite d'ailleurs à appréhender ce principe comme une conséquence de son indisponibilité dont il convient par conséquent de préciser la portée. Alors que la puissance publique, expression de la compétence normative, matérialise toujours l'essentiel des prérogatives exorbitantes qui leur sont attribuées par les divers titres à agir, les sujétions se manifestent également sous la forme d'une limitation de leur possibilité d'action à la fois au nom de la délimitation de leur champ de compétence et du cadre contraignant que leur impose le droit objectif. Aussi conviendrait-il donc de poursuivre plus avant cette intuition de Jean Rivéro dont « *l'exploration en peut être féconde* »⁹³. Il est donc intéressant de s'interroger sur le sens à retenir du caractère nécessairement dérogoatoire de l'externalisation administrative⁹⁴, et de démontrer en quoi, pourquoi et comment il s'exprimerait au travers d'une limitation singulière par rapport à ce qu'elle représente en droit civil et dans le monde de l'entreprise en tant qu'outil stratégique de gestion.

Les développements précédents ont en effet permis de mettre en lumière certains points de divergence, de fond autant que de forme, entre l'externalisation stratégique et l'externalisation administrative. Parmi ceux-ci, le plus important paraît être celui lié à leur objet respectif. Alors que la première porte sur la réalisation par un tiers d'une activité, d'une fonction, parfois d'une mission d'une entreprise, la seconde s'attache à la réalisation coopérative de la compétence d'une personne publique. Aussi y aurait-il dans cette discordance les ferments d'une délimitation de l'externalisation propre à la matière administrative, inhérente à la notion objective et contraignante de compétence et à son indisponibilité. Il se pourrait toutefois qu'il

prérogatives exorbitantes, il précisait également que, « *à l'opposé, on trouve les règles dans lesquelles la même exigence d'intérêt public aboutit à minimiser ces prérogatives (...), celle qui refuse à l'administration les possibilités juridiques qui sont à la disposition des particuliers* » : RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 293.

⁹³ RIVÉRO J., *op. cit.*, p. 294. Il ne s'agit alors ni plus ni moins que de s'inscrire dans le courant contemporain (Majoritaire au point d'être envisagé comme le paradigme actuel du droit administratif comme le démontre par exemple les travaux respectifs de Valérie Dufau et d'Élodie Saillant : DUFU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000 et SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011) en vertu duquel le caractère dérogoatoire au droit commun du droit administratif s'entend « *soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits* » : RIVÉRO J., *Ibid.*

⁹⁴ Il n'y aurait en effet pas de justifications objectives et logiques à ce que le concept d'externalisation administrative échappe à ce trait caractéristique du droit administratif que constitue son aspect dérogoatoire au droit commun. Rappelons-nous, pour rester dans le discours de ce dernier, les propos de Jean Rivéro en vertu desquels « *trop de générations de juristes ont fouillé la matière du droit administratif pour qu'on n'éprouve pas a priori quelque suspicion à l'égard des remises en cause radicales ; certes l'évolution des institutions ne cesse de renouveler la matière ; mais renouvellement n'est pas révolution, et il serait présomptueux de faire table rase du passé alors que, dans l'ordre administratif, ce passé demeure vivant dans une très large mesure* » : RIVÉRO J., *Ibid.*

soit également envisageable d'y déceler paradoxalement un point de convergence susceptible d'éclairer plus nettement encore ces frontières. Il serait tout à fait logique de voir, au-delà d'une différence dans les termes de leurs objets respectifs, une forme de superposition de ceux-ci par la référence à la dimension matérielle du contenu de la compétence désignant alors les activités techniques et de prestations attribuées à chaque personne publique et qui pourrait constituer l'objet d'une externalisation alors que la dimension normative habilitant à exercer un pouvoir juridique exorbitant constituerait le « cœur de métier » des autorités administratives considéré comme indélégalable car résultant d'une compétence indisponible. Envisager alors la détermination des contours du concept d'externalisation administrative à l'aune de la notion de compétence conduit donc à s'intéresser à titre principal à la délimitation inhérente à ce qui correspondrait à « *une limitation des matières auxquelles s'applique la compétence* »⁹⁵. Une telle démarche implique par conséquent d'évaluer ce concept inédit en tachant, « *en quelque sorte, de faire œuvre de chirurgien* »⁹⁶ et de décomposer la compétence afin de déterminer de manière systémique et globale ce qui entre dans le champ de l'externalisation, et ce qui en est exclu par principe. Aussi l'analyse conduit-elle à connaître en tout premier lieu de la compétence et des contraintes qu'elle fait peser sur l'action administrative à travers le principe de son indisponibilité.

Une partie de la doctrine contemporaine envisage cependant toujours les limites de l'externalisation de l'action administrative en fonction de la nature des activités considérées⁹⁷ et sous l'angle de leur indélégalabilité. Ainsi Jean-David Dreyfus affirmait-il par exemple que de telles limites pouvaient être « *liées au type d'activité* »⁹⁸. Deux constats doivent

⁹⁵ PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 77, 1978, p. 35. L'auteur se réfère quant à lui à la signification attachée par Jean Delvolvé à la dimension matérielle de la compétence qu'il envisageait en tant que « *champ matériel d'exercice des pouvoirs d'une autorité* », dévoilant alors les deux dimensions de celle-ci : DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 87.

⁹⁶ DI QUAL L., *op. cit.*, p. 59. L'auteur considérait en effet que l'étude renouvelée du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée appelait incidemment de rechercher « *dans l'acte le domaine de la compétence liée et celui du pouvoir discrétionnaire, analyser cet acte et le décomposer en ses divers éléments* », tout comme il conviendrait désormais d'établir les limites de l'externalisation administrative aux moyens d'une décomposition précise de ce qui en constitue l'objet : la compétence des personnes publiques. Cela permettrait notamment d'identifier avec plus de précision ce qui dans la compétence en constitue effectivement l'objet.

⁹⁷ Dans son analyse consacrée à la réception par le droit public de l'externalisation, Julien Boucher procédait en effet, en parallèle, à un rapprochement entre l'indélégalabilité des activités de police et les limites de l'externalisation administrative. Il précisait notamment que « *le droit public protège donc en quelque sorte les collectivités publiques contre elles-mêmes, en leur interdisant d'externaliser certaines activités qui constituent leur raison d'être* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 8.

⁹⁸ DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1215. Et plus précisément que « *la délégation des activités régaliennes est interdite* ». Il indiquait en effet quelques années plus tard que « *seules les « fonctions de souveraineté », qui n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique, ne peuvent être déléguées* », et donc non plus externalisées : DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du

néanmoins être posés afin de préciser le fondement véritable et les contours de l'externalisation administrative. Traditionnellement liées au principe d'indélégalité, les limites de la mise en œuvre de ce concept ayant pour objet la compétence invitent d'une part à envisager ce principe comme une conséquence de l'indisponibilité. Ce remplacement de la compétence autorise ainsi à appréhender d'autre part l'externalisation à l'aune du contenu des compétences attribuées aux personnes publiques et de leur indisponibilité. Mais si la compétence ne saurait être réduite à la seule habilitation à l'exercice d'un pouvoir normatif à priori hors de portée de l'externalisation administrative, et qu'elle recouvre également celle à intervenir dans un champ matériel d'activités déterminé sur lequel cette dernière pourrait trouver pleinement à se réaliser, il n'en demeure pas moins que la puissance publique constitue toujours un pan substantiel de l'action administrative en principe indisponible. Plus précisément encore, elle représente en effet ce qui relèverait de son essence, de son « cœur de métier » irréductible, dont la réalisation ne saurait être confiée à une autre personne. Il convient par conséquent de tâcher de fournir une explication théorique plus précise à cette intuition d'un repliement de l'externalisation face à la dimension normative de la compétence des personnes publiques, d'un repli finalement imposé formellement par le droit objectif.

Annnonce de plan. Quel que soit son destinataire, l'externalisation demeure enserrée dans le carcan formel et objectif que lui impose la compétence en tant que norme d'habilitation primaire fixant les conditions de sa réalisation. Ce retrouve alors « *un verrou à ne pas pousser, une porte à ne pas ouvrir, un seuil à ne pas franchir* » qui maintiendrait l'externalisation administrative en dehors « *des compétences considérées comme régaliennes* »⁹⁹ et qu'il convient d'identifier¹⁰⁰. Si ce constat peut être étendu sur le terrain du principe même de l'action administrative et de sa réalisation, l'abandon du critère exclusif de la nature des activités contribue alors à donner un sens à la référence à l'exercice de la

service », *AJDA*, 2009, p. 1531. Ce à quoi souscrit également Laure Tonnet-Mirepoix lorsqu'elle restreint le champ de l'externalisation administrative par l'exclusion des « *matières non contractualisables* ». Bien qu'elle admette que ce critère serait trop insuffisant pour fournir une délimitation appropriée de l'externalisation administrative, elle rappelle en effet que « *la section de l'intérieur du Conseil d'État a considéré que « par sa nature (...) » certaines activités « ne peuvent être assurées que par la collectivité elle-même (...), car elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique ou y sont liées »* : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 67.

⁹⁹ PONTIER J.-M., « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, 2003, p. 194.

¹⁰⁰ Un carcan objectif qu'évoquait d'ailleurs la section du Rapport et des Études en 2008 lorsqu'elle indiquait à propos du contrat que « *des domaines entiers, notamment régaliens, lui demeuraient fermés* » : Conseil d'État, 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, EDCE, n°59, 2008, p. 179. La section du Rapport et des Études précisait en effet dès 2008 à propos de la contractualisation que la liberté des personnes publiques en la matière s'arrêtait en fin de compte là où le droit objectif en fixe les bornes.

puissance publique souveraine. L'externalisation administrative trouverait par conséquent ses limites du fait du principe d'indisponibilité des compétences et non plus de cette seule nature indélégalable. L'évolution contemporaine du droit positif invite en l'occurrence à réviser la grille de lecture classiquement employée par la doctrine pour circonscrire le domaine du délégalable et du non-délégalable à partir de l'indisponibilité. Ainsi convient-il d'en éclairer les conséquences en bâtissant « *un abri provisoire* »¹⁰¹ pour l'exercice de la puissance publique à partir d'une relecture de ce principe (§2) dont les prémisses peuvent être décelées dans les réflexions doctrinales contemporaines, elles-mêmes inspirées par les intuitions des anciens Maîtres du droit administratif (§1).

§1 : *Les prémisses d'une relecture doctrinale de l'indisponibilité*

222. Une limitation d'abord stratégique désormais juridique et objective. Si la restriction doctrinale de l'application de l'externalisation administrative à des activités accessoires peut tout à fait s'expliquer par son fondement stratégique¹⁰², il est également possible d'envisager une justification fondée sur les spécificités inhérentes à l'action administrative et, plus particulièrement, à la notion objective de compétence des personnes publiques et à la règle de l'indisponibilité qui encadre sa réalisation. Cela permet notamment d'offrir un éclaircissement à la tendance généralement observée d'une évolution qualitative du recours à une telle stratégie par les personnes publiques¹⁰³, et donc à l'émergence de son utilisation dans le champ d'activités considérées auparavant comme essentielles et indélégalables car

¹⁰¹ Constatant les évolutions du droit positif influencées par la pratique, Henri Ripert affirmait en effet que « *c'est à l'interprète qui étudie ensuite l'évolution de la jurisprudence à systématiser les idées nouvelles qu'elle contient en germe et à coordonner ses solutions, de façon à leur donner l'appui de nouvelles constructions doctrinales qui ne prétendent pas évidemment à l'éternité mais qui présenteront du moins l'utilité d'un abri provisoire* » : RIPERT H., « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 7.

¹⁰² « À ce titre, il (le phénomène d'externalisation en droit administratif) s'inscrit dans un objectif de performance publique impliquant le recentrage sur le cœur de mission et l'externalisation des missions accessoires » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 41.

¹⁰³ S'il est en effet inhérent à la stratégie de l'externalisation de favoriser le recentrement d'une organisation sur ce qu'elle considère comme relevant de son « cœur de métier » en confiant à des partenaires extérieurs la gestion et la réalisation d'activités jugées accessoires, l'externalisation administrative présente dans une certaine mesure un brouillage par rapport à cette caractéristique. Florian Linditch soulignait d'ailleurs un tel décrochement vis-à-vis de l'approche managériale et constatait que « *ce phénomène ne cesse d'ailleurs de se développer : après avoir concerné les services administratifs logistiques, il gagne les fonctions nobles, celle qu'on désigne habituellement comme les services régaliens (...), c'est ici que l'externalisation rencontre la puissance publique* » : LINDITCH FL., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 78 et 79.

régaliennes¹⁰⁴. Un tel constat invite en effet à se dégager du carcan conceptuel jusque-là conservé selon lequel l'origine managériale de l'externalisation suffirait à en fournir toutes les clefs de compréhension à partir d'une observation « naturelle » de l'action administrative. Ce déplacement de la réflexion relative aux limites de l'externalisation sur le terrain juridique paraît dès lors inéluctable alors que pour nombre d'observateurs « *le sujet de l'externalisation de parcelles de souveraineté n'est plus un sujet tabou* », et qu'il emporte avec lui la question des « *contours futurs de la puissance publique dans le droit public contemporain* »¹⁰⁵. S'il était encore satisfaisant jusque-là de tracer les frontières de l'indélégalable à partir de la démarcation traditionnelle de la nature des activités régaliennes et non-régaliennes, il semble désormais que l'externalisation administrative impose une prise en compte renouvelée de cette problématique. Ce concept et la notion de compétence se retrouvent ainsi sur des trajectoires vouées à se rencontrer à l'endroit précis de la détermination de ces contours au moyen du principe d'indisponibilité et de son rapport avec l'exercice de la puissance publique¹⁰⁶.

Où serait-il alors possible de puiser les racines d'une délimitation nouvelle du « cœur de métier » de l'administration alors qu'une « *redéfinition de l'exercice de la puissance publique (...) au profit de la notion de gestion des activités publiques aménagées en fonction d'impératifs dimensionnels* »¹⁰⁷ semble devoir s'imposer à la doctrine contemporaine¹⁰⁸ ? Les

¹⁰⁴ « *L'étude de la pratique de l'externalisation met en exergue une évolution de son champ d'application. Ce procédé n'est plus seulement utilisé pour la délégation d'une fonction accessoire, mais il touche les fonctions supports, celles qui fondent le particularisme de l'État et des personnes publiques* » : TONNET-MIREPOIX L., *Ibid.* De même, nombreux sont les auteurs ayant pu poser un tel constat durant la dernière décennie. Ainsi par exemple Étienne Muller souligne-t-il qu'en droit positif « *le premier pas significatif dans le sens du développement de l'externalisation globale dans le domaine des activités publiques dont l'exécution proprement dite est indélégalable fut certainement franchi lors de l'adoption de la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 103. Et de rajouter que ce faisant cette évolution ouvrait la voie à une extension « *très large du périmètre des tâches pouvant être confiées à des opérateurs privés* », ou public selon le cas : MULLER É., *op. cit.*, p. 104. Dans ce même domaine, Florence Nicoud notait d'ailleurs dès 2006 que « *la mise en concurrence de la puissance publique dans un domaine traditionnellement monopolistique ne saurait aujourd'hui faire l'objet du moindre doute* » : NICOUD FL., « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, p. 1268.

¹⁰⁵ LINDITCH FL., *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁶ Florian Linditch souligne d'ailleurs que « *c'est ici que l'externalisation rencontre la puissance publique* », et que de cette rencontre pourrait donc résulter la détermination précise et juridique de ses frontières : LINDITCH FL., *Ibid.*

¹⁰⁷ FORT F.-X., « Observations sur la notion de compétence locale », *JCP A*, juin 2014, n° 26, étude 2200, p. 3.

¹⁰⁸ Une doctrine pour laquelle les préoccupations managériales ne doivent plus être étrangères. Aussi Francis-Paul Benoît soulignait-il d'ailleurs l'émergence d'une logique technocratique « *de la répartition des compétences, opérée non plus en vue des intérêts des habitants mais en fonction des caractéristiques propres des matières à gérer et de considérations tenant aux modalités pratiques de leur gestion* » : BÉNOÎT Fr.-P., « L'évolution des affaires locales », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2010, p. 36.

évolutions récentes de la pratique de l'externalisation administrative tendent en l'occurrence à démontrer que la nature, régalienne ou économique, d'une activité ne serait plus suffisante pour y parvenir à elle seule¹⁰⁹. Un tel bornage du champ de l'externalisation à partir de la nature des activités se révèle par ailleurs d'autant plus délicat que « *les contours de cette notion demeurent confus* »¹¹⁰. Pour ces diverses raisons, la question du « cœur de métier » doit inciter à adopter une approche juridique débarrassée en partie du lourd bagage managérial qu'elle porte. Qu'il s'agisse de l'activité régalienne ou de souveraineté de la puissance publique ou encore moins souvent de la compétence, le « cœur de métier » des personnes publiques se distingue en effet nettement de celui des entreprises par son caractère objectif et contraignant et constitue d'ailleurs une de ces valeurs du droit public encadrant l'action administrative¹¹¹. Malgré leur discrétion dans la doctrine, la notion de compétence et la règle de son indisponibilité s'avèrent en l'occurrence particulièrement à même de rendre compte et d'expliquer ce domaine réservé de l'action publique, et ce d'autant plus à travers la prise en compte de la double dimension normative et matérielle de son contenu. Aussi éclaireraient-elles toutes deux le mouvement de repli de l'externalisation qu'il est possible d'observer lorsqu'elle prend pour objet la réalisation d'activités manifestant l'expression de la puissance publique, et son déploiement lorsqu'il est question d'activités matérielles de prestations participant pourtant toutes deux au même titre de la réalisation de la compétence.

Si l'évocation de la nature des activités ne correspond plus à la réalité de la démarcation entre le déléguable et le non-déléguable ; c'est-à-dire entre un « cœur de métier » indisponible et des fonctions supports, matérielles, accessibles aux tiers, il convient de réaffirmer que le concept d'externalisation administrative renvoie irrémédiablement à la notion objective de

¹⁰⁹ Julien Boucher relevait déjà une telle transformation dès le début des années 2000. Il indiquait en effet que « *la nouveauté réside donc plutôt, semble-t-il, dans l'ampleur prise aujourd'hui par le phénomène et, plus encore, dans sa diffusion à des domaines où l'externalisation était jusqu'à présent marginale, à savoir celui des services publics administratifs, notamment les plus régaliens d'entre eux, qu'il s'agisse de la défense, de la police ou encore de la justice* » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰ Qu'il s'agisse alors d'une confusion inhérente à la nature même de ces activités régaliennes, ou bien du fait « *de l'intégration au sein de la jurisprudence administrative des concepts de « détachabilité » ou « d'opération matérielle »* » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 43. Julien Boucher indiquait d'ailleurs à ce propos que, « *même dans le cas des activités non déléguables, l'externalisation de prestations annexes est presque toujours possible dans une assez large mesure, pourvu que leur « détachabilité » puisse être démontrée* » : BOUCHER J., *op. cit.*, p. 8, alors que Patrick Péréon affirmait pour sa part qu'« *il n'existe pas de frontière totalement étanche entre les services publics déléguables et les services publics non déléguables* » : PÉREON P., « La délégation des services publics administratifs », *AJDA*, 2004, p. 1449.

¹¹¹ Jean-Bernard Auby évoque d'ailleurs la confrontation inéluctable de l'externalisation administrative à ces valeurs entendues comme « *les cadres juridiques généraux dans lesquels est enfermée l'action des autorités publiques dans le but de protéger les droits des citoyens et les intérêts de la société dans son ensemble* » : AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 665 et 666.

compétence et au principe de son indisponibilité aussi bien pour son identification et sa conceptualisation que pour l'appréciation de ses limites et de ses manifestations juridiques. Située invariablement en amont de la nature des activités, la question de la compétence constitue effectivement l'élément décisif de sa délimitation, et ce tout particulièrement à partir de la distinction entre ses dimensions normative et matérielle. S'il a pu un temps être suggéré que seule la nature d'une activité devait constituer l'ultime rempart à la privatisation et à la délégation de l'essence régaliennne de la puissance publique, le concept d'externalisation administrative engage par conséquent la réflexion sur le terrain plus vaste de la compétence dans la mesure elle « *se fonde ici non sur une appréciation purement subjective, mais sur l'exigence beaucoup moins imprécise du respect des normes constitutionnelles* »¹¹², ainsi que de manière générale sur sa fonction habilitante prévue strictement par le droit objectif. La dimension formellement contraignante de la compétence normative invite d'ailleurs, et ce depuis les grands penseurs du début du XX^e siècle, à revoir les limites de la coopération en droit administratif à travers la redéfinition juridique des contours de l'externalisation à partir de l'identification du contenu de la compétence en tant que norme d'habilitation primaire des personnes publiques. Bien qu'il ne puisse épuiser la problématique de l'endiguement de l'externalisation administrative au sein de la dimension matérielle de la compétence, le cas particulier de la coopération dans la réalisation des missions de police incombant aux personnes publiques suggère par exemple une telle approche objective de cette frontière. Il ne s'agit donc plus de tenter de justifier une circonscription au cas par cas en référence à la nature de chaque activité, mais plutôt de rechercher son fondement dans un principe autant séculaire qu'il paraît méconnu et flou¹¹³. Dès lors, le constat de l'abandon progressif d'une approche « naturelle » de l'indélégalité en matière de police (A) encourage à replacer la compétence au « cœur » de la détermination de celle-ci (B), et par conséquent à l'envisager à l'aune du principe d'indisponibilité.

¹¹² Il serait en effet enrichissant de puiser dans les réflexions suscitées chez Jean Rivéro par les prises de positions du Conseil constitutionnel à l'égard des nationalisations, puis des privatisations, des éléments utiles à la détermination des limites de l'externalisation administrative. Il concédait en effet que l'on « *retrouve là l'écho de la vieille distinction formulée par le commissaire du gouvernement Matter dans l'affaire dite du Bac d'Éloka devant le Tribunal des conflits, entre les services publics « par nature » et les autres* », et tempérait néanmoins ce rapprochement en apportant cette précision sur le caractère objectif du critère de la compétence : : note de Jean Rivéro sur la décision : CC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC ; *AJDA*, 1986, p. 583.

¹¹³ Aussi le passage de la nature de l'activité à la compétence de la personne publique comme élément déterminant des limites de l'externalisation implique-t-il une prise en compte renouvelée du principe d'indisponibilité des compétences afin de faciliter « *la définition du périmètre des fonctions externalisables (...) qui doit préserver l'exécution des activités stratégiques par les pouvoirs publics eux-mêmes* » : BABIN L. et LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, p. 37.

A. L'abandon progressif d'une approche « naturelle » de l'indélégalité

223. Le dépassement d'une limitation fondée sur la nature des activités. La posture adoptée ici conduit en l'occurrence à remettre en cause puis à reléguer au second plan la nature de l'activité comme critère principal de la détermination du « cœur de métier » indélégal, car indisponible, des personnes publiques ; c'est-à-dire de ce qui en constitue l'essence même et donc échappe par principe au champ de l'externalisation administrative¹¹⁴. Le Conseil d'État se prononça cependant dans un premier temps favorablement à la prise en compte de ce critère pour assurer la délimitation des activités délégalables et non-délégalables. Alors que Pierre Josse soulevait devant lui cette problématique « *de la distinction entre le service public fonctionnant administrativement et le même service confié à une organisation privée rémunérée à cet effet* »¹¹⁵, il encourageait effectivement le juge administratif à y répondre au fond eu égard à « *la véritable nature du service* » en cause¹¹⁶. Les membres les plus éminents de la doctrine abondaient pour leur part en ce sens affirmant que la nature du service public peut contraindre à une réalisation exclusivement par les autorités administratives habilitées¹¹⁷. Mais très vite le débat relatif à la prohibition de la délégation de l'exercice des pouvoirs de police et des activités régaliennes devait la conduire à suggérer un fondement plus large que la simple référence à la nature singulière de ces activités, un fondement lié à la compétence, sans pour autant l'écarter¹¹⁸. Elle évoluait d'ailleurs sur cette question pour « *revenir sur*

¹¹⁴ Julien Boucher fixait d'ailleurs très tôt les limites de l'externalisation administrative là où commence ce « *noyau dur* » de compétences sans lesquelles les collectivités publiques, vidées de leur substance, seraient privées de leur raison d'être » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 7.

¹¹⁵ Conclusions prononcées par Pierre Josse sur l'arrêt : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595, D., 1932.III.27.

¹¹⁶ Dans ces mêmes conclusions sur l'arrêt : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595, D., 1932.III.28. Aussi démontrait-il que le recours à un organisme privé en la matière donnerait lieu à un affaiblissement considérable de l'autorité et du contrôle exercé par l'administration sur le fonctionnement de ce service. Il fut en l'occurrence suivi dans ses conclusions dans la mesure où le Conseil d'État considéra que, « *par sa nature, (ce service) ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'Administration* » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595.

¹¹⁷ Le maître de Toulouse soulignait effectivement à propos de la décision Commune de La Bassée qu'elle « *ne serait pas de mise si, à raison de sa nature, le service ne pouvait être rendu que par des agents de la force publique ; ainsi, le service des gardes champêtres est facultatif, mais il est, en soi, un service des agents de la force publique, et il ne paraît pas possible qu'une commune subventionne un garde particulier pour obtenir de lui la protection de la paix publique. D'une façon générale, on ne concevait pas, dans notre droit, l'utilisation de corps de police particuliers et privés* » : note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 24 décembre 1909, *Commune de La Bassée*, S., 1910.III.49.

¹¹⁸ Dès les années 1960, Jacques Moreau démontrait effectivement que la prohibition de la contractualisation de l'exercice du pouvoir de police pouvait se fonder sur le fait que « *les caractères de la compétence s'opposeraient à un mode d'exercice de style contractuel dans la mesure où la technique conventionnelle défigurerait nécessairement l'essence propre aux pouvoirs de police* » : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 13. Il envisageait également un second fondement étroitement lié à la

l'idée que l'interdiction de contracter en la matière ne tiendrait finalement qu'à la nature de l'activité », pour finalement admettre une « *contractualisation de l'exercice de la police administrative* »¹¹⁹. Ainsi l'externalisation administrative trouve-t-elle désormais ses limites là où les fixe la règle de l'indisponibilité des compétences et non seulement la nature de l'activité. Il convient par conséquent d'en proposer une présentation originale afin de justifier le repliement de principe de l'externalisation lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la compétence normative d'une personne publique¹²⁰.

Comme elle le démontre désormais en matière de service public, la jurisprudence actuelle semble bien avoir fait le choix d'une lecture de l'indélégalité davantage teintée d'objectivisme. Alors que les juges du Palais-Royal marquaient une première rupture avec l'approche « naturelle » à l'occasion de l'avis rendu le 7 octobre 1986¹²¹, la solution *APREI* semble lui avoir donné le coup de grâce¹²² au point qu'il soit désormais admis que « *le juge administratif s'abstient d'utiliser l'énigmatique formule selon laquelle le service public ne saurait « par nature » être délégué à une personne privée, préférant se positionner (...) en référence au corpus de règles législatives en vigueur* »¹²³. L'abandon progressif par la doctrine de la théorie du service public par nature¹²⁴ confirme d'ailleurs cette évolution de la jurisprudence liée en partie aux conséquences de la multiplication des modes de gestion. Ainsi le développement de la concession autoroutière à partir des années 1980 fléchissait-il déjà la

question de la nature de l'activité de police, suggérant « *qu'il existerait une incompatibilité de nature entre le mécanisme contractuel et les impératifs de l'ordre public, base légale de toute mesure de police* ».

¹¹⁹ MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 172.

¹²⁰ Jean-Marc Maillot souligne entre autre chose que la problématique liée au principe d'indisponibilité des compétences « *se pose au triple niveau de la répartition des compétences, de l'exercice des compétences et de la sanction des manquements au principe* », ouvrant dès lors la voie à une telle application en tant qu'élément de délimitation du champ de l'externalisation administrative : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 10.

¹²¹ Ils considéraient alors que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que la collectivité territoriale elle-même* » : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609.

¹²² Rappelons que cette décision peut être lue dans le sens d'une recherche de la volonté du législateur, afin de déterminer précisément le contenu d'une habilitation concernant la gestion d'une activité de service public ; c'est-à-dire finalement de focaliser son attention sur la compétence de la personne publique afin de déterminer les limites de l'externalisation des activités de service public : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

¹²³ MORALES M., « Délégation prohibée d'une mission de police administrative », *DA*, novembre 2016, p. 24.

¹²⁴ Claudie Boiteau soulignait par exemple à propos de la décision *APREI* que la volonté du législateur devait écarter le plus souvent l'argument lié à la nature de l'activité pour procéder à la qualification d'une activité de service public et déterminer ainsi le régime juridique applicable. Elle affirmait d'ailleurs que « *d'autres lois ont pour champ d'application les services publics, sans distinction relative à leur nature* » : BOITEAU Cl., « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 804. Pour un argument contraire à propos de l'abandon de cette théorie : BROUSSARD S., « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature » », *RFDA*, 2008, p. 43 et s.

rigueur du principe d'indélegabilité des services publics régaliens¹²⁵ alors que la délégation était dans le même temps exclue par le droit positif pour des activités pourtant non considérées comme régaliennes¹²⁶. La seule prise en compte de leur nature apparaissait donc largement insuffisante pour permettre une appréhension uniforme et systématique des frontières de la délegabilité du service public. Il s'agissait davantage de déterminer, à l'aune du droit objectif et du contenu des compétences attribuées aux autorités administratives, celles « *des missions qui relèvent de l'exercice même d'une prérogative de puissance publique* » ou celles qui étaient explicitement désignées comme indélegables à l'aune de la volonté du législateur pour apprécier cette frontière.

Ainsi Thierry Del Farra atténuait-il par exemple l'importance de l'approche « naturelle » pour admettre le recours à la gestion déléguée s'agissant des services publics administratifs auparavant considérés comme étant indélegables par nature¹²⁷. L'avis du 7 octobre 1986, précisé par la circulaire du 25 octobre 1996¹²⁸, invite effectivement à substituer au critère de la nature de l'activité son rattachement par la compétence à l'exercice de la puissance publique souveraine pour la détermination du principe de la délegabilité. Certes les propos de Paul Matter réservaient la réalisation de certains services publics aux autorités administratives dès lors qu'ils apparaissaient comme étant « *de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique* »¹²⁹. Mais il convient désormais d'admettre que l'interdiction de recourir à la délégation repose davantage sur des considérations objectives, et tout particulièrement le lien des activités concernées avec l'exercice de la puissance publique

¹²⁵ Alors que le Tribunal des conflits avait pu consacrer la nature régalienne de la voirie routière qui « *appartient par nature à l'État* » : TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, rec. p. 787, Pierre Delvolvé remarquait justement que « *les autoroutes, les ouvrages d'art routiers peuvent donner lieu à des concessions sans que des principes constitutionnels y fassent obstacle* » : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 685.

¹²⁶ Pierre Delvolvé évoquait alors à ce titre que « *le service de la surveillance des élèves dans les cantines scolaires, celui de l'hébergement dans les hôpitaux ne peuvent être délégués. Or ils ne comportent aucun aspect qui relève essentiellement de l'État ou de ses démembrements* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 686.

¹²⁷ Il rappelait en effet que la question posée au Conseil d'État à l'occasion de son avis rendu le 7 octobre 1986 était de savoir « *si et dans quelle mesure il était juridique possible de déléguer la gestion d'un service public administratif, alors même que sa nature le rattache bien souvent à l'exercice, par la collectivité publique, de missions régaliennes à priori rétives à toute délégation contractuelle* » : commentaire de Thierry Dal Farra sur l'avis : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609 ; comm. DAL FARRA Th., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 247. Notons que l'exemple du service public de l'éducation est particulièrement symptomatique d'une telle évolution de la prise en compte d'éléments objectifs substitués à la nature de l'activité pour circonscrire le champ des activités indélegables.

¹²⁸ Circulaire du 25 octobre 1996 relative à la surveillance des élèves, n° 96-248.

¹²⁹ Conclusions prononcées par Paul Matter sur la décision : TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91 ; DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015, p. 659.

strictement encadré par la compétence des personnes publiques¹³⁰. Ce n'est toutefois pas à propos du service public en général que le dépassement de cette approche « naturelle » devait être amorcé par la doctrine et le droit positif, mais sur une question relative à un service d'intérêt général singulier particulièrement lié aux activités de nature régaliennes : l'activité de police. Et si la règle de l'indisponibilité des compétences suggère d'admettre désormais l'externalisation de l'exercice matériel des activités administratives et l'exclusion de celui des pouvoirs normatifs, il convient d'appréhender en tout premier lieu l'abandon de cette approche à l'aune de l'évolution de la délégabilité des activités de police révélant progressivement l'insuffisance de l'approche naturelle. Il s'agit alors de rendre compte de l'émergence de cette insuffisance (1) avant d'en apprécier la consécration (2).

1. L'émergence doctrinale d'une insuffisance de l'approche « naturelle » en matière de police

224. Les fondements de l'approche « naturelle » de l'indélégalité de la police. Il a longtemps été admis par la doctrine, notamment dans le cadre des réflexions portant sur l'exercice du pouvoir de police administrative, que la nature singulière de certaines activités publiques impliquait nécessairement une prise en charge exclusive par l'autorité compétente. Prenant pour point d'ancrage la jurisprudence *Ville de Castelnaudary*, la doctrine administrativiste devait en effet se structurer pour une longue période autour de cette formulation pourtant évasive en vertu de laquelle « *le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents publics placés sous l'autorité directe de l'administration* »¹³¹. Elle en déduisait alors un monopole de la réalisation de ces missions au bénéfice des personnes publiques, lequel puisait alors ses fondements dans des racines théoriques profondes. Traitant de la circonscription de l'objet des contrats administratifs, Georges Péquignot précisait en la

¹³⁰ Sur ce point, l'encadrement strict auquel est soumis l'exercice du pouvoir d'organisation du service public renseigne utilement sur les grandes lignes de cette approche objective. Ainsi Benoît Plessix rappelle-t-il que « *le pouvoir d'organisation des services publics ne peut légalement s'exercer que dans le respect des lois et règlements en vigueur* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 890. La démonstration ainsi menée conduisait par conséquent la doctrine à réfléchir à un autre fondement du principe d'indélégalité des activités de service public qui se situerait dans la compétence dans la mesure où « *c'est dans l'exercice de la compétence qu'elle (la personne publique) tient des textes qu'elle aménage un service public et qu'elle en charge un personne* » : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 677. Et d'ajouter que « *la collectivité publique qui confie à une personne la mission d'exploiter un service public exerce elle-même sa compétence* ».

¹³¹ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595. Notons que ce considérant reprenait d'ailleurs le sens des conclusions prononcées à l'occasion par Pierre Josse et invitant à « *repousser le principe de l'entière liberté des communes, en cette matière de police, que l'on vous demande de consacrer* » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., *D.*, 1932.III.28.

matière ceux qui devaient par principe être proscrits. À l'aune de la limitation instaurée par l'article 6 du Code civil, il suggérait alors que sa traduction en droit administratif impliquerait un champ plus vaste que « *l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹³². Aussi évoquait-il alors à titre d'exemple l'interdiction « *d'aliéner un pouvoir de police* »¹³³, sans pour autant se référer à la décision de 1932. Il revenait toutefois à son origine théorique en évoquant les réflexions menées par Henri Ripert sur les rapports entre pouvoirs de police et de gestion ; c'est-à-dire entre les pouvoirs de puissance publique et le pouvoir de contracter « *séparés par une cloison étanche* »¹³⁴.

Ce dernier démontrait en effet dès 1905 « *que l'autorité contractante ne pouvait disposer des pouvoirs de police dont les diverses autorités administratives étaient investies (...) même dans un but d'intérêt général* »¹³⁵. Ainsi identifiait-il des matières régaliennes insusceptibles par nature de faire l'objet d'un contrat¹³⁶ et, par extension, d'être déléguées à une autre personne que leur titulaire. L'analyse de la mise en œuvre de la force publique proposée à la suite immédiate de cette étude par Maurice Vel-Durand confirmait d'ailleurs cette hypothèse, et confortait donc les prémices de l'approche « naturelle » qui serait adoptée par les juges du Palais-Royal à l'occasion de la décision *Ville de Castelnaudary*. Marqué par les réflexions de Max Weber, le contexte invitait en effet à sanctuariser l'exercice de la contrainte physique légitime par les personnes publiques¹³⁷. Fondé sur ce monopole, l'accomplissement des activités de police administrative devait par conséquent être réservé par nature à l'État et aux collectivités territoriales afin d'assurer « *la soumission des volontés individuelles aux commandements légaux de la puissance publique* » et, si besoin est, « *de courber sous le joug*

¹³² Alors qu'il soulignait qu'en droit civil la liberté contractuelle « *ne subit qu'une limitation : c'est celle dont le principe est énoncé dans l'article 6 du Code civil : le contrat ne peut violer l'ordre public et les bonnes mœurs* », il suggérait également « *qu'il y ait des objets sur lesquels il soit interdit à l'Administration de contracter, même si la liste était plus longue que celle des objets interdits aux particuliers, et l'interdiction plus rigoureuse en droit public qu'en droit privé* » : PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, thèse dact., Montpellier, 1945, p. 232.

¹³³ PÉQUIGNOT G., *op. cit.*, p. 234.

¹³⁴ Henri Ripert soulignait effectivement que la doctrine avait « *distingué, pendant longtemps, dans la vie administrative deux domaines que l'on présentait comme séparés par une sorte de cloison étanche, le domaine de la police et le domaine de la gestion : d'un côté, le pouvoir de commander (...); de l'autre, le pouvoir de contracter et de s'obliger dans l'intérêt des services publics* » : RIPERT H., « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5.

¹³⁵ RIPERT H., *Ibid.*

¹³⁶ Précisant qu'il existait des activités présentant des caractères « *régaliens et impératifs* », il rappelait par ailleurs que la doctrine avait pu affirmer à de nombreuses reprises qu'il n'était pas possible de « *concevoir un contrat contenant des engagements relatifs à l'exercice de pouvoirs inaliénables comme les pouvoirs de police* » : RIPERT H., *op. cit.*, p. 9 et 14.

¹³⁷ Il soulignait en effet que cette contrainte est « *un droit régalien, apanage exclusif de l'État, qui seul représente la collectivité des citoyens* » : VEL-DURAND M., « La force publique et sa mise en mouvement », *RDP*, 1905, p. 41.

de la loi les volontés récalcitrantes »¹³⁸. Il constatait même la consécration par le droit positif de ce monopole dans la mesure où, à l'exception rare des cas de réquisitions¹³⁹, la force publique ne pouvait être employée que par des agents publics placés sous l'autorité d'une personne publique compétente¹⁴⁰. C'est en l'occurrence sur ce point que le juge administratif rendit finalement sa solution de principe en référence à la nature particulière de l'activité des gardes champêtres, considérés par le droit comme des agents de la force publique¹⁴¹.

Une telle nature de l'activité en cause, inspirant la décision rendue, paraissait alors étroitement liée à l'exercice d'une telle force¹⁴². Si cette relation ne transparaît pas explicitement dans la rédaction de l'arrêt¹⁴³, elle l'est davantage à la lecture des conclusions prononcées à l'occasion par Pierre Josse. Soulevant « *la question de l'organisation possible d'une police rurale* » par la collectivité qui devait être confiée « *à une organisation privée rémunérée à cet effet* »¹⁴⁴, il rappelait en effet que la réalisation de certaines activités ne pouvait être légalement confiée à des particuliers. Aussi arguait-il de la nature régaliennne des fonctions attribuées aux gardes champêtres pour écarter la solution valant par principe pour les activités de service public¹⁴⁵. C'est par conséquent « *la véritable nature du service qu'a entendu créer la Ville de Castelnaudary* » qui occupait le cœur de son raisonnement¹⁴⁶ pour justifier l'interdiction de déléguer sa réalisation. Outre le fait qu'elle le rende obligatoire, une telle nature devait selon lui imposer également que l'agent remplissant ces fonctions soit toujours nécessairement placé sous l'autorité de la personne publique compétente comme tout

¹³⁸ VEL-DURAND M., *op. cit.*, p. 40.

¹³⁹ Maurice Vel-Durand démontrait sur ce point que « *ce n'est en effet qu'à défaut de celle-ci (la force publique permanente) que le simple particulier pourrait être requis* » : VEL-DURAND M., *op. cit.*, p. 52. Notons par ailleurs que même dans cette hypothèse de réquisition, les particuliers intervenaient toujours sous le contrôle d'une autorité administrative compétente.

¹⁴⁰ Aussi remarquait-il que « *tout le personnel de police est placé sous les ordres du maire* » ou « *correspondent directement avec le préfet ou le sous-préfet* » : VEL-DURAND M., *op. cit.*, p. 47.

¹⁴¹ Maurice Vel-Durand ne manquait pas de souligner que selon « *l'article 102 de la loi du 5 avril 1884, toute commune peut avoir un ou plusieurs gardes champêtres. Le garde champêtre a, lato sensu, l'exercice de la police rurale et est particulièrement chargé de veiller au respect de la propriété* » : VEL-DURAND M., *op. cit.*, p. 45. Or Pierre Josse évoquait cette même disposition dans ses conclusions sur l'arrêt Ville de Castelnaudary, et donc se référait incidemment à l'argumentation selon laquelle la force publique, manifestation de la puissance souveraine, relève pour sa réalisation du monopole exclusif des autorités administratives compétentes : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., *D.*, 1932.III.26.

¹⁴² Le rapprochement établi précédemment entre les conclusions de Pierre Josse et les réflexions menées par Maurice Vel-Durand est sur ce point particulièrement frappant.

¹⁴³ Laquelle se démarquait essentiellement par son considérant de principe évusif.

¹⁴⁴ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., *D.*, 1932.III.27.

¹⁴⁵ Comme le juge administratif avait pu l'admettre par le passé à l'occasion de l'arrêt *Cne de La Bassée*. Le Conseil d'État avait effectivement considéré à l'époque qu'une commune pouvait parfaitement recourir à un particulier qu'elle subventionne pour la réalisation d'une activité de service public à conditions de respecter les conditions légales fixées par le droit positif : CE, 24 décembre 1909, *Cne de La Bassée*, *D.*, 1911.III.119.

¹⁴⁶ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., *D.*, 1932.III.28.

agent de la force publique ainsi que le prévoyait le droit positif¹⁴⁷. L'exercice de la puissance publique manifestait donc bien la nature régaliennne si particulière de l'activité concernée, et par voie de conséquence la prohibition de sa délégation à une personne privée. Dépassant les considérations posées en matière de service public par la jurisprudence *Cne de La Bassée*, Pierre Josse démontrait ainsi l'importance de la nature même de ce service de police administrative, et l'impact d'une telle délibération sur l'organisation de son bon fonctionnement¹⁴⁸. Ainsi interdisait-elle, par opposition aux services publics, qu'elle soit confiée à un particulier comme avait déjà pu le souligner Maurice Hauriou à l'occasion de l'affaire *Cne de La Bassée*, affirmant que la délégation à un particulier « *ne serait pas de mise si, à raison de sa nature, le service ne pouvait être rendu que par des agents de la force publique* »¹⁴⁹.

225. La proposition doctrinale d'une relecture des fondements de l'approche « naturelle ».

Toujours en accord avec le constat général selon lequel « *on ne concevrait pas, dans notre droit, l'utilisation de corps de police particuliers et privés* »¹⁵⁰, Jacques Moreau analysait toutefois de manière nouvelle la solution adoptée par les juges du Palais-Royal à l'aune des conclusions prononcées par Pierre Josse¹⁵¹. Il suggérait alors une construction théorique plus aboutie de cette approche « naturelle » en vertu de laquelle la police constituerait une matière singulière manifestant l'exercice de la puissance publique souveraine, et donc par conséquent rétive à l'emploi de la délégation ; c'est-à-dire qui s'opposerait aujourd'hui à toute

¹⁴⁷ Pierre Josse regrettait notamment que « *le garde particulier, n'étant pas fonctionnaire communal, est soustrait à l'action du maire et à la hiérarchie administrative. Ce n'est plus un agent que le maire a « sous ses ordres* » » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., D., 1932.III.28. Il précisait même plus loin que ces gardes particuliers « *ne sauraient être assimilés à des fonctionnaires au point de vue de la surveillance et de la discipline, que les préfets ne peuvent exercer à leur égard que les droits qui leur ont été expressément conférés par la loi* ».

¹⁴⁸ Alors qu'il précisait que la délégation de la réalisation d'une activité à une personne privée implique « *qu'en raison de sa nature, le service puisse être confié à une personne privée (...) mais cela n'est pas le cas d'un service de police* » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., D., 1932.III.28. Il ajoutait également que « *le procédé adopté désorganise complètement le service public de police* ». Il soulevait par ailleurs explicitement la question de la teneur réelle du pouvoir d'un particulier si une telle opération était permise. Il indiquait alors qu'il ne pourrait en aucune façon être titulaire de prérogatives similaires à celles détenues par des agents de la force publique.

¹⁴⁹ Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 24 décembre 1909, *Cne de La Bassée*, D., 1911.III.119 ; note S., 1910.III.49. Il remarquait plus généralement que « *le procédé de subvention aux organisations privées n'est pas possible pour tous les services facultatifs. Il ne serait pas de mise si, à raison de sa nature, le service ne pouvait être rendu que par des agents de la force publique ; ainsi, le service des gardes champêtres est facultatif, mais il est, en soi, un service d'agent de la force publique, et il ne paraît pas possible qu'une commune subventionne un garde particulier pour obtenir de lui la protection de la paix publique* ».

¹⁵⁰ Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 24 décembre 1909, *Cne de La Bassée*, D., 1911.III.119.

¹⁵¹ Ce dernier affirmait effectivement qu'il existait un principe énonçant « *l'impossibilité de faire assurer le service de la police rurale par une association privée* » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., D., 1932.III.28.

externalisation de ces activités à une autre personne, notamment privée, du fait de cette manifestation de la puissance publique. S'appuyant sur les réflexions menées par Henri Ripert, il poursuivait tout particulièrement l'étude des rapports tumultueux entretenus par la police administrative et le contrat en l'enrichissant de l'acquis jurisprudentiel issu de la solution *Ville de Castelnaudary*. Aussi la présentait-il explicitement sous l'angle de cette prohibition caractéristique de l'opinion doctrinale majoritaire¹⁵². Si l'aboutissement de son raisonnement était donc similaire, les arguments justifiant l'interdiction de la délégation des missions de police paraissaient néanmoins avoir évolué depuis cette jurisprudence fondatrice. Certes, la nature en demeurait l'élément central, mais par des voies nouvelles que l'auteur dégageait. Auparavant plus générale, liée à la puissance publique souveraine et au monopole des autorités administratives sur l'exercice de la contrainte physique légitime, la nature des activités de police s'attachait désormais plus précisément dans son raisonnement à sa matérialisation juridique singulière : l'unilatéralité¹⁵³.

Il défendait effectivement l'idée qu'il s'agissait là davantage d'une prohibition de moyens juridiques, fondée sur une incompatibilité de nature entre les effets du contrat et l'activité de police administrative¹⁵⁴, que d'une prohibition de fins, qui était néanmoins toujours inhérente à la nature de l'activité en cause. Aussi réactivait-il *prima facie* l'impact de la solution *Ville de Castelnaudary* sur le renforcement doctrinal de l'approche « naturelle » de l'indélégalité des activités de police. Il contribuait toutefois à la brouiller alors qu'elle ne brillait pas déjà par sa clarté. Sa réflexion cristallisait en effet les ambiguïtés qu'un demi-siècle de jurisprudence et de doctrine avait pu engendrer. Il incitait donc à y revenir par la suite lorsqu'il soulignait l'inclination de cette « *regrettable confusion à obscurcir le problème* »¹⁵⁵, ainsi que le trouble jeté sur le débat par la distinction opérée entre la police d'ordre public et

¹⁵² Alors qu'il intitulait sa contribution De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat, Jacques Moreau soulignait en effet que « *tenter une comparaison entre police administrative et contrat ne peut manquer d'apparaître a priori comme un jeu intellectuel assez vain* » : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 3.

¹⁵³ Il considérait en effet que « *la police administrative se définit par la mise en œuvre d'une compétence unilatérale (...), les pouvoirs des autorités de police sont volontiers analysés comme étant assortis de privilèges reconnus au seul bénéfice de l'administration, ce qui semble exclure la possibilité d'une convention, dont les clauses pour ne pas être léonines devraient nécessairement profiter aussi au cocontractant de l'administration* » : MOREAU J., *Ibid.*

¹⁵⁴ Il démontrait alors que « *l'exercice des pouvoirs de police n'est jugé conforme à la légalité qu'à la condition d'être proportionné aux menaces qui pèsent sur l'ordre public, et l'ordre public, justement à raison de son caractère public, ne peut tolérer l'existence d'obligations-droits* » pourtant intrinsèque à toute relation contractuelle : MOREAU J., *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁵ MOREAU J., *op. cit.*, p. 4.

la police de service public ; c'est-à-dire entre « *deux polices, l'une de souveraineté (...) l'autre de gestion* »¹⁵⁶. Alors que la nature de la première devait la sanctuariser, la seconde, pourtant identique au regard de la puissance publique, était relativement épargnée par le principe de prohibition¹⁵⁷. Soulignant une telle ambiguïté¹⁵⁸, il ne parvenait cependant pas à s'en départir. Il devait même contribuer à l'alimenter par un mélange des genres accentuant le trouble porté sur la question incertaine¹⁵⁹ de la distinction stricte de la police administrative et du service public.

Apparemment motivé par le souci de fournir une justification renouvelée et renforcée de ce principe en matière de police, il en proposait par conséquent une explication pertinente sans pour autant parvenir à se détacher de la nature de ces activités. Aussi devait-il également, à l'instar de la démonstration menée par Pierre Josse¹⁶⁰, en brouiller la compréhension en mêlant l'approche « naturelle » et le droit objectif ; en d'autres termes, la nature de l'activité et l'encadrement de l'exercice de la puissance publique par le droit objectif, notamment par la compétence. Alors qu'il se démarquait manifestement de la nature singulière de ces activités,

¹⁵⁶ Maurice Hauriou avait ainsi formulé l'existence d'« *une distinction, qui nous paraît très fondée, entre « les pouvoirs de police impartis à l'État par la nature des choses, impératifs, comme l'est par exemple le droit de police qu'il exerce dans l'intérêt de la sécurité publique* » et d'autres droits de police « *qui ne dérivent pas de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, mais de sa qualité de mandataire ou plutôt de *nogotiorum gestor des intérêts du public* » » : note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 23 janvier 1903, *Cie des chemins de fer économiques du Nord*, rec. p. 62 ; note HAURIOU M., S., 1904.III.49. Bien que d'origine doctrinale, cette opposition résumait à elle seule la profonde perturbation présente à l'époque, apparue dès lors au fil du temps au sujet de l'interdiction de la délégation des missions de police, que la jurisprudence contournait déjà par l'intégration de certaines activités de police, plus techniques que juridiques, à la catégorie des services publics.*

¹⁵⁷ Il rappelait en effet que « *la première était inaliénable parce que régaliennne ; la seconde, au contraire pouvait faire l'objet d'une renonciation de la part de l'administration* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁸ Ainsi soulignait-il que « *ce vocabulaire imprécis reflétait une double confusion* », pour affirmer l'impossibilité « *de distinguer police de l'ordre public et police de services publics, si l'on entend par là, cette dernière, tout en restant une police, peut être mise en œuvre sans motif tiré des nécessités* » de l'ordre public : MOREAU J., *Ibid.*

¹⁵⁹ Particulièrement topique d'une telle confusion, Jacques Moreau affirmait notamment que « *les caractères de la compétence s'opposeraient à un mode d'exercice de style contractuel dans la mesure où la technique conventionnelle défigurerait nécessairement l'essence propre aux pouvoirs de police* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁰ Outre le fait qu'il rappelait précisément l'encadrement objectif de la compétence des communes en matière de création et d'organisation d'un service de police rurale, Pierre Josse ne manquait pas de souligner que si « *la liberté pour une commune est la règle, l'incapacité l'exception (...)* ; *les services obligatoires ne peuvent fonctionner que dans les conditions de la loi* ». L'argument de la nature de l'activité des gardes champêtres, bien qu'essentiel, n'épuisait donc pas l'essentiel de sa démonstration, laquelle impliquait également une évocation du cadre juridique instauré par le droit objectif. Aussi allait-il d'ailleurs jusqu'à proposer une interprétation de la volonté du législateur afin d'en déterminer la substance, préfigurant en cela la jurisprudence actuelle. Il affirmait en effet que la loi de 1884 avait pu exclure de la catégorie des services obligatoires l'activité des gardes champêtres afin de « *ne pas trop grever d'une trop lourde charge les communes pauvres (...)*. *Cela résulte clairement des travaux préparatoires, car la question a été très discutée* ». Aussi en concluait-il alors que « *si le garde champêtre est facultatif ; le service public de la police rurale est obligatoire, et il est confié par la loi au maire, qui, nous le répétons, ne peut pas s'en dessaisir* » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., D., 1932.III.28.

il y liait néanmoins le fondement de cette interdiction par la référence à la compétence de police¹⁶¹ qui semblait également par nature indélégalable¹⁶². Faute d'y apporter une réponse nouvelle, il déplaçait finalement le problème confirmant la dimension supplémentaire acquise par cette approche traditionnelle¹⁶³ reposant sur la distinction de nature entre la police et le service public. Il suggérait cependant une autre justification au principe de prohibition qui pourrait ainsi définitivement s'éloigner de la nature de l'activité supposée alors insuffisante du fait du recours à la notion de compétence¹⁶⁴. Une transfiguration qu'il convient toutefois de tempérer au vu de ses propos et de sa préférence marquée pour une explication fondée de nouveau sur une incompatibilité de nature entre l'instrument contractuel et la protection de l'ordre public¹⁶⁵ ; et donc de l'activité de police¹⁶⁶. Aussi bien Jacques Moreau que Pierre Josse manifestèrent en fin de compte leur impuissance à rendre compte, par la seule approche « naturelle », de la prohibition de la délégation des activités de police, et de l'admission de celles relevant du service public. Alors que le second ne perdait pas de vue l'argument lié au cadre légal et objectif¹⁶⁷, le premier, visiblement, ne souhaitait plus se fonder exclusivement sur cet argument bien qu'il conservait sa préférence, faute d'en avoir identifié une explication

¹⁶¹ La réelle question que ce débat soulevait résidait effectivement selon dans l'interrogation suivante : « *une compétence de police peut-elle être exercée sous la forme contractuelle ?* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 6.

¹⁶² Un tel attrait pour la nature singulière de la compétence avait en effet pu émerger de la jurisprudence *Consorts Amoudruz* à l'occasion de laquelle les juges du Palais-Royal avaient pu rappeler « *que la circonstance qu'une telle commune (...) a confié l'exploitation du service des bains à un particulier et chargé son cocontractant d'assurer, en ses lieux et place, l'exécution de diverses mesures spécifiques dans la convention en vue de la protection des baigneurs (...), ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident* » ; en d'autres termes qu'elle demeurerait exclusivement compétente s'agissant de la détermination des mesures de police appropriées afin de garantir la sécurité et la tranquillité des baigneurs : CE, sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, rec. p. 301.

¹⁶³ Il affirmait d'ailleurs que son analyse des rapports entretenus par la police administrative et le contrat devait « *apporter quelques éléments nouveaux sur cette notion de compétence, qui, pour être située au carrefour des grandes théories du droit administratif, n'a cependant pas suffisamment retenu l'attention de la doctrine* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁴ Aussi rappelait-il que « *la règle d'inaliénabilité des pouvoirs de police est présentée comme une application particulière d'un principe général reposant sur la nature de toute compétence* », et non plus sur la nature propre à chaque activité d'intérêt général : MOREAU J., *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ Il concluait finalement son propos par la démonstration selon laquelle « *la règle de prohibition n'étant pas réductible aux caractères intrinsèques de la notion de compétence, il est tentant de vérifier si ce n'est pas « du côté du contrat » que gît l'explication la plus sûre* » dans la mesure où « *son insuffisance (à la notion de compétence) à rendre compte de toutes les nuances du droit positif incite à poursuivre les recherches pour tenter de découvrir une explication d'ensemble plus fidèle parce que plus complète* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁶ Il proposait d'ailleurs d'envisager que « *la règle de prohibition traduit une incompatibilité entre les effets inhérents au contrat et l'exercice normal des compétences de police. C'est par parce qu'il existe une contradiction entre le moyen utilisé et la fin légale assignée aux interventions de police que l'emploi du procédé contractuel est interdit aux autorités de police* » : MOREAU J., *Ibid.*

¹⁶⁷ Pierre Josse rappelait effectivement que cette situation particulière constituait « *la preuve, selon nous, que la loi ne permet pas cette institution hybride d'un garde particulier chargé d'un service public de police rurale, ce déguisement du garde champêtre* » : conclusions de Pierre Josse sur l'arrêt : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; conclusion JOSSE P., *D.*, 1932.III.28.

plus convaincante¹⁶⁸. Une telle approche perdait par ailleurs de sa pertinence dès lors qu'elle se mêlait peu à peu à d'autres arguments émergents¹⁶⁹, ainsi qu'à la prise de conscience concomitante de l'indélégalité partielle du service public.

Un rayon de lumière semblait pourtant poindre de la notion de compétence par l'éclairage apporté par une doctrine préférant une approche objective du principe d'interdiction de la délégation de certaines activités. Par la suite, l'insuffisance d'une approche exclusivement « naturelle » était d'ailleurs mise en évidence par ceux-là mêmes qui en étaient les promoteurs, sans pour autant susciter de véritables contestations dans les rangs de la doctrine¹⁷⁰. Il était cependant déjà possible d'y voir les prémises d'une explication nouvelle à partir d'un point commun à toutes les manifestations de cette prohibition : le non-respect du cadre objectif instauré par les compétences à tous les pans de l'action des personnes publiques. Ainsi était-il temps d'aller chercher ailleurs que dans leur seule nature le fondement de la prohibition de la délégation des activités de police. Il convenait également de déterminer le vecteur d'unité de cette interdiction applicable à l'ensemble de l'action administrative. Une telle transformation de l'approche doctrinale ne tarda finalement pas à se faire jour. Ainsi Étienne Picard relevait-il dans sa thèse que le cadre juridique avait suffisamment évolué pour permettre à certaines activités de police d'échapper à cette d'interdiction. Il envisageait d'ailleurs une rupture de leur unité au regard de leur modalité de réalisation. Plus encore, il affirmait que de telles mesures « *ne sont pas par nature*

¹⁶⁸ Il revenait in fine à l'argument « naturel » mais seulement après avoir tâché de s'en détacher par le recours à la notion de compétence ou de puissance publique. Adossée à celle de l'activité, c'était de son point de vue la nature objective de la compétence, du pouvoir de police qui semblait effectivement justifier l'interdiction de la délégation contractuelle des activités de police. Affirmant « *qu'il existerait une incompatibilité de nature entre le mécanisme contractuel et les impératifs de l'ordre public* », il démontrait que « *l'interdiction d'utiliser tout procédé contractuel pour mettre en œuvre les pouvoirs de police résulte de la nature même de ces pouvoirs* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 13. Notons également qu'il rejoignait sur ce point la théorie générale du contrat telle que présentée par Georges Péquignot lorsqu'il indiquait que « *l'analogie des formules (avec la formulation de l'article 6 du Code civil) mérite cependant attention. Elle suggère deux réflexions relatives à la théorie générale de la police administrative (...), les autorités compétentes imposent aux administrés une modification unilatérale de leur situation juridique, mais c'est là la seule voie qu'il leur est loisible d'emprunter* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 17.

¹⁶⁹ Qu'il s'agisse du dépassement de la confusion entre indélégalité et matière non-contractuelle, ou de la distinction trop stricte instaurée entre la police et le service public, qui seront évoquées dans le chapitre suivant, la doctrine soulignait en effet sur de nombreux points l'insuffisance grandissante de la seule approche « naturelle » pour fonder, et donc préciser les limites, du principe de prohibition de la délégation des activités de police. Au demeurant, le droit positif lui-même remettait en cause cette approche en admettant de plus en plus que la réalisation de telles activités puisse être confiée à d'autres personnes que les autorités administratives compétentes en vertu du droit objectif.

¹⁷⁰ Jacques Moreau admettait par exemple que « *sa faiblesse résulte de ce qu'aucun arrêt ne lui apporte la moindre confirmation* », allant même jusqu'à appeler de ses vœux une clarification de la part du juge administratif : MOREAU J., *op. cit.*, p. 17. Il indiquait en outre que « *les « faiseurs de système » ne font qu'ébaucher des constructions, au juge d'en montrer la fragilité ou d'en épouser la solidité* ».

antithétiques à l'essence de la police »¹⁷¹, bousculant d'autant plus une approche « naturelle » déjà contrariée par une forte diversification des activités de police, laquelle participait de la rupture de cette unité. Il ajoutait alors que la délimitation de ces activités, au sein de l'action administrative, révélait finalement deux catégories distinctes inspirées des réflexions de Charles Eisenmann : les activités normatives et les activités matérielles¹⁷². C'est au titre de ces dernières qu'il proposait même un rapprochement avec le service public¹⁷³, accentuant d'autant plus l'insuffisance soulignée par la doctrine de l'approche « naturelle » jusqu'à sa consécration par le droit positif¹⁷⁴, et l'émergence d'un nouveau critère de distinction de ces deux notions dépassant la seule question de la nature des activités pour se focaliser sur la compétence qui les encadre¹⁷⁵.

2. La consécration juridique d'une insuffisance de l'approche « naturelle » en matière de police

226. La proposition doctrinale d'une approche alternative de l'indélégalité de la police.

C'est finalement à Jacques Petit que l'on doit le coup de grâce porté à cette approche. Il révélait en l'occurrence que « *l'évolution du droit public français depuis une quarantaine d'années comprend en effet certains ferments de renouvellement, sinon de contestation, de l'antinomie traditionnelle entre contrat et police* »¹⁷⁶, et donc à travers celle entre délégation et police. Rappelant à juste titre que la jurisprudence administrative n'avait finalement jamais énoncé explicitement une interdiction générale du recours au contrat en matière de police, il entreprenait une relecture du principe plus fidèle à celui posé à l'occasion de l'arrêt *Ville de*

¹⁷¹ PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 762.

¹⁷² PICARD É., *La notion de police administrative*, t. I, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 183 et s.

¹⁷³ Aussi démontrait-il « *que les qualifications ne sont pas stables historiquement (...), l'évolution se caractérise, comme nous l'avons déjà constaté (...), par un phénomène général et, semble-t-il, inéluctable de transformation des activités de police en activités de service public* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 414.

¹⁷⁴ Il affirmait en effet « *qu'il ne semble pas possible de trouver un critère de distinction entre police et service public, que l'on se place du point de vue du droit positif ou du point de vue des théories juridiques existantes (...), on s'aperçoit au contraire qu'elles sont étroitement confondues car l'une permet de passer à l'autre* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 440 et 441.

¹⁷⁵ Aussi aboutissait-il finalement à la proposition d'un critère dépassant le seul fondement tiré de leur nature : cf. : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 796 et s. Il démontrait alors que cette distinction relevait davantage de la dimension normative ou matérielle de l'activité considérée selon la compétence mise en œuvre.

¹⁷⁶ PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345 et 346.

Castelnaudary, rejetant du même coup la démonstration proposée par Jacques Moreau¹⁷⁷. Il contestait tout particulièrement l'approche exclusivement « naturelle » de cette prohibition en se référant à la notion de compétence. Alors que le dedicataire de sa contribution n'avait fait qu'effleurer cette notion pour finalement en revenir à une approche en fonction de sa nature, Jacques Petit envisageait de manière plus approfondie la voie ouverte par la prise en compte de la compétence ; en d'autres termes, une approche objective mieux à même d'offrir une compréhension unifiée de cette interdiction¹⁷⁸ dépassant le clivage matériel entre la police et service public, ainsi que le clivage des moyens opposant l'acte unilatéral et le contrat. Alors qu'il précisait que la nature de l'activité devait toujours être prise en compte dans une certaine mesure dès lors que le droit objectif se fonde lui-même sur celle-ci pour déterminer si elle devrait pouvoir être confiée à une autre personne¹⁷⁹, il démontrait que cet argument appelait un complément objectif indispensable à une juste appréhension du principe de l'indélégalité. Résultante inévitable d'une insuffisance désormais appréhendée par la doctrine, l'affaiblissement de l'approche « naturelle » de l'indélégalité des activités de police s'imposait donc comme le nouveau cadre de pensée à adopter, contrastant d'autant plus avec la période précédente.

Si la police de l'Ancien régime se caractérisait en grande partie par l'homogénéité de sa nature régaliennne justifiant alors son indélégalité¹⁸⁰, la période marquant le passage du XIX^e siècle au XX^e siècle s'imposait indéniablement comme son écho tant elle avançait la spécificité naturelle de ces activités de police administrative en se fondant notamment sur la

¹⁷⁷ Il affirmait d'ailleurs que « *cette extension de l'idée initiale a sans doute été permise par une compréhension large de la notion de délégation, dont l'arrêt Commune de Menton porte encore la marque : en somme, transférer sa compétence, en partager l'exercice ou s'engager sur cet exercice n'est-ce pas toujours plus ou moins l'aliéner ? Toutefois, cette assimilation, on l'a vu, manque de rigueur et, la récusant, une partie de la doctrine a préféré creuser l'idée d'une opposition de nature entre police et contrat : ontologie* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 353.

¹⁷⁸ Rejoignant d'autres auteurs, il affirmait en effet « *qu'en matière de police comme dans les autres l'interdiction de contracter procède du fait que la réglementation en vigueur a seulement institué un pouvoir de décision unilatérale* », et donc que, par extension, l'interdiction de déléguer procède du fait que le droit objectif en vigueur a seulement attribué une compétence pour réaliser cette activité par soi-même : PETIT J., *op. cit.*, p. 354.

¹⁷⁹ « *Les textes qui, en matière de police, instituent des pouvoirs de décision unilatérale traduisent par là les exigences naturelles de la fonction de police* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 355.

¹⁸⁰ Notons cependant que, même sous l'empire de cette homogénéité, certaines activités de police administrative, ainsi que certaines activités dont la nature régaliennne ne faisait pourtant aucun doute, pouvaient néanmoins être déléguées à une personne privée. Xavier Bezançon rappelait par exemple que « *les contrats de fermes fiscales reposent sur la délégation de la perception fiscale sous l'ancien régime (...). L'impôt était ainsi mis aux enchères et les fermiers devaient avoir « païé le roy, jusques à la valleur et montance desdites enchères » en fonction de l'adjudication (...), les fermiers pouvaient requérir la force publique contre quatre sols tournois par jour et fournir une caution adaptée aux sommes qu'ils magnaient* » : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, p. 154.

distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion¹⁸¹. Ce faisant, elle suggérait néanmoins l'admission d'un complément apparemment indissociable de la nature : son rattachement par la compétence à l'exercice de la puissance publique. Ce dernier semblait devoir participer du fondement même de son indélégalité dans la mesure où la mise en œuvre d'une telle puissance demeurerait strictement encadrée par le droit objectif. Outre sa démonstration par laquelle il distinguait la police d'ordre public et la police de gestion, Maurice Hauriou présentait la première comme une manifestation des droits de puissance publique¹⁸². Pour autant la distinction avec le service public paraissait se brouiller, tout autant que l'homogénéité de la catégorie de la police administrative semblait éclater. Ainsi Maurice Hauriou identifiait-il effectivement diverses natures de la police rendant d'autant plus caduque l'approche exclusivement « naturelle »¹⁸³. La doctrine remarquait d'ailleurs qu'une telle acception de la police atténuait d'autant sa nature spécifique¹⁸⁴ fondée sur « *l'idée que le maintien de l'ordre est un devoir exclusif de la puissance publique* », et sur laquelle reposait jusque-là son indélégalité¹⁸⁵. C'est donc dans une approche teintée d'objectivisme que semblait déjà, au début du XX^e siècle, devoir résider le fondement univoque du principe d'indélégalité de la police, et au-delà de certaines activités d'intérêt général.

Il est d'ailleurs majoritairement considéré aujourd'hui que la nature de l'activité n'est plus suffisante pour justifier le principe de son indélégalité, et ce, au-delà même de la question de la seule possibilité offerte par le droit objectif de recourir au contrat. À l'image de Jacques Petit, la doctrine contemporaine considère désormais que le droit positif ne puisse plus se satisfaire de ce seul criterium pour préciser l'encadrement juridique de la réalisation des missions de police administrative, et ce notamment face au recours croissant de

¹⁸¹ Étienne Picard relevait par exemple que cette période soulignait que « *la tendance générale est de l'appréhender, sur le plan juridique, non plus seulement comme une fonction municipale, mais comme une manifestation de la puissance publique* » : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. I, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 81.

¹⁸² « *Les premiers droits de police sont pour Hauriou les « droits régaliens », c'est-à-dire « le droit de force publique », « le droit de paix et de guerre », « le service militaire et l'inscription maritime », « les droits de législation et de justice »* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 86. Il évoquait par conséquent la police administrative comme une composante des droits dont les personnes publiques étaient bénéficiaires et pouvaient en user dans le respect des limites qui leur étaient imposées

¹⁸³ « *Si, parmi les « droits de police », il cite le pouvoir de tutelle, le pouvoir hiérarchique, l'enseignement, l'assistance, le droit de régler l'organisation et le fonctionnement des services publics, ces activités relèvent nécessairement de la police administrative* » dont la nature ne serait donc pas toujours régaliennne : PICARD É., *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁴ Étienne Picard relevait d'ailleurs que, « *pour y parvenir, il aurait dû chercher à déceler puis à approfondir l'homogénéité conceptuelle de cette notion ou à la renouveler car il n'est guère plausible qu'elle ait pu franchir la Révolution de 1789 sans en subir les contre-coups* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 94.

¹⁸⁵ PETIT J., *op. cit.*, p. 346.

l'externalisation en la matière¹⁸⁶. Poursuivant ce nouveau courant¹⁸⁷, Luc Moreau remettait également en cause le dogme de l'indélégalité « naturelle » des activités de police. Bien qu'il ait pu rappeler que le recours à l'instrument contractuel demeurait marqué de limites qu'il ne pouvait franchir¹⁸⁸, il poursuivait une démonstration de plus large portée conduisant à rediscuter de son fondement jusque-là présenté comme établi¹⁸⁹. Dépassant la question strictement centrée sur l'instrument juridique employé, le périmètre de la délégation des missions de police impliquait en effet d'y revenir tant la résistance en la matière¹⁹⁰ semblait être battue en brèche par la jurisprudence¹⁹¹. Ainsi Luc Moreau se détachait-il d'une posture jusqu'alors motivée « *par une sorte de transcendance jusnaturaliste* »¹⁹² pour lui préférer la prise en compte du contenu objectif de la compétence conférant à la personne publique son titre à agir. Il soulignait alors un abandon progressif par la jurisprudence des références à la nature de l'activité au profit des textes ; c'est-à-dire du contenu objectif de la norme d'habilitation elle-même¹⁹³. L'argument naturel demeurait alors un élément complémentaire, voire sous-jacent, de délimitation du champ de la délégation en cas de silence du droit objectif.

¹⁸⁶ Sans clairement le désigner, Jacques Petit soulignait d'ailleurs que « *le phénomène est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister ici* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 346.

¹⁸⁷ « *La question de savoir si et dans quelle mesure les activités de police peuvent être déléguées se pose dès lors avec une acuité renouvelée* » : PETIT J., *Ibid.*

¹⁸⁸ Partant du constat selon lequel « la liberté contractuelle de l'administration connaît des limites matérielles », il précisait que « *le recours au contrat est refusé à la personne publique lorsqu'est en cause la gestion d'une matière régaliennne, statutaire ou réglementaire, laissant ainsi la porte ouverte à une explication dépassant la seule référence à la nature des activités concernés, voire même celle du débat d'ordre technique sur les instruments juridiques de la réalisation de l'action administrative* » : MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 171.

¹⁸⁹ Aussi empruntait-il explicitement la voie du questionnement d'un tel principe, assurant qu'il était désormais « *important de revenir sur l'idée que l'interdiction de contracter en la matière ne tiendrait finalement qu'à « la nature » de l'activité* » : MOREAU L., *op. cit.*, p. 171 et 172.

¹⁹⁰ Christophe Guettier rappelait en effet toujours le principe selon lequel la police administrative « *semble rebelle, sinon à la passation de toute convention, du moins de tout contrat portant sur la prévention des troubles à l'ordre public, relatif à l'exercice des compétences ayant pour objet le maintien ou le rétablissement de l'ordre* » : GUETTIER Ch., *Droits des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis – Droit public, 2004, p. 137.

¹⁹¹ La doctrine relevait par exemple un certain revirement de jurisprudence par rapport à l'admission relativement ancienne de « *la délégation de certaines activités matérielles de police (...) séparant activités relevant de la souveraineté de celles qui pourraient y être soustraites* » : MOREAU L., *op. cit.*, p. 173.

¹⁹² MOREAU L., *Ibid.* L'auteur précisait d'ailleurs que « *la prohibition de principe est donc habituellement justifiée par cette nature intrinsèque de l'activité en cause. Or, une telle justification ne repose finalement que sur la force de l'évidence et n'est pas sans laisser transparaitre une certaine contingence précepte étudié* ».

¹⁹³ Luc Moreau interprétait d'ailleurs cette évolution de la justification employée désormais par le Conseil d'État en estimant que, « *ainsi formulée, l'interdiction de déléguer, qui découle strictement de la loi du 13 juillet 1983, sans référence à la nature du service, met clairement à jour, a contrario, des possibilités de délégation qui l'on aurait pu croire inenvisageable par nature* » : MOREAU L., *op. cit.*, p. 180.

227. Une proposition étayée et relayée par la jurisprudence du Conseil d'État. L'évolution de la doctrine sur ce point relevait d'ailleurs, pour une grande part, du changement opéré par les juges du Palais-Royal sur leur solution de principe. Alors qu'une certaine continuité pouvait être soulignée entre les solutions *Ville de Castelnaudary* et *Cne de Menton*¹⁹⁴, la jurisprudence *Cne d'Ostricourt* manifestait quant à elle un changement profond de son approche du principe de prohibition de la délégation en matière de police, et avec de son périmètre d'application. Si le juge administratif maintenait en effet le principe d'une interdiction de la délégation des missions de police, il procédait néanmoins à une substitution de fondement préférant se référer en premier lieu, à partir de cette décision, aux divers textes encadrant leur exercice par les personnes publiques compétentes. Les juges du Palais-Royal confirmaient effectivement l'annulation prononcée à l'encontre d'un contrat ayant procédé à la délégation d'une mission de surveillance générale sur la voie publique à une personne privée en référence aux « dispositions de la loi du 12 juillet 1983 éclairées par les travaux préparatoires » et selon lesquelles « les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance sur la voie publique, lesquelles, conformément aux dispositions précitées du code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale »¹⁹⁵. En tant que dernier rôle d'agonie de l'approche « naturelle », la jurisprudence *Cne de Menton* contenait d'ailleurs déjà les prémices d'un tel basculement lorsqu'elle prononçait l'annulation d'une convention ayant confié à une société privée des prérogatives de police du stationnement sur la voie publique « qui ne pouvaient légalement lui être déléguées »¹⁹⁶. La doctrine ne s'y était pas trompée en décelant alors une référence à la notion de compétence et donc un basculement objectif¹⁹⁷.

La doctrine contemporaine focalise donc désormais son attention ailleurs que sur la seule nature régaliennne des activités de police pour appréhender les limites de la délégation de leur réalisation à un tiers. Ainsi Maëlle Perrier précise-t-elle que si le principe de prohibition

¹⁹⁴ Si, à l'occasion de la première ils avaient pu considérer que « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration » : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595, ils confirmèrent cela en 1994 en précisant que « le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe du maire » : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

¹⁹⁵ CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706.

¹⁹⁶ CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

¹⁹⁷ Ainsi Jean-Bernard Auby indiquait-il dans sa note qu'« il y a deux choses que l'administration doit s'interdire de faire contractuellement de ses compétences : les aliéner, les confier à des tiers, et se lier dans leur exercice » : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175 ; note AUBY J.-B., *RDP*, 1994, p. 1827. Soulignons au passage qu'il mentionnait alors implicitement l'expression même du principe d'indisponibilité des compétences dont une relecture sera proposée dans les propos à venir.

demeure d'application constante depuis 1932, ses fondements ne sont plus les mêmes aujourd'hui¹⁹⁸. Soulignant l'insuffisance manifeste des justifications traditionnelles eu égard aux évolutions du droit positif, elle rejoint ses prédécesseurs pour affirmer que la décision *Cne d'Ostricourt* exprimait sans nul doute une forme de renouvellement par la référence première à l'encadrement textuel de l'action administrative¹⁹⁹. Il est donc possible de répondre par l'affirmative à l'interrogation suivante alors soulevée par Maëlle Perrier : « *faut-il comprendre que ce n'est plus la nature de la police (...) qui fait obstacle à la délégation contractuelle des pouvoirs de police, et que désormais la limite de la dévolution contractuelle est insérée dans la loi ?* »²⁰⁰. Une réponse qui se trouve également corroborée par la démonstration tenue par Martin Morales sur le même sujet. Évoquant les évolutions jurisprudentielles apportées respectivement par les décisions *Jonnet*²⁰¹ et *LOPSSI 2*²⁰² ; ce dernier invite en effet « à repenser la délimitation du principe car elles esquissent une dissociation entre l'activité normative et les activités matérielles de police »²⁰³, suggérant par la même occasion de se détacher d'une prise en compte de leur nature régaliennne désormais hétérogène pour préférer une explication reposant sur le contenu de la compétence attribuée par le droit objectif aux autorités administratives²⁰⁴.

¹⁹⁸ Elle affirme en effet que si « le principe posé en 1932 a donc reçu une application constante : la personne publique ne peut recourir par principe à la délégation contractuelle de sa compétence de police », il convient en revanche de souligner que désormais « une variante doit cependant être constatée : le juge administratif admet la délégation contractuelle de mission de police si la mission reste dans l'orbite de la personne publique (c'est-à-dire s'il n'y a pas dessaisissement de sa compétence par l'autorité de police) » : PERRIER M., *Le recours au contrat en matière de police administrative*, thèse dact., Université de Lyon III, 2011, p. 325 et 326.

¹⁹⁹ Car si, « de manière séculaire, la prohibition de recourir au contrat en matière de police administrative a été rattachée par la doctrine et par le juge à deux fondements traditionnels (...), étant à la fois trop généraux et trop spéciaux selon les cas, ces principes s'avèrent insuffisants pour fonder l'interdiction », et pas uniquement sous l'angle de l'instrument juridique utilisé mais également, de manière plus globale, sous celui du principe même de la délégation : PERRIER M., *op. cit.*, p. 328. Xavier Prétot précisait pour sa part que « si la commune d'Ostricourt ne pouvait recourir à un prestataire de services, c'est en raison moins du principe selon lequel la police ne se concède pas, que des restrictions imposées par la loi du 12 juillet 1983 aux entreprises de surveillance et de gardiennage » : Note de Xavier Prétot sous l'arrêt : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706 ; note PRÉTOT X., *JCP*, 1998.II.10139.

²⁰⁰ PERRIER M., *op. cit.*, p. 360.

²⁰¹ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

²⁰² CC, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

²⁰³ MORALES M., *op. cit.*, p. 324.

²⁰⁴ Il considère effectivement que, « compte tenu du caractère fondamental de la compétence de police administrative, il nous semble que la recherche d'une solution générale doit éclore de cette compétence et non de l'instrument utilisé », ou de la nature de l'activité considérée : MORALES M., *op. cit.*, p. 334. Soulignons toutefois que Jacques Moreau ne rejetait pas non plus en bloc l'idée d'une telle justification par la notion de compétence. Alors qu'il évoquait dans son article de 1965, il approfondissait encore davantage cet argument dans son article de 1998 ainsi que dans son manuel de droit administratif à l'occasion duquel il précisait qu'en matière de police « la compétence a été dévolue à son titulaire par la Constitution ou par la loi ; celui-ci n'est pas en mesure d'en disposer en le déléguant à une autre personne publique ou privée » : MOREAU J., *Droit administratif*, PUF, coll. Droit Fondamental, 1^{er} éd., 1989, p. 353.

Envisageant la délégation de l'exploitation et du visionnage de la vidéosurveillance publique à des entreprises privées comme une forme de privatisation de cette mission de police, les requérants contestant la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi *LOPPSI* prenaient en effet nettement appuis sur la jurisprudence *Ville de Castelnaudary* pour s'y opposer fermement²⁰⁵. Alors que le juge constitutionnel avait déjà pu admettre à plusieurs reprises que « *les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées* »²⁰⁶ même lorsqu'elles participent de la réalisation d'une mission régalienn²⁰⁷, les requérants contestaient le fait que la loi en question procède à la délégation globale d'une telle activité. Les sages de la rue de Montpensier jugent finalement à cette occasion que, conformément à cette jurisprudence, la force publique ne peut être confiée à un particulier quelconque. Si la solution demeure identique à celle élaborée par le Conseil d'État au début du XX^e siècle, ils ne se réfèrent toutefois pas explicitement à la nature de l'activité mais plutôt au pouvoir objectif dont il est question²⁰⁸ afin de déclarer inconstitutionnelles « *chacune de ces dispositions (qui) rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* »²⁰⁹. Ce n'est donc plus leur nature intrinsèque mais bien plutôt le contenu particulier de certaines compétences attribuées aux autorités de police qui détermine en premier lieu la possibilité d'en confier la réalisation à une autre personne, et ainsi d'externaliser la mise en œuvre. Les frontières de l'externalisation de la police dépendent par conséquent de la compétence qui l'encadre et non plus de la nature qui la caractérise.

²⁰⁵ Le commentaire du Conseil constitutionnel rappelle en effet qu'il « *était prévu que les salariés du délégataire privé pussent visionner les images prises par l'autorité publique sur la voie publique. Il ne s'agissait plus ici de permettre la vidéoprotection privée mais des systèmes de vidéoprotection publique avec visionnage des images par des opérateurs privés* » : commentaire aux Cahiers sur la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, p. 9. Les motifs exposés de l'article 18 de cette même loi ne laissent d'ailleurs planer aucun doute quant à la finalité de cette disposition destinée à faciliter la délégation d'autorité publique à un particulier dans le cadre d'une telle mission.

²⁰⁶ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

²⁰⁷ Cf. notamment décision CC, du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC. Solution reprise alors par la suite selon laquelle si la délégation de fonctions régaliennes ne peuvent être déléguées par la loi à des personnes privées, certaines activités détachables qui en relèvent le peuvent toutefois dans le cadre strictement prévu par la loi : cf. décision CC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC et CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484.

²⁰⁸ Le commentaire officiel produit par le Conseil constitutionnel est sur ce point sans ambages. Il rappelle effectivement que « *ce qui était en cause, dans les dispositions contestées, est le caractère public de ce pouvoir de police administrative général* » : commentaire aux Cahiers sur la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, p. 10.

²⁰⁹ CC, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

Dans la même veine, le Conseil d'État semble également avoir fait évoluer sa position encore plus loin qu'il n'avait pu le faire à l'occasion de l'affaire *Cne d'Ostricourt*. Rappelant que l'intervention d'un particulier relevait du « *cadre général de police sanitaire et de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique* » comme l'avait souligné la Cour administrative d'appel de Lyon²¹⁰, Sophie-Justine Lieber dépasse la seule question de la responsabilité de l'autorité délégante pour interroger plus fondamentalement le principe même d'une telle délégation en la matière²¹¹. Elle rappelle certes qu'en l'absence de dispositions législatives expresses celui-ci doit être déterminé à l'aune « *de la nature de l'opération en cause* »²¹². Mais c'est en réalité sur la nature du pouvoir mis en œuvre qu'elle fonde à titre principal son raisonnement par lequel elle invite les juges du Palais-Royal à admettre ces délégations « *dès lors que l'administration ne s'est pas dessaisie de son pouvoir de police et qu'elle garde un pouvoir de contrôle sur son cocontractant* »²¹³; c'est-à-dire finalement à ne pas prendre en compte la seule nature régaliennne ou non de l'activité concernée. Aussi le juge administratif reconnaît-il finalement indirectement la légalité de la délégation d'une tâche matérielle pourtant considérée comme relevant d'une activité régaliennne²¹⁴, et l'illégalité de celle d'un pouvoir normatif²¹⁵. Dès lors, le lien entre l'indélégalité et la seule nature de l'activité exercée semble se distendre à mesure que la référence à la puissance publique et au pouvoir exorbitant paraissait de plus en plus fréquente, et d'autant plus pertinente²¹⁶. Il convient donc d'admettre que le contenu objectif de la compétence relègue au second plan la nature de l'activité en tant qu'élément de détermination des limites de la délégation de la police.

²¹⁰ CAA, Lyon, 22 décembre 2009, *Jonnet*, n° 07LY02147.

²¹¹ Elle affirme en effet que « *la première question est celle de savoir si le contrat entre les services vétérinaires du département et le prestataire privé est intervenu dans une matière où l'administration ne peut déléguer ses pouvoirs* » : conclusions de Sophie-Justine Lieber sur l'arrêt : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456 ; *BJCP*, 2012, n° 80, p. 53.

²¹² Conclusions de Sophie-Justine Lieber sur l'arrêt : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456 ; *BJCP*, 2012, n° 80, p. 53.

²¹³ Conclusions de Sophie-Justine Lieber sur l'arrêt : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456 ; *BJCP*, 2012, n° 80, p. 54.

²¹⁴ Le Conseil d'État rappelle en effet « *que le préfet de l'Allier a confié à la société CTH l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire qu'il avait prescrites dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties* » : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

²¹⁵ Conformément à la jurisprudence *Cne de Menton* en vertu de laquelle est illégale la délégation « *à la société Scetauparc Exploitation des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique confiées par la loi au maire de la commune* » : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

²¹⁶ Il est effectivement aisé de déceler cette évolution tout au long de la jurisprudence du Conseil d'État ne serait-ce qu'à partir de la solution *Cne de Menton*. Aussi considéra-t-il « *qu'un tel contrat, qui ne se limitait pas à confier (...) des tâches de surveillance et de gardiennage (...) avait pour effet de lui faire assurer une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune* » devait être annulé dans la mesure où « *les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier les tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles (...), relèvent, dans les communes, de la police municipale* » : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, Rec. p. 706. Cf. dans le même sens : CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944.

Ainsi la nature régaliennne ne s'impose-t-elle plus comme un critère décisif de la détermination de l'indélégalibilité des activités de police, et plus largement des activités d'intérêt général. Une telle évolution jurisprudentielle révèle effectivement qu'au sein des activités dites régaliennes la réalisation de certaines, les tâches matérielles, pourraient être confiées à d'autres personnes alors que d'autres, manifestant l'exercice de la puissance publique, ne le pourraient pas. La question se pose par conséquent de déterminer la raison juridique d'une telle démarcation au sein des activités régaliennes dont la nature reste toujours intrinsèquement la même, mais dont les conséquences ne sont plus identiques. Il est en effet difficilement compréhensible d'envisager que certaines puissent être confiées à une personne privée et d'autres non, sans proposer une explication juridique²¹⁷ alternative. Il apparaît alors qu'un pan considérable de l'approche relative à la nature des activités ait ainsi sombré du fait de son insuffisance à rendre compte de cette interdiction, suggérant par conséquent une remise en cause plus globale, et incitant à la recherche d'une hypothèse de substitution plus pertinente. Car si la prohibition valait auparavant de manière uniforme pour les activités de police, matérielles aussi bien que normatives²¹⁸, l'évolution du droit positif impose désormais une distinction et relativise ce fondement « naturel » appelant un réajustement en réaction à cette insuffisance²¹⁹. Aussi fallait-il que la seule prise en compte de la nature des activités de police administrative semblât bien insuffisante pour que le droit positif, influencé par la doctrine, procède progressivement à l'abandon de cette approche exclusivement « naturelle » du principe de l'indélégalibilité des activités régaliennes. Jean-Claude Douence exprimait d'ailleurs ce changement d'appréhension de ce principe lorsqu'il affirmait que les services ne pouvant pas, par nature, être délégués relevaient en premier lieu de la volonté du législateur,

²¹⁷ Aussi René Chapus affirmait-il à la fois que la police administrative constitue une activité administrative « qui, « par sa nature », ne saurait être déléguée », tout en démontrant que s'il « n'est pas légalement possible pour un maire de conclure avec une société privée un contrat l'habilitant à exercer certaines activités de surveillance de l'ordre public » ainsi que le rappelait l'arrêt *Cne de Menton*, il ne négligeait pas l'apport de l'arrêt *Cne d'Ostricourt* dont l'interprétation à contrario conduit à identifier le fondement de cette prohibition dans une norme juridique et non exclusivement dans la nature de l'activité : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 701.

²¹⁸ Jacques Petit rappelle en effet que cette prohibition de la délégation fut « largement entendue à trois égards : elle vise aussi bien la délégation contractuelle que la délégation unilatérale, tant le pouvoir de décision que les activités matérielles, la police générale comme la police spéciale » : PETIT J., « La police administrative », in *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2011, p. 27.

²¹⁹ Au titre d'un affaiblissement du principe, Jacques Petit évoque un certain nombre de limites parmi lesquelles figurent notamment son caractère « éminemment relatif : les activités de police ne sont pas toutes régaliennes au même degré et, par surcroît, la conception de ce qui relève « par nature », de la puissance publique est évolutive » avant de lister de manière non exhaustive le « nombre croissant d'activités de police administrative (qui) sont aujourd'hui regardées comme déléguables à des personnes privées et de plus en plus fréquent qu'elles leur soient effectivement déléguées » : PETIT J., *op. cit.*, p. 28.

et seulement à titre subsidiaire de leur nature intrinsèque²²⁰. Un constat d'ailleurs renforcé par le fait qu'il vaille également s'agissant des activités de service public²²¹. Alors que l'approche traditionnelle avait pu conduire à se fonder à titre principal sur la distinction entre la police administrative et le service public pour identifier le périmètre de l'indélégalité, sa remise en cause progressive et l'éclairage objectif désormais proposé par la doctrine conduit nécessairement à revoir cette séparation. Non seulement la police n'est plus appréhendée de manière homogène, mais elle tend également à se rapprocher du service public dans la fixation des limites de cette prohibition de la délégation dès lors que le droit objectif paraît en être, là aussi, le mètre étalon incitant également à replacer la compétence au « cœur » de la du principe d'indélégalité.

B. Le remplacement de la compétence au « cœur » de l'indélégalité

228. Un remplacement objectif favorisant le recours au principe d'indisponibilité. Selon Lino Di Qual l'action administrative s'insérait toujours dans un cadre juridique strict fixé par la compétence²²². Ainsi exprimait-il la tendance objectiviste de la doctrine selon laquelle le droit se présentait nécessairement comme un cadre juridique contraignant pour l'intervention des personnes publiques, et la compétence comme une notion essentielle pour « *dompter le Pouvoir (...) assujettir au Droit la force gouvernementale* », et sans laquelle « *l'étude du droit public ne vaudrait pas une minute d'effort* »²²³. Une notion telle que celle de décentralisation devait alors contribuer à l'accroissement de cette hypothèse selon laquelle la compétence se révélerait systématiquement derrière le voile de l'action administrative et avec elle les limites objectives imposées à l'exercice de la puissance publique parmi lesquelles figure le principe de son indisponibilité. La référence au principe de libre administration des collectivités

²²⁰ « La référence à la notion de nature n'apporte qu'une obscure clarté et laisse les mains libres au juge pour censurer ou non un contrat relatif à des questions de police. Bien que relativement abondante, la jurisprudence ne dessine pas de lignes de démarcation bien claires » au-delà de la seule démarcation instaurée par le droit objectif » : DOUENCE J.-Cl., « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, 2008, fasc. n° 6132.

²²¹ Jean-Claude Douence précisait effectivement que, « comme autrefois à propos de la théorie du service public industriel et commercial, la référence à la nature des choses prétend imposer la solution avec la force de l'évidence, mais elle n'aboutit en réalité qu'à voiler l'incertitude sur son fondement et sa portée » : DOUENCE J.-Cl., « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, 2008, fasc. n° 6132. Notons d'ailleurs que pour une partie minoritaire de la doctrine, à l'instar de René Chapus, la police administrative pouvait être appréhendée comme « l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public », et dont l'objet paraît donc spécifique : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 697.

²²² Il rappelait d'ailleurs qu'il était admis depuis la fin du XIXe siècle que l'administration « doit suivre les règles de compétence assignées par le législateur et observer les formes prescrites pour l'accomplissement de sa mission » : DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964, p. 31.

²²³ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 549.

territoriales pour justifier le dépassement de l'approche « naturelle » de l'indélégalité de certaines activités de service public²²⁴ renvoyait d'ailleurs au cadre juridique instauré par le droit positif à travers la répartition des compétences. Aussi l'indélégalité devenait-elle préhensible par le biais de la règle de l'indisponibilité ; c'est-à-dire par la prise en compte des limites objectives fixées par la compétence. Avatar de la décentralisation, le principe de libre administration renvoie en effet à une étroite association de la compétence et des modes d'organisation de sa réalisation dont la dévolution à un tiers fait désormais partie. Parfois envisagée comme une forme de délégation de compétence²²⁵, la décentralisation incite par conséquent à envisager le recentrement de la compétence dans la prise en compte de l'indélégalité à l'aune du principe d'indisponibilité.

Ainsi la notion de décentralisation et le concept d'externalisation administrative partagent-ils comme point commun la réflexion qu'ils suscitent en matière de compétence, et en particulier un intérêt accru pour son indisponibilité. Il semble notamment que dans les deux cas celle-ci constitue à la fois leur substance et leur limite²²⁶. Alors que Jean-Marie Pontier proposait une vision nouvelle de la décentralisation envisagée comme une modalité particulière de répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales²²⁷, l'externalisation administrative désigne effectivement quant à elle une modalité coopérative de réalisation de la

²²⁴ Thierry Dal Farra précisait effectivement que « le principe de la délégabilité de la gestion des services publics locaux, y compris administratifs, ne se rattache à aucun texte spécifique, mais au principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales, qui inclut le principe du libre choix du mode de gestion publique » : commentaire de Thierry Dal Farra sous l'avis : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609 ; DAL FARRA Th., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 247.

²²⁵ Une partie de la doctrine envisageait en effet la décentralisation « comme un principe gouvernant l'organisation administrative de l'État et repose sur une délégation de puissance publique que celui-ci consent aux collectivités locales, sur « une concession émanant de la collectivité supérieure » pour reprendre l'expression de Carré de Malberg (...), ce qui établit la primauté de celui-là et la subordination de celles-ci » : ROUX A., « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 436.

²²⁶ Voir sur ce point : FOURNIÉ Fr., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 245, 2005, p. 176 et s.

²²⁷ Alors qu'il rappelait que « la décentralisation est le concept de base de toute définition des relations entre l'État et les autres personnes morales de droit public », il avançait également l'hypothèse qu'il devait être envisagé en tant que mode de répartition des compétences dans le cadre de ces relations : PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 77, 1978, p. 18. Il démontrait alors que « ce n'est que dans la mesure où l'État accorde des compétences aux collectivités locales que celles-ci peuvent les exercer », tout en affirmant également que cela expliquait que « la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales est principalement une étude des compétences des collectivités locales » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 59 et 60. Notons par ailleurs qu'il est possible de considérer que cette démonstration s'inscrivait dans le prolongement des travaux conduits auparavant par Jean Delvolvé afin d'appréhender la délégation de matières comme une modalité de « détermination secondaire de compétence » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 91.

compétence des personnes publiques²²⁸. Sur cette question la contribution apportée par Jean-Marie Pontier doit donc être soulignée tant elle participe de la mise en évidence de la place fondamentale de la notion de compétence dans l'organisation administrative, et de l'aménagement de l'action publique au-delà de son acception traditionnelle appliquée principalement jusque-là en matière contentieuse pour la détermination de la juridiction à saisir²²⁹. Certes n'était-il pas le premier auteur à envisager la compétence sous un angle différent, mais il en précisait davantage les contours en proposant une illustration concrète de cet emploi. Le cadre objectif et contraignant qu'elle impose à l'action administrative concerne désormais autant la décentralisation que l'externalisation administrative au sein de laquelle il entre en conflit avec la logique coopérative qui la sous-tend pour lui imposer les conditions de sa mise en œuvre. Un conflit visible notamment à travers l'examen de l'exercice du pouvoir normatif et de l'habilitation primaire qui l'autorise et l'enserme dans des conditions inhérentes à l'organisation administrative et à la répartition stricte des compétences sur laquelle elle repose²³⁰. Installée dans le droit objectif comme un cadre contraignant pour l'action normative des personnes publiques, cette dimension de la compétence paraît en l'occurrence ne pas être compatible avec cette logique coopérative. Auparavant fondée sur une approche « naturelle » des activités, l'interdiction de confier leur accomplissement à une autre personne que celle bénéficiaire d'une habilitation à agir incite donc à rechercher un fondement de l'indélégalité reposant sur la notion de compétence, et plus précisément sur la règle de son indisponibilité. Aussi convient-il pour ce faire de fixer les conditions de ce remplacement de la compétence au « cœur » du principe d'indélégalité afin de pouvoir se référer plus loin sur une relecture de la règle d'indisponibilité. Il s'agit par conséquent de préciser sous un autre angle l'importance de la compétence en arrière-plan de tout activité attribuée à une personne publique (1) afin de révéler d'autant plus la complémentarité qui les unit (2) et qui conduit à faire recouvrir l'indélégalité par l'indisponibilité.

²²⁸ Il convient d'ailleurs de souligner que cette dernière pourrait devoir une partie de la fascination qu'elle provoque aujourd'hui autant chez les praticiens que dans la doctrine à la décentralisation des compétences au profit des collectivités territoriales.

²²⁹ Jean-Marie Pontier suggérait en effet dès 1978 que les rapports juridiques public-public, induits par le mouvement de décentralisation, entre l'État et les collectivités locales reposaient toujours à l'origine sur une problématique de répartition des compétences. Aussi affirmait-il alors que « *l'idée d'amélioration de la gestion administrative est susceptible d'entraîner une modification de la répartition des compétences. Cette modification semble devoir s'effectuer dans le sens État-collectivités locales. En effet les autorités centrales sont surchargées de tâches de gestion* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, t. 77, 1978, p. 54.

²³⁰ Jean-Paul Négrin rappelait en l'occurrence que « *la nécessité d'une investiture préalable est dans la logique d'un système répartissant les compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition* », notamment par le recours pour excès de pouvoir : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 50.

1. L'importance de la compétence en arrière-plan de toute activité

229. La recherche de la compétence en arrière-plan de l'activité exercée. Sans remettre en cause totalement la pertinence de la prise en compte de leur nature en tant que critère de détermination du régime juridique applicable aux diverses activités administratives, notamment en ce qui concerne la prohibition du recours à l'externalisation, il convient d'aller au-delà des arguments proposés. Il faut pour ce faire procéder au rappel préalable de l'importance théorique de la notion de compétence dans la détermination du contenu et des modalités de l'action administrative²³¹ ainsi que des frontières de celles-ci en tant que norme d'habilitation primaire. Désignant « *le champ d'intervention d'une collectivité publique, les possibilités d'intervention de celle-ci et le point d'application de l'intervention* »²³², elle s'imposait effectivement comme le point de départ juridique de toute action entreprise par une personne publique, qu'il s'agisse d'activités de service public ou de police administrative. Jean-Marie Pontier démontrait d'ailleurs que la notion de compétence composait finalement l'élément cardinal de leur répartition et des conditions de leur exercice par les personnes publiques au-delà de leur divergence supposée de nature²³³. Apparaissant de la sorte « *comme la reconnaissance à une collectivité du pouvoir d'intervenir dans certains domaines mais avec un conditionnement plus ou moins fort par la réglementation nationale* »²³⁴, la compétence se présente clairement comme une norme d'habilitation fixant le principe et les conditions d'intervention d'une personne publique²³⁵. Elle recouvre à la fois le domaine dans lequel elle peut agir, le principe de leur action, ainsi que le pouvoir dont elle dispose pour y parvenir, le moyen de son action, qu'il soit normatif ou technique. Délaissant son étude

²³¹ Dès 1903, Léon Duguit affirmait effectivement que « *le mot compétence désigne le pouvoir qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe aux gouvernants* » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 493. Il considérait d'ailleurs qu'elle apparaissait « *comme un pouvoir de vouloir (...) déterminé par un but reconnu légitime par la loi. Or c'est précisément le propre du pouvoir objectif* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 494. Il concluait alors en décrivant ce « *pouvoir objectif reconnu par la loi à un fonctionnaire déterminé d'accomplir, régulièrement et efficacement, un certain nombre d'actes d'ordre juridique* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 496.

²³² PONTIER J.-M., « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, 2003, p. 204.

²³³ Aussi affirmait-il d'ailleurs qu'« *il est très risqué de faire référence au terme « nature » en raison des confusions toujours possibles. On sait que le juge administratif utilise régulièrement l'expression « par nature » (...). Cependant, dans ce domaine, de nouveau, les choses ne sont pas toujours aussi fixées qu'elles pourraient et devraient l'être* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 200.

²³⁴ PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 227.

²³⁵ Robert Herzog constatait que « *tout publiciste connaît les innombrables dispositions par lesquelles le législateur règle les compétences des collectivités territoriales et effectue leur partage avec celles de l'État* » : HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 235.

traditionnellement limitée à la détermination du périmètre d'attributions contentieuses des juridictions, la doctrine publiciste élaborait ainsi une acception originale et essentielle de la compétence.

Francis-Paul Benoît considérait par exemple qu'elle devait être envisagée comme une aptitude des autorités administratives à agir, délivrée par l'ordre juridique, et ce qu'il s'agisse d'une intervention normative ou matérielle²³⁶. Aussi l'indélégalité d'une activité se mesurerait-elle dès lors à l'aune de cette habilitation qui en prévoit la réalisation par la personne publique. Une telle place prédominante occupée par la notion de compétence dans l'étude de l'action administrative et des modalités de sa mise en œuvre explique qu'il faille la rechercher ainsi en arrière-plan de toute activité, afin de comprendre les limites imposées aux personnes publiques en ce qui concerne les modes d'organisation qu'il leur est possible de retenir. Aussi apparaît-il alors inévitable de percevoir derrière l'indélégalité la marque, non plus seulement de la nature, mais bien plutôt de l'indisponibilité de la compétence²³⁷. Au cours de son analyse, Francis-Paul Benoît rappelait également que toute compétence était nécessairement attribuée à chaque autorité administrative par une disposition, légale ou réglementaire, conforme à la Constitution²³⁸. En outre, c'est dans ce cadre objectif que Max Weber proposa l'idéal-type du modèle d'organisation bureaucratique pour présenter le fonctionnement des systèmes administratifs contemporains²³⁹. Clef de voûte d'un tel système

²³⁶ Selon lui, l'action administrative recouvrait en effet d'une part « *des actes juridiques, c'est-à-dire des manifestations de volonté constitutives de décisions produisant par elles-mêmes des effets de droit (...) et, d'autre part (...) des opérations matérielles, telles que études, rédaction de rapports, entretien de routes ou de bâtiments publics, mise en œuvre de matériels divers* » : BÉNOÏT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 467. Il démontrait d'ailleurs qu'elle déterminait « *quel agent est chargé de faire tel acte juridique, quel autre est chargé de telle opération matérielle* » : BÉNOÏT Fr.-P., *Ibid.*

²³⁷ Guillaume Tusseau précisait d'ailleurs que, « *non seulement en droit administratif, mais également dans les autres branches du droit et au sein des autres ordres juridiques, elle signifie, d'une manière qui semble de ce fait indiscutable, que celui qui s'est vu attribuer une compétence ne peut en disposer (...). Elle consiste (...) en une propriété des compétences, qui seraient ainsi « indisponibles »* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 102 et 103.

²³⁸ Ainsi affirmait-il que l'un « *des perfectionnements essentiels du droit administratif a été la consécration du principe selon lequel une compétence ne peut être conférée à un agent que par un texte établi conformément aux dispositions de la constitution* » : BÉNOÏT Fr.-P., *op. cit.*, p. 470. Et l'auteur d'ajouter que, « *tirant les leçons de ces précédents, la constitution du 4 octobre 1958 partage désormais ce pouvoir entre le législateur et le Gouvernement (...) – la « compétence de la compétence » – doit être définie par la constitution* » : BÉNOÏT Fr.-P., *op. cit.*, p. 471.

²³⁹ Jacques Chevallier démontrait effectivement que « *ce modèle repose sur la prééminence du droit : l'administration bureaucratique se caractérise par une juridicisation poussée ; elle se présente comme coulée dans le moule du droit, qui modèle son organisation interne et constitue son mode privilégié d'action en direction de la société* » : CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2007, p. 305. Il précisait alors que ce modèle rationnel-légal d'organisation reposait « *sur un statut légal, c'est-à-dire sur des normes juridiques définissant de manière abstraite, objective, et donc « rationnelle », les modes d'exercice du pouvoir* » qui ne peut intervenir « *que dans le cadre de normes pré-établies* » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

fondé sur le droit objectif, la notion de compétence se retrouvait par conséquent en arrière-plan de tout procédé organisationnel ou opérationnel de réalisation de l'action administrative dont elle autorise, autant qu'elle l'encadre, la mise en œuvre. Dans la même veine que la décentralisation, l'externalisation administrative engagement donc également à se détacher d'une approche exclusivement naturelle des activités pour la détermination de ses frontières et de s'intéresser plus avant au contenu de la compétence autorisant ces activités.

La délimitation doctrinale des contours de l'externalisation administrative en référence à la nature de l'activité comporte néanmoins des arguments difficilement contestables. Aussi Paul Lignères justifiait-il une telle approche de la distinction des activités externalisables et non-externalisables par les racines managériales de cet outil de gestion²⁴⁰. Un tel attrait trouvait d'ailleurs une explication convaincante aussi bien sur le terrain théorique que pratique. D'une part elle conduisait effectivement à s'interroger sur ce qui constitue le « cœur de métier » de l'État, son essence²⁴¹. D'autre part elle permettait de fournir aux personnes publiques ainsi qu'à leurs partenaires des réponses indispensables²⁴² à la mise en œuvre de ce processus de modernisation de l'administration alors que la jurisprudence du Conseil d'État paraissait même l'imposer²⁴³. L'évolution du droit positif conduit cependant à ne plus la retenir comme unique critère, et de lui préférer une règle objective de compétence aisément identifiable, et duplicable²⁴⁴. Aussi Philippe Cossalter affirmait-il en conséquence que « *le caractère non*

²⁴⁰ La nature des activités s'imposant en effet comme un élément fondamental pour la détermination du « cœur de métier » des personnes publiques alors même que « *l'externalisation est la déclinaison du principe (...) selon lequel l'État doit se concentrer sur ses fonctions essentielles (...) et participe ainsi des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public* » : LIGNÈRES P., « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », in *Deuxième session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global » : l'externalisation des activités publiques en droit comparé*, Paris, 14 mars 2007, p. 2.

²⁴¹ Rappelons les propos de Philippe Yolka pour qui la question de l'externalisation administrative « *touche l'identité même de la sphère publique, ce qui « fait » l'État, en constitue l'essence* » : YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13.

²⁴² Paul Lignères considérait en effet que « trouver la bonne manière d'établir une distinction entre activités externalisables et activités non externalisables est ainsi, à notre sens, l'étape nécessaire la plus déterminante pour mettre en œuvre un large processus d'externalisation » : LIGNÈRES P., op. cit., p. 2.

²⁴³ Outre le considérant de principe précédemment cité de la jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence*, la section de l'intérieur du Conseil d'État avait effectivement déjà considéré, à propos des cantines scolaires, que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas (...) d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même* » : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609.

²⁴⁴ Philippe Cossalter pouvait en effet souligner à propos des activités non externalisables que, si « *leur existence ne semble faire aucun doute, (...) leur fondement aussi bien que leur étendue sont incertains* » si l'on prend uniquement en compte leur nature : COSSALTER Ph., « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/cossalter.pdf, 2007, p. 2.

délégable ne relève pas ainsi de leur nature, mais d'un texte, de niveau en principe législatif, qui en attribue la compétence à une personne déterminée »²⁴⁵.

Les réflexions apportées par Jacques Moreau invitaient d'ailleurs discrètement à s'intéresser à la compétence davantage qu'à la nature particulière des activités de police. Alors que les conclusions prononcées par Pierre Josse sur la décision *Ville de Castelnaudary* suggéraient implicitement que cette nature cachait finalement une notion objective bien mieux assise, ce dernier affirmait en effet vertement que par sa démarche « *l'analyse entreprise peut apporter quelques éléments nouveaux sur cette notion de compétence, qui, pour être située au carrefour des grandes théories du droit administratif, n'a cependant pas suffisamment retenue l'attention de la doctrine* »²⁴⁶. Aussi cette démonstration devait-elle le conduire à poser comme principe cardinal du droit administratif, sans référence aucune à leur nature régaliennne, « *l'interdiction pour les autorités de police d'avoir recours, dans l'exercice de leurs compétences, aux techniques d'ordre contractuelle* »²⁴⁷. Cette hypothèse ne dépassa cependant pas le stade de la suggestion théorique, et il fallut attendre les transformations contemporaines du droit positif et de la doctrine pour découvrir la compétence en arrière-plan de toute activité exercée par une personne publique, qu'elle soit de police ou de service public²⁴⁸. Il est donc possible d'affirmer que si la nature d'une activité constitue, de par son caractère contingent, « *l'écume des jours* », la compétence s'impose néanmoins pour toute personne publique comme un « *devoir être* »²⁴⁹, voire même un « *devoir faire* » ; en d'autres termes comme une norme juridique d'habilitation. La détermination des frontières de l'indélégalité et de l'externalisation, c'est-à-dire du choix du « *faire faire* », passe par conséquent plus sûrement par la découverte de la compétence, et donc par l'interprétation du

²⁴⁵ COSSALTER Ph., *Ibid.*

²⁴⁶ MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 7.

²⁴⁷ MOREAU J., *op. cit.*, p. 8.

²⁴⁸ Une explication offrant d'ailleurs un vecteur d'unification à l'appréhension de l'action administrative qui demeurait encore éclatée comme en témoignait le traitement traditionnel de l'indélégalité avant que la lecture objectiviste ne se concrétise par le constat de l'insuffisance de la seule approche « naturelle » des activités publiques. Cette dernière révélait d'ailleurs son impuissance face à des missions variables au fil des époques. Jean-Marie Pontier soulignait par exemple que « *le régalienn ne est pas, ou n'est plus, toujours, ce que l'on croit qu'il est (...), et tout ceci est susceptible de varier au cours du temps* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 235. À contrario, les compétences fixées et distribuées par le droit positif sont invariables sauf modification par ce dernier.

²⁴⁹ PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 236.

principe d'indisponibilité qui s'y rattache²⁵⁰ et ouvre donc autant qu'il peut l'interdire la possibilité d'une telle alternative.

230. La découverte de la compétence en arrière-plan de l'activité exercée. La référence aujourd'hui récurrente à la volonté du législateur, qu'il s'agisse de la circonscription du champ des activités déléguables de police²⁵¹ ou de l'identification d'une activité déléguée de service public²⁵², peut tout à fait logiquement manifester l'expression de la compétence située en amont de toute activité, et en partie à l'origine de sa nature. Dès lors l'indélégalité ne se réduirait plus à une question de nature mais plutôt de compétence. Qu'il existe « *un grand nombre des activités (...) présentées comme non déléguables (...) en réalité tributaires d'attributions particulières de compétences* »²⁵³ est d'ailleurs un fait depuis longtemps admis par la doctrine. Ce qui l'est moins, c'est de considérer que « *l'autre limite (...) relative à la nature des activités concernées, qui sont afférentes aux missions régaliennes de l'État* »²⁵⁴ relèverait également d'une question de compétence. Encore convient-il de le démontrer, pour mieux tâcher d'en convaincre²⁵⁵. L'insuffisance de la prise en compte de la nature des activités pour la détermination du régime juridique applicable ne se présente pas, elle non plus, comme une nouveauté sur le terrain de la réflexion doctrinale, et plus spécialement sur celui déjà labouré de la gestion par une personne privée d'une activité d'intérêt général. Jean-Paul Négrin considérait en effet qu'une telle approche « naturelle » pouvait se révéler inutile pour parvenir à circonscrire le domaine de l'intervention des personnes privées dans la fonction de service public²⁵⁶.

²⁵⁰ Pierre Delvolvé suggérait d'ailleurs un tel rapprochement du principe d'indélégalité et du principe d'indisponibilité des compétences lorsqu'il précisait que « *les collectivités publiques ne peuvent d'elles-mêmes transférer à autrui les compétences que les textes leur attribuent* » : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 677.

²⁵¹ « (...) ; qu'il résulte de ces dispositions de la loi du 12 juillet 1983 éclairés par les travaux préparatoires que les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles, conformément aux dispositions précitées du code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale » : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, Rec. p. 706.

²⁵² « (...) ; considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public (...), une personne privée doit également être regardée (...) comme assurant une mission de service public lorsque (...) il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁵³ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁴ COSSALTER Ph., *Ibid.*

²⁵⁵ Et confirmer en matière d'externalisation l'hypothèse avancée par Philippe Cossalter selon laquelle « *toute limite (...) à la délégation peut être envisagée comme une simple attribution de compétence, et non comme une référence à la « nature » de l'activité* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁶ NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 111 et s. De même Ramu de Bellescize concluait-il son étude en affirmant qu'elle ne pouvait satisfaire les attentes placées en elle tant sa contingence pouvait rendre les frontières

Par ailleurs, les premiers grands Maîtres du droit public ont pu très tôt considérer avec force l'importance et la place fondamentale de la notion de compétence au sein de l'édifice qu'ils étaient encore en train de bâtir²⁵⁷. Ils la définissaient alors comme « *la connexion d'une mission d'une personne morale et de la fonction d'un de ses organes* »²⁵⁸ ; c'est-à-dire d'une activité et d'un pouvoir nécessaires à sa mise en œuvre. La notion de compétence constituait donc dans leur esprit une matrice à partir de laquelle se forgeaient à la fois les prérogatives normatives des personnes publiques, et la possibilité d'une intervention matérielle, révélant déjà une double dimension de cette notion. La contestation postérieure opposée par la doctrine à la motivation des juges du Palais-Royal à l'occasion de la jurisprudence *Ville de Castelnaudary* constitue d'ailleurs un parfait exemple de ce basculement de l'argument lié à la nature de l'activité à celui de la compétence²⁵⁹. La jurisprudence récente offre en outre sur ce point un éclairage édifiant de l'approche objective qu'il s'agirait désormais d'adopter pour appréhender la délimitation du champ de l'externalisation administrative. Toujours inhérente à la volonté des personnes publiques compétentes de confier la réalisation d'une activité à une autre personne, l'évaluation de la possibilité de recourir ou non à l'externalisation reposerait donc essentiellement sur la notion de compétence ; en d'autres termes, sur le contenu de l'habilitation à l'exercer plutôt que sur l'identification de sa nature intrinsèque dont le droit positif paraît être de plus en plus indifférent.

du déléguable et du non-déléguable, de l'externalisation et du non-externalisable, insaisissables. Il affirmait qu'elle était « également insatisfaisante car (...), les services publics qui s'imposeraient à l'État sont impossibles à identifier, et pour cause, ils se modifient en permanence (...). Ce qui confirme bien que cette recherche (...) est définitivement ... inachevée » DE BELLESCIZE R., *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005, p. 428.

²⁵⁷ Qu'il soit question de Léon Duguit, de Maurice Hauriou, de Gaston Jèze, voire même de Léon Michoud ou de Roger Bonnard, les grands penseurs du droit administratif ont effectivement parfois eu tendance à « réduire le droit administratif à une simple répartition des compétences des agents publics : le droit civil était le domaine du droit subjectif ; le droit administratif, celui de la compétence » : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 473. Rappelons également qu'Henry Berthélémy définissait d'ailleurs le droit administratif comme celui « qui règle l'action et la compétence de l'administration centrale, des administrations locales et de la juridiction administrative » : BERTHÉLÉMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, A. Rousseau, 2^e éd., 1902, p. 1.

²⁵⁸ CORNELOUP V., *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, thèse dact., Paris II, 2000, p. 144.

²⁵⁹ Soulignant ce basculement doctrinal, Dominique Pouyaud précisait en effet que si « l'idée de service appartenant par nature à l'État était sous-jacente. La doctrine contemporaine justifie cette solution par l'interdiction opposée aux personnes publiques de céder leurs compétences en matière de police » : POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 221. Les développements précédents soulignent d'ailleurs l'insuffisance constatée de l'approchement strictement « naturelle » à rendre compte du « cœur de métier » des autorités administratives dans la mesure où ce dernier se révèle davantage à l'aune de l'expression de la puissance publique que chaque activité emporte, et donc au-delà du contenu de leurs compétences.

La méthode de qualification du service public géré par une personne privée posée par la jurisprudence *APREI*²⁶⁰ rejoint alors, du point de vue de la logique, le renouvellement de la justification du principe de prohibition de la délégation des activités de police déduit de la décision *Cne d'Ostricourt*²⁶¹. Apparaît effectivement dans les deux hypothèses, à travers la référence appuyée à la volonté du législateur ou de l'autorité compétente, l'importance accordée à la caractérisation d'une norme d'habilitation autorisant ou non une coopération avec une autre personne pour l'accomplissement de la mission incombant à la personne publique. Malgré le retentissement provoqué dans les rangs des naturalistes par la décision du 6 avril 2007, la jurisprudence élaborée par les juges du Palais-Royal révèle en effet également que l'exercice de la puissance publique tel qu'organisé par le droit objectif au moyen de la compétence compte tout autant, si ce n'est plus, dans la détermination des limites imposées à la délégation des activités d'intérêt général. Il y est certes fait référence à la nature d'une activité en tant qu'obstacle à la décision d'en confier la réalisation à une autre personne, mais la doctrine l'interprète finalement comme une référence à la manifestation de la puissance publique davantage qu'à la nature régaliennne ou marchande de l'activité en cause²⁶². Cette dernière, par ailleurs de moins en moins présente dans la jurisprudence, ne constituerait plus qu'une évocation maladroite du lien plus ou moins fort unissant toute activité administrative à l'exercice de la puissance publique. Empreinte de relativisme, l'approche « naturelle » s'efface donc finalement au profit d'une prise en compte objective de la compétence autorisant invariablement l'intervention des personnes publiques. Clôturant idéalement cette démonstration à l'issue de laquelle la place centrale de la compétence dans la détermination du périmètre de la délégation paraît d'une évidence flagrante, la décision *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes* illustre remarquablement ce basculement opéré entre l'approche « naturelle » et l'approche objective du principe d'indélégalité.

²⁶⁰ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

²⁶¹ CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706.

²⁶² François Bérroujon affirmait par exemple que si « la nature du service fait obstacle à une délégation à un tiers », il s'agit davantage d'une référence à l'« hypothèse des activités de puissance publique telle que la police » : BÉROUJON Fr., « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 27. Une interprétation que la décision *APREI* paraît devoir confirmer lorsqu'elle évalue le faisceau d'indices « eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement », et nullement en référence à sa nature : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

Reprenant la définition attribuée par la doctrine à la délégation²⁶³, le juge administratif soulignait explicitement cette acception à l'occasion du prononcé de sa solution²⁶⁴. En partie consacrée par l'avis rendu le 7 octobre 1986, elle confirmait que la compétente constituait donc, en dehors des considérations inhérentes à leur nature²⁶⁵, une limitation objective de l'action des personnes publiques. Ce n'est finalement que le caractère général de la délégation en question, et non le principe de cette dernière, qui conduisit le Conseil d'État à sanctionner la nullité de la convention litigieuse dès lors qu'elle emportait finalement transfert de la compétence²⁶⁶ et ne pouvait d'ailleurs plus être considérée comme une délégation. Il est en outre possible d'élargir la portée de cette solution en la rapportant à la décision *Syndicat des psychiatres français* rendue le 17 mars 1989²⁶⁷ en vertu de laquelle devait être frappée de nullité toute convention dont l'objet « méconnaît les attributions et les compétences reconnues »²⁶⁸ par la loi à des autorités administratives déterminées. Attribuée par le législateur aux départements, la compétence en matière de lutte contre les maladies mentales ne pouvait donc être assurée entièrement par une personne privée dont l'intervention ne serait pas prévue par le droit objectif²⁶⁹. Évoquant ces deux décisions, Pierre Delvolvé mettait

²⁶³ Selon laquelle elle constitue en elle-même une modalité d'exercice de la compétence et qu'elle ne saurait donc à ce titre être envisagée en tant que telle comme opérant un transfert de compétence : cf. par exemple : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930.

²⁶⁴ Alors « que le conseil général des Alpes-Maritimes a, en fait, transféré à l'association Agriculture 06 dont il avait suscité la création, l'exercice de compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre », il précisait effectivement qu'il « ne pouvait légalement (...) se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole » : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142.

²⁶⁵ Les juges du Palais-Royal considéraient en effet « que le recours à une association pour gérer des activités (...) qui correspondent à une mission de service public ne peut être regardé comme illégal en lui-même » : CE, 8 juin 1994, *M. Delrez*, rec. p. 839.

²⁶⁶ Aussi Caroline Braud affirmait-elle que « le Conseil d'État ne condamne pas ici le principe même du recours à une structure de droit privé pour gérer des activités correspondant à une mission de service public. Il condamne seulement le caractère trop général de la délégation de compétences » : commentaire de Caroline Braud sous l'arrêt : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142 ; comm. BRAUD C., *AJDA*, 1995, p. 924. Et de préciser que « le Conseil d'État ne semble pas nier en elle-même la faculté pour le conseil général de transférer à une personne de droit privé l'exercice de compétences (...). La Haute Juridiction prohibe seulement une délégation trop large de compétences au profit d'une personne privée ».

²⁶⁷ Les juges du Palais-Royal affirmaient effectivement à cette occasion qu'une personne publique « n'est habilité(e) à contracter avec des organismes de droit public ou de droit privé, en ce qui concerne les actions de prévention et de postcure des maladies mentales (...), qu'en vue de compléter » le dispositif prévu par droit positif pour l'organisation de ce service public : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95.

²⁶⁸ CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95.

²⁶⁹ Le Conseil d'État considérait alors que « ces dispositions de nature législative (...) n'autorisent pas ces collectivités locales à conclure une convention ayant pour objet ou pour effet (...) de confier à une personne de droit privé l'exécution de la mission de prévention des maladies infantiles qui incombe au département lui-même » : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95. Bernard Stirn rappelait d'ailleurs dans ses conclusions que « le texte de cette convention confère à l'Association des pupilles de l'enseignement public du Gard des prérogatives que les règles applicables à l'organisation du service public de lutte contre les maladies mentales ne permettaient pas de lui conférer » : conclusions prononcées par Bernard Stirn sur l'arrêt : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95 ; concl. STIRN B., *RFDA*, 1991, p. 268. Il

encore davantage en exergue le caractère général de leur portée considérant que la formule employée par la haute-juridiction « *vaut plus largement pour toutes les compétences des personnes publiques* »²⁷⁰.

2. L'importance de la complémentarité de la compétence et de l'activité

231. Une complémentarité constatée en amont des activités d'intérêt général. L'hypothèse ici défendue se retrouve dans certains écrits doctrinaux tout au long du XX^e siècle selon lesquels « *la compétence devient la pierre angulaire du droit* » et facilite ainsi la diffusion d'une « *théorie objective du pouvoir de vouloir* »²⁷¹. Aussi la notion de compétence s'imposa-t-elle comme un élément essentiel de la faculté juridique des personnes publiques d'intervenir légalement dans le cadre de la satisfaction de l'intérêt général²⁷² en substitution, ou en complément selon les auteurs, de la notion trop subjective de droit pour désigner objectivement leur aptitude à agir afin de réaliser l'idée directrice qui les anime²⁷³. Conformément à la jurisprudence actuelle, la doctrine d'alors défendait donc l'idée d'un encadrement objectif de l'action administrative et des modalités de sa mise en œuvre par les textes normatifs fixés par le droit positif pour délimiter l'intervention des personnes publiques. Ainsi s'était-elle par exemple progressivement écartée de l'idée d'une

ajoutait par ailleurs que « *ces stipulations méconnaissent les règles issues de la législation et de la réglementation prises pour l'application de cette législation* » : conclusions prononcées par Bernard Stirn sur l'arrêt : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95 ; concl. STIRN B., *RFDA*, 1991, p. 269. Il précisait également que, « *loin de seulement préciser les modalités d'association au service public des établissements gérés par son cocontractant, le département a, en vérité, complètement abandonné à celui-ci la définition et l'application de la politique d'hygiène mentale infantile* » alors que le département « *ne pouvait renoncer ainsi à exercer lui-même des attributions qui lui sont confiées par la loi* » en les confiant à un tiers.

²⁷⁰ DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 677.

²⁷¹ GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 277 et 268.

²⁷² Anne-Laure Girard rappelle d'ailleurs que « *la compétence est donc une production doctrinale qui ne prend ni pour substrat ni même pour point d'alignement les décisions du Conseil d'État. Elle découle des conclusions que la doctrine tire du caractère des autorités ou agents administratifs et de son ambition de repenser la réalisation des actes juridiques* » : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 268.

²⁷³ Une idée directrice consistant, selon Maurice Hauriou « *à assurer l'ordre, et à pourvoir à l'utilité publique par l'application des lois, par la police et par la gestion des services publics* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 57. Principal thuriféraire de cette idée inhérente à sa théorie de l'Institution, Maurice Hauriou fixait tout naturellement les « *limites de l'activité administrative du côté de la vie privée et de l'ordre économique* » (HAURIOU M., *op. cit.*, p. 59). Il ne prenait cependant pas appui sur la nature de l'activité mais bien plutôt sur la compétence dès lors qu'il était admis que seul le contenu du pouvoir de vouloir présidait à la détermination de champ de l'action administrative dans la mesure où sa légalité dépend de sa conformité avec les buts étatiques assignés à toute autorité publique par la loi ; c'est-à-dire sous « *la forme soit d'une réglementation de l'activité des particuliers (en fonction des exigences de l'ordre public) (...), soit d'une prise en charge d'une activité* » d'intérêt général (C'est ainsi qu'André de Laubadère présentait de manière générale et simplifiée les deux pans principaux de l'action administrative : DE LAUBADÈRE A., VENEZIA J.-Cl. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif. Tome I*, LGDJ, 12^e éd., 1992, p. 705).

indélégalité des activités de police liée à leur nature régaliennne représentant la quintessence de l'État, ce dont il ne pouvait se défaire sans se perdre, au profit d'une justification plus systématique et objective fondée sur la compétence²⁷⁴. Une évolution doctrinale dont l'influence exercée sur le droit positif ne peut être ignorée et qui conduit aujourd'hui à distinguer, en matière de police par exemple²⁷⁵, l'exercice normatif de la compétence de sa mise en œuvre matérielle.

Une distinction à partir de laquelle la doctrine contemporaine parvient à mieux éclairer la jurisprudence dès lors qu'il faut, « *pour rendre compte de la portée réelle du principe considéré (d'indélégalité), opérer des distinctions au sein des activités de police. La principale consiste à séparer le pouvoir normatif des activités matérielles* »²⁷⁶. Le recours à la notion objective de compétence permet en l'occurrence une approche moins contingente de la délimitation du champ de l'externalisation administrative par rapport à la seule référence à la nature de l'activité. Une telle ubiquité de la notion de compétence à l'origine de toute activité administrative, quelle qu'en soit la nature, se manifeste en l'occurrence en grande partie à travers la volonté du législateur. Il est effectivement admis que « *la compétence des agents publics ne se présume pas ; elle s'exerce dans le cadre d'un assujettissement normatif* »²⁷⁷ fixé par les textes²⁷⁸. La jurisprudence récente ne manque d'ailleurs pas de mettre en évidence dans le cadre de son travail d'interprétation, de qualification et d'application du droit

²⁷⁴ D'abord sous l'influence de Jacques Moreau : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 3 et s. Il affirmait notamment que « *la règle de l'inaliénabilité des pouvoirs de police est présentée comme une application particulière d'un principe général reposant sur la nature de toute compétence* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 13. Une justification objective progressivement enrichie par divers auteurs : voir notamment : MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 171 et s., et : MORALES M., « Réflexions sur l'indisponibilité de la compétence de police administrative », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 321 et s.

²⁷⁵ Les juges du Palais-Royal considérèrent effectivement à l'occasion de l'affaire *Jonnet* que la délégation d'une activité matérielle de police était tout à fait légale dès lors « *que le préfet de l'Allier a confié à la société CTH l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire qu'il avait prescrite dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties* », dans la mesure où il ne lui confiait en rien l'exécution de cette dernière : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

²⁷⁶ PETIT J., « La police administrative », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 28.

²⁷⁷ DUFAU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000, p. 49. Et l'auteur de préciser que, « à la différence de ce qui se passe en droit civil, la compétence administrative n'est pas présumée et doit être fondée sur un texte ».

²⁷⁸ Valérie Dufau rappelait en effet que « *l'étude des sources de la compétence fait apparaître que celle-ci est subordonnée pour la plus grande partie à la volonté du législateur. Autrement dit il s'agit de la fixation légale des compétences* » : DUFAU V., *Ibid.* Jean de Soto précisait quant à lui que « *très souvent ce sera la loi ou tout au moins une disposition réglementaire (...). Mais il ne faut pas restreindre à la loi la création de la compétence. Il existe quelques règles de compétence coutumière* » : DE SOTO J., *Contribution à la théorie de la nullité des actes administratifs*, thèse dact., Paris, 1941, p. 129.

l'importance de la loi et de la volonté du législateur qu'elle exprime²⁷⁹ au détriment de l'approche « naturelle » jusque-là concentrée sur la seule prise en compte de la nature des activités pour mesurer leur délégalité. Une prise de distance favorable au recentrement de cette problématique sur la question de la compétence comme pouvait déjà le sous-entendre Luc Moreau²⁸⁰. Bien plus que la simple nature des activités d'intérêt général, la volonté du législateur marquerait finalement l'expression d'une prise en compte de la fonction habilitante de la compétence dans l'exercice d'une activité matérielle autant que dans celui d'un pouvoir normatif. Il s'agirait alors de s'engager davantage à réfléchir sur la compétence que sur la résurgence de la nature intrinsèque des activités pour en déterminer le régime juridique et les contours. Or, dès l'instant où il peut être admis que la délégalité d'une activité, peu importe l'instrument employé pour y parvenir, dépend à titre principal des choix du législateur, il est raisonnablement permis d'y déceler tout simplement la manifestation d'une habilitation légale à réaliser la compétence, et potentiellement d'en externaliser la réalisation. S'agissant de l'externalisation administrative, une telle palinodie inviterait alors à déterminer ses limites sur les terres balisées mais encore floues de la compétence en tant que norme d'habilitation, alors qu'elle demeurerait jusqu'à très récemment encore pensée principalement à partir de cette démarche « naturelle »²⁸¹, dans la mesure où l'argument de la nature de l'activité ainsi que celui tiré de la volonté du législateur convergent tous les deux vers la notion objective de compétence.

²⁷⁹ Aussi les juges du Palais-Royal n'ont-ils jamais manqué l'occasion de souligner le caractère indispensable à la création de toute compétence d'une habilitation légale autorisant la personne publique à intervenir dans quelques domaines que ce soit pour un motif d'intérêt général. Ils prononcèrent par exemple l'annulation d'une disposition du décret portant création du par national du Mercantour dès lors « *qu'à défaut d'une disposition législative habilitant le gouvernement à fixer des règles différentes (...), l'article 3, alinéa 2, du décret attaqué n'a pu légalement conférer au gouvernement la faculté de déclasser par décret simple (...)* » : CE, ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, rec. p. 430.

²⁸⁰ Il précisait effectivement que « *la possibilité, en droit, de contracter en matière de police est de plus en plus ouverte, la « nature » de l'activité comme la volonté du législateur y étant plus favorables qu'il n'y paraît* » : MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 172.

²⁸¹ Laure Tonnet-Mirepoix fonde effectivement sur ce critère la délimitation qu'elle suggère du champ d'application de l'externalisation contractuelle précisant qu'« *il convient alors de déterminer la nature des activités externalisables en fonction de la notion de service public constitutionnel et le champ d'application des contrats publics au travers des matières non contractualisables* », tout en indiquant paradoxalement « *qu'aucune de ces notions ne permet de tracer les frontières de l'externalisation contractuelle* » et en évoquant l'histoire de la délégation des activités publiques pour le justifier : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 55. Bien qu'elle s'en défende, elle se réfère essentiellement à la nature des activités lorsqu'elle s'intéresse à la limitation de l'externalisation aux matières non contractualisables déterminées justement à partir de leur nature comme le préconisait l'avis du 7 octobre 1986 : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609.

Certes les personnes publiques reçoivent des compétences par l'intermédiaire desquelles elles bénéficient de pouvoirs exorbitants pour exercer aussi bien des activités de souveraineté que des activités marchandes. Mais elles ne sont pas libres d'en disposer à leur guise dès lors que leur usage est enserré dans un cadre juridiquement déterminé par ces mêmes compétences²⁸². Il convient qui plus est de préciser que Léon Duguit avançait déjà un tel argument aux fins de fonder la limitation de la pratique des délégations de compétences²⁸³ dès lors qu'elles ne sont finalement pas à la disposition des personnes publiques mais qu'elles autorisent et encadrent leur action²⁸⁴. Il était donc concevable de l'étendre à la pratique croissante des délégations d'activités d'intérêt général²⁸⁵. Au-delà de la nature de l'activité, la détermination des contours de l'externalisation administrative doit donc être recherchée à partir de la détermination du contenu de la compétence, et donc au moyen de l'exploration de la portée de la règle d'indisponibilité. Une telle évolution du prisme d'analyse adoptée en la matière implique en effet nécessairement des répercussions sur les frontières de l'externalisation, ce que n'avaient d'ailleurs pas manqué de souligner certains auteurs à propos des activités de police. Maëlle Perrier rappelle en effet que si « *la jurisprudence relative au principe d'interdiction reste assez évasive sur les fondements intrinsèques de la prohibition (...) : le Conseil constitutionnel semble renvoyer au principe d'indisponibilité des compétences* »²⁸⁶ en vertu duquel notamment, « *en l'absence de texte formel, les compétences ne s'aliènent pas* »²⁸⁷ et selon lequel est désormais justifiée par la jurisprudence « *la prohibition de la*

²⁸² La pensée de Léon Duguit (voir notamment : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, E. de Broccard, 3^e éd., 1930, p. 151 et s.) est d'ailleurs là pour confirmer encore aujourd'hui un tel point de vue à partir de ces « *devoirs – pouvoirs que constituent les compétences* ». Évoquant cette pensée théorique prolifique cultivée par Léon Duguit, Jean-Marc Maillot précise à propos des compétence que « *leur fondement, en tant que prérogatives dévolues aux autorités publiques est constitué par la souveraineté, et en tant que charge qui leur incombe par l'idéal de la démocratie* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 21.

²⁸³ Au-delà du fait qu'il puisse alors affirmer que cette pratique constituait nécessairement une exception légalement et ponctuellement prévue, Léon Duguit en contestait l'existence même affirmant que, « *bien que passée dans l'usage, l'expression délégation de compétence est tout à fait inexacte* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 157. Il préférerait y voir davantage une attribution de compétence à une personne publique, précisant qu'« *il y a là seulement une disposition par voie générale, législative ou réglementaire, modifiant la compétence ; l'emploi du mot délégation est tout à fait inexact et entraîne des confusions* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 158.

²⁸⁴ Claude Blumann suggérait effectivement que « *le droit public serait dominé par les concepts de prérogatives, de privilèges, de sujétions, dont la notion de compétence serait en quelque sorte le lieu géométrique* » : BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 239.

²⁸⁵ C'est également à partir de ce point de vue que Jean Rivéro identifiait le nœud essentiel de leurs « *obligation(s) : à l'égard de la compétence, il (l'agent) n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre lui sont également interdits* »²⁸⁵, et suggérait déjà l'importance structurante du principe d'indisponibilité des compétences : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP*, 1953, p. 287.

²⁸⁶ PERRIER M., *Le recours au contrat en matière de police administrative*, thèse dact., Université de Lyon III, 2011, p. 327.

²⁸⁷ POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 219.

délégation à un tiers public ou privé de compétences appartenant en propre à l'administration, que celles-ci soient contractuelles ou unilatérales »²⁸⁸.

232. Une complémentarité confinant l'indélégalité à l'expression de l'indisponibilité.

L'analyse doctrinale contemporaine souligne et prolonge cette association de la nature de toute activité et de l'exercice de la puissance publique, toutes deux encadrées par la compétence, afin de proposer une prise en compte renouvelée de l'indélégalité à travers le prisme de son indisponibilité. Aussi constate-t-elle que les personnes publiques se placent désormais dans le registre du management, lequel tend parfois à éclipser le principe d'indélégalité²⁸⁹. Sans aller jusqu'à une telle extrémité, Benoît Plessix précise néanmoins que la définition matérielle du service public a pu par exemple conduire à rendre cette notion fortement hétérogène au point que la prise en compte de la nature des activités qui la composent ne suffisent plus à l'organiser, et notamment à déterminer les limites de la délégation de sa réalisation. De même, le rapprochement indéniable des activités de service public et de police administrative semble devoir porter un coup d'arrêt définitif à une approche exclusivement naturelle des frontières imposées à la délégation. C'est pour cette raison que ce principe paraît ne plus être au cœur des raisonnements en la matière. Certes le service public demeure un faisceau d'activités diverses et variées participant de la réalisation de l'intérêt général, et la police administrative une activité gouvernée par la sauvegarde de l'ordre public. Mais leur variété à chacune, embrassant autant les activités régaliennes que les activités marchandes dont la frontière qui les sépare n'est d'ailleurs pas aisée à tracer, rend finalement caduque la seule prise en considération de leur nature pour l'appréhension du régime juridique à appliquer, et notamment des limites à la délégabilité. Au-delà de la question de la nature, c'est par conséquent bien le titre à agir objectif dont dispose toute personne publique qui participe de la circonscription de ce périmètre, et donc par là du périmètre de l'externalisation administrative ; en d'autres termes, sa compétence.

Par ailleurs, il est tout autant admis aujourd'hui qu'il soit de la nature même de la compétence de présenter un caractère indisponible. Présenté par la doctrine comme l'un des principes

²⁸⁸ TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 66, évoquant au soutien de cette affirmation : CC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, n° 2008-567 DC, ou : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 142. À l'occasion de la seconde, le juge administratif considérait en effet « *que le Conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé* ».

²⁸⁹ Elles s'affairent par exemple à « *l'exercice concret et effectif de certaines activités en vue de répondre à des besoins collectifs* » qui ne sont plus articulés, « *du moins en principe, autour de l'indélégalité* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 821 et 822.

« *consubstantiels à l'esprit du droit public français* »²⁹⁰, l'indisponibilité des compétences s'impose en effet comme un obstacle dirimant au recours au contrat, et plus largement à la dévolution d'un certain nombre d'activités à d'autres personnes que les autorités administratives compétentes. Bien qu'il prenne soin de ne pas les confondre, Benoît Plessix envisage au même titre, en tant que fondement d'une limitation de la liberté contractuelle, ce principe et l'indélégalité des missions étroitement liées à l'exercice de la souveraineté²⁹¹, qu'il s'agisse alors aussi bien de celles relevant de la police ou de l'organisation des services publics²⁹². La réunion de ces deux règles impératives du droit administratif français sous l'étendard de la seule indisponibilité s'éclaire d'ailleurs par les développements précédents. Dès lors que la compétence se retrouve toujours en arrière-plan et à l'origine de toute intervention d'une personne publique, et qu'il est de sa nature d'être indisponible, l'indélégalité s'expliquerait aisément par la limitation objective imposée à toute autorité administrative par son habilitation à agir, et parfois à faire agir. Une telle hypothèse, au surplus, n'était pas étrangère au raisonnement esquissé par Jacques Moreau pour faciliter l'appréhension des rapports complexes entretenus par la police administrative et le contrat²⁹³. Ce serait donc en partie la nature intrinsèque des compétences qui présiderait à l'impossibilité de confier l'exercice de certaines missions à d'autres personnes que celles désignées objectivement par le droit positif. Sa réflexion jetait cependant une part de trouble sur la question lorsqu'il évoquait la nature particulière de la compétence de police en lieu et place de la nature de la compétence²⁹⁴, laissant ainsi penser qu'il pourrait en être autrement pour les

²⁹⁰ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 987.

²⁹¹ Il affirme en effet que, « *parmi toutes les règles impératives du droit public français, font tout particulièrement obstacle (...) à la possibilité même de conclure un contrat le principe d'indisponibilité des pouvoirs et des compétences et l'interdiction faite aux collectivités publiques de déléguer aux personnes privées les activités liées aux missions inhérentes à la souveraineté de l'État, à l'exception des tâches techniques* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1198.

²⁹² Voir par exemple : CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, rec. p. 25.

²⁹³ Il considérait effectivement que « *les caractères de la compétence s'opposeraient à un mode d'exercice de style contractuel* » : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 13. Rappelant le postulat traditionnel de l'existence « *d'un principe général reposant sur la nature particulière de toute compétence* », il considérait en effet que l'indélégalité des missions de police constituait le parfait exemple d'une application particulière du principe d'indisponibilité, lequel favorisait sa prise en compte plus générale en droit administratif. Il précisait alors que « *la doctrine fait toujours sienne l'affirmation de Tardieu, selon laquelle les pouvoirs de police sont « inaliénables et imprescriptibles » mais en rattachant cette proposition aux caractéristiques de toute compétence, elle fournit des explications convergentes sous leur diversité* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 14

²⁹⁴ Jacques Moreau ajoutait en effet que « *le juge administratif reprend au fil des espèces un leitmotiv : par nature, les compétences de police ne sauraient faire l'objet d'un quelconque contrat. Non seulement la délégation ou la transaction sont interdites, mais aussi tout accord, tout engagement, toute convention* » : MOREAU J., *Ibid.*

compétences de service public²⁹⁵ alors même que l'évolution postérieure invite à les analyser de manière uniforme.

Si la jurisprudence *Ville de Castelnaudary* énonçait *in fine* l'idée selon laquelle « *la police, fonction régaliennne, essentiellement publique, appelle une gestion directe et ne saurait être déléguée* »²⁹⁶, la doctrine autant que le droit positif envisage davantage aujourd'hui celle d'une limitation de la délégation de l'exercice de la puissance publique. Ce n'est toutefois qu'en s'affranchissant peu ou prou du carcan de la seule prise en compte de la police administrative qu'il fut possible d'appréhender la juste mesure de l'indélégalité en tant que forme d'application de l'indisponibilité. C'est d'ailleurs sur cette voie que Jacques Petit invitait à se diriger²⁹⁷. Nature de l'activité et compétence autorisant sa mise en œuvre sont donc nécessairement et intrinsèquement liées dès lors que l'une et l'autre participent de la protection de la puissance publique souveraine²⁹⁸ par l'intermédiaire du principe d'indisponibilité²⁹⁹. Au demeurant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble avoir également participé à cette dislocation du lien entre la nature régaliennne d'une activité et son indélégalité, préférant l'envisager par la compétence³⁰⁰. Car c'est bien à la nature

²⁹⁵ Soulignons d'ailleurs que Jacques Moreau semblait vouloir écarter ce fondement, qu'il considérait pourtant comme traditionnel, de l'indélégalité de la police administrative. Il précisait alors qu'il « *est en même temps trop large puisqu'il découle des caractères généraux de la compétence sans considérer les aspects spécifiques que revêt cette notion dans la mise en œuvre des pouvoirs de police* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 15. Il marquait de ce fait une frontière étanche entre la police et le service public, justifiée pour une grande partie par les spécificités de la première.

²⁹⁶ PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 353.

²⁹⁷ Il précisait en effet que « *l'interdiction de contracter sur la police peut dès lors être présentée come une application de l'interdiction de contracter sur les pouvoirs de décision unilatérale (...). Elle se trouve ainsi privée de fondement spécifique et relativisée. La conception classique expliquant l'interdiction considérée par l'indisponibilité de toute compétence se rattache à ce mode de raisonnement* » : PETIT J., *Ibid.* Aussi démontrait-il finalement, sans nier l'intérêt à porter à la nature des activités d'intérêt général, que leur dévolution à un tiers pouvait parfois méconnaître « *à la fois le texte qui lui attribue cette compétence sans en autoriser la délégation et la nature régaliennne de la police, laquelle est précisément la raison de l'absence de disposition permettant la délégation* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 355.

²⁹⁸ Jacques Petit ajoutait d'ailleurs, à ce propos, que cela expliquait justement la différence instaurée entre les activités publiques et conduisait le juriste à admettre que « *celle-là, non celles-ci participe trop intimement de l'essence de la puissance publique pour que sa délégation soit concevable* » : PETIT J., *Ibid.*

²⁹⁹ Comme le suggérait d'ailleurs Jean-Marc Maillot lorsqu'il précisait que l'indisponibilité veillait notamment à préserver la puissance publique dans la mesure où « *les prérogatives des autorités publiques sont en effet traditionnellement le symbole de leur puissance, la manifestation de leur pouvoir, le vecteur de leur interventionnisme. Ces prérogatives s'incarnent dans leurs compétences, le plus souvent strictement définies mais dont les frontières imprécises exigent l'éclairage du juge. Les notions de compétences et de puissance sont ainsi intimement liées et, de ce fait, généralement associées* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 4.

³⁰⁰ Les juges de la rue de Montpensier affirment en effet que « *les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générales inhérentes à l'exercice de la « force publique » (...); que par suite doivent être déclarés contraires à la*

intrinsèque de toute compétence que se rattache le principe d'indisponibilité, et non à la personnalité singulière d'un de ses attributaires ou encore à la spécificité qu'elle présenterait parfois dans certains domaines. Prise dans son acception objective, la compétence présente effectivement un caractère naturellement indisponible dans la mesure où, déterminée par le droit objectif, elle n'est pas offerte à celui qui en bénéficie, à la différence d'un droit subjectif, comme le précise la maxime ancienne « *delegatus non potest delegare* »³⁰¹. Bien qu'elle impose ses effets à l'acteur compétent, l'indisponibilité puiserait son origine dans la compétence elle-même, et ce indifféremment de ce dernier, ou de la nature de l'activité dont elle autorise la mise en œuvre³⁰². Pour autant, la vision traditionnelle que la doctrine contemporaine en retient présente toujours certaines incertitudes et rigidités³⁰³ qu'une approche encore plus objective, enrichie par le concept de norme d'habilitation, pourrait lever au point d'aboutir à une relecture utile éclairant les frontières de la délégation et, au-delà, celles de l'externalisation administrative.

§2 : *L'esquisse d'une relecture éclairante de l'indisponibilité*

233. Le principe d'indisponibilité comme cadre objectif de l'externalisation administrative. À l'instar d'une partie de la communauté doctrinale contemporaine, François Lichère indiquait que le principe d'indisponibilité des compétences est un « *grand principe du droit public qui interdit aux personnes publiques de confier l'exercice de leur compétence à des tiers* »³⁰⁴. Étant admis que les frontières de l'externalisation administrative seraient imposées par ce principe, une telle conception conduit logiquement à exclure toute possibilité d'intégration de

Constitution » de tels passages contraires au principe d'indisponibilité des compétences : CC, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

³⁰¹ C'est-à-dire que « *celui qui a reçu une compétence ne peut à son tour la déléguer* » si cela n'est pas expressément prévu par le droit objectif. Notons que Guillaume Tusseau, creusant les racines historiques de ce principe, en trouvait une formulation équivalente dans les écrits de Paul selon lequel « *il est évident que celui qui exerce une compétence déléguée ne peut pas la déléguer à autrui* » : PAUL, *Digeste*, 1.21.5.

³⁰² Dans une acception objective de la compétence, le principe d'indisponibilité ne pourrait donc que « *désigner une propriété invariable, nécessaire et intrinsèque des compétences* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 104. Et d'ajouter qu'il serait alors « *impossible, en s'exprimant correctement, d'envisager l'hypothèse de compétences qui, d'une manière ou d'une autre, seraient disponibles, tout comme il serait impossible d'envisager de parler d'un triangle comportant moins ou plus de trois angles* ».

³⁰³ Alors que son acception descriptive traditionnelle laissant en effet entendre qu'il convenait d'exclure toute hypothèse admettant une certaine disponibilité des compétences, Guillaume Tusseau soulignait cette rigidité en suggérant qu'il puisse être possible, « *même si tel n'est pas le cas actuellement, d'envisager l'existence de compétences qui seraient disponibles, i. e. dont, à travers des actes appropriés, les acteurs juridiques pourraient disposer* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 105.

³⁰⁴ LICHÈRE Fr., « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent* », *RDP*, 2003, p. 1176.

l'externalisation à la sphère administrative³⁰⁵. L'acceptation renouvelée qu'en suggère Philippe Azouaou s'impose néanmoins pour appréhender ces liens particuliers l'unissant à l'externalisation administrative dans une optique davantage orientée vers la reconnaissance d'une règle non plus prohibitive mais permissive encadrée par le droit objectif³⁰⁶. À l'instar de la non-patrimonialité des droits de la personnalité dont la finalité première résulte d'une volonté de protéger les individus contre eux-mêmes, le principe d'indisponibilité des compétences autoriserait l'action des autorités administratives tout en imposant des limites justifiées par la protection de leur essence de puissance publique garante de l'intérêt général. Philippe Azouaou n'est toutefois pas le premier à suggérer un tel renouvellement de ce principe auparavant considéré comme fixant simplement un horizon indépassable à l'action des personnes publiques. Dès la fin des années 1960, un courant, également instruit des théories objectivistes, en suggérait déjà une approche singulière sur laquelle il pouvait alors s'appuyer pour proposer une relecture éclairée par la notion d'habilitation³⁰⁷.

Alors qu'il affirmait le principe d'une habilitation légale à la source de toute compétence³⁰⁸, François Vincent poursuivait par exemple sa démonstration en déduisant de son caractère légal la possibilité, strictement encadrée par l'habilitation, de sa délégation³⁰⁹. Dans la même

³⁰⁵ L'acceptation retenue par Jean-Claude Douence aboutissait apparemment aux mêmes conséquences lorsqu'il précisait qu'en vertu de ce principe « toute autorité investie d'une compétence doit l'exercer elle-même, pleinement et personnellement car il s'agit d'une fonction qu'elle a pour mission d'exercer et non d'un droit subjectif dont elle pourrait disposer » : DOUENCE J.-Cl., « La délégation contractuelle du service public local », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, fasc. 6152, n° 77.

³⁰⁶ En d'autres termes, selon laquelle elle prohiberait toute délégation d'une compétence ou de son exercice en-dehors des cas où cette compétence le prévoit.

³⁰⁷ C'est effectivement fort des acquis de cette réflexion doctrinale qu'il s'engage sur la voie de la réinvention du principe d'indisponibilité des compétences. Alors que « l'ancrage du principe d'indisponibilité des compétences dans l'esprit des juristes français ne doit pas masquer le malaise qu'il suscite », et dont la doctrine rend compte sans discontinuer depuis les années 1960 : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 309. Aussi le développement de la pratique des délégations de compétence devait, après les remouls qu'elle provoqua chez d'éminents auteurs tels que Léon Duguit, Maurice Hauriou ou encore Jean Delvolvé, maintenir un certain scepticisme dans les rangs de la doctrine. Alors que Marcel Waline affirmait que, « contrairement à une opinion bien souvent enseignée, la compétence, bien que n'étant pas un droit subjectif, peut, en droit administratif, se déléguer » : WALINE M., *Traité de droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1963, p. 453, Hubert Maisl poursuivait en affirmant que « les compétences se délèguent ; certaines autorités sont, en effet, habilitées à transférer, par acte unilatéral, une partie de leur compétence, tout en conservant leur propre investiture » : MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université Paris II, 1972, p. IV.

³⁰⁸ Aussi rappelait-il qu'« à la source de toute compétence existe, par principe, un texte constitutionnel ou législatif qui détermine impérativement l'étendue du pouvoir conféré. Cette détermination légale, conséquence du principe de légalité, traduit, sur le plan des compétences, l'aspect assujettissement de l'Administration à la loi » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 23. L'arrêt Sargos lui servait entre autres de point d'ancrage de sa démonstration dans le droit positif. Le Conseil d'État avait en effet rappelé à cette occasion qu'aucune autorité administrative ne pouvait décider d'un transfert de compétence en dehors d'un texte l'y habilitant expressément : voir sur ce point : CE, sect., 14 mai 1948, *Sargos*, *rec.* p. 208.

³⁰⁹ Il démontrait effectivement que, loin de constituer une dérogation au principe du caractère légal de la compétence, sa délégation est tout à fait légale dès lors qu'elle « est subordonnée à la réunion de deux

veine, Claude Blumann développait une hypothèse en vertu de laquelle la prohibition de la renonciation à l'exercice d'une compétence devait être relativisée lorsque « *l'administration préférera s'en dessaisir dans les mains d'un tiers* »³¹⁰. Il précisait alors que des opérations telles que la concession ou la délégation pouvaient être admises dès lors qu'elles respectaient le contenu de l'habilitation à agir dont la personne publique est titulaire, et que celle-ci en conservait la maîtrise. Ainsi contestait-il notamment la justification « naturelle » mise en avant par le Conseil d'État pour justifier le principe d'indélégalité lui préférant celle empruntant la voie de l'habilitation contenue dans la compétence³¹¹. Si son abandon pur et simple au profit d'un tiers, quel qu'il soit, demeurerait nécessairement proscrit en vertu du principe d'indisponibilité, en confier la seule réalisation était envisageable dès lors que le contenu de l'habilitation n'y faisait pas obstacle³¹². Réactivée récemment sous la plume d'Élodie Saillant, cette hypothèse écarte définitivement l'argument exclusivement « naturel » aux profits de celui lié à la fonction habilitante de la compétence comme explication du principe d'indisponibilité³¹³ et, par-là, des contours de l'externalisation administrative³¹⁴.

conditions essentielles. Tout d'abord, la délégation doit être autorisée par un texte préexistant. Enfin, elle est conditionnée par la conformité entre l'acte du délégant et l'acte d'habilitation » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 54.

³¹⁰ BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 241.

³¹¹ Il précisait effectivement que si « *il y a là une allusion certaine à l'idée de service public par nature, que seule la puissance publique est habilitée à exercer. C'est donc par référence à la notion de compétence, entendue comme une activité, que le Conseil d'État condamne ces renonciations* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 249. Il apportait qui plus est un certain nombre de jurisprudences postérieures au soutien d'une telle lecture de la solution précitée : voir notamment : CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, rec. p. 675, ou encore plus nettement : TA, Clermont-Ferrand, 1^{er} juillet 1960, *Dame Geneix*, rec. p. 800, à l'occasion duquel le juge administratif considérait « *que cette disposition contrevient au principe de droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation prévue par un texte exprès, une autorité quelconque doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ses pouvoirs entre les mains d'un particulier* ».

³¹² Il concluait alors son argumentation en précisant que « *l'Administration n'est pas maîtresse de ses compétences. Elle n'est pas libre de les abandonner de façon unilatérale ni de les céder à des tiers par voie d'accord contractuel. C'est avant tout le caractère légal de la compétence qui s'oppose à toute renonciation de cette nature. La loi qui accorde une compétence à un agent public fixe également pour lui une obligation, une sujétion. La compétence est pour lui une donnée extérieure qu'il ne peut ni atteindre ni modifier* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 254.

³¹³ Prenant appui sur l'évolution jurisprudentielle évoquée précédemment, qu'il s'agisse de la décision *Cne d'Ostricourt* ou des décisions *APREI* et *Cne d'Aix-en-Provence*, Élodie Saillant démontre une fois de plus que « *s'il n'y a pas d'autorisation textuelle de déléguer, cela tient sans doute au fait que l'activité ne peut, de toute façon, naturellement, l'être* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 579. Et de rappeler sur ce point les propos de Jacques Petit pour qui « *l'autorité publique qui transfère sa compétence méconnaît à la fois le texte qui lui attribue cette compétence sans en autoriser la délégation et la nature régaliennne de la police, laquelle est précisément la raison de l'absence de disposition permettant la délégation* » : PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 355.

³¹⁴ Le Conseil d'État considère d'ailleurs désormais qu'une « *autorité investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié* » : CE, avis, 13 février 2007, n° 373788. Et le juge administratif de préciser alors que, par exemple, les personnes publiques « *ne sont*

Bien que la doctrine contemporaine constate l'émergence d'une relecture subjectiviste du droit administratif fondée notamment sur la reconnaissance de droits subjectifs attribués aux autorités administratives, elle ne doit pas non plus inciter à admettre l'appropriation de leurs compétences par les personnes publiques, toujours combattue au nom d'une conception objective du droit administratif. Aussi l'évolution du principe d'indisponibilité appelle-t-elle davantage à emprunter cette seconde conception afin de préciser l'esquisse de sa relecture³¹⁵, et par là celle des contours de l'externalisation administrative à partir de son repliement devant la dimension normative de la compétence. Envisagée sous l'angle de la sujétion³¹⁶, l'indisponibilité de la compétence impose nécessairement une limitation objective au champ et aux modalités de mise en œuvre de l'action administrative qu'elle rend cependant possible. Il ne serait donc pas étonnant qu'un tel principe trouve dans l'externalisation administrative un nouveau terrain d'expression, voire même un facteur de renforcement³¹⁷ par l'enrichissement d'une vision traditionnellement stricte selon laquelle « *l'autorité administrative ne peut (...) de par sa seule volonté céder son propre pouvoir ou renoncer à l'exercer* »³¹⁸. L'émergence de cet outil de gestion dans la sphère administrative confirmerait d'ailleurs cette affirmation de Philippe Azouaou selon laquelle, « *pour être utile à la science du droit, le principe d'indisponibilité des compétences doit être tout à la fois « inventé » (...), et réinventé* »³¹⁹. Son appréhension sous une forme renouvelée autorise effectivement à rendre compte de son rôle essentiel en tant que fondement de l'externalisation au droit administratif (A), et pour la délimitation formelle de ses contours (B).

pas fondées à disposer de leur compétence, en matière de recettes et de dépenses publiques, par une convention de mandat, sauf dans le cas où la loi autorise spécifiquement la conclusion d'une telle convention ».

³¹⁵ Une relecture animée à la fois par le souci d'écarter, dans une optique fidèle au courant objectiviste, toute libre disposition par les personnes publiques de leur compétence qui s'entend « *comme l'action par laquelle l'autorité titulaire porte atteinte à la substance de la norme d'habilitation* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 517. Ainsi que, toujours portée par la même fidélité, par la recherche d'un « *principe structurant de la hiérarchie des normes qui mette en lumière son dynamisme (...), ce principe signifie évidemment que la compétence a pour caractère de ne pas être à la disposition de celui qui en est le titulaire* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

³¹⁶ S'inspirant elle-même des réflexions apportées en la matière aussi bien par Gaston Jèze que par Jean Rivéro, l'auteur affirmait effectivement que « *la compétence apparaît comme la sujétion initiale du droit administratif* » : DUFAU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000, p. 45. Georges Vedel affirmait par ailleurs déjà que « *le terme même de compétence évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la capacité des individus* » : VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 43.

³¹⁷ Julien Boucher évoquait d'ailleurs le principe d'indisponibilité des compétences au titre des limites probables de l'externalisation administrative. Il précisait notamment que « *cette question classique du droit public, qui avait pu, un temps, paraître reléguée au rayon des antiquités, a retrouvé tout son actualité avec la tendance, déjà évoquée, à généraliser le recours à l'externalisation dans les services publics administratifs* » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 7.

³¹⁸ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 49.

³¹⁹ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 475.

A. Le rôle de l'indisponibilité comme fondement de l'externalisation administrative

234. Une hypothèse inspirée de la relecture civiliste de l'indisponibilité. Alors que la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain marquait le passage d'une prise en compte de son indisponibilité³²⁰ à celle de sa non-patrimonialité du fait de la rédaction du nouvel article 16-1 du Code civil³²¹, cette substitution traduisait notamment une évolution dans l'appréhension civiliste de ce principe au point qu'il serait aujourd'hui possible d'en déceler une influence sur les transformations du droit administratif dont il convient de s'inspirer pour mieux les appréhender. Alors que l'indisponibilité interdisait en effet toutes transactions, de quelques natures qu'elles soient, dès lors qu'elles prenaient pour objet le corps humain³²², le principe de non-patrimonialité exprime désormais à la fois l'interdiction de vendre son corps et les produits de celui-ci tout en autorisant, dans les conditions fixées par la loi, le don gratuit de certains de ces éléments tout en maintenant l'objectif de protection qui lui était originellement associé³²³. Dans la même veine que celui-ci, le principe d'indisponibilité des compétences pourrait donc également être entendu non plus seulement comme une limite objective exclusivement prohibitive et protectrice imposée à l'action des personnes publiques, mais également comme un principe permissif associé à des conditions formelles strictement déterminées par le droit objectif dans ce même souci de protection³²⁴. Il serait alors possible de proposer une modalité théorique originale de délimitation des contours

³²⁰ Affirmée à partir d'une interprétation de l'ancien article 1128 du Code civil, dans sa rédaction de 1804, en vertu duquel : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions* ».

³²¹ « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » : article 16-1 du Code civil. Aussi la chambre criminelle considère-t-elle que les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, et donc ne sont pas nécessairement restitués : Cass. crim., 3 février 2010, *Bull. Crim.* 2010, n° 18, p. 84, obs. Thierry Revet ; *RTD Civ.*, 2010, p. 354, obs. Thierry Revet.

³²² Pascal Ancel évoquait d'ailleurs très tôt les incidences de l'indisponibilité du corps humain sur l'exercice des droits de la personnalité dans sa thèse : ANCEL P., *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une étude critique des droits de la personnalité*, thèse dact., Université de Dijon, 1978.

³²³ La doctrine civiliste s'accorde effectivement à reconnaître par exemple les droits de la personnalité comme des droits extra-patrimoniaux ; c'est-à-dire des droits en principe indisponibles à toutes transactions ou opérations juridiques. Mais l'évolution du droit positif conduit depuis 1994 à envisager une remise en cause de cette indisponibilité absolue par la patrimonialisation progressive de certains de ces droits. Théo Hassler constatait en effet qu'« *il n'est plus possible de contester, aujourd'hui, que certains droits de la personnalité, obéissent, au moins en partie, à la loi du marché* » : HASSLER Th., « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA*, décembre 2004, n° 244, p. 4.

³²⁴ Le législateur prévoit effectivement que « *la transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit* », autorisant ainsi le don de sang : article L ; 1221-1 du code de la santé publique. La doctrine civiliste reconnaît par ailleurs que dans ce cas « *les principes éthiques sont étrangers au débat, qui est lié, en réalité, à une question de santé publique et au seul souci, distinct du principe d'extra-patrimonialité du corps humain, de protéger le donneur lui-même* » : TERRÉ Fr. et FENOUILLET D., *op. cit.*, p. 73.

de l'externalisation administrative à partir d'une telle relecture du principe d'indisponibilité autorisant l'externalisation dans les limites prévues par le droit objectif, en particulier par le contenu de la compétence.

L'évolution de l'indisponibilité du corps humain invite en effet à proposer une relecture de l'indisponibilité des compétences guidée par une finalité à la fois permissive et prohibitive dont l'objectif resterait celui de « *s'assurer que la personne reste toujours maître de son corps* » ou de ses compétences « *et ne puisse en être dépossédée* »³²⁵. Bien qu'il demeure marqué d'une forte teneur objective et contraignante, le principe d'indisponibilité s'ouvre d'autant mieux à une telle évolution dès lors qu'émerge en doctrine le concept d'habilitation. Il s'exprime alors à la fois en tant que principe de l'externalisation administrative et comme fondement de ses limites. Si le fait qu'il soit utile à la délimitation du domaine de l'externalisation en matière administrative ne fait en l'occurrence pas de doute, cela n'est toutefois pas encore le cas lorsqu'il est proposé de faire reposer sur lui le principe même de son existence. Pourtant la lecture dynamique suggérée par Philippe Azouaou à partir du concept de norme d'habilitation incite à s'y intéresser, de même que celle exposée par Guillaume Tusseau. Ce dernier démontrait effectivement que si ce principe s'imposait encore aujourd'hui comme un élément de raisonnement à priori incontestable, il pouvait néanmoins être enrichi utilement par l'habilitation. Partant du postulat qu'il convient de distinguer la production d'actes ou de normes – dimension normative –, de la réalisation d'opérations matérielles – dimension matérielle –, Guillaume Tusseau rappelait que la première pouvait être appréhendée comme « *le résultat d'un type spécifique de norme, dénommée « norme d'habilitation »* »³²⁶. Aussi en concluait-il alors que la signification et la portée du principe d'indisponibilité étaient nécessairement liées au strict respect du cadre prévu par toute norme d'habilitation pour l'exercice des compétences normatives qu'elle attribue, ainsi que dans une certaine mesure des compétences matérielles. De la même manière que pour la protection du corps humain, l'indisponibilité viserait par conséquent à proscrire tout acte qui aurait « *pour objet ou pour effet de « porter atteinte » à celle-ci, de lui « nuire » de manière grave* »³²⁷ en méconnaissant son contenu objectif. L'évolution de l'indisponibilité en droit civil renseigne donc sur l'acclimatation de l'externalisation au droit administratif dès lors qu'elle traduit cette

³²⁵ FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.

³²⁶ TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 103.

³²⁷ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 104.

même finalité protectrice selon laquelle le droit objectif encadre la liberté des particuliers autant que celle des personnes publiques sans pour autant remettre en cause leur action. Une telle lecture de l'indisponibilité à l'aune de la norme d'habilitation ouvre alors la voie à une distinction de sa portée suivant la dimension normative ou matérielle du contenu de la compétence³²⁸. Dès lors la problématique liée à la détermination d'un équilibre entre la libre disposition de soi et la protection de la personne contre elle-même se retrouve au sein de celle soulevée par la détermination du principe et des contours de l'externalisation administrative ayant pour objet la réalisation de la compétence des personnes publiques. Aussi la présentation d'une relecture de l'indisponibilité à l'aune de la notion d'habilitation (1) permet-elle celle de l'externalisation administrative fondée sur l'indisponibilité (2).

1. Présentation d'une relecture de l'indisponibilité à l'aune du concept d'habilitation

235. Une relecture éclairée par le concept d'habilitation. Il est encore généralement admis que l'indisponibilité de la compétence serait à priori incompatible avec l'idée de son externalisation³²⁹. Un rapide examen de la littérature juridique portant sur cette question démontre d'ailleurs que leur association est rare dans la mesure où ils s'excluraient l'un l'autre³³⁰. Il est toutefois possible d'envisager au contraire que de leur articulation, et non plus

³²⁸ Guillaume Tusseau précisait d'ailleurs que « l'indisponibilité n'est pas une évidence ou une nécessité, mais le résultat d'une conjoncture précise, de sorte qu'il serait possible, même si tel n'est pas le cas actuellement, d'envisager l'existence de compétences qui seraient disponibles » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 105.

³²⁹ Alors qu'il semblait s'en éloigner en signifiant que « le droit administratif fait peser sur elles (les personnes publiques) des obligations spéciales que ne comporte pas le droit privé » (...). De très nombreuses limites existent ainsi lorsque l'administration souhaite externaliser une activité ou un service », Jean-David Dreyfus se référerait finalement à titre principal à la nature des activités pour en fixer les limites, et non dans le principe d'indisponibilité des compétences : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1215.

³³⁰ Laure-Tonnet Mirepoix préfère évoquer, à l'instar d'Étienne Muller, la justification tirée de l'existence de matières indélégalables. Alors que la première considérait en effet que « le champ d'application de l'externalisation contractuelle demeure indéterminable » dès lors que l'on s'attache à « déterminer la nature des activités externalisables (...) au travers des matières non contractualisables » : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 55. Le second préférerait lui aussi rappeler qu'il existe « un certain nombre d'activités publiques dont l'exercice est réservé aux agents publics, soit parce que le législateur en a explicitement ou implicitement décidé ainsi, soit parce que leur exercice suppose l'exécution de tâches spécifiques considérées comme « inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté » par le Conseil constitutionnel, ou indélégalables en raison de leur « nature » par le juge administratif » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 101. Cf. également : GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université Nice Sophia Antipolis, 2008. Ce dernier laissait en effet entendre que la restriction de la stratégie du « faire faire » dans la sphère administrative relevait essentiellement d'une conséquence de l'existence d'une « catégorie de service public indélégalable par nature » : GOVERNATORI J.-J., *op. cit.*, p. 133 et s.

de leur confrontation, émergent à la fois une présentation plus précise du principe³³¹ et une détermination plus approfondie des contours du concept³³². Bien que située en marge de la doctrine, la règle de l'indisponibilité des compétences n'a effectivement pas manqué de soulever ici et là un certain nombre de réflexions de la part d'auteurs souvent perplexes face à une telle évidence paradoxalement silencieuse³³³. Il convient notamment de souligner l'importance accordée progressivement à la prise en compte de la fonction habilitante de la compétence dans la résurgence de ces interrogations portant sur un principe pourtant séculairement admis³³⁴. Une telle conception de son objet habilitant serait en effet à même d'en suggérer une lecture relativement homogène alors qu'il se caractérisait jusque-là par une profusion à l'origine du « *problème d'interprétation auquel le principe a toujours donné lieu* »³³⁵ : une profusion des significations³³⁶ et de ses applications³³⁷. Philippe Azouaou soutient d'ailleurs l'hypothèse en vertu de laquelle le concept de norme d'habilitation constituerait un préalable indispensable à la compréhension du principe d'indisponibilité des compétences. C'est alors en présentant la compétence sous les traits d'une telle norme qu'il

³³¹ Dénonçant le fait que « *force est de constater l'absence d'une catégorie juridique englobant l'ensemble des actes administratifs procédant à une décharge de compétence* », Philippe Azouaou entre-ouvre d'une certaine façon la porte à ce que le concept d'externalisation administrative puisse servir ainsi à préciser « *la portée du principe d'indisponibilité des compétences* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 449.

³³² Philippe Cossalter semblait d'ailleurs inviter la doctrine à se diriger sur cette voie lorsqu'il indiquait que « *toute limite constitutionnelle à la délégation peut être envisagée comme une simple attribution de compétence, et non comme une référence à la « nature » de l'activité* » : COSSALTER Ph., « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf, 2007, p. 8.

³³³ Alors que Jean-Marc Maillot avait pu remarquer qu'il « *est ainsi notable de constater l'absence d'études relatives à la notion d'indisponibilité des compétences qui n'apparaît qu'au détour d'une argumentation, par touches impressionnistes légères, mais rarement au cœur d'un raisonnement juridique* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 4, Guillaume Tusseau rappelait quant à lui plus récemment que, « *malgré son apparente évidence, l'identification de ce que signifie l'expression « indisponibilité des compétences » lorsqu'elle figure dans des discours juridiques ne va pas de soi* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 101.

³³⁴ Il pourrait en effet déjà avoir été exprimé dans l'adage « *delegatus delegare non potest* ». Nombre d'auteurs affirment d'ailleurs que « *l'idée (d'indisponibilité des compétences) semble si naturelle qu'elle peut se prévaloir du lustre d'être toute entière contenue dans une maxime latine. Cette dernière, selon laquelle delegatus non potest delegare – « celui qui a reçu une compétence ne peut la déléguer » – apparaît d'autant plus retentissante et majestueuse que son origine reste obscure, au point d'apparaître comme une exigence purement nécessaire et éternelle* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 101 et 102.

³³⁵ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 10.

³³⁶ Guillaume Tusseau soulignait en effet que, « *une fois dissipée, la fascination et l'impression d'évidence, l'énoncé selon lequel les compétences sont régies par un principe d'indisponibilité peut être compris de diverses manières* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 102.

³³⁷ Jean-Marc Maillot ne devait quant à lui pas varier dans son appréhension d'un principe « *qui n'a pas cessé depuis lors de trouver de nouvelles manifestations* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 3. Il réitère en effet ce constat en 2013, estimant que « *le champ d'application du principe est illimité car il intéresse les différentes branches du droit public auxquelles on peut le confronter* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 10.

parvient à en élaborer une définition et une fonction déterminées³³⁸. Ainsi l'envisage-t-il comme un principe juridique dynamique structurant de la hiérarchie des normes à côté de celui de la légalité dans l'approche statique, et en vertu duquel « *une autorité normative ne produit un acte de disposition (proscrit par l'indisponibilité) que si l'acte édicté sort du cadre fixé par certains éléments de la norme d'habilitation, considérés comme constitutifs de la substance de la norme d'habilitation* »³³⁹.

Une hypothèse objective qu'il convient d'étayer notamment à l'aune de cette précision apportée par Dominique Pouyaud selon laquelle « *en l'absence de textes formels les compétences ne s'aliènent pas* »³⁴⁰. Se présente alors à l'observateur une relecture qui inviterait là aussi à recentrer la compréhension de ce principe sur la prise en compte des règles objectives instaurées par le droit positif, et plus précisément encore par les textes normatifs en tant que cadre de l'intervention des personnes publiques. Le parallèle tracé par Philippe Azouaou avec le principe de légalité est d'ailleurs particulièrement instructif à cet égard. Au-delà de sa dimension statique, ce dernier implique en effet de la même façon que l'étude du cadre juridique de l'action administrative repose pour une grande part sur l'analyse des textes en vigueur³⁴¹. Dépassant l'application de la fonction structurante de la légalité en référence aux règles édictés par les autorités normatives³⁴², la relecture de l'indisponibilité ouvre donc la voie à un éclairage singulier de l'encadrement objectif de l'externalisation administrative, et ce qu'il s'agisse des activités normatives ou des activités matérielles relevant toutes deux

³³⁸ Estimant que « *l'absence de définition unique et précise de la compétence rend cette notion inexploitable pour la construction d'un principe d'indisponibilité des compétences* », l'auteur précise en effet que « *le concept de norme d'habilitation permet de comprendre et de saisir l'indisponibilité des compétences. Affirmer l'indisponibilité des compétences, c'est affirmer l'indisponibilité de la norme d'habilitation, et donc l'indisponibilité de chacun des éléments qui composent sa structure* » : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 508 et 514.

³³⁹ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 558. Et de conclure finalement que « *l'indisponibilité des compétences est ainsi un principe ontologique du système juridique qui conditionne la validité d'un acte juridique au respect du cadre fixé par les éléments acteur, action, champ d'application et champ de réglementation à l'exclusion du principe lex superior de la norme d'habilitation sur le fondement de laquelle il a été édicté* ».

³⁴⁰ POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 219.

³⁴¹ Jacques Chevallier démontrait d'ailleurs que « *le principe de légalité constitue une pièce maîtresse de l'architecture juridique et politique dans les pays se réclamant du libéralisme. Il signifie d'abord que le droit se présente sous la forme d'un ordre structuré et hiérarchisé, comportant des niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres : les normes juridiques inférieures ne sont valides qu'à condition de satisfaire, par leurs conditions d'émission et dans leur contenu, aux déterminations inscrites dans d'autres normes, de niveau supérieur (...). Véritable police interne de l'ordre juridique, le principe de légalité règle ainsi les conditions de production des normes et définit les termes de leur articulation* » : CHEVALLIER J., « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651.

³⁴² Philippe Azouaou rappelle justement que le principe de légalité impose notamment que « *le contenu de la norme inférieure doit pouvoir être subsumé sous le contenu des normes de valeur supérieure* », restreignant sa portée à l'appréhension des seuls actes juridiques édictés par les personnes publiques : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 547 et 548.

au même titre de la compétence. L'indisponibilité de cette dernière ne serait plus appréciée uniquement sur le terrain de la production d'actes juridiques, mais aussi sur celui de l'intervention matérielle des autorités administratives. Car, si le principe de légalité s'applique exclusivement à la norme produite par une personne publique, celui de l'indisponibilité semble s'en écarter sensiblement en ce qu'il focalise son attention sur la personne publique elle-même et la manière dont elle met en œuvre son habilitation.

Il est donc possible d'envisager une mise en œuvre dynamique de l'indisponibilité dans le cadre de l'externalisation de l'action administrative³⁴³. La doctrine administrativiste n'est d'ailleurs pas sans connaître un tel maniement de l'indisponibilité des compétences destiné à enserrer juridiquement l'intervention des personnes publiques habilitées à agir, et plus précisément leur volonté de « faire agir » : qu'il s'agisse de la délégation unilatérale de compétence, ou de la délégation contractuelle. Sur ce point les travaux menés par Gaston Jèze sur la compétence conduisaient déjà à envisager l'indisponibilité des compétences attribuées aux agents, par opposition d'ailleurs à la capacité pour les personnes privées, comme une contrainte et non exclusivement comme un droit³⁴⁴. Justifiée par des nécessités inhérentes à la satisfaction de l'intérêt général³⁴⁵, la compétence des personnes publiques se distingue en effet de la capacité par le fait que « *l'agent public a le devoir d'exercer sa compétence (...). Au contraire, un particulier est toujours libre d'exercer ou de ne pas exercer sa capacité* »³⁴⁶. Sans l'exprimer ouvertement, Gaston Jèze reprenait ici l'argument de l'indisponibilité tel qu'avait pu l'invoquer auparavant Adhémar Esmein à propos de la pratique des règlements d'administration publique³⁴⁷. Ce dernier affirmait en effet que « *le titulaire d'aucun de ces*

³⁴³ Philippe Azouaou atteste en effet qu'« *un principe nouveau d'indisponibilité des compétences peut précisément remplir cette fonction, à condition d'être construit à partir du concept de norme d'habilitation* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

³⁴⁴ Il devait d'ailleurs affirmer sans ambages que si l'« *on dit que tel gouvernant, tel agent public a le droit, le devoir de faire tel acte (...)* ces expressions ne doivent pas faire illusion ; la compétence est toujours une situation générale et impersonnelle », et donc une situation objective éloignée des considérations relatives au droit : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, T. 3, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 8. À l'origine de ce rejet d'une conception subjective de la compétence, Henrion de Pansey s'incriminait en opposition face à l'appropriation des fonctions et charges publiques qui avaient caractérisé tout l'Ancien régime. Il affirmait alors « *que l'autorité judiciaire, comme tous les autres pouvoirs, résidoit dans la main du roi ; que les juges ne pouvoient l'exercer qu'en son nom, et que, simples dépositaires de cette autorité, ils n'avoient pas le droit de le déléguer* » : DE PANSEY H., *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois Père, 1818, p. 212.

³⁴⁵ Gaston Jèze considérait effectivement que « *la compétence de l'agent public est soumise à un régime juridique spécial (...), les idées générales qui inspirent le régime de la capacité des individus ne conviennent pas toutes au fonctionnement régulier et continu des services publics* » : JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58.

³⁴⁶ JÈZE G., *op. cit.*, p. 59.

³⁴⁷ Il estimait alors que ce principe ne pouvait être emprunté aux fins de justification de cette pratique parlementaire pourtant largement répandue alors. Il affirmait alors que « *la délégation du pouvoir législatif,*

pouvoirs (attribués par les compétences aux personnes publiques) *n'en a la disposition, mais seulement l'exercice* »³⁴⁸. Encore aujourd'hui alimenté par cette conception objective de la compétence envisagée à la fois comme une source de pouvoir et de contrainte³⁴⁹, le principe d'indisponibilité exprime toujours cette idée selon laquelle ses « *titulaires ne peuvent librement (en) organiser l'exercice à leur convenance, sans restriction ou sans limite* »³⁵⁰. Au demeurant, même la vision subjectiviste proposée par Léon Michoud demeurait consciente de cet encadrement strict de son action par le contenu précis de ses attributions³⁵¹. De même Dominique Pouyaud affirmait également que « *lorsqu'on confère une compétence à un agent public, on lui délègue, en même temps que des droits, le devoir de ne pas en disposer* »³⁵². Ainsi entendu à l'aune de l'habilitation, le principe d'indisponibilité des compétences s'ouvre à une lecture dynamique et permissive de l'action administrative dans son ensemble : production normative aussi bien que satisfaction des besoins de tous sous formes de prestations matérielles³⁵³.

236. Une lecture permissive de l'indisponibilité à l'aune de l'habilitation. Envisagée comme impliquant « *l'impossibilité pour toute autorité administrative de disposer de la compétence qui lui est dévolue et l'obligation corrélative de l'exercer personnellement* »³⁵⁴, l'acception

comme de toute autre prérogative que la Constitution attribue aux Chambres, est juridiquement impossible. La raison en est bien simple. C'est que le pouvoir n'est point pour elles un droit propre ; c'est une fonction que la Constitution leur confie, non pour en disposer à leur gré, mais pour l'exercer elles-mêmes d'après les règles constitutionnelles. Seul le souverain peut faire semblable délégation, et le pouvoir législatif n'est pas le souverain, mais simplement le délégué du souverain » : ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1895), Sirey, Paris, 1914, 6^e éd., rééd. Panthéon-Assas, 2001, p. 515 et 516.

³⁴⁸ ESMEIN A., « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit « des pleins pouvoirs » présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, p. 203. Il devait par la suite être rejoint sur cette question par un courant majoritaire de la doctrine publiciste. Ainsi Henry Berthélemy en vint à considérer « *que le pouvoir législatif attribué aux Chambres est une fonction que la Constitution leur confie, et non pas un droit qu'elle leur accorde. On peut bien transmettre un droit (...); mais on ne peut transmettre une fonction* » : BERTHÉLEMY H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue Politique et Parlementaire*, 1898, p. 323.

³⁴⁹ Ces « *pouvoirs-devoirs objectifs* » appréhendés par Léon Duguit : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Brocard, 1930, p. 151 et s.

³⁵⁰ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 3.

³⁵¹ Bien que dotés de la personnalité morale, ces organes demeuraient dans l'exercice de leurs pouvoirs « *limités par la nature même de la personnalité de l'État, qui n'est que la représentation des intérêts collectifs de la nation, intérêts collectifs qui sont à la fois la base et la limite de son pouvoir* » : MICHOD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, Paris, 3^e éd., tome 1, 1932, p. 327.

³⁵² POYAUD D., *op. cit.*, p. 219.

³⁵³ On retrouve d'ailleurs là la distinction suggérée dès le début du XX^e siècle par Maurice Hauriou entre l'administration entendue « *comme un pouvoir qui s'affirme, tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 5 ; en d'autres termes : entre réglementation des conduites et intervention au service de l'intérêt général.

³⁵⁴ UBAUD-BERGERON M., « Délégation de pouvoir et indisponibilité des compétences », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 167.

contemporaine de la règle de l'indisponibilité apparaît explicitement comme un facteur déterminant de la délimitation de l'externalisation administrative aussi bien sur le plan quantitatif, le champ de son application, que qualitatif, les moyens de cette application. C'est d'ailleurs sous cette forme qu'elle semble s'être ancrée dans la jurisprudence du Conseil d'État, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit par exemple des nombreuses interdictions prononcées à l'encontre de délégations de compétence³⁵⁵. Celles-ci, envisagées auparavant à l'instar de la substitution comme un moyen de pallier les insuffisances ou les carences des autorités administratives disposant d'un titre à agir³⁵⁶, ces délégations s'imposèrent progressivement comme un instrument de l'organisation administrative ; c'est-à-dire, comme une prémisse de la nouvelle gestion publique³⁵⁷. Elles devaient toutefois se heurter à l'opposition des juges du Palais-Royal aussi bien sous leur forme unilatérale³⁵⁸ que contractuelle³⁵⁹. Le principe d'indisponibilité des compétences leurs servit alors à offrir dans les deux cas un fondement à ces prohibitions. Les juges de la rue de Montpensier aussi bien que les juges du fond emboîtèrent également le pas de ceux du Palais-Royal se référant notamment « *au principe de droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation de compétence prévue par un texte exprès, une autorité quelconque doit exercer elle-même les*

³⁵⁵ L'exposé de cette appréhension par la doctrine contemporaine du principe d'indisponibilité des compétences conduit Philippe Azouaou à affirmer qu'il « *permet de soutenir les interdictions qui frappent les délégations unilatérales et contractuelles de compétence, donc, en résumé, toutes les interdictions de déléguer imposées par le juge. Dès lors, en droit administratif, l'indisponibilité des compétences se constate au travers de la jurisprudence* » : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 174.

³⁵⁶ Jean Delvolvé soulignait d'ailleurs dès 1930 que le développement incessant des activités prises en charge par les personnes publiques conduisait invariablement à ce que vienne le moment « *où les magistrats, les fonctionnaires et d'une façon générale les autorités publiques, sont désormais insuffisants à leur tâche (...). Tantôt la mission d'un magistrat est devenue trop étendue pour qu'il puisse seul y faire face. Tantôt sa difficulté s'est accrue, et elle exige une compétence technique qu'il n'a pas* » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 1. Et de suggérer alors en guise de remède que « *les second procédé, qui permet de résoudre les problèmes pratiques qui découlent de ce développement de la vie de l'État (...) consiste en ce que un agent confie lui-même une partie de la mission qui lui incombe à un autre agent (...). C'est cette opération que le Droit Public qualifie de délégation* » : DELVOLVÉ J., *op. cit.*, p. 2 et 3.

³⁵⁷ Elles se présentaient en effet comme un outil destiné à « *mieux répartir le travail, d'améliorer l'organisation des services, de rapprocher les centres de décision des administrés et de faciliter les responsabilités* » : DE VILLIERS M. et DE BERANGER T., *Droit public général*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2011, p. 657.

³⁵⁸ Il est effectivement de jurisprudence constante que les autorités administratives ne puissent déléguer leur compétence en dehors des cas prévus par la loi. Ainsi en va-t-il par exemple : CE, 25 février 1949, *Sieur Roncin*, rec. p. 92, CE, 20 mai 1966, *Sieur Hautbois*, Rec. p. 346, ou encore plus récemment CE, 20 février 1981, *Association « Défense et promotion des langues de France »*, rec. p. 569.

³⁵⁹ Il est tout autant dans certaines matières s'agissant des délégations contractuelles de compétence. Ainsi en va-t-il alors par exemple lorsqu'il est question de la délégation contractuelle d'un pouvoir de décision unilatérale prévue par une compétence particulière : CE, 23 octobre 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du Bassin parisien*, rec. p. 500. Le juge administratif devait également procéder à l'interdiction de déléguer l'exercice de certaines activités encadrées par une habilitation à agir : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142, ou encore CE, 12 novembre 1997, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, rec. p. 900.

pouvoirs dont elle est investie par la loi, et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ses pouvoirs entre les mains d'un particulier »³⁶⁰.

Au-delà de ces racines objectivistes, fondées notamment sur une différence essentielle entre les personnes publiques et les personnes privées, Philippe Azouaou emprunte à la réflexion menée par Guillaume Tusseau afin de poursuivre cette refondation à partir du concept de norme d'habilitation³⁶¹. En démontrant la pertinence d'une analyse dynamique de la fonction habilitante dans un système juridique, ce dernier parvenait en effet à en dégager une double dimension évoquée dans les développements de la partie précédente³⁶². Appréhendées autant comme une ressource que comme une contrainte pour les personnes publiques, les normes d'habilitation présentent finalement les mêmes caractéristiques que la compétence. Dès lors, le principe d'indisponibilité ne peut être envisagé exclusivement sous l'angle exclusif de la contrainte et de l'interdiction. Aussi doit-il s'exprimer également sous la forme d'une ressource, dans la mesure où son objet présente cette double fonctionnalité déterminant la validité de tout acte de volonté, exprimé par une personne publique, au regard de son titre à agir, de son pouvoir de vouloir. Celui-ci n'est finalement conforme au système juridique qu'en tant qu'il ne contrevient pas au principe d'indisponibilité ; c'est-à-dire au contenu de la norme d'habilitation³⁶³. C'est à partir de cette analyse que Philippe Azouaou envisage le principe d'indisponibilité des compétences comme un principe dynamique doté par conséquent de ces deux facettes : ressource et contrainte³⁶⁴. Appliquée à l'externalisation

³⁶⁰ TA, Clermont-Ferrand, 10 juillet 1960, *Dame Geneix*, rec. p. 800.

³⁶¹ Guillaume Tusseau constatait effectivement que « *malgré son apparente évidence, l'identification de ce que signifie l'expression « indisponibilité des compétences » lorsqu'elle figure dans des discours juridiques ne va pas de soi* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 101. Il suggérait alors qu'il convenait en la matière « *de désigner et de raisonner à propos de situations dans lesquelles les autorités administratives ne mettent pas en œuvre leurs habilitations ou ne les utilisent pas de manière satisfaisante* ». Il précisait alors que le postulat de départ d'une telle approche incitait à « *concevoir l'octroi de la faculté de réaliser des actes juridiques comme le résultat d'un type spécifique de norme, dénommée « norme d'habilitation »* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 103.

³⁶² Cf. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

³⁶³ C'est d'ailleurs ce qu'il est possible de percevoir en creux dans le raisonnement établi par Guillaume Tusseau. Car s'il est admis qu'une personne publique « *ne dispose pas de sa compétence* » au sens où, pour produire des normes valides, il ne peut s'écarter de ce que prévoit le norme qui l'habilite » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 103, il est concevable de poursuivre en affirmant qu'en vertu de ce même principe toute action admise par la norme d'habilitation est une action valide au regard du système juridique. En ce sens, le principe d'indisponibilité des compétences peut donc être considéré effectivement comme une ressource autant que comme une contrainte imposée à l'action administrative.

³⁶⁴ De ce point de vue, les autorités administratives seraient effectivement tout à faire libres d'agir dans les limites fixées par la compétence dont elles disposent pour intervenir. La compétence présente donc bien cette double dimension de ressource, en tant qu'elle constitue le principe de toute action, et de contrainte, dans la mesure où elle en détermine les frontières à ne pas franchir. Philippe Azouaou suggère d'ailleurs cette double dimension de la compétence appréhendée par le prisme de l'habilitation lorsqu'il démontre « *que la compétence a pour caractère de ne pas être à la disposition de celui qui en est titulaire (...), les autorités normatives ne*

administrative, une telle hypothèse conduit ainsi à considérer l'indisponibilité comme le ferment de ses limites, mais aussi et surtout comme le fondement conditionnel de son acclimatation en droit administratif. Car, à l'utilisation traditionnellement prohibitrice de ce principe selon lequel il ne peut être porté « *atteinte à la substance de la norme d'habilitation* », s'ajouterait une dimension permissive en vertu de laquelle « *une autorité normative ne produit un acte de disposition (proscrit) que si l'acte édicté sort du cadre fixé par certains éléments de la norme d'habilitation, considérés comme constitutifs de la norme d'habilitation* »³⁶⁵. Toute action administrative, dont la décision de recourir à l'externalisation, pourrait donc trouver le fondement de sa légalité dans le respect du principe d'indisponibilité des compétences ainsi entendu comme « *l'outil qui manque à la science du droit pour traduire le dynamisme de l'ordre juridique* »³⁶⁶.

Parfaitement énoncée par Guy Braibant, la règle de l'interdiction de la délégation de compétence³⁶⁷ concernait peu ou prou l'intégralité de l'action administrative et manifestait chaque fois la garantie par le juge du respect du principe d'indisponibilité³⁶⁸; renouvelé par la prise en compte de la fonction habilitante de la compétence, il reçoit dès lors une lecture homogène et objective. Il est même possible de pousser encore plus loin le raisonnement proposé par Philippe Azouaou afin de suggérer une fonction permissive et dynamique de ce principe en matière d'externalisation : à l'origine de sa limitation, mais également à la source de sa mise en œuvre en droit administratif. Aussi convient-il de démontrer en quoi l'externalisation administrative peut conduire à envisager une telle signification et une telle portée du principe d'indisponibilité des compétences. Cette hypothèse apparaît en outre renforcée à la lecture des *Cours de droit administratif* de Charles Eisenmann. Celui-ci,

peuvent pas édicter d'acte de disposition portant sur leur propre compétence, c'est-à-dire qui modifie la règle de compétence qui les habilite à agir. En définitive, le principe d'indisponibilité des compétences se présente comme une contrainte pour le jurislatureur », autant que pour les personnes publiques : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

³⁶⁵ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 557 et 558.

³⁶⁶ En d'autres termes, comme le « *principe ontologique du système juridique qui conditionne la validité d'un acte juridique au respect du cadre fixé par les éléments acteur, action, champ d'application et champ de réglementation à l'exclusion du principe lex superior de la norme d'habilitation sur le fondement de laquelle il a été dicté* » : AZOUAOU Ph., *Ibid.*

³⁶⁷ « (...) , *l'administration ne peut aliéner par contrat le pouvoir réglementaire qui lui a été conféré par la loi (...); elle ne peut renoncer à prendre à tout moment des mesures de police, ni transférer sa compétence, même partiellement, même temporairement, aux organisations professionnelles ou aux entreprises* » : conclusions prononcées par Guy Braibant sur l'arrêt : CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, AJDA, 1973, p. 324.

³⁶⁸ Philippe Azouaou rappelle d'ailleurs que « *si l'indisponibilité des compétences n'est pas une norme (dont le juge serait le garant), mais un principe ontologique du système juridique, il reste que pour les acteurs du droit, et en particulier pour les producteurs de normes (mais pas uniquement), le juge en assure ainsi le respect* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 563.

évoquant lui aussi le principe de légalité, en dégagait en effet deux interprétations selon lesquelles l'action administrative, quelle qu'elle soit, devait être au moins compatible, au plus conforme, à l'expression de la volonté du législateur³⁶⁹. Bien qu'il envisageât à l'époque d'admettre l'existence d'attributions jurisprudentielles autonomes³⁷⁰, Charles Eisenmann considérait néanmoins l'habilitation comme incontournable à la compréhension du cadre de l'action administrative³⁷¹. Dès lors, seulement habilitées à l'exercer, les autorités administratives ne disposent pas librement de leur compétence. Elles pourraient cependant externaliser la réalisation sur le fondement même du contenu de l'habilitation, et donc conformément aux exigences de l'indisponibilité présentée « *comme un principe directeur de l'action publique* »³⁷².

2. Présentation de l'externalisation administrative fondée sur l'indisponibilité

237. Un fondement dynamique : le contenu de la compétence. Il a pu être précédemment démontré que l'externalisation administrative avait pour objet la réalisation par une autre personne juridique d'une compétence attribuée à une personne publique déterminée. Il convient donc logiquement d'en fixer les limites à l'endroit même où les compétences les imposent en vertu notamment du principe d'indisponibilité, entendu comme celui selon lequel il est impératif « *que les éléments acteur, action, champ d'application et champ de réglementation à l'exception du principe *lex superior* soient respectés par le producteur d'un acte pour que celui-ci soit valide d'un point de vue dynamique* »³⁷³. L'externalisation administrative trouverait donc naturellement dans ce principe la justification de ses propres frontières, et au-delà de sa propre existence juridique. Bien que les personnes publiques

³⁶⁹ Il affirmait en effet que « *toute action de l'Administration – quelle qu'elle soit, matérielle ou juridique – doit être autorisée par la loi (...), et ce n'est que si on l'admet que l'on pourra dire que les actes administratifs doivent être conformes à la loi, et non pas seulement compatibles avec elle, que les normes administratives doivent être conformes au modèle idéal que définissent, que constituent les normes législatives* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 228 et 229. Il s'opposait ainsi, dans une certaine mesure, à la doctrine majoritaire de l'époque selon laquelle un texte devait toujours être identifié à l'origine de toute compétence

³⁷⁰ Il démontrait alors que « *le droit français ne consacre pas rigoureusement l'exigence d'une habilitation légale à la base de tout acte administratif, en ce sens que, dans certaines hypothèses, en dépit de tous les sacrifices de présentation, de toutes les pseudo-références à des textes législatifs, c'est, en réalité, la jurisprudence qui reconnaît à l'Administration tel ou tel pouvoir* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 233.

³⁷¹ Aussi concluait-il alors en précisant « *que si le droit français reconnaît de façon absolue, en théorie, le principe de légalité, entendu dans son sens minimum, de façon très générale il consacre aussi l'interprétation intermédiaire, c'est-à-dire la règle aux termes de laquelle tout acte fait par l'administration doit reposer sur une attribution de compétence légale* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 234.

³⁷² AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 564.

³⁷³ AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 669.

bénéficient d'une liberté en matière de choix des modes de gestion de l'action administrative³⁷⁴, Julien Boucher ne manquait pas d'ailleurs de rappeler qu'en matière d'externalisation notamment « *cette liberté se heurte à certaines limites dont le fondement doit sans doute être recherché dans deux directions* » parmi lesquelles celle due au fait que les « *collectivités n'ont pas « la compétence de leur compétence », c'est-à-dire qu'elles ne peuvent l'excéder, mais pas davantage renoncer à l'exercer* »³⁷⁵. Mais faut-il appréhender cette rencontre exclusivement comme un heurt, ou bien plutôt y voir la possibilité d'un renouvellement de l'une et de l'acclimatation de l'autre aux valeurs du droit public ? En l'occurrence, envisager la compétence sous l'angle de sa fonction habilitante invite à s'accorder sur l'identification d'un enrichissement réciproque de l'externalisation administrative et du principe d'indisponibilité qui résulterait d'une rencontre non plus conflictuelle mais profitable.

L'acception contemporaine du principe d'indisponibilité repose désormais sur la conception objectiviste de la compétence progressivement complétée par la prise en compte du concept de norme d'habilitation³⁷⁶. Appréhendée en tant que « *pouvoir-devoir objectif* », il est en effet nécessaire qu'elle soit exercée « *conformément aux conditions objectives que prescrit la loi ou, ce qui revient au même, conformément à l'habilitation implicite de l'ordre public général* » proscrivant alors qu'elle soit déléguée ou aliénée sauf disposition expresse³⁷⁷. Aussi autorise-t-il finalement, et sous conditions, certaines pratiques telles que la délégation de compétence, la délégation de gestion d'une activité d'intérêt général, ou encore, par exemple,

³⁷⁴ Aussi Guylain Clamour démontrait-il par exemple sur ce point que « *la liberté contractuelle des personnes publiques est ainsi mise au service de l'action administrative en cela qu'elle permet de pérenniser et d'affermir le choix dans l'organisation du service* », laquelle liberté « *consiste avant tout à trancher la possibilité d'une gestion directe en régie ou d'une gestion externalisée* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 597 et 598.

³⁷⁵ BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 7.

³⁷⁶ En particulier à partir des travaux de François Vincent et de Jean-Paul Négrin. Ce dernier devait notamment suggérer de conférer une place considérable au concept d'habilitation en matière d'intervention des personnes privées dans l'action administrative en démontrant qu'une telle intervention impliquait nécessairement une habilitation de la part de la personne publique compétente et ce qu'il s'agisse d'une intervention en matière de police ou de service public. Il affirmait notamment que l'un des fondements juridiques de l'intervention résidait dans « *la nécessité d'une investiture préalable (...) dans la logique d'un système répartissant les compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 50. Cf. également *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

³⁷⁷ Étienne Picard rappelait au surplus que la « *compétence s'analyse comme un « pouvoir-devoir objectif » ; elle n'est pas un droit subjectif dont le titulaire serait maître et pourrait disposer à sa guise, soit pour y renoncer totalement ou partiellement, soit pour la transférer à un tiers, c'est-à-dire l'aliéner* » : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 681 et 682.

la concession de service public. L'interdiction de « *mécanismes par lesquels des autorités publiques se déchargent de leur compétence* »³⁷⁸ sur un tiers s'accompagne donc de certaines dérogations justifiées par le contenu de leur titre à agir, et donc par ce même principe qui devait les proscrire. Ainsi la lecture « habilitante » de l'indisponibilité conduit-elle autant à interdire par principe ces mécanismes qu'à les admettre parfois. La multiplication régulière des dérogations autorisant une personne publique à confier la réalisation d'une de ses compétences à une autre personne engage d'ailleurs à en envisager une systématisation à l'aune du concept d'externalisation administrative qui en constitue aujourd'hui la plus symptomatique³⁷⁹. Ainsi ce concept incite-t-il à suggérer une lecture enrichie et renouvelée de la portée du principe d'indisponibilité.

Il est certes possible de percevoir dans ces nombreuses dérogations apparentes au principe d'indisponibilité des compétences une forme d'affaiblissement, sinon de sa signification, du moins de sa portée³⁸⁰. Au contraire, il est permis d'y déceler au contraire une manifestation de son renouvellement dont il s'agirait alors de mesurer les répercussions. L'évolution récente du droit positif, en particulier l'émergence de situations d'externalisation de plus en plus nombreuses et dans des matières de plus en plus proches du « cœur de métier » des personnes publiques, peut effectivement être interprétée comme une conséquence de l'application du principe d'indisponibilité. Dès lors, issue de ce principe au lieu de s'y confronter, l'externalisation administrative disposerait d'un champ d'application pleinement déterminé par les conditions qu'il lui impose dans la mesure où toute mise en œuvre de cette stratégie implique nécessairement de respecter le contenu de l'habilitation sous peine d'illégalité. À

³⁷⁸ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 449.

³⁷⁹ Sans préciser qu'il s'agissait là d'une application de la stratégie d'externalisation, Élodie Saillant souligne d'ailleurs que « *si la collaboration avec des personnes privées afin d'assurer des activités matérielles de police est admise depuis longtemps, elle connaît en effet aujourd'hui un réel développement, qu'il s'agisse d'activités de vidéosurveillance, d'enlèvement et de transport des véhicules en stationnement irrégulier, de gestion du stationnement payant, ou de sûreté aéroportuaire, développement qui provoque justement de nombreuses et fondamentales discussions à propos de la contractualisation de la politique de sécurité et surtout de la privatisation des missions de police* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 580. La rattachement à une telle stratégie de ces évolutions paraît en effet évident à l'aune des nouveaux outils d'externalisation évoqués par Guylain Clamour à propos de l'autorisation accordée aux collectivités territoriales de confier à une autre personne juridique l'encaissement de certains droits d'accès ainsi que certaines de leurs recettes propres. Ce dernier précise d'ailleurs que « *l'externalisation de l'exécution des recettes fait désormais clairement partie de la boîte à outils de droit public* » : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

³⁸⁰ Comme cela avait pu être le cas par le passé du fait de la croissance des hypothèses de contractualisation de missions relevant de la police administrative, Guylain Clamour fait remarquer, à propos de l'autorisation de confier à une autre personne l'exécution de recettes publiques, qu'il serait possible d'envisager que le droit positif ait fait « *sauter le verrou de la vénérable indisponibilité des compétences tout en parachevant de faire voler en éclat le tabou des matières dites non-contractuelles* » : CLAMOUR G., *Ibid.*

l'instar de la problématique soulevée par Philippe Azouaou à propos de l'insuffisance de la notion de délégation³⁸¹, ou d'autres notions voisines³⁸², pour éclairer leur interdiction par le principe d'indisponibilité en tant que mécanismes consistant pour une personne publique à se décharger d'une compétence, ces éléments peinent également à fournir une explication systémique et globale de l'admission de ces nombreuses dérogations. De même que leurs pendants proscrits par le juge, ces autorisations « *au nom du principe d'indisponibilité des compétences ne reçoivent pas de définition juridique* »³⁸³, brouillant d'autant plus leur analyse par la doctrine, et leur maniement par les praticiens³⁸⁴. Le concept d'externalisation administrative offre dans ces conditions une voie praticable par laquelle il est possible d'atteindre une compréhension plus nette de l'indisponibilité, et des mécanismes qu'elle admet. Laquelle participe en retour d'une détermination précise de sa portée et de celle de ses contours dès lors qu'elle en autorise la mise en œuvre.

³⁸¹ L'auteur énumère effectivement l'une après l'autre les différentes lacunes que présente la notion de délégation. Soulignant la forte hétérogénéité de ses manifestations, parfois même en dehors du droit, Philippe Azouaou conclut à l'impossibilité d'identifier une « *grande catégorie juridique englobant toutes les hypothèses de délégation* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 451. Et de préciser par la suite que, même à s'en tenir aux seules manifestations proprement reconnues par le droit administratif, « *aucun effet juridique ou régime juridique précis n'y est attaché* », et « *déléguer signifie simplement se décharger* ». Gilles Guiheux précisait d'ailleurs que « *la définition du concept de délégation est liée à son objet* », et ses manifestations diffèrent selon qu'il s'agit d'une délégation de service public, d'une délégation de compétence, de signature, de pouvoir, etc... : GUIHEUX G., *La notion de délégation en droit public*, thèse dact., Rennes I, 1996, p. 2. Notons également qu'un tel constat relatif aux imperfections de la délégation n'est pas récent. Ainsi Jean Delvolvé rappelait-il par exemple le sort qui lui était réservé par les grands Maîtres du droit administratif. Alors qu'il remarquait que la jurisprudence du Conseil d'État « *conservait l'expression de délégation, critiquée maintes fois, rejetée par maints auteurs comme source de confusion* », il précisait de la manière suivante le contenu de ces critiques : « *M. Duguit veut la « bannir du Droit public ». M. Hauriou dans les Principes du Droit public la traite de plaie du Droit public* » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 79.

³⁸² Il précise également que d'autres notions sont parfois employées par la doctrine, et même par le droit positif, pour désigner de tels mécanismes participant de la décharge par les personnes publiques de leurs compétences. Aussi relève-t-il que « *le transfert, la cession, le partage, la délégation indirecte de compétence, ainsi que les pactes sur décision future sont des décharges de compétence sanctionnées par le juge au motif, selon certains auteurs de la doctrine, qu'ils méconnaissent le principe d'indisponibilité des compétences* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 452. Le moins que l'on puisse dire, et que l'auteur ne manque d'ailleurs pas d'affirmer, c'est que ces divers procédés ne présentent, mis à part leur objet et peu ou prou leur finalité, ne partagent que peu de points communs juridiques ; pas suffisamment en tout cas pour pouvoir les réunir au sein d'une même catégorie. Il précise en effet que « *l'émergence d'une catégorie juridique les contenant tous paraît bien difficile tant ils n'ont rien en commun* » autant sur le plan de leur objet précis que sur celui de leurs modalités de réalisation et leur régime : AZOUAOU Ph., *Ibid.*

³⁸³ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 453. Gilles Guiheux indiquait d'ailleurs à ce propos que l'imprécision frappant la notion de délégation « *explique les positions différentes adoptées à son égard* » : GUIHEUX G., *op. cit.*, p. 17. Les nombreuses remises en cause successives de cette notion par des auteurs tels que Léon Duguit, Maurice Hauriou, Hubert Maisl ou encore Gilles Guiheux et Olivier Beaud confirment l'insatisfaction qu'elle suscite aujourd'hui pour rendre compte de l'interdiction de ces mécanismes, ainsi que leur admission, dans la mesure où « *ces analyses (...) ne doivent pas masquer le fait que la doctrine, dans son ensemble, n'a pas une conception précise de la délégation* », ni de ces notions voisines : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 463.

³⁸⁴ Une conclusion identique peut en être tirée selon laquelle la doctrine administrativiste disposerait également d'une relative liberté dans la détermination de ces mécanismes de décharge de compétence autorisés en vertu du principe d'indisponibilité.

238. Un fondement permissif : l'indisponibilité de la compétence. Si la doctrine a pu, par le passé, recourir au principe d'indisponibilité des compétences afin de justifier l'interdiction de pratiques procédant à des décharges de la réalisation de compétences sur d'autres personnes que leur titulaire, l'apparition de l'externalisation administrative invite à en proposer une utilisation renouvelée. L'émergence de ce concept, fondé sur la fonction habilitante de la compétence des personnes publiques, autorise en effet à envisager positivement ce principe à la fois comme une source de sa validité, et par conséquent également de ses limites. Le droit positif présente d'ailleurs un certain nombre d'autres exemples pour lesquels « *le principe d'indisponibilité des compétences a été mis à contribution pour justifier des mécanismes (...) nouveaux* »³⁸⁵ dont l'objet est proche d'une décharge de compétence. Ainsi en va-t-il aujourd'hui pour le mandat. Alors qu'il est majoritairement admis depuis Léon Duguit³⁸⁶ que l'indisponibilité constitue un obstacle dirimant à son utilisation dans l'exercice des compétences³⁸⁷, l'évolution du droit positif et de la doctrine tend néanmoins à reconnaître sous certaines conditions sa légalité³⁸⁸ dès lors qu'il ne provoque pas « *une modification de l'ordre normal des compétences* »³⁸⁹. Il est donc possible d'envisager que la gestion déléguée constitue effectivement une forme de décharge de compétence admise par le principe même de leur indisponibilité. La formulation empruntée par les juges du Palais-Royal à l'occasion

³⁸⁵ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 263.

³⁸⁶ Léon Duguit affirmait en effet que si « *un observateur superficiel peut voir dans ce qu'on appelle la délégation de compétence un véritable mandat. Un examen plus attentif montre qu'il n'en est rien (...) ce qui impliquerait que la compétence est un droit subjectif dont le fonctionnaire délégué est titulaire* » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 511.

³⁸⁷ Comme le rappelle encore récemment Rozen Noguellou lorsqu'elle précise que l'indisponibilité « *vient considérablement réduire les possibilités, pour les personnes publiques, de recourir au mandat* » : Note de Rozen Noguellou sous : CE, 10 février 2010, *Société Prest'action, L'essentiel. Droit des contrats*, avril 2010, p. 4.

³⁸⁸ Ainsi Christian Lavialle suggérait-il déjà que « *l'administration peut, sans transgresser les principes généraux du droit public, charger une personne privée d'agir en son nom et pour son compte* » dans la mesure où cela « *ne bouleverse pas la répartition des compétences puisque la personne mandatée n'est en droit qu'un « intermédiaire transparent » même si elle est l'auteur apparent des actes juridiques* » et que « *le contrat de mandat ne dessaisit pas (...) la puissance publique* » : LAVIALLE Ch., *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 118, 1974, p. 217 et 218. N'oublions pas non plus que le droit positif lui-même admet aujourd'hui par exemple que « *le fait de confier à un tiers l'encaissement de recettes relèvera d'une clause de mandat incluse dans un contrat de la commande publique, à l'instar de ce qu'a expressément prévu le législateur en 2008 pour les contrats de partenariat* » : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

³⁸⁹ HECQUARD-THÉRON M., *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 126, 1977, p. 168. Marguerite Canedo proposait même de lui aménager une place singulière en droit administratif. Écartant la délicate question du domaine de la police, elle considérait que les critères d'identification du service public géré par une personne privée reposaient sur le mécanisme de représentation du mandat. Elle démontrait effectivement que, « *par l'arrêt Narcy, le juge administratif est venu révéler à quelles conditions il est possible de qualifier une activité exécutée par une personne privée de « service public ».* L'identification du service public, qui s'avérerait pour le moins nécessaire, reste ainsi avant tout jurisprudentielle » : CANEDO M., *Le mandat administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 216, 2001.

de la jurisprudence *APREI* le laisse d'ailleurs supposer lorsqu'ils précisent qu'une activité peut être qualifiée comme telle, dès lors « *qu'il apparaît que l'administration (compétente) a entendu lui confier une telle mission* »³⁹⁰ ; en d'autres termes, qu'elle lui aurait délégué³⁹¹ tout en demeurant titulaire de sa compétence en la matière³⁹². L'acceptation dynamique du principe proposée par Philippe Azouaou contribue également à confirmer cette hypothèse dès lors que l'indisponibilité, autant que l'externalisation, « *permet de rendre compte parfaitement du phénomène d'habilitation, contrairement aux autres notions ; ensuite, parce qu'il met en évidence le principe de validité des normes juridiques* »³⁹³.

Il est en effet possible, par une application *a contrario* de la démonstration proposée par Philippe Azouaou à partir du concept d'habilitation, d'affirmer qu'il autorise tout mécanisme de décharge de compétences dans la mesure où l'acte concerné ne constitue en rien un acte de disposition³⁹⁴ ; c'est-à-dire qu'il ne modifie pas l'ordre des compétences et ne contrevient pas au contenu de l'habilitation. Il s'agirait alors de reprendre l'acceptation suggérée par Guillaume Tusseau du principe d'indisponibilité des compétences, entendu comme un « *élément définitionnel déterminant de l'aptitude à agir spécifique des autorités publiques* »³⁹⁵, et donc de l'étendue de la marge de manœuvre dont elles disposent pour parvenir à la réalisation de leur compétence. Apparaissent alors deux situations principales dans lesquelles une telle décharge serait possible : soit la personne publique édicte, à condition d'y avoir été autorisée, un « *acte unilatéral par lequel (elle) transfère une partie de sa compétence, son propre titre*

³⁹⁰ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. p. 92. Soulignons que la doctrine avait déjà pu évoquer une telle hypothèse, notamment sous la plume de René Chapus, lorsqu'il considérait à l'aune de la jurisprudence *Narcy* que l'identification d'une activité de service public gérée par une personne privée appelait nécessairement à « *rechercher si l'activité à qualifier a été délégué par la personne publique à l'institution de droit privé* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 14^e éd., 2000, p. 570.

³⁹¹ Marguerite Canedo soulignait par ailleurs que « *si la thèse développée par R. Chapus mérite de retenir l'attention, c'est qu'elle est loin d'être restée isolée et que des prises de position récentes notamment tendent à plaider en sa faveur* » : CANEDO M., *op. cit.*, p. 288 et 289. Rappelons qu'il était alors question de la théorie selon laquelle l'identification de ces activités repose essentiellement sur le mécanisme de la délégation, lequel implique nécessairement l'existence d'un rattachement organique entre la personne publique compétente et la personne privée.

³⁹² Hubert-Gérald Hubrecht considérait également qu'une telle opération « *ne lie pas la personne publique et ne bouleverse pas la répartition des compétences* » : HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980, p. 162. Et d'insister par la suite en précisant que l'on ne saurait retenir alors « *le thème générique selon lequel les compétences ne se délèguent pas (car) contrairement à la délégation de compétence, le mandat ne modifie pas la compétence du titulaire, ne le dessaisit pas* » : HUBRECHT H.-G., *op. cit.*, p. 164.

³⁹³ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

³⁹⁴ Philippe Azouaou démontrait effectivement que l'acceptation dynamique du principe d'indisponibilité des compétences impose que « *les autorités normatives ne peuvent pas édicter d'acte de disposition portant sur leur propre compétence, c'est-à-dire d'acte qui modifie la règle de compétence qui les habilite à agir* » : AZOUAOU Ph., *Ibid.*

³⁹⁵ TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 108.

de compétence étant maintenu »³⁹⁶ ; soit elle produit un acte par lequel elle confie à une autre personne la réalisation de sa compétence sans la lui transférer. Cette seconde situation rejoint alors la présentation du concept d'externalisation administrative tel que proposé en première partie comme ayant pour objet la réalisation de la compétence d'une personne publique par une autre personne, publique ou privée. Alors que, sauf disposition juridique la première se heurte de manière absolue au principe d'indisponibilité³⁹⁷, l'externalisation administrative s'articulerait par contre parfaitement avec lui. Reste alors à caractériser ces points de rencontre où se jouent à la fois la justification de l'externalisation et ses limites, et d'où émerge également l'une des justifications de la singularité de l'externalisation administrative eu égard à son pendant managérial.

Loin de constituer, comme cela a pourtant parfois pu être évoqué ou supposé, un point de friction, l'association de l'indisponibilité et de l'externalisation compose en premier lieu l'épicentre de la propagation de la seconde dans la sphère administrative. C'est effectivement de sa combinaison avec l'acception dynamique de ce principe que l'externalisation trouve une justification générale et pérenne à son développement, et ce, même au-delà de la frontière de l'indélégalité auparavant tracée à partir de la nature régaliennne de certaines activités. Loin de représenter cet écueil mythologique souligné par Élodie Saillant³⁹⁸, une telle hypothèse s'inscrit bien au contraire dans la lignée du renouvellement du principe d'indisponibilité dans la mesure où elle prendrait en compte le contenu de la norme d'habilitation, et le fait que l'externalisation par son objet même ne conduise pas à un dessaisissement de la compétence. Dégagé de la prise en compte exclusive de la nature des activités, ce principe serait donc à l'origine même de toute externalisation dans la mesure où la compétence prévoit par sa fonction habilitante que sa réalisation puisse être confiée à une autre personne sans pour autant conduire à son abandon. Mais avant même de s'intéresser à la question des limites de l'externalisation administrative telles que dessinées par cette portée renouvelée du principe d'indisponibilité des compétences, il convient d'indiquer que cette dernière offre d'ores et

³⁹⁶ MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université Paris II, 1972, p. 115.

³⁹⁷ Guillaume Tusseau rappelait en effet que « *la réalisation d'une délégation de compétence se présente d'emblée comme une dérogation à l'ordre normal des compétences instauré, ainsi qu'au principe d'indisponibilité des compétences. Aussi est-il fréquemment précisé, qu'outre le respect de certaines conditions, cette délégation ne peut pas résulter de la seule initiative de l'autorité habilitée, mais doit nécessairement être expressément autorisée* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 120.

³⁹⁸ Cette dernière suggère en effet que « *l'écueil d'une telle présentation est qu'elle comporte le risque d'en tirer la conclusion selon laquelle la nature de certaines activités, notamment de police, ne serait plus totalement un obstacle à la délégation, ouvrant la boîte de Pandore de la prise en charge de certaines activités de souverainetés par des personnes privées* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 580.

déjà une explication supplémentaire au fait que les personnes publiques ne puissent se défaire totalement de leur mission de service public de la même façon qu'elles sont contraintes en matière de police. Si elles peuvent en effet librement externaliser la gestion dans le cadre de leur titre à agir et à faire agir³⁹⁹, il est invariablement admis qu'elles doivent nécessairement en conserver la maîtrise comme la norme d'habilitation dont elles bénéficient leur impose⁴⁰⁰.

Dans le même ordre d'idées, selon lequel les frontières de l'externalisation ne seraient plus « naturelles » mais déterminées objectivement à partir du contenu des habilitations à destination des personnes publiques, le principe d'indisponibilité laisserait la voie ouverte à un dépassement de l'exclusion automatique des activités régaliennes alors même que le droit positif en multiplie les dérogations. La doctrine demeurerait d'ailleurs jusqu'alors largement silencieuse s'agissant de la détermination du point au-delà duquel la délégation n'est plus possible en matière de service public⁴⁰¹ et, de manière générale, dans le cadre de l'action administrative. Le périmètre de l'externalisation administrative paraissait effectivement de plus en plus incertain à l'instar de celui des matières contractuelles ou des matières indéléguables. Ce à quoi l'hypothèse ici soutenue permet désormais de proposer une réponse et une alternative en accord avec la relecture dynamique et permissive du principe d'indisponibilité. Il aura d'ores et déjà permis de mettre en évidence le fait que l'objet propre de l'externalisation administrative, la réalisation de la compétence, explique en grande partie sa différence par rapport à l'externalisation pratiquée librement dans le monde de l'entreprise tel qu'il est dominé par la capacité et ne connaissant pas une telle indisponibilité⁴⁰². Aussi

³⁹⁹ Pierre Delvolvé remarquait sur ce point que « *la collectivité publique qui confie à une personne la mission d'exploiter un service public exerce elle-même sa propre compétence. C'est dans l'exercice de la compétence qu'elle tient des textes qu'elle aménage un service public et qu'elle en charge une personne* » sans pour autant se déposséder de sa compétence : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 677.

⁴⁰⁰ Le principe d'indisponibilité ainsi entendu « *justifierait que la collectivité locale ne puisse se décharger totalement de sa mission de service public, devant s'assurer de sa bonne exécution* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 9.

⁴⁰¹ À l'instar de Jean-Marc Maillot, ainsi que de René Chapus par exemple, la doctrine n'avancait sur cette question que des suppositions et des intuitions en vertu desquelles « *semblent exclus de cette délégation le droit de régler l'organisation du service public et notamment le choix du mode de gestion (...), la définition des règles de fonctionnement du service ou encore le pouvoir dont dispose l'autorité délégante de prescrire les modifications nécessaires à l'adaptation du service* » : MAILLOT J.-M., *Ibid.* Ainsi le Conseil d'État considérerait-il que « *les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à l'administration, seule compétente pour régler l'organisation du service public de modifier unilatéralement de tels contrats* » : CE, 6 mai 1985, *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des PTT c/ M. Ricard*, rec. p. 144.

⁴⁰² Guillaume Tusseau n'omettait pas de rappeler que le principe d'indisponibilité justifiait « *la soumission des personnes publiques à des règles plus strictes que les particuliers (...)* puisque, par définition, le libre arbitre du

mène-t-il en cela indiscutablement à la détermination singulière des contours de l'externalisation administrative imposée par le caractère intrinsèquement objectif de la compétence. Car, si la compétence, par son indisponibilité, autorise dans un certain cadre le recours à l'externalisation pour sa mise en œuvre, elle en impose également les conditions et les limites en vertu de cette même indisponibilité qui la caractérise.

B. Le rôle de l'indisponibilité dans la délimitation des contours de l'externalisation administrative

239. Une délimitation fondée sur le contenu normatif ou matériel de la compétence. Comme le précise Jean-Bernard Auby, les juristes ont pleinement un rôle à jouer dans l'entreprise de clarification de la réalité⁴⁰³ ; qu'il s'agisse alors de la réalité des affaires, de la réalité du fonctionnement de l'administration, voire même, de manière encore plus nécessaire, de la réalité située au croisement de ces deux mondes dont l'externalisation semble être l'une des manifestations les plus prégnantes. Il indique également que si « *le discours des juristes est souvent plat (...) exégétique* »⁴⁰⁴, il n'est pas interdit qu'il puisse également se présenter parfois comme un discours théorique destiné à éclairer une matière dont il est de plus en plus malaisé de déceler les rouages, tout autant que les fondements. Une matière sur laquelle l'influence du contexte économique et financier a sûrement, plus que tout autre, marqué son empreinte conduisant de plus en plus souvent à admettre que l'État et les personnes publiques se concentrent sur les activités constitutives de leur « cœur de métier », et donc confient à d'autres le soin de réaliser au mieux la prise en charge de certains besoins d'intérêt général⁴⁰⁵ sans en apporter une justification proprement juridique. Une fois de plus, le discours sur le droit élaboré par les juristes pourraient cependant permettre, en se saisissant de

titulaire était considérablement affaibli dans le cadre de la compétence, affirmée comme intrinsèquement indisponible » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰³ Aussi indique-t-il que les « *juristes en contact avec les réalités concrètes peuvent parfois avoir quelque chose en propre à dire et à proposer, surtout quand leur approche est valorisée, non purement descriptive, soucieuse de contribuer à la réflexion collective sur le bien-être commun* » : préface de Jean-Bernard Auby à l'ouvrage de Paul Lignières : LIGNIÈRES P., *Le temps des juristes. Un essai original sur l'évolution de l'Europe d'un point de vue juridique, économique et historique. Contribution juridique à la croissance européenne*, LexisNexis, coll. Essais, 2012, p. I.

⁴⁰⁴ Préface de Jean-Bernard Auby à l'ouvrage de Paul Lignières : LIGNIÈRES P., *op. cit.*, p. II. Et de préciser davantage son propos en indiquant qu'un tel discours « *peine à porter d'autres valeurs que celles de la clarté et de l'intelligibilité du droit, de sa cohérence, de son bon ordonnancement* ».

⁴⁰⁵ Depuis le début des années 2010, Jean-Bernard Auby souligne d'ailleurs fréquemment la tendance des personnes publiques à ne « *s'en tenir (qu') aux activités qui relèvent de son ministère propre, pour laisser à d'autres celles qu'il n'est pas particulièrement compétent pour exercer* », ainsi que celle, « *corollaire, qui consiste à permettre très largement la prise en charge de tâches d'intérêt général par des œuvres privées, des groupes de citoyens, la société civile* » : préface de Jean-Bernard Auby à l'ouvrage de Paul Lignières : LIGNIÈRES P., *Ibid.*

l'externalisation, de ne pas « *simplement accompagner les mouvements de la société mais (de) les orienter* »⁴⁰⁶. S'il est vrai que l'influence des économistes s'impose comme un élément indispensable des réflexions contemporaines sur la société, il n'en demeure pas moins que le juriste conserve toujours son mot à dire. Certes, son analyse doit s'inspirer des travaux menés dans des disciplines qui lui sont à priori étrangères. Mais il conserve sa posture propre et singulière liée aux canons de sa pensée et à son objet d'étude : l'encadrement de la société par le droit⁴⁰⁷. S'agissant du concept d'externalisation administrative, le juriste ne peut donc se satisfaire des études et analyses indispensables proposées par les économistes et les managers pour proposer une juste délimitation de ses contours. Son acclimatation aux particularités du droit administratif rendue possible notamment par le principe d'indisponibilité des compétences conduit néanmoins à préciser les points sur lesquels il se singularise de la notion d'externalisation stratégique, et en particulier sur celui de la détermination de ses contours. Il a effectivement été démontré que si ce principe pouvait être présenté comme le fondement de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif, il s'impose également comme celui de ses limites dans la mesure où il contraint les personnes publiques à respecter le contenu de la compétence qui les habilite à agir.

Or, parmi « *les délices et les subtilités de la pensée doctrinale* » évoquées par Benoît Plessix, lorsqu'il est question de la spécificité du droit administratif eu égard au droit privé⁴⁰⁸, l'exorbitance de la puissance publique figure bel et bien au premier plan, et ce, autant dans sa signification que par sa portée⁴⁰⁹. Soulignant au titre de la présentation des fonctions de l'État la classification binaire des activités selon qu'elles assurent « *d'une part, des besoins*

⁴⁰⁶ LIGNIÈRES P., *op. cit.*, p. 140.

⁴⁰⁷ Jean-Bernard Auby indique d'ailleurs sur ce point que, face aux désillusions auxquelles peuvent conduire les réflexions menées par ses homologues, « *le Droit, le discours juridique auraient dans le contexte actuel cette valeur ajoutée qui lui est parfois donnée (...) si l'on accepte de rentrer en dialogue avec ceux qui, ailleurs que dans la science juridique, se préoccupent de rendre les institutions et l'action publique plus efficaces dans la production du bien collectif* » : préface de Jean-Bernard Auby à l'ouvrage de Paul Lignières : LIGNIÈRES P., *op. cit.*, p. III et IV. L'auteur ayant préalablement indiqué « *que la politique marque le pas, que la pensée économique a suscité quelques désillusions* ».

⁴⁰⁸ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 751.

⁴⁰⁹ Élodie Saillant précise sur point l'importance de l'expression de la puissance publique dans l'identification de l'essence même de l'exorbitance du droit administratif dans la mesure où « *une règle exorbitante est tout d'abord une règle qui contient de la puissance, puissance qu'il est possible dès à présent de qualifier de puissance publique (...), cette puissance est la puissance publique face aux particuliers* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 111. Plus exactement encore, Georges Vedel considérait à propos de cette puissance qu'elle recouvrait finalement « *le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certain cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte* » : VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, 1954, p. 42.

juridiques et, d'autre part, des besoins matériels »⁴¹⁰, Roger Bonnard rappelait l'importance sur ce point de la répartition des compétences. Il relevait en outre, à travers cette répartition, l'importance de la distribution de la puissance publique aux autorités administratives, laquelle se présente toujours « *comme supérieure à celle des particuliers* »⁴¹¹ et à la volonté des personnes publiques. Pour autant, bien que considérablement étendue, la portée de cette exorbitance connaît à priori une limite dans la distinction évoquée très tôt par la doctrine entre les actes normatifs et les actes matériels⁴¹². Poursuivant les travaux de Maurice Hauriou sur la gestion⁴¹³, André de Laubadère considérait d'ailleurs que l'action administrative consiste « *ou bien à prendre des décisions juridiques, à faire des actes juridiques ou bien à faire des actes matériels, c'est-à-dire les agissements divers et les opérations d'exécution telles que enquêtes, devis, prestations de choses ou de services* »⁴¹⁴. Henry Berthélemy rappelait pour sa part qu'il était tout à fait concevable d'envisager ces deux facettes de l'action des personnes publiques : d'une part « *les actes de gestion* », et d'autre part « *les actes d'autorité (qui) sont accomplis par les fonctionnaires organes de l'État puissance* »⁴¹⁵. Aussi poursuivait-il par la démonstration de la différence fondamentale qui impose une telle dissociation de ces fonctions dans le cadre de l'organisation administrative⁴¹⁶. Ce faisant, il procédait en conséquence au rapprochement des premiers et des actes des particuliers⁴¹⁷, ainsi qu'à la sanctuarisation concomitantes des seconds⁴¹⁸ en tant que manifestation de la puissance publique.

⁴¹⁰ BONNARD R., *Précis de droit public*, Sirey, 5^e éd., 1939, p. 4.

⁴¹¹ BONNARD R., *op. cit.*, p. 9.

⁴¹² Roger Bonnard remarquait d'ailleurs que, bien que « *assez généralement abandonnée (...) le but poursuivi par la distinction consistait à vouloir, d'une part, soustraire aux règles du droit privé les actes de puissance publique, parce que, émanant d'une volonté supérieure, on ne pouvait que leur appliquer des règles spéciales, pour, d'autre part, soumettre au droit privé les actes de gestion, puisqu'ils étaient analogues à ceux des particuliers* » : BONNARD R., *op. cit.*, p. 9 et 10.

⁴¹³ Rappelons très brièvement qu'il distinguait alors la gestion administrative, recouvrant les activités de prestation de services, de l'autorité, s'exprimant par l'exercice de la puissance publique commandante : cf. : HAURIU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 3 et s.

⁴¹⁴ DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, t. I, LGDJ, 7^e éd., 1976, p. 155.

⁴¹⁵ BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 3^e éd., 1905, p. 45.

⁴¹⁶ Aussi démontrait-il l'importance, au sein des principes généraux de l'organisation administrative, d'une « *distinction nécessaire entre les « fonctions d'autorité » et les « fonctions de gestion* » : BERTHÉLEMY H., *op. cit.*, p. 49.

⁴¹⁷ Il proposait sur ce point un inventaire non-exhaustif de telles activités finalement identiques. Il précisait ainsi que, « *autrefois les téléphones étaient exploités par une compagnie qui occupait des ingénieurs. Quelle différence y a-t-il entre ces ingénieurs et ceux qui, pour l'État, font aujourd'hui le même service ? Aucune (...). Voici donc une série d'hypothèses où il ne répugne nullement à l'esprit de faire intervenir l'idée de contrat ; mais de disons pas ici qu'il y a contrat de droit public ; c'est d'un contrat ordinaire, d'un contrat de droit civil qu'il s'agit* » : BERTHÉLEMY H., *op. cit.*, p. 50.

⁴¹⁸ En contrepoint de l'hypothèse précédente concernant les actes de gestions, il affirmait l'impossibilité « *de voir une analogie entre le louage de services ou tout autre situation de droit civil et les fonctions de préfet, de conseiller d'État, de juge, de général, etc... Toutes ces fonctions, qui confèrent à ceux qui les occupent*

L'exercice de la puissance publique commandante autorisée par la compétence impose par conséquent une singularité de l'action normative face à laquelle l'externalisation semble devoir être exclue. À partir d'une relecture de l'indisponibilité, la délimitation de son périmètre conduit donc à l'envisager à l'aune de cette distinction assurée entre la dimension normative et la dimension matérielle du contenu de la compétence. Cette divergence fait d'ailleurs écho à la distinction des actes d'autorité normatifs et des actes de service matériels⁴¹⁹ dont la mise en œuvre par les personnes publiques est respectivement autorisée par chacune de ces deux dimensions. Alors qu'il serait nécessaire, comme le préconise Paul Lignères, « *de redistribuer les rôles entre l'État (et les personnes publiques en général) et le secteur privé* »⁴²⁰, le concept d'externalisation administrative impose en premier lieu de rebattre en son sein les cartes de la compétence selon qu'elle habilite à la réalisation d'actions normatives ou matérielles. Il s'agit alors de préciser plus clairement ce qui relève en propre de l'essence même de l'État, ce dont il ne pourrait se défaire, et ce qui pourrait, voire devrait, être confié à d'autres personnes publiques ou privées. Aussi l'externalisation constitue-t-elle en cela une opportunité inopinée et inespérée fondée, du fait de son essence coopérative, sur une nouvelle répartition nette entre les divers acteurs prenant désormais part à la réalisation des compétences et à la satisfaction de l'intérêt général. Ayant déjà endossé un rôle prépondérant en tant que fondement de l'externalisation au droit administratif, le principe d'indisponibilité des compétences se présente là aussi comme un protagoniste à part entière de la délimitation de ces frontières. Encore s'agit-il avant de les identifier concrètement de prendre en considération le contenu habilitant de la compétence (1) afin de suggérer une délimitation formelle de l'externalisation variable selon ce contenu (2).

1. Une délimitation en fonction du contenu de la compétence

240.L'indisponibilité : un fondement conditionnel de l'externalisation administrative. Le renouvellement dynamique du principe d'indisponibilité des compétences invite à revoir les conséquences de sa portée en matière d'externalisation. Il peut en effet être conçu autrement

l'exercice de la puissance, ne ressemblent en rien aux fonctions que des contrats de droit civil peuvent attribuer à des particuliers pour des intérêts privés » : BERTHÉLEMY H., *Ibid.*

⁴¹⁹ Henry Berthélemy considérait d'ailleurs pouvoir proposer une juste analyse des fonctions administratives, et des modalités de leur mise en œuvre, à l'aune d'une telle distinction dans la mesure où, « *fonctions d'autorité, fonctions de gestion ; voilà une distinction grâce à laquelle il devient simple de définir la nature des fonctions publiques* » : BERTHÉLEMY H., *op. cit.*, p. 51.

⁴²⁰ LIGNIÈRES P., *op. cit.*, p. 139.

que comme un frein au développement de cet outil de gestion stratégique dans le cadre de l'action administrative. Dépassant la prise en compte de la seule nature des activités, l'analyse de l'indisponibilité sous un angle habilitant conduit à considérer ce principe comme le fondement même de la légalité du recours à l'externalisation en droit administratif. Considéré dès lors à part entière comme « un « *principe directeur* » de leur action »⁴²¹ et non plus seulement comme une contrainte qui l'entrave, les personnes publiques en tirent une justification supplémentaire de la validité de l'externalisation de la réalisation de leurs compétences de la même façon que tout acteur habilité emploie son titre à agir comme une ressource à son intervention⁴²². La portée d'un tel principe amène par conséquent à considérer qu'en son absence l'externalisation ne pourrait être employée par les personnes publiques dans cette finalité, comme le prévoyait d'ailleurs la doctrine eu égard à son application traditionnelle dépourvue de toute dimension dynamique et habilitante⁴²³. L'indisponibilité s'impose néanmoins comme un fondement conditionnel dont il ne faut pas ignorer la dimension toujours prohibitrice sanctionnant d'illégalité tout acte, et donc toute externalisation, qui s'apparenterait à un acte de disposition sur la compétence ; c'est-à-dire au « *type d'acte le plus grave qu'il est possible de réaliser vis-à-vis d'un bien, puisqu'il engage ou affecte sa substance même* »⁴²⁴ et qui est nécessairement proscrit lorsqu'il est question d'une compétence qui ne peut en aucune façon être envisagée comme un bien sur lequel une personne publique exercerait son droit de propriété⁴²⁵. Dès lors que la compétence est

⁴²¹ AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 561.

⁴²² Comme le rappelait d'ailleurs Guillaume Tusseau, George Jellinek considérait en effet « *qu'une norme d'habilitation augmente les capacités d'action des acteurs au-delà des capacités naturelles* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 481.

⁴²³ C'est-à-dire sans la prise en considération du fait que « *l'habilitation s'avère de la sorte une ressource que l'acteur mobilise en vue d'atteindre certains objectifs* », et que l'indisponibilité des compétences ne fait que rappeler et affirmer en tant que principe normatif dynamique essentiel de notre système juridique : TUSSEAU G., *Ibid.* Une application qui, il convient de le rappeler, résultait notamment d'une nécessité de conférer un sens à une prohibition imposée initialement par le juge administratif, et ce tout particulièrement s'agissant des pouvoirs de police. Il est d'ailleurs possible de relever dès les conclusions d'André Tardieu sur l'arrêt : CE, 6 décembre 1907, *Cie P.L.M.* et autres, rec. p. 916. André Tardieu considérait effectivement que « *le pouvoir réglementaire du gouvernement sur les matières intéressant la sécurité ou la sûreté de la circulation est inaliénable et imprescriptible et le gouvernement ne saurait en faire abandon par contrat* ». Une affirmation par ailleurs confirmée et consacrée par la suite par la jurisprudence *Ville de Castelnaudary* et les conclusions prononcées à cette occasion par Pierre Josse. Ce dernier précisait alors que « *nous ne pouvons consentir, sous couvert d'une décision d'espèce, à l'abandon par les municipalités de leur pouvoir de police, à leur dessaisissement entre les mains d'organismes privés* » : CE, ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595.

⁴²⁴ TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 104.

⁴²⁵ Rappelons sur ce point les propos avancés par Léon Duguit, et incontestés depuis, selon lesquels « *la compétence n'est pas un élément d'une situation juridique subjective et encore moins un droit subjectif, dont on aurait à déterminer le titulaire* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Broccard, 1930, p. 153. Ou encore l'affirmation rapportée par Anne-Laure Girard selon laquelle « *derrière l'acte juridique,*

indisponible à toute personne publique du fait qu'elle « *ne confère jamais des prérogatives à un homme, (elle) ne fixe que les attributs d'une fonction* »⁴²⁶ qui les détermine, l'externalisation administrative peut être envisagée sur le fondement même de cette indisponibilité si elle sert une telle fonction, et donc si elle remplit les conditions posées par le contenu de la compétence. La détermination des contours de l'externalisation administrative en référence à ce principe conduit donc à préciser la portée de cette interdiction touchant les actes de disposition⁴²⁷ en fonction de ce contenu habilitant. Le principe d'indisponibilité se hisserait alors au côté du principe de légalité qui ne serait plus « *la seule règle qui régisse l'action de l'Administration* »⁴²⁸. Il en épouserait alors les conséquences en matière d'encadrement de l'action administrative, et ce, qu'il s'agisse d'une action normative ou bien matérielle⁴²⁹.

Pour en revenir aux réflexions menées par Léon Duguit, il est constant de remarquer que l'indisponibilité de la compétence fut structurée entre autre à partir de l'opposition forgée alors par la doctrine objectiviste entre la capacité des individus et la compétence des personnes publiques. Il affirmait en effet que « *la compétence présente tous les caractères auxquels se reconnaît le pouvoir objectif* »⁴³⁰ ; Il précisait même que les personnes publiques peuvent, tant qu'elles détiennent un tel titre à agir, « *faire légalement les actes qui rentrent dans le cercle de (leur) activité fonctionnelle* »⁴³¹ dans la mesure où elles n'en disposent pas⁴³². Tout acte de disposition ayant pour objet la compétence semble donc bien proscrit

*ce n'est pas l'individu qu'aperçoit Jèze mais « le pouvoir juridique dont l'acte n'est que l'exercice ». L'homme qui déclare sa volonté apparaît comme un accessoire, car la compétence, c'est-à-dire le pouvoir de vouloir juridiquement, n'est pas un droit subjectif. Ce pouvoir n'est pas rattaché à l'homme, il émane du droit objectif ; il « repose entièrement sur la loi » » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 273.*

⁴²⁶ GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 274.

⁴²⁷ Et de mesurer cette gradation allant de l'interdit à l'autorisation, dès lors que le principe d'indisponibilité des compétences fait « *référence à des types très divers de situations juridiques, qu'il est possible d'ordonner selon l'intensité des vellétés des autorités administratives de disposer de leurs compétences* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 114.

⁴²⁸ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 234.

⁴²⁹ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 234 et s.

⁴³⁰ DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 501. Il précisait également que si « *le droit subjectif naît en vue d'un but concret et individuel ; lorsque le but est atteint, le droit subjectif est épuisé, il disparaît. La compétence est un pouvoir qui se renouvelle à chaque instant* ».

⁴³¹ DUGUIT L., *Ibid.*

⁴³² Ainsi justifiait-il notamment sa farouche opposition à toute idée de délégation de compétence en dehors des cas strictement prévus par les textes en affirmant que « *si l'on reconnaît que le fonctionnaire ne peut déléguer sa compétence que lorsque la loi le lui permet expressément, c'est que précisément la compétence est un pouvoir qui, en principe, n'est pas susceptible de délégation et n'est point par conséquent un droit subjectif* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 511. De la même façon, Henry Berthélemy devait aussi condamner le recours abusif à la pratique des règlements d'administration publique du fait que « *les Chambres n'ont pas la disposition du pouvoir*

depuis longtemps par la doctrine aussi bien que par le juge⁴³³, en référence plus ou moins expresse, au principe d'indisponibilité. Or l'acte de disposition peut être défini comme étant « l'acte par lequel une autorité normative s'écarte du cadre fixé par certains éléments de la norme d'habilitation (...), (et) a cherché à modifier les conditions de son habilitation à agir »⁴³⁴ comme si elle en était finalement le propriétaire. Philippe Azouaou précise cependant qu'une telle définition implique nécessairement une gradation dans l'appréhension de ce qui relèverait des éléments déterminants de l'habilitation : en d'autres termes, une « hiérarchisation » de son contenu⁴³⁵. Or, le contenu de la compétence présente indéniablement une dimension duale partagée entre un aspect normatif et un autre aspect matériel ; c'est-à-dire entre deux façons d'appréhender « la compétence aptitude-légale et la compétence-sphère d'action »⁴³⁶. Ainsi y existe-t-il des habilitations à exercer un pouvoir normatif, et d'autres, à accomplir des activités matérielles.

Mais alors que Philippe Azouaou calque cette distinction des éléments essentiels ou non de la norme d'habilitation sur ce concept particulier, il convient de s'en inspirer ici pour proposer

législatif ; elles n'en ont que l'exercice » : BERTHÉLEMY H., Traité élémentaire de droit administratif, A. Rousseau, 3^e éd., 1905, p. 102 ; elles en ont l'usus sans en avoir l'abusus.

⁴³³ L'arrêt *Chemin de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest et du Paris-Lyon-Méditerranée* marque sur cette question le point de départ d'une posture clairement affichée d'hostilité à l'encontre de la délégation du pouvoir législatif. Le Conseil d'État considérait en effet que « si les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative, et comportent en conséquence, l'exercice dans toute leur étendue des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au gouvernement, dans ce cas particulier ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative au recours prévu par l'article 9 précité » visant les actes administratifs : CE, 6 décembre 1907, *Cie des chemins de fer de l'Est et autres*, rec. p. 913. Maurice Hauriou affirmait alors à propos de cette décision, qu'« en déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir contre le règlement d'administration publique, il a tué la théorie de la délégation législative et c'est là l'important ; il l'a tuée, parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif », et peut-être aussi parce qu'il n'était plus possible d'admettre que le législateur dispose ainsi librement d'une compétence normative : note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 6 décembre 1907, *Cie des chemins de fer de l'Est et autres*, rec. p. 913 ; S., 1908.III.1. Il précisa d'ailleurs cette explication liée à l'indisponibilité de la compétence normative à l'occasion de sa note sous l'arrêt : CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas c/ Sté hydro-électrique et métallurgique du Palais*, rec. p. 125 ; S., 1928.III.113. Il estimait en effet que « le Conseil d'État, qui dans les affaires d'illégalité se trouve aux prises avec la question du contenu de la volonté, se vit obligé d'employer l'expression de délégation et de déclarer que le gouvernement avait ou n'avait pas excédé les bornes de la délégation en ce qui concernait le contenu qu'il devait régler ».

⁴³⁴ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 551.

⁴³⁵ Aussi précise-t-il donc que « le raisonnement mené ici consiste à penser que, l'acte de disposition ayant pour effet de modifier la substance de l'objet, seuls certains des éléments formant la structure de la norme d'habilitation sont substantiels. Il faut donc opérer une distinction et établir une hiérarchie entre les éléments de la norme d'habilitation » : AZOUAOU Ph., *Ibid.* Une hiérarchisation qui, le rappelle-t-il, fait référence à ce que proposait également Hans Kelsen dans le cadre de sa Théorie générale des normes : cf. KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 346 et s.

⁴³⁶ UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 145. Aussi l'auteur invitait-il à ne pas voir là : « deux conceptions opposées et incompatibles, mais davantage les deux dimensions inséparables qui la définissent : la compétence suppose d'abord une aptitude légale à agir, elle implique ensuite de respecter la sphère d'action de cette compétence ».

une démarcation alternative. Reprenant les éléments constitutifs de toute norme d'habilitation tels que les présente Guillaume Tusseau⁴³⁷, il est en effet envisageable de proposer une autre détermination de ce qui relèverait du champ de l'indisponibilité. Il apparaît alors que si les éléments relatifs à l'acteur habilité et à son action constituent indiscutablement des composants consubstantiels à l'habilitation, c'est bien davantage dans ceux relatifs au champ de l'habilitation qu'il est possible de suggérer de s'éloigner de l'opinion émise par Philippe Azouaou excluant la prise en compte du principe *lex superior*⁴³⁸. Il convient en effet de rappeler que le champ de réglementation évoqué par Guillaume Tusseau peut prévoir la possibilité d'une habilitation secondaire d'une autre personne à intervenir dans le champ d'application de la première sans pour autant se dessaisir de sa compétence, ou lui confier un pouvoir dont la personne publique ne dispose pas, dès lors que cela est prévu par un texte supérieur⁴³⁹. Ce dernier principe apparaît alors incontournable pour la détermination du domaine de l'externalisation. Une telle proposition offre en effet une explication au principe de non-disposition du pouvoir normatif dès lors que, strictement distribué en principe par la Constitution et la loi, son externalisation ne pourrait qu'exceptionnellement être prévue par un texte⁴⁴⁰ et sans qu'aucun dessaisissement global ne soit possible. Elle justifierait également l'admission générale de celle de l'exercice matériel de la compétence dès lors qu'elle

⁴³⁷ Il démontrait effectivement qu'« une norme d'habilitation inclut quatre éléments : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe *lex superior*. À la réunion de ces quatre éléments, la norme d'habilitation confère la signification qu'une norme est produite (...) : « si l'acteur a réalisé l'action p, ayant la signification subjective d'une norme n relative au champ d'application ca et comprise dans le champ de réglementation cr, alors sa signification objective de norme doit être » » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 306 et 307.

⁴³⁸ L'auteur affirme en effet que « l'immédiateté de la confrontation de l'acte édicté à la norme d'habilitation témoigne de ce que les éléments acteur, action, champ d'application et champ de réglementation excluant le principe *lex superior* contiennent en eux-mêmes le dynamisme du système juridique et constituent l'essence de l'habilitation » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 552.

⁴³⁹ Guillaume Tusseau rappelait en effet, à propos du champ de réglementation d'une norme d'habilitation, que « selon la thèse dominante, une norme d'habilitation peut autoriser la production de normes qui s'avèrent invalides au regard d'autres normes. Cette validité s'apprécie au regard des normes dites « supérieures » » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 302. Il précisait d'ailleurs que l'inclusion du principe *lex superior* y faisait référence.

⁴⁴⁰ Dès 1968, Jean-Claude Douence démontrait que si dans son principe l'exercice du pouvoir réglementaire relevait en premier lieu d'un fondement constitutionnel, « la diffusion du pouvoir réglementaire au sein de l'organisation administrative n'est qu'indirectement l'œuvre de la Constitution : cette dernière habilite les pouvoirs publics, le législateur et le gouvernement à édicter des règles positives en ce sens » à l'exclusion de toute délégation au profit d'une personne privée sauf cas particulier du chef de service en cas de concession de service public : DOUENCE J.-Cl., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 81, 1968, p. 281. Élodie Saillant réaffirme d'ailleurs cette position à propos de la circonscription de l'indisponibilité aux seules activités manifestant l'exercice de prérogatives de puissance publique ; c'est-à-dire d'un pouvoir normatif expression de la souveraineté : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 580 et s.

n'entraîne pas une libre disposition du précédent, qu'elle respecte le contenu habilitant ou qu'elle peut à l'inverse être envisagée plus aisément par une norme supérieure⁴⁴¹.

241.L'utilisation de la distinction des dimensions normative et matérielle. Il convient donc de relativiser les propos d'Henry Nézard pour lequel les compétences « *ne sont pas des droits propres mis à leur disposition, mais des missions qui leur sont imposées et qu'ils doivent exercer eux-mêmes* »⁴⁴² en précisant les incidences du principe *lex superior* sur le fait que la réalisation matérielle des missions peut être confiée à une autre personne, à l'exclusion en principe de tout pouvoir normatif. Cela rejoindrait par ailleurs ceux prononcés par Étienne Picard selon lesquels « *les personnes publiques sont au service des objectifs qui leur sont fixés, et leur prérogatives de puissance publique sont ordonnées à l'exercice des fonctions qu'elles reçoivent et qui s'imposent à elles* »⁴⁴³. Aussi faut-il par conséquent distinguer les pouvoirs normatifs et les missions matérielles attribués aux autorités administratives afin de déterminer ce qui relève de l'indisponibilité, et ce dont elles pourraient au contraire librement disposer en accord avec ce principe. Cependant, s'agit-il pour cela de prendre en compte pour ce faire la part de souveraineté contenu dans chacun⁴⁴⁴ afin de projeter l'encadrement que ce principe impose aux délégations de compétence⁴⁴⁵ et à leur subdélégation⁴⁴⁶ à celui de l'externalisation ? Les propos d'Élodie Saillant invitent à répondre par la négative à cette question dès lors que, malgré les apparences du droit positif, « *ce sont donc bien les moyens juridiques nécessaires à l'exercice de l'activité, plutôt que la considération de sa seule*

⁴⁴¹ Il convient de préciser sur ce point que Charles Eisenmann soulignait déjà dans ses *Cours de droit administratif* que « *l'action normative (...) donne lieu à une réglementation infiniment plus diverse dans ses aspects (...) et d'autre part que les actes matériels de l'Administration reposent en définitive toujours sur l'action normatrice* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 234.

⁴⁴² NÉZARD H., *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Berger-Levrault, 1910, p. 34.

⁴⁴³ PICARD É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 663.

⁴⁴⁴ Ainsi par exemple le pouvoir législatif relève-t-il sans discussion des pouvoirs normatifs indisponibles dès lors qu'ils sont confiés au législateur par le peuple souverain et que, selon John Locke, « *le pouvoir législatif ne peut jamais aliéner la compétence en vertu de laquelle il légifère, ni la placer en d'autres mains* » : LOCKE J., *Deuxième traité du gouvernement civil. Constitutions fondamentales de la Caroline*, Librairie philosophique J. Vrin, 1985, p. 158.

⁴⁴⁵ Rappelant que le principe d'indisponibilité pouvait parfois autoriser certaines de ces pratiques, Guillaume Tusseau démontrait qu'il n'en était pas « *à strictement parler, comme vidé de son contenu* ». Aussi précisait-il qu'il « *se traduit encore, qu'il s'agisse de « délégation de pouvoir » ou de « délégation de signature », par une limitation, en des termes suffisamment précis, de l'objet et de l'étendue de la délégation* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 121.

⁴⁴⁶ Le Conseil d'État eut d'ailleurs l'occasion de se prononcer explicitement sur cette question, et de considérer alors « *que le bénéficiaire d'une délégation de signature, s'il est habilité à exercer les pouvoirs du délégant, n'est pas autorisé à en disposer* » : CE, 28 juin 1996, *Groupement français de l'hélicoptère*, n° 167824.

nature, qui sont des obstacles à la délégation »⁴⁴⁷. La détermination des contours de l'externalisation administrative s'en trouve alors facilitée, délestée qu'elle serait de toute contingence contextuelle et pragmatique.

Bien que la question de la nature des activités réapparaisse lorsqu'il s'agit de proposer une explication aux quelques prohibitions toujours maintenues par le juge administratif en certaines matières telles que la justice, la défense, ou la police⁴⁴⁸, il ne s'agit en fin de compte que d'une application des conditions imposées par le principe d'indisponibilité des compétences pour la mise en œuvre de toute stratégie d'externalisation en matière administrative. Le Conseil d'État devait d'ailleurs très tôt éclairer cette problématique par son avis du 7 octobre 1986 par lequel il invitait à envisager l'indisponibilité en tenant compte de la double dimension normative et matérielle de la compétence. Le section de l'intérieur affirmait effectivement à cette occasion que si « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées (...) en ce qui concerne le service des cantines scolaires (...) les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public, et, notamment, de la surveillance des élèves* »⁴⁴⁹ dans la mesure où cela n'était pas prévu par le droit objectif car ces missions manifestaient particulièrement l'exercice de la puissance publique. Le Conseil constitutionnel précisa par la suite une telle invitation lorsqu'il considéra que de nouveaux contrats ne pouvaient permettre « *de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté* »⁴⁵⁰. Seule la dimension normative de la compétence, étroitement liée à la souveraineté de la puissance publique, serait donc indisponible sauf disposition contraire dans

⁴⁴⁷ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 581.

⁴⁴⁸ Jean-Marc Maillot précisait d'ailleurs que « *certaines compétences apparaissent indisponibles « par leur nature », en ce qu'elles ne sauraient être déléguées. Il en va ainsi des missions qui relèvent de l'exercice même de prérogatives de puissance publique telles que la police administrative, l'état civil ou le service des élections* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 8. Ainsi le juge administratif avait-il sanctionné, dans la lignée notamment de la jurisprudence Ville de Castelnaudary, la conclusion par un maire d'un contrat habilitant une société privée à exercer la gestion du stationnement payant sur la voie publique en raison du fait que « *le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe du maire (...), (et que) les prérogatives de police du stationnement sur la voie publique ne peuvent légalement être déléguées* » : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

⁴⁴⁹ CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609.

⁴⁵⁰ CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC. Une objection déjà soulignée par les juges de la rue de Montpensier à l'occasion de la décision : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC. Ils considérèrent alors que « *la loi déferée ne permet de confier à des personnes de droit privé, en matière de surveillance électronique, que des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* ».

un tel système juridique dynamique, et donc exclue par principe du champ de l'externalisation administrative⁴⁵¹. À l'inverse, « *seules des prestations matérielles peuvent faire l'objet d'une délégation : ce sont celles des activités qui ne sont pas nécessairement accompagnées de prérogatives exorbitantes* »⁴⁵² et pour lesquelles le droit objectif prévoit qu'elles puissent faire l'objet d'une telle stratégie managériale. S'il s'agit d'une fonction liée à la production normative, relevant de la dimension normative de la compétence, alors l'indisponibilité s'impose par principe sauf disposition contraire de l'habilitation primaire ou application de la réserve *lex superior*. À l'inverse, s'il s'agit d'une fonction liée à la satisfaction matérielle d'un besoin, relevant de la dimension matérielle de la compétence, l'indisponibilité autorise l'externalisation de sa réalisation sous réserve du respect des conditions prévues par l'habilitation.

La délimitation des contours de l'externalisation administrative ne résulte donc pas d'une confrontation au principe d'indisponibilité. Elle est en réalité rattachée à cette lignée issue de la réflexion menée par Gaston Jèze selon laquelle personne publique et personne privée se distinguent finalement, en vertu de la particularité de la notion de compétence, par le fait que les premières ne disposent pas de la même liberté d'action. Ainsi l'externalisation administrative est-elle nécessairement concernée par cette spécificité et voit son périmètre réduit par les conséquences de la singularité des personnes publiques disposant à la fois de prérogatives et de sujétions du fait de leur nature de puissance publique souveraine garante de la satisfaction de l'intérêt général⁴⁵³ et dont l'action est en conséquence strictement encadrée par le droit objectif. Une particularité exprimée de manière topique et évidente s'agissant de la dimension normative de la compétence dont le domaine de la police administrative offre une illustration manifeste. Détachée de la théorie avancée par Jacques Moreau, une partie de la doctrine contemporaine relève en effet que la délégation, unilatérale ou contractuelle, d'une compétence normative de police administrative est strictement prohibée par la

⁴⁵¹ Déjà évoquée à propos du pouvoir réglementaire, l'indisponibilité de la dimension normative de la compétence interdirait tout « *mécanisme ayant pour effet de déléguer à une personne privée une mission qui, par essence, relève de la souveraineté de l'État* » : MAILLOT J.-M., *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵² SAILLANT É., *op. cit.*, p. 581 et 582.

⁴⁵³ Élodie Saillant parvient d'ailleurs brillamment à convaincre et à présenter cette originalité intrinsèque à toute personne publique et qui se trouve souvent résumée par l'emploi du terme « exorbitance ». Aussi précise-t-elle notamment qu'« *à travers la prohibition, dans quelques cas fermement sanctionnée, de la délégation de certaines activités aux personnes privées, se dessine l'idée selon laquelle le pouvoir politique ne pourrait réellement, sous peine de sanction, se défaire de certaines missions qui nécessitent des moyens exorbitants : les activités politiques* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 576.

jurisprudence⁴⁵⁴, et tout spécialement par celle du Conseil constitutionnel, alors que celle des compétences matérielles semble de plus en plus souvent admise comme un principe⁴⁵⁵. La frontière de l'externalisable et du non-externalisable ne se situe pas par conséquent là où passe celle des activités régaliennes et non régaliennes, mais bien plutôt à la démarcation des activités relevant de la dimension normative du contenu de la compétence et de celles issues de la dimension matérielle de son contenu.

Elle peut donc être déterminée à part entière en fonction de l'organisation des compétences et de leur contenu, instaurée par le droit objectif. En ce qu'elle offre un exemple topique et récent de cette répartition, l'ordonnance n° 2011-862 du 22 juillet 2011 procède à une organisation des compétences en matière de santé animale et végétale prévoyant la possibilité de « *confier, par voie de convention, des missions de surveillance et de prévention à des organismes à vocation sanitaire ou à des organisations vétérinaires à vocation technique* »⁴⁵⁶. Elle exclut cependant explicitement de cette éventualité les missions présentant une dimension normative par l'instauration de conditions particulièrement strictes prévoyant notamment une limitation du champ de ces missions à des activités matérielles de contrôle sanitaire et phytosanitaire. Le même constat peut être établi dans le domaine de l'archéologie préventive, et ce à plus forte raison depuis la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine⁴⁵⁷ ; il se retrouve également

⁴⁵⁴ Poursuivant en cela l'analyse effectuée par Luc Moreau sur la question de l'utilisation du contrat dans l'exercice de la police, Martin Morales souligne que, « *gardiennes du monopole de la compétence de l'État en la matière, les juridictions constitutionnelles et administratives prononcent la nullité des actes dont l'effet est soit de transférer à une personne privée cette compétence, soit de partager avec elle son exercice* » : MORALES M., *op. cit.*, p. 331. Il précise d'ailleurs que « *ce n'est pas l'acte contractuel de délégation ni l'acte unilatéral de délégation en elle-même qui est interdite. C'est une prohibition de résultat et non une prohibition de moyen dont il est véritablement question* » : MORALES M., *op. cit.*, p. 334.

⁴⁵⁵ En effet, le législateur admet de plus en plus que la réalisation matérielle et technique de l'exercice d'un pouvoir normatif puisse être confiée à une autre personne. Ainsi en va-t-il par exemple en matière de gestion des établissements pénitentiaires : article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987. De même d'ailleurs que le Conseil constitutionnel : exemple : CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC. Ce dernier se montre sur cette question particulièrement prolix affirmant tantôt qu'une délégation de la mission de transport des étrangers ne pouvait « *s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique* » (CC, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-307 DC), ou bien que la délégation du suivi du placement sous surveillance électronique d'une personne mise en examen « *ne permet de confier à des personnes de droit privé, en matière de surveillance électronique, que des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* » (CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC).

⁴⁵⁶ Ordonnance n° 2011-862 du 22 juillet 2011 relative à l'organisation de l'épidémiologie, de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales et aux conditions de délégation de certaines tâches liées aux contrôles sanitaires et phytosanitaires.

⁴⁵⁷ Car si depuis 2004 « *les diagnostics d'archéologie préventive sont confiés à un établissement public (...) (qui) assure l'exploitation scientifique des opérations* », il peut également « *s'associer à d'autres personnes morales dotées de service de recherche archéologique* » : article L. 523-1 du code du patrimoine.

dans le cadre, plus général, de la réalisation des services publics. Effectivement, si l'exécution matérielle de ces missions peut sans nul doute – et ce, quelque soit la nature de l'activité dont il est question – être externalisée par l'autorité compétente au profit d'une autre personne, publique ou privée. L'organisation du fonctionnement des services, des conditions de leur création ou de leur suppression, ne peut en aucun cas être confiée par voie d'externalisation à une autre personne aussi bien publique que privée sauf disposition contraire dans le contenu de l'habilitation primaire ou dans celui d'une norme supérieure. La nuance apportée par la relecture permissive du principe d'indisponibilité, à l'aune de la distinction au sein de la compétence entre une dimension normative et une dimension matérielle, favorise donc un éclaircissement bienvenu des frontières de l'externalisation administrative. Aussi reste-t-il à préciser les raisons d'une telle distinction en exposant tout d'abord les conséquences formelles de la relecture de l'indisponibilité pour l'externalisation.

2. Une délimitation différente selon le contenu de la compétence

242. Une lecture à double sens de l'indisponibilité en droit administratif. Alors que Luc Moreau affirmait que « *si la compétence que détient la personne publique ne peut être déléguée (...), l'exécution matérielle des missions de police administrative mérite une analyse plus nuancée* »⁴⁵⁸, l'indisponibilité des compétences peut être envisagée comme un principe à deux visages représentant chacun l'avert et l'envers d'une même médaille forgée par le contenu de la compétence. Traditionnellement, ce principe interdit tout simplement de manière absolue, d'une part, qu'une personne publique puisse renoncer ou se décharger d'une de ses compétences⁴⁵⁹. Mais il convient, d'autre part, de le relativiser en indiquant qu'il autorise à confier la réalisation de la dimension matérielle d'une compétence à une autre personne sans pour autant s'en dessaisir, de même d'ailleurs pour sa dimension normative à la stricte condition cependant qu'une disposition expresse le prévoit, soit dans le contenu même de la compétence, soit par une norme supérieure qui permettrait d'y déroger. En effet, si l'indisponibilité ainsi relativisée autorise l'externalisation de la dimension matérielle de la compétence sauf disposition contraire, elle interdit par principe celle de la dimension normative proscrivant ainsi que soit confié, en l'absence d'une disposition le prévoyant

⁴⁵⁸ MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 174.

⁴⁵⁹ Répondant ainsi à l'acception généralement retenue par la doctrine pour la désignation de ce principe en vertu duquel « *celui qui s'est vu attribuer une compétence ne peut en disposer* » : TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 102.

expressément, un quelconque pouvoir normatif à une autre personne que son titulaire originel⁴⁶⁰. La prise en compte du principe *lex superior* dans le cadre de la délimitation de la portée de l'indisponibilité permet dans ces conditions de procéder à une relativisation formelle de son champ d'application. Elle autorise ainsi à admettre, comme le considère les juges du Palais-Royal, qu'une « *autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau appropriée* »⁴⁶¹. Il reste alors à proposer les linéaments de la répartition des activités entre les dimensions normative et matérielle du contenu de la compétence, et à préciser les conditions d'application et les conséquences de cette relecture.

Il convient tout d'abord de rappeler brièvement que la doctrine a pu, un temps, évoquer une telle démarcation au sein même du contenu de la compétence des personnes publiques. Ainsi Jean-Paul Négrin semblait-il déjà suggérer une telle nuance lorsqu'il tâchait de fixer un cadre à l'intervention des personnes privées dans l'action administrative⁴⁶². Il affirmait même, à l'instar de Léon Duguit ou de Gaston Jèze, que l'interdiction de confier des pouvoirs de police à une personne privée ne signifiait pas que des missions matérielles participant à leur exécution ne puissent leur être attribuées⁴⁶³. Il suggérait également que leur intervention dans

⁴⁶⁰ L'examen plus précis de l'exclusion de la dimension normative de la compétence du champ d'application de l'externalisation administrative révélera en effet qu'il existe certaines exceptions dans lesquelles il est ponctuellement admis qu'une personne privée puisse se voir confier un tel pouvoir dans le cadre de la réalisation d'une mission d'intérêt général pour laquelle il est indispensable : cf. *infra* paragraphe suivant.

⁴⁶¹ CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788. C'est en outre, et en substance, la question à laquelle se trouvèrent confrontés les juges du Palais-Royal à l'occasion de l'affaire *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*. Caroline Braud soulignait d'ailleurs que « *le Conseil d'État devait estimer si le conseil général des Alpes-Maritimes avait pu légalement (...) attribuer des subventions d'un montant total de 12 482 923 francs à l'association Agriculture 6 pour mener diverses actions intéressant le développement du département* » : note de Caroline Braud sous l'arrêt : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142. ; AJDA, 1995, p. 921.

⁴⁶² Il affirmait effectivement qu'il était nécessaire d'engager une « *étude pratique de la question de savoir si les personnes privées sont aptes à exercer l'une quelconque des fonctions de l'administration ou si elles sont exclues de l'exercice de certaines* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 96. Il considérait notamment que « *l'intervention dans la fonction de police consiste dans la compétence d'édicter des normes générales et individuelles, ainsi que dans la réalisation d'opérations matérielles tendant à assurer leur exécution* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 99.

⁴⁶³ Il ajoutait néanmoins une précision dans laquelle il réservait essentiellement cette hypothèse aux seules situations révélant la mise en œuvre d'un pouvoir de police administrative spéciale dans le champ duquel des personnes privées pouvaient effectivement bénéficier « *d'attributions matérielles de contrôle et de surveillance* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 107. Les évolutions récentes du droit positif démontrent cependant qu'une telle distinction entre les deux polices n'aurait plus lieu d'être aujourd'hui. Alors que le législateur admet désormais qu'une personne privée puisse être chargée d'une mission de surveillance d'individus mis en examen ou du transport d'étrangers, le juge administratif autorise de plus en plus l'externalisation d'activités matérielles de police. Aussi ce dernier considérait-il dans l'arrêt *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement* que « *seule l'autorité administrative pouvait exercer (...) des prérogatives de police de*

le cadre des services publics devait être cantonnée essentiellement au cadre du fonctionnement du service, à l'exclusion de sa création et de son organisation, dès lors qu'ils relèvent finalement de la dimension normative de la compétence alors que seul son fonctionnement découle de la dimension matérielle⁴⁶⁴.

L'examen de l'avis précédemment cité rendu par le Conseil d'État le 13 février 2007, et des évolutions récentes sur la question, permet de prendre la mesure de l'admission en droit positif d'une telle forme de relativisation du principe d'indisponibilité des compétences allant dans le sens de la relecture qui en est ici proposée. Rappelant que l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales attribuait à titre exclusif aux communes la compétence en matière d'exécution des recettes et des dépenses publiques⁴⁶⁵, le juge administratif envisageait néanmoins qu'il puisse y être dérogé dès lors qu'un texte en prévoyait les conditions⁴⁶⁶ en constatant en l'espèce sur ce sujet que tel ne pouvait être le cas en l'état actuel du droit positif⁴⁶⁷. Comme le souligne Guylain Clamour, une telle dérogation intervint finalement avec

stationnement sur la voie publique » tout en admettant que des missions matérielles pouvaient cependant être confiées à une autre personne : CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944. Jean-David Dreyfus soulignait d'ailleurs à cette occasion que si des missions de police pouvaient être confiées à des personnes privées, « *il n'en faut pas pour autant oublier (...) que la verbalisation du stationnement irrégulier et l'encadrement des policiers municipaux demeurent bien des prérogatives de police régalienne* » : note de Jean-David Dreyfus sur : CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944, *AJDA*, 2008, p. 420.

⁴⁶⁴ La question de la création d'un service public en est un exemple topique et si la jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence* admet une forme d'initiative privée en la matière, ce n'est qu'à la condition que se crée par la suite un rattachement organique à la personne publique révélant la volonté de cette dernière. De la même façon, Maylis Douence démontrait également que le pouvoir d'organisation du service public s'apparentait à une manifestation du pouvoir réglementaire, et donc relevait tout naturellement de la dimension normative de la compétence : DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service public*, thèse dact., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2003, p. 177 et s. Jean-Bernard Auby et Christine Maugué confirmait d'ailleurs cette position en affirmant qu'il n'existe « *aucune activité de service public qui soit pleinement délégable, car la personne publique ne peut se décharger totalement : elle doit toujours, à tout le moins, conserver les pouvoirs de contrôle* » : AUBY J.-B. et MAUGÜÉ Ch., « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP*, 1996.I.3941.

⁴⁶⁵ Cet article disposait bien alors que « *le comptable de la commune est chargé seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés* ».

⁴⁶⁶ Le juge administratif affirmait alors « *que seule une loi peut ouvrir aux collectivités territoriales et à leurs établissements la faculté (...) de recourir à des conventions de mandat en matière de recettes et de dépenses publiques* » : CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788.

⁴⁶⁷ Il considérait alors que, « *eu égard aux dispositions législatives et réglementaires précitées, que les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne sont pas fondés à disposer de leur compétence, en matière de recettes et de dépenses publiques, par une convention de mandat, sauf dans le cas où la loi autorise spécifiquement la conclusion d'une telle convention* » : CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788.

la loi du 20 décembre 2014⁴⁶⁸ par laquelle il est désormais autorisé que « *les personnes publiques (puissent) externaliser l'encaissement de certaines recettes publiques* »⁴⁶⁹, sauf à ce que l'encaissement en question relève ou implique « *une exécution forcée de leur créance* »⁴⁷⁰. Cette ultime précision, en forme d'exclusion, atteste de la différence de traitement imposée respectivement aux dimensions normative et matérielle de la compétence lorsqu'il est question de l'application du principe d'indisponibilité. En effet, alors que l'externalisation de l'encaissement peut être autorisée en vertu d'un texte dans la mesure où il ne constituerait qu'une activité matérielle découlant de cette compétence attribuée par la loi, il ne saurait être question d'admettre que le pouvoir d'exécution forcée, expression normative de la puissance publique, puisse quant à lui être externalisée bien qu'il relève du même titre à agir dès lors que ce dernier ne le prévoit pas conformément à une norme supérieure. Il est alors possible de déceler ici une manifestation de la distinction à opérer entre la dimension matérielle et la dimension normative de la compétence dont l'indisponibilité est relative en vertu du principe *lex superior*, mais pour lequel les conditions d'application diffèrent de l'une à l'autre du fait du rattachement étroit de la seconde à l'exercice de la puissance publique.

Comment expliquer brièvement une telle discrimination dans l'application du principe d'indisponibilité des compétences, et plus précisément le caractère formellement contraignant de l'indisponibilité de la dimension normative du contenu de la compétence. Sans empiéter sur les développements qui vont suivre, il convient de présenter brièvement la voie qui sera suivie pour répondre à cette problématique. Poursuivant l'étude de l'exemple fourni par le droit positif à propos de la compétence d'exécution des recettes et des dépenses publiques, qu'il soit permis de se détacher du constat posé par Guylain Clamour selon lequel une telle évolution traduirait un affaiblissement supplémentaire du principe d'indisponibilité⁴⁷¹. Certes,

⁴⁶⁸ Elle prévoit notamment l'insertion d'un article L. 1611-7-1 au code général des collectivités territoriales en vertu duquel, « *à l'exclusion de toute exécution forcée de leur créance, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent, après avis conforme de leur comptable public et par convention écrite, confier à un organisme public ou privé l'encaissement* », par exemple, « *du produit des droits d'accès à des prestations culturelles, sportives et touristiques* » : article 40 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

⁴⁶⁹ CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

⁴⁷⁰ Article L. 1611-7-1 du code général des collectivités territoriales.

⁴⁷¹ L'auteur affirme à propos de cette évolution du droit positif qu'elle contribue à la fois « *à faire sauter le verrou de la vénérable indisponibilité des compétences tout en parachevant de faire voler en éclat le tabou des matières dites non-contractuelles* » : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166. Notons que d'autres auteurs ont également pu croire y déceler un tel affaiblissement. Ainsi Laurence Weil et Étienne Douat soulignent-ils une forme « *d'assouplissement du principe d'indisponibilité des compétences par l'adoption du règlement relatif à la gestion budgétaire et comptable publique* » : DOUAT É. et WEIL L., « Indisponibilité des compétences et finances publiques. L'encadrement

c'est bien sur le fondement de ce principe que le juge administratif a pu, et peut toujours, « freiner toute velléité de recours hasardeux aux conventions de mandat en encadrant le champ des possibles »⁴⁷². Mais la transformation de ce cadre demeure fidèle au principe, voire même le renforce, dans la mesure où il fonde désormais le recours conditionné à de telles conventions pour la réalisation matérielle de cette compétence. Il s'agit cependant d'approfondir cette hypothèse à partir de l'observation de la situation voisine souvent objet de débat de la gestion de la compétence en matière de stationnement payant. L'article 63 de la loi du 27 janvier 2014⁴⁷³, ainsi que le décret du 20 mai 2015, autorisent en effet désormais qu'il soit « recouru à un organisme tiers, dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article 1611-7-1 »⁴⁷⁴ intégré par la loi du 20 décembre 2014 au code général des collectivités territoriales, pour le recouvrement des redevances de stationnement et du forfait de post-stationnement⁴⁷⁵. Une telle audace législative était cependant prévisible eu égard aux évolutions du droit positif et des réflexions doctrinales en la matière.

Dès les années 1970, la doctrine s'accordait d'ailleurs pour reconnaître que la gestion du stationnement payant, sur voirie ou à parc, pourrait en théorie résulter, comme pour tout service public, d'un choix entre la régie, la concession ou l'affermage⁴⁷⁶. Leur objet demeurerait

des conventions de mandat en matière d'ordonnancement des recettes et des dépenses publiques », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 221. Ils suggèrent notamment l'idée que « le pouvoir réglementaire ait entendu réaliser des aménagements qui s'inscrivent dans le principe d'indisponibilité des compétences mais dont l'application se trouve assouplie » : DOUAT É. et WEIL L., *op. cit.*, p. 222.

⁴⁷² CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166. Répondant à la question soulevée à l'occasion de l'affaire *Société prest'action*, les juges du Palais-Royal appliquaient à cette fin le principe d'indisponibilité des compétences en affirmant qu'une « autorité investie d'une compétence ne peut en disposer (...), que les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne sont pas fondés à disposer de leur compétence, en matière de recettes et de dépenses publiques » : CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788. Avis par ailleurs appliqué pour sanctionner finalement le contrat par lequel « la ville de Rouen avait pu (...) habilitier le titulaire du marché à percevoir des recettes publiques (...) en l'absence d'une loi autorisant l'intervention d'un mandataire » : CE, sect., 6 novembre 2009, *Sté Prest'action*, rec. p. 445.

⁴⁷³ « À compter du 1^{er} avril 2017, les collectivités et leurs groupements (...), peuvent passer des conventions avec les services de l'État concernés (...), afin de valider les dispositifs techniques et les procédures destinés à garantir le paiement et la perception de la redevance de stationnement payant » : article 63 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

⁴⁷⁴ Décret n° 2015-557 du 20 mai 2015.

⁴⁷⁵ Il sera dès lors concrètement possible, comme le souligne Guylain Clamour, que « là où aujourd'hui des policiers municipaux et autres agents de surveillance de la voie publique dressent des procès verbaux d'infraction contraventionnelle, demain l'exécution des recettes tirées de l'exploitation de la voie publique pourra être externalisée à des entreprises privées » : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

⁴⁷⁶ S'intéressant à cette « irritante question s'il en est » (MODERNE Fr., « Le stationnement payant », *Gaz. Pal.*, 1973.II.539. L'auteur se focalisait alors dans un premier temps sur la question d'un éventuel caractère anti-démocratique du stationnement payant, avant de s'intéresser plus précisément à la problématique de sa gestion), Franck Moderne précisait que la qualification de service public reconnue à cette activité encourageait le recours à la concession pour la perception des droits de stationnement, tout en précisant néanmoins que cela était sujet à controverse dans la doctrine. Il indiquait en effet que « la question (de la possibilité de recourir à la concession)

cependant strictement limité à des prestations matérielles dépourvues de toute trace de prérogative de puissance publique⁴⁷⁷, et notamment de celle de verbalisation ou de fixation du montant desdits droits. Le juge administratif confirmait en outre la conciliation de cette possibilité avec la prohibition de la délégation des pouvoirs de police à l'occasion de l'affaire *Cne de Menton*⁴⁷⁸. Muriel Dreifuss suggérait en l'occurrence que les prérogatives normatives relevant de l'exercice du pouvoir de police ne pouvaient être déléguées, à l'inverse de tout ce qui relevait « *de la gestion matérielle des autres activités du service public administratif de stationnement* »⁴⁷⁹. Aussi évoquait-elle alors comme une brèche dans cette nette délimitation l'hypothèse d'une dépénalisation du stationnement payant⁴⁸⁰. L'évolution récente du droit positif ne paraît pas toutefois devoir être envisagée comme un recul du principe d'indisponibilité du pouvoir normatif. Certes, les amendes contraventionnelles seront à l'avenir considérées comme un « *forfait de post-stationnement* » dont le recouvrement pourra être délégué à des organismes tiers. Cependant, dès lors que le fait de ne pas s'acquitter d'une redevance de stationnement ne donnera plus lieu à une sanction pénale, et donc à l'exercice de la puissance publique, mais simplement au paiement d'un forfait pécuniaire, l'externalisation de ce dernier au profit d'une autre personne que le propriétaire de la voirie est tout à fait envisageable dès lors qu'elle constitue une activité purement matérielle participant de la réalisation de la compétence, et que cela est prévu par un texte supérieur⁴⁸¹. Relevant du

a été parfois controversée, bien qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'interdise que la perception de droits de stationnement soit confiée à un concessionnaire » : MODERNE Fr., *op. cit.*, p. 545.

⁴⁷⁷ Il recouvrait en effet, ainsi que le prévoyait alors le cahier des charges-type annexé à la circulaire du 9 mai 1969, « *la fourniture et l'installation des compteurs, la remise en l'état des appareils endommagés, le remplacement par les soins du concessionnaire des appareils hors d'usage, la surveillance et l'entretien courant du matériel et la collecte des droits* ».

⁴⁷⁸ Il considérait effectivement à l'époque que si la gestion du stationnement payant pouvait légalement être confiée à un organisme tiers, ce n'était que sous réserve qu'elle n'ait pas « *pour effet de déléguer illégalement à la société Scetauparc l'exploitation des prérogatives de police du stationnement sur la voie publique confiées par la loi au maire de la commune* » ; sous-entendu en l'espèce l'encadrement des agents municipaux chargés de la verbalisation et leur mise à disposition aux bénéfices de la société : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

⁴⁷⁹ Elle démontrait effectivement que, à l'instar de l'activité de fourrière dont seules les activités matérielles d'enlèvement, de transport et de gardiennage des véhicules pouvaient faire l'objet d'une délégation, « *seules l'institution et la surveillance du stationnement payant, qui relèvent du procédé de police, sont insusceptibles d'être déléguées* » : DREIFUSS M., « Service de stationnement payant et délégation de service public », *AJDA*, 2001, p. 130. Elle confirma plus tard qu'en matière de gestion du service public de la fourrière la délégation ne pouvait non plus s'étendre au-delà de la frontière distinguant « *la prescription de mise en fourrière et les mesures d'exécution de cette décision, les activités matérielles constituant le service public de la fourrière, (et qui) permet de déterminer le champ matériel de la délégation de la gestion* » : DREIFUSS M., « La délégation du service public de la fourrière, nouvelles récentes d'une illustre inconnue », *AJDA*, 2007, p. 1747.

⁴⁸⁰ Elle suggérait alors à propos de l'indisponibilité du pouvoir normatif que « *ce principe traditionnel pourrait partiellement céder si le nouveau gouvernement met en œuvre son projet de dépénaliser les amendes de stationnement et de confier la gestion de la verbalisation du stationnement à des sociétés privés* » : DREIFUSS M., *Ibid.*

⁴⁸¹ Jacques Petit reconnaît d'ailleurs lui-même que « *la dépénalisation permet l'externalisation du recouvrement* » : PETIT J., « La dépénalisation du stationnement payant », *AJDA*, 2014, p. 1137. Il précise

pouvoir normatif, la fixation du montant de ce forfait ne pourra pas en revanche être externalisée⁴⁸².

243. Une lecture renforçant le principe d'indisponibilité des compétences. La distinction des dimensions normative et matérielle du contenu de la compétence associée à cette relecture du principe d'indisponibilité permet par conséquent d'éclairer une situation courante qu'illustre l'exemple du stationnement payant, et qu'il est possible d'identifier dans la quasi-totalité du champ de l'action administrative. L'admission de l'externalisation du recouvrement de certaines recettes publiques à des organismes tiers renforce par conséquent le principe d'indisponibilité des compétences ainsi entendu dès lors que « *la conformité de cette pratique au principe d'exclusivité de la compétence du comptable public pour le recouvrement des recettes publiques ne semble pas avoir été contestée ; elle est désormais, en tout état de cause, indiscutable comme autorisée par la loi* »⁴⁸³. Aussi est-il désormais aisé d'identifier en droit positif, aussi bien dans la jurisprudence que dans les textes, et d'expliquer ce qui relève de l'une ou de l'autre de ces deux dimensions de la compétence ; et donc ce qui serait indisponible en principe au sens strict – la dimension normative – et disponible sous conditions – la dimension matérielle – dans le champ de l'action administrative. La prise en compte combinée des jurisprudences *Cne de Menton* et *Cne d'Ostricourt* révèle par exemple une telle répartition des activités de police entre ces deux dimensions, et permet ainsi d'éclairer l'état du droit positif encadrant la possibilité de leur externalisation. Si la première se contente effectivement de rappeler le principe de l'interdiction de déléguer tout pouvoir de police, la seconde suggère par une argumentation *a contrario* une telle discrimination entre ce qui relèverait d'une activité matérielle dont la délégation serait autorisée, et ce qui relèverait

également que la loi du 27 janvier 2014 permet en outre « *la délégation contractuelle à un opérateur privé de la constatation du manquement à l'obligation d'acquitter une redevance de stationnement et du prononcé de la décision qui, en conséquence, ordonne le paiement d'une redevance plus élevée ; cette décision constitue, aux termes de la loi, un titre de recettes. Une disposition législative était assurément nécessaire pour qu'une prérogative qui ressortit en principe à l'ordonnateur public puisse être ainsi déléguée par contrat. L'appréciation de la constitutionnalité de cette habilitation législative dépend de la qualification juridique du forfait de post-stationnement* », car « *si le forfait est analysé comme une sanction, on peut se demander si le principe constitutionnel qui interdit de privatiser les fonctions de souveraineté, et notamment les prérogatives de police, n'est pas atteint* ».

⁴⁸² Jacques Petit rappelle sur ce point que, « *de la réforme adoptée, il résulte que l'absence ou l'insuffisance du paiement de la redevance de stationnement ne donne plus lieu à une sanction pénale mais à l'acquittement d'une somme d'argent, dite « forfait post-stationnement* », dont il revient aux communes de fixer le montant, qui pourra ainsi être modulé selon les situations locales. Le recouvrement de ce forfait peut être confié par contrat à un opérateur privé, la police municipale se trouvant ainsi déchargée de cette tâche : PETIT J., *op. cit.*, p. 1134.

⁴⁸³ PETIT J., *op. cit.*, 1137.

d'une activité normative dont la délégation serait proscrite⁴⁸⁴. Le regard porté par la suite par la doctrine sur cette solution confirme la vision proposée. Ainsi Luc Moreau rappelait-il que le droit positif fourmillait finalement d'exemples dans lesquels il était distingué entre les activités matérielles de police et les activités normatives aux fins d'autoriser, ou d'interdire, leur délégation par les autorités administratives compétentes pour les réaliser⁴⁸⁵. En suggérant au sein de la compétence une dichotomie entre les activités matérielles et non-matérielles, il invitait également à y voir une forme de dépassement de l'expression de la distinction des activités de service public et de police⁴⁸⁶. Chacun de ces deux pans de l'action administrative serait en effet dominé par cette double dimension de la compétence, et toute activité devrait nécessairement y trouver sa place dans l'une ou dans l'autre. L'externalisation des premières serait rendue possible par l'habilitation elle-même, alors que celle des secondes serait proscrite par une application stricte du principe d'indisponibilité en l'absence de texte de valeur supérieure permettant d'y déroger⁴⁸⁷, et du caractère exorbitant de l'ordre public qui le justifie⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ « (...) ; qu'un tel contrat, qui ne se limitait pas à confier à la société Média-sécurité des tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain de la commune et avait pour effet de lui faire assurer une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune, était entaché d'illégalité et ne pouvait qu'être annulé » dans la mesure où les « tâches de surveillance de la voie publique (...), relèvent, dans les communes, de la police municipale » : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706.

⁴⁸⁵ Le Conseil d'État prenait effectivement en compte, dès 1968 et avant, « les opérations matérielles de mise en fourrière des véhicules atteints par les mesures prévues par les articles R. 285 et suivants du code de la route » relevant quant à elles du pouvoir de police : CE, 24 mai 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Chambrin*, rec. p. 331. Il précisait alors qu'une collectivité avait pu valablement « confier à un particulier l'exécution de ce service public ». Le Tribunal de conflits appréhendait également une telle distinction en admettant la légalité d'un contrat ayant pour objet la délégation « de l'enlèvement et du transport des véhicules en stationnement gênant la circulation et dont la mise en fourrière serait ordonnée » à l'exclusion de tout pouvoir participant de cette décision : TC, 14 mai 1990, *GIE Copagau-Copagly-Taxitel c/ Préfet de Police*, rec. p. 394.

⁴⁸⁶ Il soulignait en effet que « l'idée paraît désormais admise, selon laquelle il y a, tout au plus, une ambiguïté mais non plus un antagonisme indépassable entre police et service public » : MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 176.

⁴⁸⁷ Qu'il s'agisse de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen en vertu duquel « la garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée », ou plus sûrement encore de l'article 91 de la loi du 5 avril 1884 selon lequel « le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure, de la police municipale, de police rurale et de l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs » et de l'article 92 précisant que « le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure : 1° De la publication et de l'exécution des lois et des règlements. 2° De l'exécution des mesures de sûreté générale. 3° Des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois ».

⁴⁸⁸ Proche de l'argument tiré de l'absence d'un texte de valeur supérieure, la référence à l'ordre public pour justifier l'interdiction absolue fixée par le principe d'indisponibilité des compétences trouve un fondement juridique dans l'assimilation de ce dernier à la norme d'habilitation à l'exercice de tout pouvoir normatif de police. Démontrant l'insuffisance de l'article 91 de la loi du 5 avril 1884 pour habiliter les autorités de police, Étienne Picard affirmait que l'ordre public devait être défini « comme une norme d'habilitation implicite dès lors qu'il existe au moins une loi pour investir certaines autorités de police générale », et que l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 semble reposer en grande partie sur l'identification d'un objet d'ordre public : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 558. Pierre Bon

De même, si dans tout domaine « *la collectivité publique ne peut, par principe, ni remettre ni aliéner (...) les pouvoirs de gestion du service qu'elle détient* »⁴⁸⁹, c'est que ces pouvoirs sont couverts par la même indisponibilité que celle encadrant l'exercice du pouvoir de police du fait qu'ils relèvent de la dimension normative de la compétence, tout comme le pouvoir de création et le pouvoir d'organisation du service public. Cependant, il est tout à fait possible d'en externaliser la réalisation matérielle dès lors qu'un texte le permet⁴⁹⁰. Si, en raison de son lien étroit avec la puissance publique, la première n'est ainsi pas disponible en principe, elle habilite néanmoins la personne publique à choisir de confier la gestion de ce service à une autre personne sur le fondement de la liberté de choix des modes de gestion. Il convient alors de souligner qu'une telle distinction étendrait finalement sur le terrain de la compétence celle préalablement suggérée au vu de la jurisprudence « *entre la conception matérielle du service public et sa conception formelle* »⁴⁹¹. Maylis Douence proposait sur ce point une présentation éclairante de ces divers pouvoirs et activités recouvertes par la compétence habilitant une personne publique à exercer une mission de service public. Elle donnait ainsi une explication à l'impossibilité d'externaliser le pouvoir d'organisation et de création d'un service public en précisant qu'ils « *suppose(nt) la définition des règles constitutives et donc la définition d'un minimum d'organisation* » ayant une incidence sur l'ordre juridique⁴⁹² ; c'est-à-dire que l'un comme l'autre constituent à proprement parler un pouvoir normatif, le plus souvent réglementaire, strictement indisponible⁴⁹³. Inscrits dans le même sillon⁴⁹⁴, ces pouvoirs

soulignait pour sa part que la préservation de l'ordre public « *rentrerait alors dans l'une des missions essentielles, au sens originel du terme, de la puissance publique, et devrait être obligatoirement assurée par ses agents* » : BON P., *La police municipale*, thèse dact. Bordeaux, 1975, p. 29.

⁴⁸⁹ Note de Thierry Del Farra sous l'avis : CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609, *Grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1^{er} éd., 1997, p. 249.

⁴⁹⁰ D'ailleurs « *des marchés publics (de fourniture de biens ou surtout de prestations de services) peuvent être conclu pour assurer la gestion du service* » : DEL FARA T., *Ibid.* Hubert-Gérald Hubrecht précisait d'ailleurs que « *les contrats de service public qui aménagent une dévolution présentent la double caractéristique d'impliquer la compétence d'organisation d'une personne publique et de décharger celle-ci de sa tâche de gestion* » : HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980, p. 80.

⁴⁹¹ VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, PUF, coll., Thémis Droit, 8^e éd., 1982, p. 1033. Les auteurs soulignaient notamment que « *l'on sait que dès 1935 le juge administratif admettait l'idée que certains services publics puissent être confiés à des organismes privés* ».

⁴⁹² DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service public*, thèse dact., Université de Pau et des pays de l'Adour, 2003, p. 28. Et de préciser également que « *l'acte de création précise les règles fondamentales d'organisation, telles que le mode de gestion notamment, mais il peut également définir les structures juridiques et préciser quel est le pouvoir de décision, dans quelle mesure elles ont la possibilité de passer des contrats ... etc* ».

⁴⁹³ Pour une explication plus approfondie cf. *infra* dans le paragraphe suivant.

⁴⁹⁴ François Llorens et Philippe Soler-Couteaux soulignaient effectivement que « *le Conseil d'État nourrit une conception fort extensive de la notion d'organisation du service public, y englobant non seulement la création et les modalités d'organisation ou de fonctionnement du service (...) mais également sa suppression ou celle des organismes qui le gèrent* » : note de François Llorens et Philippe Soler-Couteaux sous l'arrêt : CE, 5 juillet 1989,

d'organisation du service public et de création ne pouvaient ainsi faire l'objet d'une quelconque délégation voire d'une externalisation. À l'inverse, les activités relevant du fonctionnement du service public devaient en être distinguées⁴⁹⁵, autorisant alors implicitement leur externalisation. C'est essentiellement dans les travaux de clarification effectués par René Chapus qu'il est possible de trouver une présentation de cette démarcation dépassant le simple « *procédé d'exposition* »⁴⁹⁶. Prenant comme point d'appui l'un des services publics relevant, par nature, du cœur régalien de l'État, il précisait en effet qu'il existait une distinction nette entre les actes d'exécution et les actes d'organisation du service public de la justice judiciaire⁴⁹⁷, et ce notamment depuis la décision *Préfet de la Guyane* rendue par le Tribunal des conflits⁴⁹⁸. En élargissant ce propos à l'ensemble des activités de service public, Maylis Douence précisait que « *la notion de fonctionnement correspond à l'idée d'accomplissement, de réalisation, d'exécution de la mission du service* »⁴⁹⁹, sans devoir à priori entraîner de répercussions sur l'ordre juridique⁵⁰⁰ ou manifester l'exercice de la puissance publique ; suggérant ainsi qu'il ne s'agissait là que d'activités ordinaires relevant

Mme Saubot et autres, D., 1991, p. 143. Maylis Douence suggérait d'ailleurs également de réunir ces pouvoirs au sein de la compétence normative d'organisation du service dans la mesure où « *la notion d'organisation du service public ne s'entend pas de façon stricte mais englobe tout ce qui est relatif à sa « vie »* » : DOUENCE M., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹⁵ Dès les années 1960, le juge administratif lui-même semblait signifier une telle démarcation. Aussi Jean Kahn affirmait-il dans ses conclusions sur l'arrêt *Sieur Jobard* que « *l'organisation comprend le nombre, la nature, la composition des différents organes et que le fonctionnement s'entend de leur activité et de leurs relations réciproques* » : conclusions de Jean Kahn prononcées à l'occasion de l'arrêt : CE, sect., 13 juillet 1961, *Sieur Jobard*, rec. p. 489, concl. AJDA, 1961, p. 494. Cette intuition devait cependant être jugée insuffisante par la doctrine pour fonder la séparation de l'organisation et du fonctionnement du service public. Maylis Douence soulignait d'ailleurs que Claude-Gilles Gour avait pu relever qu'en ce qui concerne le service public de la justice « *la distinction entre organisation et fonctionnement ne coïncide pas avec les solutions contentieuses* » : DOUENCE M., *op. cit.*, p. 32.

⁴⁹⁶ Conclusions de Jean Kahn prononcées à l'occasion de l'arrêt : CE, sect., 13 juillet 1961, *Sieur Jobard*, rec. p. 489, concl. AJDA, 1961, p. 494.

⁴⁹⁷ Il précisait alors que « *cette distinction domine l'aménagement du contentieux du service public de la justice judiciaire, ce contentieux appartenant à la juridiction administrative s'il est celui de l'organisation du service et aux tribunaux judiciaires s'il concerne son exécution* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 971.

⁴⁹⁸ Confronté à une question relative à la détermination de l'ordre de juridiction compétent en matière d'engagement de la responsabilité de la puissance publique du fait d'un défaut d'organisation du service public de la justice, le Tribunal des conflits considéra explicitement « *que les actes incriminés sont relatifs non à l'exercice de la fonction juridictionnelle mais à l'organisation même du service public de la justice (...); qu'elle met en jeu la responsabilité du service public indépendamment de toute appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires; qu'il appartient donc à la juridiction administrative d'en connaître* » : TC, 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de la Cayenne*, rec. p. 642.

⁴⁹⁹ DOUENCE M., *op. cit.*, p. 33. Et de préciser également que « *cela correspond donc à l'accomplissement de la mission de service public elle-même mais aussi de toutes les tâches « logistiques » nécessaires à la réalisation de la mission* ».

⁵⁰⁰ À la différence donc de ce qui relève de son organisation et « *désigne la détermination du cadre juridique de cette activité* » : DOUENCE M., *Ibid.* Une fois de plus, René Chapus n'est pas étranger à cette généralisation lorsqu'il affirmait que « *la création et l'organisation des services publics doivent s'entendre comme intéressant les activités de service public, qui sont la raison d'être des organismes chargés de les exercer* », distinguant ainsi implicitement l'organisation et la réalisation des services publics : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 623.

de la dimension matérielle de la compétence dans le sens de l'acception retenue par Léon Duguit⁵⁰¹ puis reprise par la suite par François Vincent⁵⁰². Bien qu'indissociablement liées au sein de chaque compétence encadrant la réalisation d'une mission de service public⁵⁰³, seul les activités et missions qui relèvent de la dimension matérielle pourraient finalement faire l'objet d'une externalisation, dès lors que l'habilitation l'y autorise conformément à la lecture relativisant la portée du principe d'indisponibilité.

Fondé sur une relecture du principe d'indisponibilité des compétences, ce raisonnement conduit donc à envisager une détermination des contours de l'externalisation administrative en fonction non pas de la nature de l'activité considérée, mais bien plutôt de la dimension du contenu de la compétence qui en permet la réalisation par la personne publique, et du cadre formel instauré par le droit objectif. De surcroît, une telle argumentation n'est pas inédite dans la doctrine, qu'il s'agisse des réflexions menées par les universitaires ou encore par les membres du Conseil d'État. Alors que les premiers ont pu admettre en effet, notamment en matière de police administrative, que l'exercice de ces activités présentait une dimension à la fois normative et matérielle, les seconds ont, quant à eux, pu considérer de manière plus générale que ce principe interdisait de confier à un tiers « *l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale* »⁵⁰⁴ ; c'est-à-dire prohibait par principe toute externalisation de la réalisation d'une activité normative, autorisant cependant sous conditions celle d'une activité matérielle⁵⁰⁵. Il peut donc paraître pertinent de lier l'interdiction d'externaliser la réalisation

⁵⁰¹ Rappelons la signification étendue de la notion de compétence qu'il proposait alors recouvrant « *non seulement le pouvoir pour un fonctionnaire de faire des actes juridiques, mais encore de faire régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations matérielles n'ayant point le caractère juridique, ne produisant pas des effets de droit* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Broccard, 1930, p. 151 et 152.

⁵⁰² Influencé par les réflexions avancées par son illustre prédécesseur, celui-ci illustre cette dualité de la notion de compétence en indiquant que « *le professeur qui enseigne, l'ingénieur qui dirige des travaux ont une compétence au même titre que le maire qui règlemente la circulation dans sa commune* » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 16.

⁵⁰³ Maylis Douence rappelait en effet que si « *les actes d'organisation du service ont nécessairement des incidences sur le fonctionnement de ce dernier. Il est certain que le service ne peut pas fonctionner sans être organisé. Ainsi, l'organisation n'a d'autre but que de permettre le fonctionnement du service. Organisation et fonctionnement sont donc les deux faces d'une même réalité, passive d'un côté – le service est organisé – et active de l'autre – le service fonctionne* » : DOUENCE M., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰⁴ Jean-Marc Maillot rappelle en effet que la section du rapport et des études ne négligeait pas le principe d'indisponibilité des compétences, soulignant même qu'il en existe « *une trace dans le rapport public de 2008 (...) dans lequel on peut lire qu'« en raison du principe d'indisponibilité des compétences dévolues aux collectivités territoriales, sont nulles ou en tout cas sans effet les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatéral* » : MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 20.

⁵⁰⁵ Georges Vedel et Pierre Delvolvé admettaient d'ailleurs à propos du service public que « *si l'existence d'un service public ne suppose pas nécessairement celle d'une personne publique qui le gère, encore faut-il, pour que le service public existe, que l'organisme privé le gérant le cas échéant ait reçu un statut comportant un minimum*

d'une activité non pas à sa nature, mais bien plutôt au contenu de la compétence qui l'encadre. Plus précisément encore, une telle démonstration invite à envisager au sein de la compétence une ligne de démarcation distinguant les activités liées à sa dimension normative, et celles inhérentes à sa dimension matérielle⁵⁰⁶. La limitation de l'externalisation administrative paraît donc devoir être déterminée par cette frontière qui inclurait dans son champ d'application la dimension matérielle de la compétence, et exclurait par principe la dimension normative⁵⁰⁷. Ainsi donnerait-elle à voir d'un côté une externalisation possible de la réalisation de la compétence dès lors que son contenu prévoit une habilitation à faire agir, et de l'autre une externalisation impossible de sa réalisation en l'absence d'un texte de valeur supérieur autorisant qu'elle contienne une telle habilitation. Les contours de l'externalisation administrative seraient donc déterminés à partir de cette relecture du principe d'indisponibilité des compétences éclairée par le concept de norme d'habilitation et à l'aune de la distinction des dimensions normative et matérielle de son contenu. Du fait de son étroite proximité avec l'exercice de la puissance publique, la première serait par principe exclue du champ de l'externalisation sauf disposition contraire de valeur suffisante pour en modifier le contenu de la même façon qu'une personne privée peut être parfois frappée d'une incapacité de jouissance par le droit objectif.

Conclusion de section. L'exclusion de principe de la dimension normative des compétences du périmètre de l'externalisation administrative, mise en évidence par une relecture du principe d'indisponibilité, conduit à en déduire le repliement de cet outil stratégique lorsqu'il prend pour objet la réalisation de la compétence normative. Auparavant justifiée et expliquée en référence à la nature régaliennne de certaines activités administratives, l'indélégalité voit

de prérogatives et de sujétions » : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 1036. Ils précisaient également, cette fois à propos des activités de police, que si elles échappent par nature aux personnes privées, il fallait principalement retenir qu'une telle interdiction concernait le pouvoir de police dans la mesure où est interdit « toute délégation des pouvoirs de police non expressément autorisée », remettant ainsi en cause l'importance à accorder à la nature des activités de police : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 1038.

⁵⁰⁶ Une séparation déjà suggérée par Léon Duguit au titre d'une acception générale de la compétence alors envisagée à la fois comme « le pouvoir pour un fonctionnaire de faire des actes juridiques (...), mais encore de faire régulièrement (...) des opérations matérielles » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, E. de Brocard, 3^e éd., 1930, p. 151 et 152. François Vincent rappelait d'ailleurs cette distinction établie par Léon Duguit au sein même de la compétence entendue dans son acception large comme étant « non seulement le pouvoir reconnu à un fonctionnaire de faire des actes juridiques mais encore d'accomplir régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations n'ayant pas le caractère juridique » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 15 et 16.

⁵⁰⁷ Notons d'ailleurs que François Vincent envisageait pour sa part l'indisponibilité de la compétence comme une « interdiction (...) de déléguer unilatéralement la compétence ; c'est-à-dire leur « pouvoir d'accomplir des actes juridiques unilatéraux » » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 16. Et Philippe Azouaou de rappeler pour sa part que la prohibition par principe des délégations de compétence était finalement désormais justifier sur le fondement de l'indisponibilité : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 187 et s.

donc s'y substituer l'indisponibilité de principe propre à toute compétence. Celle-ci présenterait toutefois une double facette dans la mesure où elle s'appliquerait de manière sensiblement différente selon le contenu de la compétence ; c'est-à-dire, de l'habilitation qu'elle comporte. Permissive, s'agissant de la dimension matérielle de son contenu, l'indisponibilité autoriserait l'externalisation de son accomplissement dans les conditions fixées par le titre à agir. Elle serait en revanche prohibitive s'agissant de sa dimension normative. Plus précisément, cette dernière n'autoriserait pas le recours à l'externalisation pour sa mise en œuvre dans la mesure où l'habilitation ne pourrait le prévoir, sauf texte contraire de valeur supérieure. Bien qu'elle soit donc envisageable sous certaines conditions, l'externalisation administrative voit son périmètre se replier lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la dimension normative de la compétence. Aussi s'agit-il d'apporter la démonstration et la justification juridique de ce repliement face à la réalisation de la compétence normative, avant d'envisager plus loin celle de son déploiement dans celle de la compétence matérielle.

Section 2 : Un repliement déduit pour la réalisation de la compétence normative

244.L'indisponibilité singulière de la dimension normative du contenu de la compétence.

Léon Duguit, à l'instar d'autres auteurs⁵⁰⁸, distinguait déjà le contenu normatif et le contenu matériel de la compétence des personnes publiques⁵⁰⁹, aussi convient-il à présent d'en approfondir les incidences sur l'application renouvelée du principe d'indisponibilité et ce, tout particulièrement, en matière de détermination des contours de l'externalisation administrative. Auparavant circonscrits à l'aune de la détermination des activités déléguables ou indéléguables en fonction de leur nature, les développements précédents ont permis de suggérer que les frontières du champ de la mise en œuvre de ce concept soient appréhendées à partir du principe même qui en constitue le fondement et en fixe les conditions selon le contenu du titre à agir accordé par le droit objectif à toute personne publique⁵¹⁰. Une telle hypothèse conduit en l'occurrence à admettre une application différenciée de ce principe pour la détermination des contours de l'externalisation administrative selon la dimension normative ou matérielle du contenu de la compétence ainsi pris en compte. Il convient donc désormais de tâcher d'en préciser la teneur, et tout spécialement de l'indisponibilité singulière de la première et de ses conséquences sur le repliement induit de ce concept. Il a effectivement été constaté que le principe d'indisponibilité de la compétence, et donc les frontières de l'externalisation administrative, ne présentent pas la même portée selon que le contenu de l'habilitation présente une dimension normative ou une dimension matérielle. Il s'agit par conséquent d'expliquer et de justifier cette différence d'application du principe d'indisponibilité afin de parvenir à une détermination plus nette des limites de l'externalisation administrative. Une démarche qui incite tout d'abord à étudier cette indisponibilité singulière de la dimension normative du contenu de la compétence des personnes publiques.

⁵⁰⁸ Rappelons par exemple que Maurice Hauriou reconnaissait également l'existence de « deux modes d'activité de l'administration, l'un qui est la voie de l'autorité, l'autre qui est la voie de la gestion » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 2. Il est en outre tout à fait envisageable de faire remonter cette distinction aux travaux menés par Édouard Laferrière puis par Maurice Hauriou portant sur « la dichotomie acte de gestion, acte d'autorité (...) donc l'opposition entre les actes de personne privée et les actes de puissance publique », et plus largement encore entre la gestion privée et la gestion publique : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 231.

⁵⁰⁹ Ainsi précisait-il « qu'un ministre, un préfet, un maire, ont une compétence, c'est-à-dire le pouvoir de faire un acte juridique (...), on peut dire aussi que les fonctionnaires qui ne font que des opérations matérielles ont une compétence qu'ils ont le pouvoir de faire régulièrement certaines opérations matérielles et pas certaines autres » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, E. de Broccard, 3^e éd., 1930, p. 152

⁵¹⁰ Notons que Léon Duguit affirmait en l'occurrence qu'il était possible de « parler de compétence pour tout fonctionnaire, qu'il fasse des actes d'ordre juridique, ou qu'il fasse seulement des opérations matérielles, qu'il ne peut faire que conformément à la loi » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 152 et 153.

Il s'agit cependant de rappeler au préalable que si la distinction du « *pouvoir de vouloir des actes juridiques* » et du « *pouvoir de vouloir des opérations matérielles* »⁵¹¹ n'a finalement pas abouti à la détermination doctrinale d'un vocable spécifique pour désigner le second, c'est qu'ils résultent tous deux de la compétence : une compétence pour produire des actes juridiques et une compétence pour réaliser des opérations matérielles⁵¹². Son contenu posséderait donc bien une double dimension à la fois normative et matérielle⁵¹³ dont il convient de s'inspirer pour proposer une délimitation des contours de l'externalisation administrative au moyen du principe d'indisponibilité des compétences. Les évolutions jurisprudentielles récentes invitent d'ailleurs à poursuivre cette réflexion, en particulier les décisions *Jonnet* et *LOPSSI 2* selon lesquelles la délimitation du périmètre de la délégabilité des activités de police reposerait principalement sur « *une dissociation entre l'activité normative et les activités matérielles de police administrative* »⁵¹⁴. Seule la dimension normative serait alors à priori à exclure par principe du champ de l'externalisation administrative⁵¹⁵. Très tôt la doctrine prit effectivement le parti de fonder dans une large mesure l'autonomie du droit administratif sur son opposition avec le droit civil, et tout particulièrement sur l'opposition entre la situation objective des personnes publiques soumises au cadre fixé par leur compétence, et la situation subjective des personnes privées

⁵¹¹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Brocard, 1930, p. 153.

⁵¹² Une dualité que n'ignorait pas non plus Maurice Hauriou lorsqu'il évoquait « *la compétence à la fois technique et juridique du pouvoir administratif* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 12.

⁵¹³ En écho de la distinction, au sein de l'action administrative, entre « *faire les actes juridiques qui fixent les droits et les obligations respectifs des personnes publiques et des particuliers, et accomplir la masse d'opérations tant matérielles qu'intellectuelles qu'exige la satisfaction de l'intérêt général* » : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 427.

⁵¹⁴ MORALES M., « *Réflexions sur l'indisponibilité de la compétence de police administrative* », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 324. Une hypothèse par ailleurs préalablement suggérée en creux par Jean-Paul Négrin, lequel envisageait déjà une distinction dans « *l'intervention dans la fonction de police* » consistant selon lui « *dans la compétence d'édicter des normes générales ou individuelles, ainsi que dans la réalisation d'opérations matérielles tendant à assurer leur exécution, confiée à des personnes privées* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 99.

⁵¹⁵ Affleurant de plus en plus dans le discours doctrinal contemporain, la distinction entre les dimensions normative et matérielle de la compétence éclaire notamment le fait qu'il soit aujourd'hui admis par la jurisprudence, aussi bien constitutionnelle qu'administrative, que les personnes publiques confient la réalisation de la seconde à une autre personne, publique ou privée. Alors que le Conseil constitutionnel réaffirme la position en vertu de laquelle il proscrit toute possibilité de « *délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* » (CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC), le Conseil d'État admet qu'une personne publique compétente en matière de police sanitaire puisse confier à une personne privée « *l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire* » (CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456).

bénéficiant d'une libre disposition des droits que leur confère leur capacité juridique⁵¹⁶. Toutefois, alors que la réalisation matérielle de leurs missions relèvent des actes de gestions semblables aux actes ordinaires entrepris par les particuliers⁵¹⁷ leur permettant de disposer d'une liberté similaire pour les réaliser, la mise en œuvre de leurs pouvoirs normatifs les en distingue nécessairement du fait de leur lien étroit avec l'exercice de la puissance publique appartenant exclusivement au peuple souverain, et confinant d'autant plus ces prérogatives exorbitantes au rang des éléments indisponibles dès lors qu'elles ne bénéficiaient à leur encontre d'aucun droit sur leur exercice et qu'aucun individu ne saurait sauf exception en user. L'intuition suggérée par Julien Boucher⁵¹⁸ trouve donc dans cette hypothèse un écho tout particulier dans la mesure où l'identification en droit positif du concept d'externalisation administrative appelle une limitation par le contenu de la compétence, et plus spécialement par sa dimension normative dans un premier temps. Il s'agit donc de s'appuyer sur la relecture du principe d'indisponibilité des compétences évoquée préalablement afin de préciser le sens de cette interdiction générale issue de ce principe en vertu de laquelle serait proscrit le « transfert « total », « global » ou de l'ensemble des compétences portant sur une activité déterminée »⁵¹⁹. Autorisant et encadrant l'externalisation de la réalisation de sa dimension matérielle, l'indisponibilité s'oppose donc en principe à celle de sa dimension normative qui demeure toujours l'expression de la puissance publique détenue par le peuple souverain.

Annnonce de plan. Entendue depuis Léon Duguit comme désignant « un pouvoir qui est le résultat de la loi relative à la fonction considérée »⁵²⁰, et attribuée à une personne publique déterminée, la compétence présente une dualité de contenu intrinsèque partagée entre une dimension normative et une dimension matérielle. C'est d'ailleurs à travers elle que se dessine la silhouette de l'externalisation administrative, la nature de l'activité ayant cédé la place à la

⁵¹⁶ Alors qu'il paraissait incontestable pour Léon Duguit « que rationnellement les fonctionnaires n'ont ni droits ni obligations subjectifs, mais seulement des pouvoirs et de devoirs objectifs » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 491, Gaston Jèze poursuivait dans cette voie en affirmant que ...

⁵¹⁷ Ainsi Maurice Hauriou précisait-il à partir de la distinction instaurée entre les actes d'autorité et les actes de gestion que « la gestion administrative comprendra les cas où l'administration n'agit pas comme autorité et où les actes ne sont pas de commandement » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. 1899, Larose, 2012, p. 3.

⁵¹⁸ Évoquant la confrontation de la liberté des personnes publiques avec « certaines limites », Julien Boucher considérait effectivement qu'« il existe un « noyau dur » de compétences sans lesquelles les collectivités publiques, vidées de leur substance, seraient privées de leur raison d'être » et qu'elles n'ont de plus « pas « la compétence de leur compétence », c'est-à-dire qu'elles ne peuvent l'excéder, mais pas davantage renoncer à l'exercer » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 7.

⁵¹⁹ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 28 septembre 2004, n° 194, p. 3.

⁵²⁰ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Broccard, 1930, p. 153.

compétence dans la mesure où « *chacun des pouvoirs opère avec sa compétence propre et communique à l'acte sa nature propre* »⁵²¹. L'existence d'une telle dualité de la compétence offre donc une explication au développement de l'externalisation en droit administratif tel qu'il est conditionné par l'indisponibilité. Plus précisément encore, ce n'est qu'une fois ce postulat admis qu'il est possible de démontrer que la dimension normative impose formellement un cadre juridique strict et contraignant à l'action des personnes publiques (§1), et demeure ainsi en partie préservée de l'influence managériale du fait de son essence intrinsèquement liée à l'exercice de la puissance publique (§2).

§1 : Une dimension normative formellement contraignante pour les personnes publiques

245. Rappel d'une conception objective du pouvoir normatif source de sujétions. Dès le début du XX^e siècle, Maurice Hauriou adoptait une vision singulière des personnes publiques se comportant parfois comme des particuliers, mais demeurant le plus souvent hors du champ de la sphère privée et des rapports de droit commun⁵²². Leur stature commandante les installait en effet sur un piédestal d'où elles pouvaient se consacrer, par tous les moyens mis à leur disposition, à la satisfaction de l'intérêt général ; c'est-à-dire « *tantôt comme un pouvoir qui s'affirme, tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* »⁵²³. Fortement marquée par l'empreinte laissée par le courant objectiviste, cette période favorisa l'émergence doctrinale d'une théorie du pouvoir dégagée des scories subjectivistes qui auraient pu subsister du fait de l'influence de l'école allemande. Bien qu'elle soit alors relativement hétérogène selon qu'elle provienne des réflexions de l'école de Bordeaux ou de celle de Toulouse, elle s'ancrait invariablement dans un canevas objectif⁵²⁴. Apparemment opposés, ces deux courants de pensée se rejoignaient pourtant sur la question de la libre disposition de leurs prérogatives par les autorités administratives. Clairement réfractaire à cette idée, Léon Duguit la rejetait en bloc. Moins direct, Maurice Hauriou parvenait toutefois à une telle conclusion par le biais de l'assujettissement du pouvoir à la fonction déterminée par

⁵²¹ HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 446.

⁵²² Aussi avertissait-il que « *ces êtres moraux par leur police veillent sur notre sécurité, sur notre repos, sur notre santé ; par leurs travaux publics et leurs gérances diverses, ils contribuent à notre bien-être et à notre fortune ; nous vivons en eux enveloppés de leur protection et de leur grâce* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. 1899, Larose, 2012, p. I.

⁵²³ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 5.

⁵²⁴ Alors que Maurice Hauriou contribuait à l'élaboration d'une théorie dite « *du pouvoir de droit* », Léon Duguit et ses émules refusaient toute référence à la détention par les personnes publiques d'un quelconque droit à l'exercice de leur compétence, et donc des pouvoirs qu'elle conférait.

l'institution qui l'attribue⁵²⁵. Aucun pouvoir de vouloir attribué par la compétence n'était plus désormais envisagé comme relevant en propre d'une personne publique. Tous deux demeuraient cependant objectivement rattachés à la fonction dont elle était chargée par la loi et l'ordre juridique.

Fidèle à la conception individualiste reposant sur l'opposition de l'individu et de l'État, de la vie privée et de la vie publique, une telle appréhension du pouvoir normatif excluait donc à priori toute possibilité d'un partage de son exercice avec des particuliers⁵²⁶ ou d'autres personnes publiques non prévues par le droit⁵²⁷. La doctrine contemporaine ne paraît d'ailleurs pas avoir foncièrement abandonné ce paradigme objectiviste, et ce, malgré le fait qu'elle admette de plus en plus l'émergence concomitante d'un courant subjectiviste complémentaire, mais toujours étranger à l'exercice du pouvoir normatif marquant la distinction antique de *l'imperium* et du *dominium*. Lorsqu'elle s'intéresse par exemple à la question de la liberté de choix des modes de gestion, elle en propose toujours une vision relativisée par l'impossibilité itérative de s'en décharger en dehors du cadre juridique fixé par le droit dans la mesure où il s'agit d'un pouvoir manifestant l'exercice de la puissance publique. La jurisprudence récente du Conseil d'État rappelle elle-même cette limitation lorsqu'elle restreint le champ de la délégation à des activités dépourvues des marques d'une telle puissance⁵²⁸. Tirant les conséquences de l'admission de la personnalité juridique dans la théorie du droit administratif, la doctrine prit néanmoins en compte l'importance de l'autonomie de la volonté dans l'intervention des personnes publiques et reconnut l'existence

⁵²⁵ Il démontrait alors qu'« *il y a un autre avantage dans le pouvoir exercé au nom d'une institution, et bien plus grand : il se trouve dans le fait même que ce pouvoir est exercé au nom d'une œuvre à réaliser, par conséquent, d'une fonction à remplir, et qu'ainsi il se trouve doublé d'un devoir et d'une responsabilité* » : HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 20.

⁵²⁶ Bernard Geny envisageait cependant qu'il puisse exister des hypothèses de collaboration en ce domaine. Il affirmait en effet qu'il existait « *une troisième forme de collaboration, plus poussée que les deux premières, consistant à associer les particuliers à l'élément essentiel du pouvoir, à la décision administrative* » : GENY B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, 1930, p. 201.

⁵²⁷ Elle était d'ailleurs en partie confirmée par la conception objective du pouvoir détenu et exercé exclusivement par le titulaire de l'habilitation du fait « *qu'aucun pouvoir n'est véritablement personnel à son détenteur (...), que le pouvoir en lui-même est un et continu et qu'il doit passer d'un dépositaire à l'autre en vertu de modes réguliers de transmission* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 20.

⁵²⁸ Voir notamment : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155, ou encore, pour être plus précis, sur la question de la délégation d'une prérogative de puissance publique : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282. Le juge administratif prenait effectivement bien soin de préciser alors que la délégation du service public en cause se réalisait « *sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité de police municipale* ». Bien que l'on puisse regretter que le Conseil d'État ait choisi le verbe appartenir, il ait aisé de souligner que les pouvoirs relevant de cette autorité ne pouvaient être confiés à une personne privée.

de relations juridiques fondées sur des droits subjectifs⁵²⁹. Une telle reconnaissance achoppait, et achoppe toujours cependant, sur la question de sa confrontation avec la souveraineté et le « *souci de l'ensemble de la doctrine française de préserver l'autorité de l'administration* »⁵³⁰. Aussi en vint-elle paradoxalement à considérer le monopole de l'exercice de la puissance publique comme un droit subjectif des personnes publiques⁵³¹, et à affirmer dès lors que « *la figure des droits subjectifs permettait simultanément le renforcement et l'affranchissement des pouvoirs administratifs* »⁵³².

L'étude du caractère exorbitant du pouvoir de vouloir attribué aux personnes publiques conduit toutefois Élodie Saillant à rappeler la permanence de son caractère objectif, lequel incite irrémédiablement à l'envisager autant sous l'angle d'une sujétion que d'une prérogative⁵³³. Dès lors que le droit objectif constitue toujours, et pour une très large part, la source du pouvoir normatif des autorités administratives⁵³⁴, il fait également office de bornes à leur action⁵³⁵. En ce qu'elle s'exprime à travers le principe d'indisponibilité, cette conception objective du pouvoir présente donc bien une double dimension à la fois

⁵²⁹ Alors que Léon Duguit avait considéré de manière constante que « *traiter la puissance publique comme des droits subjectifs (...) ne pouvait être que liberticide* » : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 137, la doctrine considère désormais que, « *au regard de la notion de la personne juridique, le droit administratif a, de manière latente, toujours été subjectiviste. De nos jours, il le devient de façon manifeste* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 175. Après la posture inflexible de Léon Duguit, celle plus conciliante de Maurice Hauriou, la doctrine administrativiste devait effectivement verser dans l'admission du rapport de droit subjectif dans les relations entre l'administration et les administrés.

⁵³⁰ FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 447.

⁵³¹ Félix Moreau appréhendait en effet ces « droits » comme étant « *inhérents à l'existence des collectivités publiques* ». Il s'agissait selon ce dernier de « *droits de puissance publique (...): le « droit de s'organiser », c'est-à-dire de déterminer les agents compétents pour exercer les droits de l'État, les « droits d'autorité pure » qui se réduisaient à un « commandement adressé aux administrés sans enrichissement matériel de la collectivité » (...), et les droits fiscaux qui comprenaient les droits de posséder un domaine public, d'exproprier et de réaliser des travaux publics et le droit de lever des impôts* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 450.

⁵³² FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 451. Et l'auteur de préciser alors que « *malgré les apparences, les deux projets (objectif et subjectif) n'étaient pas contradictoires. Ils se complétaient, dans la mesure où le contrôle juridictionnel apparaissait comme la caution de la régularité des interventions des administrations* », et donc que la reconnaissance de droits subjectifs sur l'exercice de la puissance publique participait d'une certaine façon du respect par les personnes publiques du cadre juridique objectif enserrant leurs actions.

⁵³³ Ainsi précise-t-elle que « *l'exorbitance, de par sa définition, ne peut qu'être une sujétion pour le pouvoir politique : les moyens juridiques exorbitants n'existant et n'étant mis à sa disposition qu'en raison du caractère spécifique de certains besoins et activités, que dans la mesure où leur satisfaction implique l'usage de procédés juridiques contraignants principalement, le pouvoir politique doit, dans ces conditions, les utiliser* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 449.

⁵³⁴ « *La réglementation constitue la source du « pouvoir normatif ». Les normes constitutionnelles, législatives et réglementaires habilitent les autorités administratives à adopter des mesures, générales ou particulières, ayant vocation à régir la conduite des administrés* » : DEFOORT B., *La décision administrative*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 37.

⁵³⁵ Car également, « *la réglementation se compose de l'ensemble des normes que l'administration est supposée respecter* » : DEFOORT B., *op. cit.*, p. 49.

légitimante et contraignante pour l'action normative des personnes publiques ; notamment en ce qui concerne la réalisation des compétences normatives. Ainsi le pouvoir normatif est-il exorbitant par essence en ce qu'il implique le libre choix « *pour déterminer le mode de gestion du service et, éventuellement, choisir l'externalisation* »⁵³⁶, mais également en ce qu'il contraint les personnes publiques à agir par elles-mêmes sans possibilité d'en confier la mise en œuvre par une autre personne que celle désignée par le droit objectif comme étant son attributaire eu égard à sa fonction. Charles Eisenmann renforçait d'ailleurs cette conception objective du cadre juridique de l'action normative des personnes publiques lorsqu'il affirmait que « *les règles relatives à l'action de l'Administration sont des règles de compétence (...) qui habilite un certain sujet à faire valablement un certain acte* »⁵³⁷. Aussi apparaît-il donc tout à fait logique d'admettre et d'expliquer « *que ne puissent être déléguées au secteur privé les tâches sans lesquelles l'État ne serait plus souverain, à savoir l'exercice même de la contrainte physique et toutes les responsabilités décisionnelles, impliquant notamment le pouvoir réglementaire de fixer le cadre juridique d'une mission de police ou de service public* »⁵³⁸. Une interdiction qui ne peut être dépassée qu'en vertu d'une norme de valeur suffisante pour autoriser une habilitation à faire agir par la contrainte et le commandement. Il s'agit donc désormais de parvenir à préciser en quoi cette dimension normative de la compétence impose toujours aux personnes publiques un cadre contraignant à sa réalisation (A), et comment il se manifeste encore aujourd'hui (B), notamment à l'égard de l'externalisation administrative, à la différence de la dimension matérielle.

A. L'identification du caractère contraignant de la dimension normative

246. Précisions sur conception objectiviste de la compétence normative en tant que pouvoir.

S'il est un aspect de la compétence sur lequel la conception objectiviste exerce au plus fort son influence contraignante, la dimension normative de son contenu doit sans nul doute être saisie en ce sens. Il apparaît en effet qu'en droit l'intervention d'organes ou de personnes habilités au nom d'une collectivité d'intérêts à produire des actes juridiques est toujours encadrée strictement par des conditions de fond et de formes liées à la reconnaissance de leur personnalité juridique en tant que personne morale, et dont ils ne peuvent s'écarter

⁵³⁶ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 604.

⁵³⁷ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 239.

⁵³⁸ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 255.

librement⁵³⁹. Soumise notamment au respect du principe de spécialité⁵⁴⁰, l'action des personnes morales de droit public est donc strictement encadrée par le droit objectif. Bien qu'elle constitue une ressource habilitante, la dimension normative du contenu de la compétence se présente finalement dans ce contexte comme une contrainte dans la mesure où tout exercice du pouvoir normatif est alors déterminé par rapport à la fonction qu'il permet de remplir, et de l'intérêt général qu'il poursuit.

Ce caractère contraignant du contenu normatif de la compétence se présente d'ailleurs comme un invariant de la conception objective du droit, dès lors qu'elle découle de « *l'idée que les autorités publiques étaient assujetties au droit et que leurs prérogatives, de nature fonctionnelle, étaient limitées (...) par la fonction assumée* »⁵⁴¹. Bien qu'à priori concordant avec une lecture subjectiviste, l'encadrement contraignant fixé par la dimension normative de la compétence du fait des incidences liées à la personnalité morale résulte finalement davantage d'une lecture objectiviste. Léon Michoud ne suggérait d'ailleurs apparemment pas autre chose lorsqu'il relevait l'opposition entre les personnes physiques et les personnes morales du point de vue de l'étendue des droits subjectifs des unes et des autres. Alors que pour les premières « *le droit subjectif sert indistinctement à atteindre tous les buts auxquels tend la volonté du sujet* », il affirmait que pour les secondes « *le droit subjectif ne peut être mis à la disposition des organes de la personne d'une manière aussi complète* »⁵⁴². Et si la détention, autant que l'exercice, de ces droits ne peut être aussi libre pour les personnes morales et notamment les personnes morales de droit public, c'est que le droit objectif leur

⁵³⁹ S'agissant des personnes morales de droit public, Henry Berthélemy affirmait effectivement, dès 1905, que « *l'autorité administrative a pour fonction de donner satisfaction aux intérêts généraux. Pour arriver à ce résultat, elle est partagée entre différents services. Chacun de ces services implique une organisation, un personnel hiérarchisé, une compétence limitée soit quant aux matières dont il s'occupe, soit quant à la région où il se meut* » : BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 3^e éd., 1905, p. 28. Aussi ne manquait-il pas de souligner que « *la création de personnes morales n'est pas un fait propre au droit administratif. Dans toutes les branches de l'activité humaine, il a paru avantageux de laisser à des collectivités le droit de se comporter comme si elles constituaient des personnes distinctes de leurs membres* » : BERTHÉLEMY H., *op. cit.*, p. 29. Dans le même sens, Robert Herzog précisait également que « *l'objet premier de la personnalité morale est de répartir, en droit, du pouvoir entre les individus agissant au service d'une fin et d'intérêts collectifs. Cette construction juridique est description et allocation de pouvoir : pouvoir de l'entité elle-même, vers l'extérieur ; pouvoir de ses organes, en son sein* » : HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 239.

⁵⁴⁰ Jean-Claude Douence engageait d'ailleurs son analyse du principe de spécialité en précisant « *que la spécialité est un élément inhérent à la notion de personnalité morale, en ce sens que cette dernière n'existe qu'en vue d'un objet déterminé* », objet qui est lui-même particulier lorsqu'il s'agit d'une personne morale de droit public : DOUENCE J.-Cl., « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP*, 1972, p. 753.

⁵⁴¹ HERTZOG R., *op. cit.*, p. 240.

⁵⁴² MICHLOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, Paris, 1^e éd., tome 2, 1906, n^o 243.

impose des limites aux fins de garantir la satisfaction des intérêts pour la satisfaction desquels elles sont instituées⁵⁴³. La théorie de l'Institution développée par Maurice Hauriou engageait d'ailleurs à poursuivre en ce sens d'une limitation objective du pouvoir normatif des autorités administratives⁵⁴⁴.

Envisagé comme désignant ce qui, « *dans le droit, se maintient sans le secours de la volonté consciente de sujets déterminés et qui, ainsi, semble se maintenir par soi-même* »⁵⁴⁵, le droit objectif s'écarte en effet de la volonté du sujet agissant pour s'imposer à lui⁵⁴⁶. C'est ainsi que Maurice Hauriou, inversant une célèbre maxime traditionnelle de l'ordre individualiste issue de l'article 5 de la Déclaration des droits, et dominée par la conception subjective de l'ordre juridique, proposait d'exprimer la spécificité d'une vision désormais objective par l'affirmation selon laquelle « *tout ce qui n'est pas permis par la règle de droit ou tout ce qui n'est pas conforme à une règle de droit préexistante est inefficacement juridique* »⁵⁴⁷. À travers une telle conception, il apparaissait ainsi nettement que la dimension normative du contenu de la compétence, cadre juridique de la production normative des personnes publiques, manifeste à n'en pas douter un caractère contraignant pour leur action⁵⁴⁸. Prenant le parti de suivre une voie intermédiaire empruntant à la fois à l'objectif et au subjectif, la théorie de l'Institution reposait par conséquent sur deux piliers : d'un côté celui d'une idée d'œuvre objectivement reconnue par le droit, et, de l'autre côté, celui d'un pouvoir normatif organisé afin de permettre la réalisation de celle-ci. C'est par conséquent à un double titre qu'une institution, quelle qu'elle soit, exerce certains droits subjectifs selon les limites imposées par le droit objectif. D'une part, sa raison d'être résulte nécessairement d'une consécration par ce dernier et, d'autre part, les moyens de son action normative doivent respecter les conditions qu'il impose. Ce caractère contraignant de la dimension normative

⁵⁴³ Jean-Claude Douence précisait en effet que « *si en effet l'existence d'intérêts collectifs est un fait social que le droit se borne à reconnaître, la personnalité morale est un procédé technique que le droit a élaboré pour satisfaire ces intérêts* » : DOUENCE J.-Cl., *op. cit.*, RDP, 1972, p. 760.

⁵⁴⁴ Il démontrait d'ailleurs que l'Institution « *est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » : HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1925, rééd. 1986, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, p. 96.

⁵⁴⁵ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 90.

⁵⁴⁶ Maurice Haurice précisait alors le contenu de ce dernier recouvrant « *l'ordre public et ce qu'on appelait la réglementation* », *c'est-à-dire, la masse des lois, des règlements et des coutumes* » : HAURIOU M., *Ibid.*

⁵⁴⁷ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 95. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen affirme en effet que « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

⁵⁴⁸ Une contrainte qui s'exprimerait particulièrement à travers le principe d'indisponibilité entendu comme celui qui autorise autant qu'il délimite le champ de l'intervention des autorités administratives.

des compétences ne peut d'ailleurs être ignoré tant il se manifeste à travers la répartition stricte des pouvoirs normatifs entre les autorités administratives (1), laquelle limite d'autant plus la relativisation possible de l'indisponibilité de la compétence normative par l'application du principe *lex superior* (2).

1. Une répartition stricte des pouvoirs normatifs entre les autorités administratives

247. Une répartition stricte suggérée par les théories normativiste et objectiviste. Largement influencé par les réflexions kantienne, le confinant à emprunter la voie de la transcendance, Hans Kelsen envisageait l'ordre juridique sur le fondement d'un ordonnancement d'idées objectives supérieures à la volonté des individus et des personnes publiques. Plus particulièrement, il considérait dans le cadre de sa *théorie générale de l'État* que ce dernier constituait en lui-même déjà « *un ordre de la conduite humaine* »⁵⁴⁹ construit à partir d'un ensemble organisé de règles juridiques destinées à encadrer le comportement des individus, et constituant ainsi « *un ordre avant tout normatif* »⁵⁵⁰. Toute personne publique serait-elle ainsi dotée d'une puissance dont la volonté propre serait supérieure et s'imposerait à celle des individus⁵⁵¹ dans la mesure où elle serait appréhendée comme la manifestation « *métaphorique de la validité objective de l'ordre normatif que nous appelons État* »⁵⁵². C'est finalement sur ce présupposé d'une validité objective que les autorités administratives disposent d'un pouvoir normatif exercé sur les individus⁵⁵³ ; c'est-à-dire que ce dernier ne peut être mis en œuvre que sous réserve de « *conformité à un ordre valable, le fait que les normes de cet ordre les ont prévu et ont réglé dans quelles conditions et par quelles personnes ils devaient être faits* »⁵⁵⁴. Associée au modèle de la pyramide des normes, la théorie développée par Hans Kelsen empruntait en outre le mécanisme de l'imputation normative⁵⁵⁵ pour légitimer la puissance publique, et donc le pouvoir normatif des autorités

⁵⁴⁹ KELSEN H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 562. Il précisait alors ceci en indiquant qu'il « *est fondé, ou mieux consiste en une réglementation, en la soumission à un certain ordre, des relations des hommes entre eux* ».

⁵⁵⁰ KELSEN H., *op. cit.*, p. 563.

⁵⁵¹ « (...) *la volonté de l'État lui-même ne se confond pas avec les volontés particulières des individus qui lui sont soumis : elle est plus que leur somme, que leur simple addition ; elle leur est supérieure* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 564.

⁵⁵² KELSEN H., *op. cit.*, p. 565.

⁵⁵³ Hans Kelsen précisait en effet que « *seule est d'ordre objectif la validité de l'ordre normatif que l'on désigne par les mots « État » ou « Dieu »* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 567.

⁵⁵⁴ KELSEN H., *op. cit.*, p. 568.

⁵⁵⁵ Fondé sur l'idée que la validité d'une norme juridique dépend de sa conformité à une norme supérieure, ce mécanisme de l'imputation conduisait Hans Kelsen à affirmer que « *sont seuls actes étatiques les actes qu'une norme a prévus et réglés* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 570.

administratives. Affirmant que « *le caractère normatif de l'État ne le distingue pas essentiellement des autres formations sociales* »⁵⁵⁶, Hans Kelsen établissait alors un pont entre sa conception et la théorie de l'Institution suggérée par Maurice Hauriou associant également tout pouvoir à une fonction déterminée⁵⁵⁷ instaurée par le droit objectif. L'un comme l'autre, ils aboutissaient donc à soumettre l'attribution et l'exercice du pouvoir normatif à un cadre juridique objectif contraignant fondé à titre principal sur une répartition stricte des compétences, et ce sur deux points. D'une part, stricte eu égard à la restriction des possibilités de délégation prévue par les normes habilitantes selon les fonctions assignées à l'exercice de ces pouvoirs. Stricte d'autre part, quant à la place de ces textes dans la hiérarchie des normes limitant alors étroitement la mise en œuvre du principe *lex superior*, et donc avec elle la relativisation de l'indisponibilité de la dimension normative de la compétence. Un consensus large semblait par conséquent émerger pour imposer un obstacle dirimant à la mise en œuvre de l'externalisation pour la réalisation de la compétence normative, un obstacle que ne connaissent par les personnes privées dans leur choix de recourir à l'externalisation stratégique dès lors que celui-ci ne se confrontait jamais à l'exercice de la puissance publique.

S'intéressant dans un premier temps à la notion de compétence entendue dans son acception étroite de « *pouvoir du fonctionnaire de faire des actes d'ordre juridique* »⁵⁵⁸, François Vincent recourait également au principe d'une répartition légale stricte pour expliquer la différence fondamentale opposant la compétence des personnes publiques à la capacité des personnes privées. Aussi affirmait-il alors qu'« *à la source de toute compétence existe, par principe, un texte constitutionnel ou législatif qui détermine impérativement l'étendue du pouvoir conféré* »⁵⁵⁹ ainsi que la personne de son bénéficiaire. Typique d'un assujettissement du pouvoir normatif des personnes publiques au droit objectif, une telle répartition des compétences conduisait invariablement à considérer qu'en dehors des prescriptions contenues

⁵⁵⁶ KELSEN H., *op. cit.*, p. 571.

⁵⁵⁷ Car si Maurice Hauriou reprochait essentiellement à Hans Kelsen de soumettre la production normative à un impératif de conformité à des règles objectives supérieures, il enserrait néanmoins le pouvoir dans un autre carcan dès lors qu'il l'appréhendait en tant que « *libre énergie de la volonté qui assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création de l'ordre et du droit* » qui n'est elle-même valide qu'à la condition d'avoir été consentie, et donc opérée dans l'intérêt du groupement, conformément à sa fonction. Aussi précisait-il d'ailleurs « *que ce pouvoir est exercé au nom d'une œuvre à réaliser, par conséquent, d'une fonction à remplir* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 14 et 20. Notons que le maître autrichien associait pour sa part très souvent la notion de pouvoir à celle de fonction, au point parfois de les considérer comme similaires. Ainsi par exemple la création de l'ordre étatique dynamique relevait-elle selon lui de trois étapes recouvrant chacun des « *trois pouvoirs ou fonctions de l'État* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 620.

⁵⁵⁸ VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 16.

⁵⁵⁹ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 23.

dans ces dispositions, elles ne pouvaient en disposer autrement sans que leur action ne devienne illégale⁵⁶⁰. L'exercice du pouvoir normatif était par conséquent conditionné par la loi ou la Constitution, dès lors que « *le principe de la détermination légale des compétences ne laisse subsister aucune liberté au profit de l'autorité administrative* »⁵⁶¹ en dehors de ce que l'une ou l'autre prévoit dans le cadre de sa mise en œuvre⁵⁶², et ce même lorsqu'il s'agit d'une compétence discrétionnaire⁵⁶³. Aussi concluait-il alors que la compétence normative ne pouvait en définitive être modifiée que par un texte de valeur au moins égale à celui qui l'attribue, et en aucun cas par son titulaire sauf s'il y était autorisé⁵⁶⁴. Mais de manière générale l'attribution du pouvoir normatif aux autorités administratives n'envisage pas de telles dérogations⁵⁶⁵ afin de préserver l'exercice de la puissance publique souveraine ; il impose par conséquent un cadre strictement contraignant à son utilisation. Largement encadrée par des dispositions législatives ou constitutionnelles, la possibilité de déroger à la répartition organisée des compétences normatives paraît par principe devoir être exclue. Seule une norme de rang supérieur pourrait alors l'admettre. Mais une telle hypothèse est difficilement concevable dès lors que la norme d'habilitation primaire qui procède à cette

⁵⁶⁰ Ainsi le Conseil d'État avait-il considéré, à l'occasion de l'arrêt Sargos, que « *l'autorité administrative est incompétente non seulement pour déterminer mais aussi pour modifier ou restreindre l'ordre des compétences* » instauré par la Constitution ou par la loi : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 25, à propos de l'arrêt : CE, sect., 14 mai 1948, Sargos, rec. p. 208. Les juges du Palais-Royal précisèrent en effet « *que les règlements d'application que le Comité central était chargé d'établir en vertu des dispositions de la loi du 13 août 1940 ne peuvent avoir pour objet ou pour conséquence de modifier ou restreindre les attributions ainsi conférées par la loi aux organismes qu'elle a institués* ».

⁵⁶¹ VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 29.

⁵⁶² Édouard Laferrière affirmait d'ailleurs que « *la puissance publique ne peut s'imposer aux citoyens que si elle est exercée par son véritable dépositaire ; elle n'existe pas en dehors de lui* » : LAFFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 500.

⁵⁶³ Celle-ci porte alors essentiellement sur le principe de l'action ou de l'abstention et non de la détermination de l'autorité habilitée à l'employer. Dans tous les cas, la loi ou la Constitution « *préside à la détermination des compétences (...) fixe la marge de liberté dont est investie l'autorité administrative* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 32.

⁵⁶⁴ À l'instar de la démonstration proposée par Léon Duguit, il affirmait ainsi que la délégation de compétence ne pouvait être juridiquement valide qu'à la condition d'avoir été prévue par l'habilitation légale initiale. Il concluait alors en démontrant « *que la délégation, tant par ses conditions que par ses effets, ne constitue qu'une apparente dérogation au caractère légale de la compétence* » : VINCENT Fr., *op. cit.*, p. 54. Ainsi l'article 21 de la Constitution prévoit-il par exemple expressément que le Premier Ministre « *peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres* ».

⁵⁶⁵ Qu'il ne soit cependant pas nié qu'il en existe. De manière générale, Bertrand Faure soulignait par exemple que « *l'apparition des autorités administratives indépendantes, sans autre autorité que celle que le législateur leur confère pour la garde de secteurs sensibles, ne devait pas transgresser les principes dégagés par le Conseil constitutionnel et notamment la réserve de compétence réglementaire générale que l'article 21C garantit au Premier Ministre. Il en a résulté que, si certaines de ces « administrations » pouvaient se voir confier une telle compétence pour certains aspects de leurs missions, c'est dans une mesure étroite qui ne compromettrait pas la compétence principale du gouvernement* » : FAURE B., « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 19, p. 119.

répartition stricte occupe déjà un rang élevé dans la hiérarchie⁵⁶⁶, qu'il s'agisse de la distribution fonctionnelle ou de la distribution territoriale du pouvoir normatif.

Toujours en référence à la théorie générale de l'État esquissée par Hans Kelsen, il est possible d'en préciser les linéaments théoriques avant d'en exposer les applications dans le droit positif français contemporain. Considérant l'État comme un ordre juridique normatif tirant sa validité de sa conformité à un ordre objectif supérieur, Hans Kelsen affirmait en conséquence que son autorité sur les individus trouvait sa justification dans cet ordre en vertu duquel est réglée « *la conduite aussi bien de celui qui pose la règle que de celui qui s'y conforme* »⁵⁶⁷, et qui présente en son sommet la norme fondamentale source de la validité de toutes les autres et qui « *fonde, avec l'unité de l'État, sa souveraineté (...) fixe souverainement les compétences* »⁵⁶⁸. Reprenant alors le schéma de la pyramide des normes, il convient de préciser que plus haut se situe celle qui détermine la répartition des pouvoirs normatifs entre les autorités administratives, plus rares seront les possibilités d'y déroger par la mise en œuvre du principe *lex superior*, car seule une norme juridique d'un rang supérieur serait en mesure d'autoriser une pratique que le contenu de la première ne prévoit pas, voire qu'elle proscrie. Or si la répartition des compétences normatives relève essentiellement de la Constitution, ou à titre secondaire de la loi, la construction kelsienne invite à exclure par principe toute possibilité de dérogation autre que constitutionnelle⁵⁶⁹, ou bien légale sous le contrôle du juge constitutionnel⁵⁷⁰. De même la théorie de l'Institution conduit également à

⁵⁶⁶ Il est en effet largement admis désormais que « *tout règlement d'une autorité secondaire doit trouver sa source dans un texte supérieur l'habilitant en ce sens* » excepté le cas bien particulier du pouvoir réglementaire du chef de service lié à la nécessité d'assurer son fonctionnement régulier : FAURE B., *op. cit.*, p. 120.

⁵⁶⁷ KELSEN H., *op. cit.*, p. 580. Aussi précisait-il également que « *sans cet ordre normatif, il n'y aurait pas d'État au nom duquel un acte quelconque pût être fait et auquel ont pût être, en un sens quelconque, assujetti* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 581.

⁵⁶⁸ KELSEN H., *op. cit.*, p. 583.

⁵⁶⁹ Effectivement, alors que la Constitution est la norme positive suprême par laquelle est déterminé « *l'ensemble des normes qui règlent la position des organes supérieurs de l'État et les rapports entre la puissance publique et ses sujets* », la loi est située au « *degré plus bas, au-dessous de la Constitution* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 622.

⁵⁷⁰ Aussi lorsque la loi prévoit dans une certaine mesure une dérogation à la répartition stricte des compétences normatives organisée par le droit positif, le Conseil constitutionnel semble effectivement veiller scrupuleusement à son respect, quitte à censurer des dispositions qui n'y seraient pas conformes. Les sages de la rue de Montpensier confirmèrent par ce raisonnement la validité de l'article 49 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice qui prévoyait alors que « *la mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée* » dans la mesure où cette disposition réservait toujours l'exercice d'un pouvoir normatif à la personne publique compétente ; c'est-à-dire l'État. Il considérait effectivement que « *la loi déférée ne permet de confier à des personnes de droit privé (...), que des tâches techniques détachables des fonctions de souveraineté* », lesquelles relèvent essentiellement de la procédure pénale dont l'exécution revient à titre exclusif aux personnes publiques compétentes dans le cadre du fonctionnement du service public de la justice : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

renforcer ce cadre objectif imposé à l'exercice du pouvoir normatif⁵⁷¹. Celui-ci serait effectivement bien institué par cette norme supérieure, ou à tout le moins par une norme de rang élevé, laquelle fixe « *les règles de la représentation, c'est-à-dire (les) principes directeurs de l'institution* »⁵⁷². Aussi démontrait-il également que la supériorité du pouvoir normatif sur les individus demeurait subordonnée à la compétence des autorités administratives attribuées par une telle norme⁵⁷³ selon la fonction qui leur incombe⁵⁷⁴.

248. Une répartition stricte confirmée par le droit positif. Georges Vedel et Pierre Delvolvé prolongeaient en l'occurrence les conclusions de chacune de ces réflexions théoriques sur le terrain de la présentation du droit positif, quand ils affirmaient pour leur part que « *l'administration et le droit administratif ne peuvent, ni d'un point de vue pédagogique, ni d'un point de vue théorique, se définir de façon autonome. C'est en partant de la Constitution que leur définition peut être donnée* »⁵⁷⁵. Tenants d'une approche fondée sur la reconnaissance de ses bases constitutionnelles, ces deux auteurs considéraient en effet que le pouvoir de l'administration relevait en premier lieu du pouvoir exécutif tel que déterminé, organisé et encadré par la Constitution. Recouvrant à la fois l'exercice de la contrainte, de l'exécution des lois et à ce titre de la sauvegarde de l'ordre public et du bon fonctionnement des services publics, ils trouvaient son fondement essentiel dans son article 20⁵⁷⁶ en ce qui concerne sa fonction, et dans l'article 37 pour ce qui concerne le pouvoir réglementaire⁵⁷⁷. Dépassant la frontière gouvernementale, ce dernier est en outre désormais attribué à un nombre d'autorités administratives croissant. Le processus de décentralisation a effectivement contribué à la consécration d'un pouvoir réglementaire local détenu par chacune des

⁵⁷¹ Bien qu'il rejette l'approche focalisée sur l'existence d'un ordre juridique transcendant duquel tout pouvoir tirerait sa légitimité, Maurice Hauriou le considérait comme légitime par principe, du fait qu'il soit mis en œuvre par des représentants de l'institution en vertu de la Constitution par laquelle les représentés consentent à lui obéir. Il démontrait sur ce point que « *le pouvoir de droit étant légitime dans son principe en qualité de représentant de l'institution, qui est la souche des gouvernements et qui est accepté par le consentement coutumier, il y a présomption que les commandements du pouvoir sont également légitimes* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 23.

⁵⁷² HAURIOU M., *Ibid.*

⁵⁷³ Dans la mesure où il précisait que « *pour que le pouvoir gouverne selon la raison et la justice, il faut que les institutions constitutionnelles assurent la prééminence de la compétence et de l'autorité qu'elle entraîne et la subordination de la force ou pouvoir de domination* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷⁴ Ainsi « *toutes les attributions qu'elles prévoient (les lois constitutionnelles) sont celles d'une institution et non pas d'un homme politique (...). Dans chacun des pouvoirs publics ou pouvoirs gouvernementaux, l'association de l'institution et de l'homme politique est au bénéfice de l'institution, c'est-à-dire de la compétence des fonctionnaires* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 27 et 28.

⁵⁷⁵ VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, PUF, coll., Thémis Droit, 8^e éd., 1982, p. 55.

⁵⁷⁶ Selon lequel « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée* ».

⁵⁷⁷ Strictement délimité dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958, il est désormais considéré que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

collectivités territoriales en vertu de l'article 72 de la Constitution⁵⁷⁸ et, au-delà, à une claire « répartition des compétences normatives »⁵⁷⁹, notamment depuis la loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁵⁸⁰. Si l'influence de la volonté du législateur sur la répartition des compétences normatives était donc étendue, l'importance du cadre constitutionnel se consolidait dans le même temps. L'intégration implicite du principe de subsidiarité à l'alinéa 2 de l'article 72 pouvait néanmoins laisser apparaître une faille dans cette organisation dans la mesure où il autorise ces collectivités à exercer toutes compétences « qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁵⁸¹. Il n'en demeure pas moins que si ce principe est susceptible d'accroître considérablement le champ d'intervention des collectivités locales, il constitue toujours un cadre objectif dont elles ne pourront se départir, notamment pour confier l'exercice de leurs pouvoirs normatifs à une autre personne juridique dans la mesure où cette disposition, si évasive soit-elle, ne le prévoit pas.

À un niveau moindre, les personnes publiques bénéficient également d'un certain nombre d'attributions par la loi⁵⁸² auxquelles il ne pourrait être dérogé que par une norme de rang supérieur ou égal, et toujours sous le contrôle du Conseil constitutionnel en tant que garant de la répartition stricte du pouvoir normatif par le droit objectif. Ce qui est d'ailleurs exceptionnellement le cas pour des organismes de droit privé dans le cadre strict des missions qui leur sont confiées, le plus souvent par la loi⁵⁸³. Enfin, s'il existe également certaines prérogatives attribuées par voie jurisprudentielle parmi lesquelles figure l'emblématique pouvoir du chef de service⁵⁸⁴ reconnu de manière exceptionnelle à des personnes privées

⁵⁷⁸ « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

⁵⁷⁹ VERPEAUX M., « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, p. 664.

⁵⁸⁰ Cette dernière procédait d'ailleurs à un rappel particulièrement appuyé de l'encadrement par la loi du principe de libre administration des collectivités territoriales duquel ce pouvoir réglementaire local découlait en partie.

⁵⁸¹ L'article 72 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose en effet que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

⁵⁸² Ainsi en va-t-il par exemple depuis longtemps, s'agissant du pouvoir réglementaire attribué par le législateur à un directeur d'établissement public tel que celui du Centre national de la cinématographie comme le rappelait le juge administratif à l'occasion de l'arrêt : CE, sect., 22 décembre 1978, *Fédération nationale des distributeurs de films*, rec. p. 527.

⁵⁸³ C'est le cas par exemple pour les ordres professionnels, ou encore les fédérations sportives comme le démontrait d'ailleurs Grégory Mollion. S'agissant des premiers, Georges Vedel et Pierre Delvolvé indiquaient en effet que « les lois ou les règlements ont eux-mêmes renvoyé à des dispositions qui doivent être établies par les organes de l'Ordre » et qu'ils « ont naturellement compétence pour arrêter les dispositions d'ordre intérieur » : VEDEL G., et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 1047. En ce qui concerne les secondes, Grégory Mollion présentait les fédérations sportives comme étant bénéficiaire d'une délégation de pouvoir autorisée par le législateur.

⁵⁸⁴ Instauré par la jurisprudence Jamart à l'occasion de laquelle le Conseil d'État considéra « que si, même dans les cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient,

chargées d'une mission de service public⁵⁸⁵, et donc titulaire d'une fonction qui le légitime, un tel pouvoir normatif ne peut être exercé que dans le cadre strictement délimité par les nécessités inhérentes à son bon fonctionnement, par des autorités strictement déterminées, et sauf dispositions contraires⁵⁸⁶. Pierre Delvolvé souligne par ailleurs que le principe de légalité encadrant l'action administrative, et duquel l'indisponibilité constituerait l'application dynamique, a pu voir son rang juridique et sa portée rehaussés sous l'influence constitutionnelle⁵⁸⁷, et ce, bien que la théorie des bases constitutionnelles semble désormais dépassée par la multiplication des détenteurs d'un pouvoir normatif, et par l'éclatement du pouvoir exécutif⁵⁸⁸. La notion de pouvoir normatif, et à travers elle celle d'une dimension normative de la compétence, constitue par conséquent un élément commun à toute personne que le droit objectif considère comme attributaire d'une telle prérogative. Aussi lui impose-t-elle en cela un cadre nécessairement contraignant.

L'exercice du pouvoir normatif par les autorités investies par le droit objectif se retrouve donc toujours enserré dans un cadre juridique strict et contraignant en vertu duquel il semble

comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité » : CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172.

⁵⁸⁵ Les juges du Palais-Royal admettent en effet l'extension de l'attribution du pouvoir réglementaire du chef de service à des organismes privés responsables d'un service public. Ils considèrent désormais « *qu'en l'état de la législation, il appartient à l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public de fixer elle-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limitations pour les services dont l'organisation lui incombe ; que dans le cas d'un établissement public responsable de ce bon fonctionnement, ainsi que dans celui d'un organisme de droit privé responsable d'un service public, seuls leurs organes dirigeants, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer les limitations à l'exercice du droit de grève* » : CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines et a.*, rec. p. 94.

⁵⁸⁶ Véritable pouvoir réglementaire en tant qu'il autorise la création d'un service public, aussi bien que son organisation, le pouvoir du chef de service ne peut « *s'exercer que dans la mesure où les nécessités du service l'exigent, et envers les seules personnes qui se trouvent en relation avec le service, soit qu'elles y collaborent, soit qu'elles l'utilisent* » : conclusions prononcées par François Bernard sur l'arrêt : CE, 6 octobre 1961, *UNAPEL ; RDP*, 1961, p. 1279. Le Conseil d'État devait être encore plus clair au sujet des limites imposées à ce pouvoir à l'occasion de l'arrêt *Association « Choisir la vie »*. Les juges du Palais-Royal rappelèrent alors que « *s'il appartient au ministre de l'éducation nationale, ou le cas échéant au ministre délégué auprès de lui (...), il ne peut faire usage de ce pouvoir que sous réserve des compétences attribuées à d'autres autorités par les textes législatifs et réglementaires en vigueur et dans le respect des lois et règlements qui régissent les activités qu'il entend confier à ces agents* » : CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie »*, rec. p. 249 ; voir dans le même sens : CE, ass., 3 mars 2004, *Association « Liberté, Information, Santé »*, rec. p. 113.

⁵⁸⁷ Il affirme en effet que « *les développements du droit constitutionnel ont souligné comme faisant partie du corps constitutionnel l'exigence du respect du droit par l'administration (...) certaines dispositions constitutionnelles ont conduit à en rehausser le niveau et en renforcer la portée* » : DELVOLVÉ P., « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1213.

⁵⁸⁸ S'il est en effet « *évidemment exact que le gouvernement et les autorités décentralisées sont des organes administratifs (attributaires d'un pouvoir normatif). On peut déjà observer qu'entre 1954 et 1980, la thèse initiale, centrée sur le pouvoir exécutif et sa mission d'exécuter des lois avait été élargie : on ne peut pas considérer que les autorités décentralisées font partie exactement du pouvoir exécutif (...). La même observation peut être faite au sujet des organismes privés chargés d'une mission de service public et dotés de prérogatives de puissance publique (...), elles s'éloignent du pouvoir exécutif et des dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir exécutif et aux collectivités territoriales* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 1214.

difficile d'envisager qu'il soit à sa libre disposition. Il constituerait même, pour certains auteurs, le cœur même de la compétence au point qu'il pourrait y être parfois assimilé et ainsi justifier par un argument juridique complémentaire son indisponibilité. Le courant objectiviste évoqué précédemment partait d'ailleurs souvent de cette confusion de la compétence et du pouvoir pour justifier la distinction instaurée entre la capacité des particuliers et la compétence des personnes publiques⁵⁸⁹. Issu d'une répartition stricte des compétences, le caractère contraignant de la dimension normative trouve donc un écho supplémentaire dans cette assimilation du pouvoir normatif à la compétence elle-même qui justifierait également qu'il ne puisse être confié à une autre personne que son titulaire en dehors des cas où le droit objectif le prévoit expressément. Léon Duguit posait d'ailleurs les linéaments d'une telle conception du pouvoir normatif et des raisons de son indisponibilité dans la mesure où il envisageait son exercice exclusivement dans les limites et pour les fins prévus par la loi⁵⁹⁰ ; il précisait alors que seule la loi pourrait « *toujours (le) modifier, soit en l'étendant, soit en le diminuant* »⁵⁹¹. Rejoignant cette conception objective du pouvoir normatif assimilée à la compétence, Claude Blumann démontrait pour sa part qu'ils constituaient l'un comme l'autre une simple attribution par le droit objectif à une autorité administrative. Ils devaient donc tous deux être considérés comme « *une donnée extérieure (que l'autorité habilitée) ne peut ni atteindre ni modifier* »⁵⁹², et donc dont elle ne peut disposer sauf à ce que le droit objectif l'ait prévu dans les conditions imposées par l'ordre juridique⁵⁹³. En conséquence, dès lors que la répartition du pouvoir normatif est strictement déterminée par le droit objectif à un haut niveau de normativité, la dimension normative de la compétence présente pour les autorités habilitées à l'exercer un caractère contraignant limitant considérablement la relativisation de son indisponibilité par le principe *lex superior*.

⁵⁸⁹ Léon Duguit figure en cela au premier rang des tenants d'une telle confusion définissant la compétence comme « *le pouvoir qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe aux gouvernants (...) un pouvoir juridique de vouloir* » : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903, p. 493 et 497.

⁵⁹⁰ « *Il est d'évidence que la loi ne peut ne peut établir comme compétence d'un fonctionnaire qu'un pouvoir de faire des actes déterminés par un but étatique (...). La compétence nous apparaît ainsi comme un pouvoir de vouloir, avec un effet de droit quand l'acte de volonté est déterminé par un but reconnu légitime par la loi. Or c'est précisément le propre du pouvoir objectif* » : DUGUIT L., *op. cit.*, p. 493 et 494.

⁵⁹¹ DUGUIT L., *op. cit.*, p. 501.

⁵⁹² BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 254.

⁵⁹³ Charles Eisenmann partageait également, dans une certaine mesure, cette conception. Il considérait en effet que la réglementation de l'action normative dans un ordre juridique de droit public relevait « *essentiellement d'un problème d'organisation des tâches* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 241. Et non, précisait-il d'un problème subjectif comme cela est le cas dans un ordre juridique de droit privé.

2. Une répartition stricte limitant la relativisation de l'indisponibilité du pouvoir normatif

249. Une répartition limitant la relativisation par le principe *lex superior*. L'exercice du pouvoir normatif attribué aux autorités administratives, et parfois à des organismes de droit privé, est donc toujours encadré par une répartition stricte des compétences reléguant la mise en œuvre du principe *lex superior* à une peau de chagrin, dès lorsque que la répartition stricte de la dimension normative de la compétence implique une application de principe de la prohibition imposée par l'indisponibilité des compétences. Bien qu'elle n'exclût pas la possibilité de voir une personne privée investie d'une parcelle de ce pouvoir, une telle répartition conduit cependant à l'envisager dans des limites particulièrement rigoureuses. Ainsi interdit-il notamment sa circulation sans qu'aucun texte ne le prévoie. L'analyse de la répartition des compétences en matière de sûreté aéroportuaire proposée par exemple par Florence Nicoud illustre bien cette situation dans laquelle « *la mise en œuvre des pouvoirs de police traduisant la complémentarité de l'action de l'État (...) et des opérateurs privés* »⁵⁹⁴ s'impose comme une évidence aujourd'hui⁵⁹⁵. Avant même de soulever la question de la distinction des opérations matérielles et normatives de police, cette répartition conduit à constater que dans certains cas un pouvoir normatif peut être attribué à une personne privée par le législateur, mais toujours dans le respect de conditions strictement instaurées par le droit objectif, et sans que cette dernière puisse en disposer librement au point de le confier à une autre personne.

Béatrice Bourgeois-Machureau rappelle également ce constat à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *Union des Aéroports Français*⁵⁹⁶. Effectivement, si en principe ces activités

⁵⁹⁴ NICOUD Fl., « La répartition des compétences entre l'État et les opérateurs privés en matière de sûreté aéroportuaire », *AJDA*, 2006, p. 2107. L'auteur constatant qu'en égard aux multiples dangers que suscite cette activité que « *la sûreté aéroportuaire fédère aujourd'hui une multitude d'acteurs, publics comme privés, chargés d'assurer la sécurité des espaces sensibles que sont les aéroports* » et cela malgré le fait que « *assurer la sûreté semble a priori entrer dans la mission régaliennne de l'État* ».

⁵⁹⁵ Florence Nicoud soulignait notamment que « *l'exploitation des aéroports, concédée à des personnes privées, met à la charge de ces dernières des obligations toujours plus importantes en matière d'organisation des mesures de sûreté* » : NICOUD Fl., *op. cit.*, p. 2108. Et de préciser alors que « *les exploitants des aéroports se voient ainsi explicitement confier une mission de police administrative* ». Le Conseil constitutionnel lui-même devait d'ailleurs admettre une telle éventualité, affirmant que des organismes de droit privé pouvaient « *assurer les activités de services publics liées aux aéroports qu'elle(s) exploite(nt) et exécuter les missions de police administrative qui lui incombent* » : CC, 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, n° 2005-513 DC.

⁵⁹⁶ Elle précise en effet jusqu'à point le droit objectif a pu « *répartir entre les opérateurs du secteur aérien – c'est-à-dire à titre principal, entre les exploitants d'aéroports et les transporteurs aériens – la mise en œuvre des mesures de surveillance et de contrôle qui doivent être diligentées au sein des aéroports* » : conclusion prononcées par Béatrice Bourgeois-Machureau sur l'arrêt : CE, 12 avril 2013, *Union des Aéroports Français*, n° 363311.

relèvent d'une police spéciale dont l'exercice est confié au préfet par l'article L. 6332-2 du code des transports⁵⁹⁷, l'article L. 6341-2 du même code prévoit depuis le 1^{er} mars 2012 « *que, sauf les cas où la mise en œuvre des mesures de sûreté aéroportuaires est assurée directement par les services de l'État, celles-ci sont mises en œuvre soit par les exploitants d'aérodromes, soit par les entreprises de transport aérien (...)* »⁵⁹⁸. L'exemple fourni par la société *Aéroports de Paris* est sur ce point particulièrement éclairant⁵⁹⁹ en ce qu'il confirme que « *l'articulation entre les pouvoirs de l'État et les compétences dévolues aux exploitants d'aérodromes et des autres opérateurs du monde aérien est (...) dépourvue d'ambiguïté* »⁶⁰⁰. La répartition des pouvoirs normatifs est donc bien strictement arrêtée par le droit positif, excluant à priori toute relativisation du principe d'indisponibilité par la mise en œuvre du principe *lex superior* en dehors de situations exceptionnelles rigoureusement admises par l'ordre juridique, et sous le contrôle sévère du juge. La décision *Lois relatives aux aéroports* constitue sur ce point une illustration riche d'enseignements sur ce contrôle. Considérant que le législateur n'avait pas suffisamment déterminé la consistance de la participation de la société *Aéroports de Paris* aux services de la navigation aérienne les requérants arguaient d'une méconnaissance de sa compétence afin d'en demander la censure. Les juges de la rue de Montpensier écartèrent alors cet argument soulevant l'incompétence négative du législateur au motif qu'il avait bien admis le principe d'une telle participation conformément aux exigences en la matière et renvoyait seulement au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser les conditions⁶⁰¹.

Manifestation caractéristique de la souveraineté, expression singulière de la puissance publique, le pouvoir normatif n'est donc pas à la libre disposition des autorités administratives dans un système juridique sous-tendu par l'idée d'État de droit, et dans lequel l'arbitraire du

⁵⁹⁷ « *La police des aérodromes et des installations aéronautiques régis par les dispositions du présent chapitre est assurée, sous réserve des pouvoirs de l'autorité militaire (...) par le représentant de l'État dans le département qui exerce, à cet effet, dans leur emprise, les pouvoirs impartis au maire (...)* ».

⁵⁹⁸ Article L. 6341-2 du code des transports.

⁵⁹⁹ Les juges de la rue de Montpensier rappelaient en effet en 2005 que « *le législateur a précisé qu'un cahier des charges fixera les conditions dans lesquelles elle (la société *Aéroports de Paris*) assurera les services publics liés aux aérodromes qu'elle exploite et exécutera les missions de police administrative qui lui incombent* » : CC, 14 avril 2005, *Lois relatives aux aéroports*, n° 2005-513 DC, ajoutant toutefois que le législateur avait également instauré un cadre juridique stricte à cette délégation particulière précisant à cet effet « *les modalités par lesquelles l'État contrôlera le respect tant des obligations liées aux missions de service public (...); que le législateur a ainsi garanti le respect, en temps normal, des exigences constitutionnelles qui s'attachent à la continuité du service public* ».

⁶⁰⁰ Conclusions prononcées par Béatrice Bourgeois-Machureau sur l'arrêt : CE, 12 avril 2013, *Union des Aéroports Français*, n° 363311.

⁶⁰¹ Ils rappelèrent en effet « *qu'il était loisible au législateur de prévoir qu'*Aéroports de Paris* contribuerait à l'exercice de la navigation aérienne tout en renvoyant au pouvoir réglementaire (...) le soin de définir les modalités et les conditions de concours* » : CC, 14 avril 2005, *Lois relatives aux aéroports*, n° 2005-513 DC.

pouvoir ne saurait être admis, aussi bien que sa confiscation par « *aucune section du peuple ni aucun individu* »⁶⁰². À la différence de la capacité des personnes privées, la dimension normative de la compétence confère à ceux qui en bénéficient un pouvoir juridique normateur « *de viser des actes ou des actions, soit pour les prescrire, pour prescrire de les accomplir, soit pour les interdire, interdire de les accomplir, soit pour les permettre, c'est-à-dire permettre ou de les accomplir ou de ne pas les accomplir* »⁶⁰³ ; c'est-à-dire, la faculté de commander aux particuliers, si besoin est par l'exercice de la contrainte. Mais elle comporte également en son autre versant une trame contraignante pour les personnes publiques elles-mêmes, dès lors qu'elle est « *par essence assujettie* »⁶⁰⁴. Aussi Hervé de Gaudemar considère-t-il que les sujétions de puissance publique, évoquées auparavant par Jean Rivéro puis Valérie Dufau, « *désignent l'ensemble des limites, contraintes et obligations affectant l'exercice du pouvoir correspondant à la puissance publique* »⁶⁰⁵, et au premier rang desquelles figure notamment celles inhérentes à une telle répartition stricte des compétences entre les autorités administratives destinée à préserver l'essence même de la souveraineté. Il est toutefois encore rare aujourd'hui que la doctrine envisage de cette façon ces sujétions, préférant les considérer comme des pouvoirs en moins par rapport au droit privé⁶⁰⁶. Il convient cependant de proposer un approfondissement de cette limitation de la puissance publique en l'étayant par le recours à une application rénovée du principe d'indisponibilité des compétences.

250.L'indisponibilité formelle subséquente de la compétence normative. L'appréhension globale de la notion de sujétion exorbitante ouvre en effet une perspective intéressante lorsqu'il est question de proposer une explication à l'impossibilité de principe, pour les

⁶⁰² L'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose en effet, à propos de la souveraineté, qu'« *aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Jean Rivéro rappelait d'ailleurs sur ce point que « *la caractéristique du régime administratif, tel qu'Hauriou la définissait, est la soumission de l'action administrative à un droit fait pour elle, distinct du droit applicable aux particuliers* » : RIVÉRO J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », in *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, t. 1, LGDJ, 1974, p. 701.

⁶⁰³ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 375.

⁶⁰⁴ DE GAUDEMAR H., « Les sujétions de puissance publique », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 197. L'auteur précise d'ailleurs que « *même en se rattachant à la puissance ou souveraineté de l'État qui fonde son pouvoir de commandement exclusif, la puissance publique n'est qu'une puissance secondaire et comme telle, contrairement à la puissance étatique qui est originaire, elle est par essence assujettie* ».

⁶⁰⁵ DE GAUDEMAR H., *op. cit.*, p. 198.

⁶⁰⁶ Jean Rivéro considérait en effet que la sujétion exorbitante désignait essentiellement « *celle qui refuse à l'administration les possibilités juridiques qui sont à la disposition des particuliers* » : RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP*, 1953, p. 279.

personnes publiques, de disposer librement de leurs pouvoirs normatifs⁶⁰⁷, et donc d'en user en dehors des conditions strictement déterminées par les habilitations qui leur en confient l'exercice et qui constituent le contenu de la compétence. Au-delà de sa soumission à l'obligation de poursuivre une finalité déterminée sous les auspices de l'intérêt général⁶⁰⁸, l'exercice du pouvoir normatif autorisé par la dimension normative de la compétence est en effet soumis à un cadre juridique contraignant en vertu duquel « *la puissance publique est indisponible et cela remonte à loin* »⁶⁰⁹. Cependant, comme les développements précédents ont permis de le démontrer, il ne s'agit pas là d'un simple axiome dont la validité serait présumée. Une telle indisponibilité peut effectivement trouver une justification formelle dans le caractère strict de la répartition des compétences normatives entre les autorités administratives, et parfois même les organismes de droit privé⁶¹⁰. Dès lors que l'attribution des pouvoirs normatifs résulte nécessairement d'un texte auquel seul un texte de valeur supérieure ou égale peut déroger, et qu'elle est en droit positif opérée en règle générale par la Constitution ou la loi en tant qu'expression concrète de la volonté originaire du peuple souverain, la possibilité de relativiser l'interdiction édictée par le principe d'indisponibilité des compétences à l'aide du principe *lex superior* s'en trouve d'autant plus réduite. La détention d'un tel pouvoir par une autorité administrative ou une personne privée implique donc une application étendue du principe d'indisponibilité dans la mesure où « *l'aménagement légal des compétences n'est pas davantage disponible. Il en résulte qu'un transfert de compétences n'est possible que si un texte l'a expressément prévu et autorisé* »⁶¹¹.

C'est par conséquent à la fois en vertu de cette répartition particulièrement stricte des pouvoirs normatifs et du fait qu'ils manifestent l'expression même de la puissance publique souveraine au nom du peuple, qu'il est possible d'affirmer qu'« *en face de l'Administration, la loi se présente avec une force telle que les prérogatives de puissance publique ne*

⁶⁰⁷ Faisant référence au film « Noblesse oblige », Hervé de Gaudemar affirme que, « *indépendamment de considérations conjoncturelles, la puissance publique entendue comme un pouvoir comporte en elle-même un ensemble de sujétions affectant son action et sa disponibilité* » : DE GAUDEMAR H., *op. cit.*, p. 202.

⁶⁰⁸ Le Conseil d'État rappelait d'ailleurs dans son rapport de 1999 consacré à l'intérêt général que ce dernier constituait « *l'unique justification de l'action publique. Seule, en effet, la poursuite d'un but d'intérêt général peut rendre acceptable le monopole étatique de la contrainte légitime* » : Rapport public du Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 1999, p. 272.

⁶⁰⁹ DE GAUDEMAR H., *op. cit.*, p. 203.

⁶¹⁰ Dans la mesure, rappelons-le, où « *des prérogatives de puissance publique peuvent être déléguées à une personne privée sous le contrôle de la puissance publique dans les conditions prévues par un texte* » : DE GAUDEMAR H., *op. cit.*, p. 204.

⁶¹¹ DOUENCE J.-Cl., « La délégation contractuelle du service public local », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, fasc. 6152, n° 77.

permettent pas de la contrecarrer »⁶¹². Dans la mesure où il relève toujours d'une habilitation impérieuse et exigeante, l'exercice du pouvoir normatif s'analyse autant comme une source de prérogative que de sujétion pour ces différents bénéficiaires⁶¹³. Pierre angulaire d'un cadre juridique supérieur et contraignant, l'application étendue du principe d'indisponibilité s'impose donc à la dimension normative de la compétence dans la mesure notamment où elle est distribuée au moyen d'une répartition stricte, aussi bien dans son contenu que dans sa forme⁶¹⁴. Dès lors, comme le précisait le Conseil d'État dès les années 1960, tout usage d'une compétence normative en-dehors de ce qui est prévu dans le contenu de l'habilitation « contrevient au principe de droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation de compétence prévue par un texte exprès, une autorité quelconque doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ces pouvoirs entre les mains d'un particulier »⁶¹⁵. Le caractère contraignant de la dimension normative de la compétence est donc avéré au regard aussi bien du droit positif que de son explication théorique fournie par la doctrine. Il constitue par conséquent un obstacle dirimant à l'externalisation de sa réalisation, excluant de ce fait par principe cette dimension de la compétence du champ de l'externalisation administrative⁶¹⁶.

Il convient d'ailleurs de souligner que si l'évocation de l'indisponibilité étendue de la dimension normative des compétences se fait rare aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, il est toutefois envisageable de déceler sa présence en arrière-plan de l'argumentation généralement avancée. Se référant à de nombreux manuels ou traités,

⁶¹² DUFAY V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000, p. 51.

⁶¹³ Raymond Carré de Malberg précisait d'ailleurs que « la puissance exécutive a pour caractéristique, en droit français, d'être une puissance dominée et d'un degré inférieur », soumettant ainsi son action au respect d'un cadre juridique supérieur et contraignant : CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Sirey, 1922, p. 124.

⁶¹⁴ Et, comme le souligne Philippe Azouaou, jurisprudences à l'appui, « l'interdiction faite aux autorités administratives de déléguer leur compétence en dehors des cas prévus par la loi est une jurisprudence constante que le juge à très souvent l'occasion de rappeler » : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 183.

⁶¹⁵ TA, Clermont-Ferrand, 1^{er} juillet 1960, *Dame Geneix*, rec. p. 800.

⁶¹⁶ Dominique Pouyaud rappelait en outre qu'une telle indisponibilité ne saurait se suffire d'une application restreinte au domaine de la police et concernait bien au contraire toutes les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cet exercice se présente effectivement comme le « noyau irréductible » de la notion de souveraineté (...) les personnes publiques ne pourraient bien entendu pas plus concéder à des tiers l'exercice de la justice ou de la fiscalité, ou encore le droit de créer ou d'organiser des services publics ». Elle indiquait en effet que « si la jurisprudence concerne essentiellement les matières de police, cela ne signifie pas que seules ces compétences sont insusceptibles d'aliénation. Il en est de même de l'ensemble des prérogatives de puissance publique qui appartiennent par nature aux personnes publiques et dont elles ne peuvent se défaire car elles constituent le « noyau irréductible » de la notion de souveraineté » : POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 221.

Philippe Azouaou indique en effet que s'il est généralement fait mention de « *l'obligation d'une habilitation textuelle autorisant l'autorité administrative à déléguer ses compétences* »⁶¹⁷, le caractère contraignant du pouvoir normatif attribué aux autorités administratives, ou à des organismes de droit privé, est toujours explicitement énoncé. Les développements précédents conduisent de plus à admettre que la justification de cette contrainte par l'argument de l'indisponibilité apparaît incontestablement de manière sous-jacente⁶¹⁸ dès lors qu'il est admis que cette dimension de la compétence doit être analysée comme « *une charge qui s'exerce et non une propriété qui se négocie* »⁶¹⁹. Alors qu'il envisageait l'administration sous l'angle des missions qui lui étaient confiées et du cadre objectif qui lui était imposé en conséquence⁶²⁰, Maurice Hauriou envisageait d'ailleurs déjà l'idée d'une habilitation stricte à l'exercice du pouvoir normatif⁶²¹ au nom de l'idée d'œuvre commune que l'institution devait défendre. S'il devait par la suite se départir *prima facie* de cette distinction comme le montre la 12^e et dernière édition de son *Précis de droit administratif et de droit public* paru en 1933, il ne délaissait la notion d'opération d'administration au profit de celle de décision exécutoire⁶²² que pour mettre davantage l'accent sur le « *pouvoir administratif* »⁶²³ comme moyen essentiel de l'action publique. Ainsi suggérait-il que le droit administratif devait être envisagé comme un cadre d'autant plus strict à l'exercice des pouvoirs de l'administration⁶²⁴, estimant que « *la compétence juridique*

⁶¹⁷ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 209.

⁶¹⁸ Une telle lecture du droit positif semble d'ailleurs confirmée par Georges Vedel et Pierre Delvolvé, lesquels considéraient l'importance de la contrainte d'une habilitation textuelle seulement après avoir évoqué l'impossibilité pour la personne publique de « *disposer de la compétence qui lui est attribuée par la Constitution, la loi et les règlements* » : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tome 1, PUF, coll. Thémis Droit public, 12^e éd., 1992, p. 277. Pour sa part, Yves Gaudemet rappelait également le principe selon lequel « *le titulaire d'une compétence n'en dispose pas, mais doit l'exercer lui-même sans pouvoir la transmettre ; il n'en va autrement que si une possibilité de délégation a été prévue par les textes mêmes qui ont organisé la compétence en question et dans les limites de ces textes* » : GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 16^e éd., 2001, p. 604.

⁶¹⁹ M. DE VILLIERS et DE BERRANGER T. (dir.), *Droit public général*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2011, p. 656. Et les auteurs de préciser alors que sa délégation « *apparaît comme un assouplissement de l'impérativité de la compétence, et dont la légalité est liée à l'existence d'une habilitation textuelle* ».

⁶²⁰ Il affirmait effectivement que « *l'administration pourvoit aux besoins des services publics et à l'exécution générale des lois* », tout en étant « *une procédure réglementée par le droit* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Larose, 2^e éd., 1893, p. 181 et 182.

⁶²¹ Thuriféraire dans un premier temps de la distinction entre les actes d'autorité et de gestion, il démontrait effectivement que si « *l'acte d'autorité est l'acte d'administration primordial, l'acte de gestion est un acte secondaire qui s'appuie toujours sur quelque acte d'autorité et lui sert de mode d'exécution* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 189.

⁶²² Qu'il considérait comme une manifestation « *des actes et des opérations de la puissance publique* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 343, rééd. de 12^e éd. Sirey, 1933.

⁶²³ « *Le pouvoir administratif est, au point de vue juridique, l'élément primordial du régime administratif* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 8.

⁶²⁴ « *Le droit administratif, qui est le droit de l'activité administrative, ne s'explique que comme une réglementation des pouvoirs de l'administration* » : HAURIOU M., *Ibid.*

commande et la compétence technique obéit »⁶²⁵ sous la forme d'un exercice du pouvoir « *assujetti de lui-même à sa fonction par l'autolimitation* »⁶²⁶ apportée par la compétence.

L'indisponibilité de principe de la compétence normative impose donc, d'abord d'un point de vue formel, que les frontières de l'externalisation administrative ne puissent s'en défaire. Il n'y a en l'occurrence aucune difficulté à constater un repliement logique de la mise en œuvre de cet outil managérial lorsqu'il prend pour objet l'exercice d'un pouvoir normatif dont le cadre formel est strictement déterminé par le droit objectif et dont le contenu ne saurait prévoir que rarement qu'il puisse être confié à un tiers. Et, s'il existe des situations dans lesquelles son externalisation serait admise, ce ne peut être que dans les conditions précisément énoncées par ce dernier ; c'est-à-dire par une norme d'habilitation expresse, de valeur juridique suffisante, autorisant l'autorité administrative attributaire d'une telle compétence à faire agir une autre personne. La dimension normative de la compétence, autorisant l'exercice d'un pouvoir de produire des normes manifestant l'expression de la puissance publique souveraine, est par conséquent frappée d'une indisponibilité de principe en vertu de laquelle seules des dérogations exceptionnelles peuvent être admises par le principe *lex superior*. Une appréhension de ces dernières peut d'ailleurs être envisagée à l'aune de l'exemple des délégations de compétence⁶²⁷, et éclairer ainsi la position qu'il convient d'adopter en matière d'externalisation de sa réalisation⁶²⁸, dont le périmètre s'est incontestable réduit au fil du temps et sous les coups de boutoir infligés autant par la doctrine que par le juge⁶²⁹, administratif puis constitutionnel. Il convient désormais d'appréhender les manifestations de ce caractère contraignant de la dimension normative de la compétence, et tout particulièrement du repliement qu'elle impose à la mise en œuvre de l'externalisation administrative.

⁶²⁵ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 12.

⁶²⁶ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 9.

⁶²⁷ Benoît Plessix rappelle en effet que ces délégations, « *fort utiles pour soulager les autorités administratives de leurs nombreuses attributions, (...) ne sont toutefois régulières, sous peine de provoquer une véritable anarchie administrative, qu'à la condition d'être prévues explicitement par un texte* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1395.

⁶²⁸ Notons effectivement que la finalité même de l'utilisation de cette technique par les autorités administratives n'est pas si éloignée que cela de celle du recours à l'externalisation. Aussi René Chapus affirmait-il, partageant sur ce point l'approche suggérée par Jean Delvolvé, que « *bien des autorités administratives ne sont pas en mesure d'exercer elles-mêmes, de façon personnelle, l'ensemble de ses attributions (...). C'est pourquoi le droit administratif organise la possibilité pour diverses autorités administratives de consentir des délégations de leur compétence au profit de leurs adjoints et subordonnés* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 1078.

⁶²⁹ Éclairant le régime juridique progressivement imposé à la pratique des délégations de compétence, René Chapus précisait d'ailleurs qu'il encadrerait strictement « *les conditions auxquelles elles peuvent être décidées, l'exigence de leur publication et les effets qu'elles emportent* » : CHAPUS R., *Ibid.*

B. Les manifestations du caractère contraignant de la dimension normative

251. Une contrainte protectrice semblable à une incapacité de défiance. L'une des différences fondamentales entre le droit civil et le droit administratif réside en particulier dans la distinction de la capacité des particuliers et la compétence des autorités administratives. Si pour le premier la capacité d'agir est considérée comme libre, et que l'interdiction par la loi ne peut être qu'une exception⁶³⁰, à l'inverse les personnes publiques ne peuvent par principe agir sans y avoir été préalablement habilitées par le droit objectif⁶³¹. Il convient néanmoins de souligner que, à l'instar du principe d'indisponibilité, l'incapacité dans son acception générale est considérée par la doctrine civiliste comme l'expression d'une contrainte imposée par le droit objectif sur l'expression de la volonté subjective des individus. Plus précisément, le principe d'indisponibilité des compétences se rapprocherait logiquement d'une forme d'incapacité de défiance dans la mesure où elle vise à garantir le respect de l'habilitation primaire par toute personne publique et non, comme d'autres formes d'incapacités que connaît le droit civil, à protéger l'expression de sa volonté. Il ne s'agit effectivement pas d'assurer par l'indisponibilité la garantie d'une volonté suffisante des personnes publiques dans l'expression de leur pouvoir normatif, mais plutôt de ne pas les laisser se mettre dans une situation dans laquelle elles pourraient porter atteinte au « cœur » de la puissance publique et de la souveraineté. L'incapacité de défiance, au contraire de l'incapacité de protection, semble donc davantage correspondre à l'indisponibilité dans la mesure où elle se détermine en fonction de l'objet sur lequel se porte l'expression de la volonté⁶³², en fonction donc d'une garantie instaurée par le droit objectif.

⁶³⁰ Ainsi que le prévoyait notamment l'article 5 de la Déclaration des droits en vertu duquel « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à ce qu'elle n'ordonne pas* ». Roger Houin rappelait même dès 1947 que « *le Code civil affirme à maintes reprises que la capacité est la règle et que seule la loi peut lui apporter des exceptions* » : HOUIN R., « Les incapacités », *RTD Civ.*, 1947, p. 384.

⁶³¹ Ainsi, alors que le principe de l'action constitue la règle en droit civil et que la loi y apporte certaines limitations justifiées par la défense d'un intérêt supérieur, le principe de l'interdiction prévaut-il en droit administratif en vertu du caractère contraignant de la compétence normative auquel il ne peut être dérogé qu'en vertu du principe *lex superior*.

⁶³² Roger Houin soulignait alors que « *les incapacités qui ne concernent pas la volonté de l'auteur d'un acte, mais qui limitent les effets juridiques qu'il peut atteindre (...). Le seul trait qui les unisse est de ne pas viser à protéger la volonté et les intérêts de l'incapable lui-même. Ce sont des incapacités de défiance ayant pour but de garantir les tiers contre l'activité de l'incapable* » : HOUIN R., *op. cit.*, p. 394.

Roger Houin rappelait en outre « *que la volonté individuelle ne peut ni créer, ni supprimer une incapacité, si ce n'est dans les cas exceptionnels où la loi le permet* »⁶³³, de la même façon qu'une autorité administrative ne peut contredire par l'expression de sa volonté le principe d'indisponibilité sauf si un texte de valeur supérieure à l'habilitation le prévoit. Il suggérait également un parallèle entre les incapacités et l'indisponibilité lorsqu'il indiquait sans ambages que si « *tout individu possède en principe une large liberté d'action pour la défense de ses intérêts, au contraire celui qui exerce une fonction ne possède une telle liberté que dans les limites de la compétence attachée à cette fonction* »⁶³⁴. Il apparaît donc logique d'admettre, sous cet éclairage particulier apporté par le droit civil, l'indisponibilité formelle de principe de la compétence normative des personnes publiques au rang des manifestations de son caractère objectif et contraignant. Alors que Roger Houin soulignait que l'indisponibilité pouvait apparaître une incapacité de défiance justifiée par la préservation d'un intérêt objectif, il incitait d'ailleurs à l'appréhender comme une forme d'incapacité dont seraient frappées les personnes publiques à l'égard des compétences normatives dont elles sont attributaires⁶³⁵. Une référence qui renvoie finalement aux réflexions menées par Claude Blumann au sujet de la renonciation⁶³⁶. Proposant une étude de cette notion également inspirée du droit civil, ce dernier présentait en effet l'interdiction formelle pour les personnes publiques de renoncer à leurs compétences comme une manifestation traditionnelle du caractère contraignant de leur dimension normative (1). Aussi la proximité de l'externalisation administrative et de la renonciation conduit-elle à considérer l'exclusion de celle-là à son tour comme une manifestation originale de ce caractère propre à la compétence normative (2).

⁶³³ HOUIN R., *op. cit.*, p. 391.

⁶³⁴ HOUIN R., *op. cit.*, p. 396.

⁶³⁵ Aussi affirmait-il que « *l'indisponibilité n'est en réalité qu'une incapacité spéciale (...). Ce caractère n'est pas dépourvu d'intérêt* » : HOUIN R., *op. cit.*, p. 401.

⁶³⁶ Fondant le critère principal de la licéité de la renonciation en droit administratif sur des considérations liées à son objet, il démontrait en effet que la compétence, autant que son exercice, ne pouvaient être appréhendés en tant que tels dans la mesure où, notamment, « *les compétences comme les fonctions ne se bornent pas à reconnaître un droit à leurs destinataires. Elles leur imposent également un certain nombre de sujétions, sujétions qui les distinguent nettement des droits subjectifs. Ainsi l'administration doit respecter un certain nombre de règles impératives (compétence, but, forme...) dans l'édition des actes administratifs* » : BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 462.

1. Une manifestation traditionnelle : l'interdiction de la renonciation

252.La démonstration pratique de l'interdiction de la renonciation. Alors qu'il traitait de la délicate question de la renonciation de l'administration à ses compétences et à leur exercice, Claude Blumann suggérait une lecture tout à fait intéressante de l'encadrement juridique auquel se trouvaient soumises les personnes publiques, et par extension les personnes privées, attributaires d'un pouvoir normatif. Rappelant le caractère légal de la compétence mis en évidence par François Vincent⁶³⁷, il démontrait en effet que la répartition stricte du pouvoir normatif impliquait entre autres incidences que le détenteur d'une telle prérogative de puissance publique ne puisse s'en défaire, notamment au bénéfice d'une autre personne, dès lors que cela n'était pas prévu par la norme d'habilitation ou par une norme supérieure. Il affirmait en effet que « *la compétence revêt l'aspect d'un pouvoir étroitement conditionné* »⁶³⁸, et dont le conditionnement révèle indubitablement la contrainte exercée par le droit objectif sur la dimension normative de la compétence proscrivant autant son abandon que sa cession à un tiers. Justification de l'interdiction faite aux autorités administratives de se lier de quelques manières que ce soit sur le sens de leurs décisions futures⁶³⁹, la première forme de renonciation évoquée par Claude Blumann est en réalité d'une rareté égale à sa gravité pour le fonctionnement normal de l'État⁶⁴⁰. À l'inverse, la seconde ne paraît pas présenter un tel danger. Bien au contraire, elle pourrait même constituer un atout en matière d'efficacité et de performance de l'action administrative, et ainsi suggérer les prémices de l'externalisation administrative. Elle demeurerait pourtant selon lui strictement défendue par le droit objectif.

⁶³⁷ Et en vertu duquel « *l'autorité administrative ne peut (...) de par sa seule volonté céder son propre pouvoir ou renoncer à l'exercer* » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 49.

⁶³⁸ BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974, p. 240.

⁶³⁹ Maurice Hauriou observait notamment qu'« *en droit administratif, il est d'ordre public que les autorités ne renoncent pas à leur pouvoir et ne laissent pas lier leur pouvoir par des conventions* » : note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 29 juin 1906, *Carteron*, S., 1907.III. 97. Le Conseil d'État précisa également que la décision de renoncer à l'avenir à la création d'un service public « *a pour conséquence de priver la ville de Villefranche-sur-Saône du droit à elle conféré par l'article 1^{er} précité du décret du 28 décembre 1926 de créer un service public destiné à assurer l'approvisionnement de la population en viande de boucherie et en poissons, lorsque l'intérêt public impose cette initiative... cette disposition est par suite illégale* » : CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, rec. p. 144.

⁶⁴⁰ Ce dernier précisait en effet qu'il s'agirait dans cette hypothèse d'une « *démission de l'État, celui-ci renonçant à assumer ses fonctions. Plus peut-être qu'une démission, c'est l'anéantissement de l'État qu'il faudrait envisager* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 241.

Entendue comme emportant le transfert vers une autre personne publique ou vers une personne privée d'une compétence attribuée par la loi à une autorité administrative strictement définie, une telle renonciation à l'exercice d'une compétence normative par son titulaire était effectivement défendue par le Conseil d'État⁶⁴¹. Étroitement rattachée à une application absolue du principe d'indisponibilité imposée notamment par une répartition précise du pouvoir normatif, cette posture jurisprudentielle s'impose d'ailleurs comme une manifestation traditionnelle du caractère contraignant de la dimension normative des compétences des personnes publiques⁶⁴². La doctrine contemporaine confirme en l'occurrence l'importance et la portée de cette interdiction, en précisant qu'« *en l'absence de textes formels, les compétences ne s'aliènent pas* »⁶⁴³, tout autant d'ailleurs que celle de son caractère contraignant⁶⁴⁴. Il est en outre aujourd'hui admis que la « *dévolution de l'exécution même d'une compétence (...) devant, en propre, en vertu de textes ou de principes, être assurée par la personne publique elle-même, est donc illégale* »⁶⁴⁵. La libre disposition de leur pouvoir normatif par les personnes habilitées à l'exercer est par conséquent entravée par le droit objectif dès lors qu'elles ne sont pas expressément habilitées à le faire exercer par un autre⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Citons notamment la jurisprudence emblématique en la matière : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595, et ce dans la mesure où une lecture doctrinale postérieure a pu mettre en lumière le fait que « *le problème à résoudre ne concernait pas les modalités d'organisation d'un service municipal, mais bien plutôt (...) le transfert de pouvoirs de police normalement dévolus au maire et aux gardes champêtres à des collaborateurs privés sur lesquels la commune était dépourvue de tout pouvoir de contrôle* » : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 9.

⁶⁴² Elle devait effectivement se poursuivre sans remise en cause notable tout au long du XXe siècle. Ainsi les juges du Palais-Royal considéraient-ils qu'une réglementation ne saurait avoir « *ni pour objet ni pour effet de transférer à cet établissement l'exercice des droits de puissance publique qui appartiennent à l'État et notamment le droit de réglementer et d'amodier l'exercice du droit de pêche et de fixer le taux ou le montant des redevances y afférentes* » : CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, rec. p. 675. Plus récemment encore, ils rappelaient également « *que le Conseil général ne pouvait légalement se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé* » : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 142.

⁶⁴³ POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 219.

⁶⁴⁴ Lucien Rapp et Philippe Terneyre admettent en effet être sur cette question « *en présence d'un principe d'indisponibilité des compétences qui interdit dès lors, d'une manière ou d'une autre, la délégation de l'exercice d'une compétence* » et qui conduit à affirmer que « *les prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'une délégation* » : RAPP L. et TERNEYRE Ph. (dir.), *Lamy Droit Public des Affaires*, Lamy, 2012, p. 1147. Ils indiquent également que « *même si la règle de l'indisponibilité des compétences connaît de nombreuses illustrations lorsque les prérogatives de puissance publique sont en cause, la jurisprudence, au fil des espèces, n'hésite pas à en élargir, tout en le confirmant, le champ d'application* » : RAPP L. et TERNEYRE Ph., *op. cit.*, p. 1148.

⁶⁴⁵ RAPP L. et TERNEYRE Ph., *op. cit.*, p. 1150.

⁶⁴⁶ De la même manière que Léon Duguit ou d'autres après lui ont pu contester la légalité des délégations de compétences, la renonciation au bénéfice d'un tiers à l'exercice de leur dimension normative est donc proscrite par principe aussi bien sur le plan de la doctrine que sur celui du droit positif.

L'un des nombreux intérêts de la thèse proposée par Claude Blumann résidait par ailleurs dans la démonstration de l'existence d'un lien ténu entre la restriction sévère imposée au recours à la renonciation en droit administratif et l'impossibilité de pouvoir disposer de pouvoirs sur lesquels les personnes publiques ne bénéficient pas d'une maîtrise absolue⁶⁴⁷. Abordée de telle façon, la manifestation traditionnelle de l'indisponibilité de la compétence normative liée à son caractère objectif et contraignant conduit à constater que « *la renonciation se heurte ainsi à l'ordre public et aux prérogatives extra-patrimoniales d'ordre public* »⁶⁴⁸. L'auteur ne se résignait pas toutefois à exclure toute renonciation en droit administratif et, bien que le principe demeurât dans son propos celui d'une prohibition, il reconnaissait « *l'existence du phénomène renonciation en droit administratif* »⁶⁴⁹. Aussi s'engageait-il sur la voie d'une théorisation de la renonciation en cette matière, à l'instar des réflexions menées par les civilistes. Il s'agissait alors de parvenir dans le cadre de cette démarche à « *transposer une notion reposant sur les idées d'autonomie de la volonté, de liberté individuelle dans un système juridique dominé par les idées de puissance publique, d'autorité, de satisfaction des besoins collectifs* »⁶⁵⁰; c'est-à-dire dans un système dominé finalement par une approche et un cadre objectif. Une théorie générale de la renonciation interrogeant par conséquent le droit administratif de la même façon que l'externalisation l'interpelle aujourd'hui.

253. La précision théorique de l'interdiction de la renonciation. C'est à Claude Blumann qu'il convient de reconnaître la paternité d'un tel fondement à l'interdiction faite aux personnes publiques de se décharger de leurs compétences normatives, voire même de leur réalisation, sur une autre personne. Alors que « *selon l'explication traditionnelle la référence aux caractères particuliers de la notion de compétence suffisait à justifier l'illicéité de telles renonciations* »⁶⁵¹, il démontrait la nécessité d'en fournir une explication juridique approfondie en accord avec la réalité de la jurisprudence, et plus largement du droit positif⁶⁵².

⁶⁴⁷ Aussi rappelait-il dès l'introduction que si « *la renonciation est un abandon d'un droit subjectif* », il n'est possible de « *renoncer qu'à ce dont on dispose réellement, c'est-à-dire aux droits dont on est maître (...). La renonciation implique, pour être licite, la pleine disposition du droit que l'on entend abandonner* » : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 3.

⁶⁴⁸ BLUMANN Cl., *Ibid.*

⁶⁴⁹ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵⁰ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 439.

⁶⁵¹ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 251.

⁶⁵² Aussi soulignait-il alors que « *cette explication s'avérait peut-être trop simpliste* » : BLUMANN Cl., *Ibid.*

S'appuyant sur les réflexions menées par Jacques Moreau⁶⁵³, il en élargissait les implications au-delà du domaine de la seule police administrative et de celui du recours à l'instrument contractuel⁶⁵⁴. Ainsi parvenait-il à réconcilier l'explication traditionnelle et celle suggérée par ce dernier afin de confirmer l'axiome selon lequel « *l'Administration n'est pas maîtresse de ses compétences (...) elle n'est pas libre de les abandonner de façon unilatérale ni de les céder à des tiers par voie d'accord contractuel* »⁶⁵⁵ en le justifiant essentiellement par référence au caractère légal, et donc objectif, de la compétence⁶⁵⁶. Ce faisant, il levait le voile sur le lien logique réunissant l'indisponibilité de principe de la dimension normative de la compétence, la répartition stricte du pouvoir normatif, et le cadre juridique objectif et contraignant imposé à son exercice⁶⁵⁷. Il est donc concevable qu'à l'émergence de l'externalisation dans la sphère administrative, le caractère contraignant de la dimension normative de la compétence conduise à l'exclure par principe de son objet et ce bien qu'elle contribue largement à la « *participation des personnes privées aux fonctions et aux missions de la puissance publique* »⁶⁵⁸.

La théorie générale de la renonciation élaborée par Claude Blumann suggérait néanmoins d'intégrer au droit administratif des conditions strictes de licéité de la renonciation alors

⁶⁵³ Ce dernier mettait en effet en lumière le fait que « *le fondement traditionnel ne doit donc être reçu qu'avec réserve. Il n'est pas faux, mais il présente deux inconvénients symétriques. Trop étroit en ce qu'il ne s'applique de manière adéquate qu'aux seuls accords supposant une aliénation de la compétence et non pas à l'ensemble des contrats visés par la règle d'interdiction, il est en même temps trop large puisqu'il découle des caractères généraux de la compétence sans considérer les aspects spécifiques que revêt la notion dans la mise en œuvre des pouvoirs de police* » : MOREAU J., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁵⁴ Il précisait effectivement que « *cet auteur n'a entendu ne traiter que des relations entre une certaine technique juridique, le contrat, et un certain type de compétence, la police. Mais, lui-même, n'est-il pas alors mal venu à critiquer une explication beaucoup plus large qui, elle, vise toutes les compétences et toutes les techniques juridiques* » : BLUMANN C., *op. cit.*, p. 253. Aussi ajoutait-il alors d'une part que « *le pouvoir de police ne se différencie pas des autres compétences. On y retrouve le caractère légal, général, impersonnel* », et d'autre part que « *la théorie de M. Moreau (...) est muette sur les abandons unilatéraux* ».

⁶⁵⁵ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 254.

⁶⁵⁶ Il expliquait en effet que « *la loi qui accorde une compétence à un agent public fixe également pour lui une obligation, une sujétion. La compétence est pour lui une donnée extérieure qu'il ne peut ni atteindre ni modifier* » : BLUMANN Cl., *Ibid.*

⁶⁵⁷ Dans la même veine, Jean-Paul Négrin recourait aussi à un fondement similaire afin de démontrer dans quelle mesure l'intervention des personnes privées dans l'action administrative devait nécessairement être exclues dans certains cas. Qu'il s'agisse de l'exercice d'un pouvoir de police ou de celui d'un pouvoir d'organisation du service public, il parvenait effectivement à exclure toute possibilité d'intervention en l'absence de texte exprès le prévoyant ; alors que « *l'interdiction de l'intervention des personnes privées dans la police administrative générale résulte implicitement de l'absence d'habilitation* », il observait également qu'il « *est des éléments de l'organisation qui, à l'évidence, ne peuvent être réglés par des personnes privées gérant un service public (...) la compétence sur ce point est refusée à l'autorité exécutive elle-même et relève du législateur* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 103 et 114.

⁶⁵⁸ ROUVILLOIS Fr., *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Fondation pour l'innovation politique, 2008, p. 3. Et d'indiquer que cette tendance constitue « *désormais l'un des axes majeurs de la réflexion sur la réforme de l'État* ».

même qu'il démontrait qu'il ne devait pas être possible de contourner l'obstacle d'une stricte indisponibilité. Toutefois, si ce critère de licéité avait pu auparavant être envisagé de manière exclusivement organique et sous l'angle d'un préalable irréfutable en vertu duquel il existait une irrévocable impossibilité pour une personne publique de renoncer, l'approche qu'il proposait affirmait au contraire que « *ce n'est pas la qualité du renonçant qui permet de se prononcer sur la licéité de la renonciation, mais au contraire, l'objet sur lequel elle porte* »⁶⁵⁹. Ainsi en arrivait-il donc à reconnaître que les autorités administratives pouvaient finalement renoncer librement à l'exercice d'un droit qui leur est reconnu, mais absolument pas en principe à l'exercice d'une compétence. Le même engageait alors bien à évaluer l'objet de la renonciation pour juger de son caractère licite ou illicite eu égard au droit objectif. Il parvenait alors à esquisser à grands traits puis plus précisément l'objet illicite de la renonciation en droit administratif ; en d'autres termes les domaines sur lesquels elle ne pouvait être appliquée⁶⁶⁰, et *a contrario* ceux dans lesquels elle pouvait être envisagée. Il affirmait en l'occurrence que le premier d'entre eux « *est constitué par les compétences des autorités publiques (...), que la renonciation porte sur le fond ou sur l'exercice de la compétence (...), la compétence exclut par principe toute idée de renonciation* »⁶⁶¹, et tout particulièrement la compétence normative⁶⁶². Aussi une telle hypothèse contribuerait-elle, au-delà du seul champ de la renonciation, à la compréhension de l'indisponibilité de principe de la dimension normative de la compétence et ainsi du repliement du recours à l'externalisation administrative lorsqu'elle prend pour objet sa réalisation⁶⁶³.

Une telle démonstration aurait pu également s'appuyer sur les réflexions menées par Charles Eisenmann à propos du principe de légalité de l'action administrative selon lequel « *tout acte administratif doit être compatible avec la réglementation législative* »⁶⁶⁴. En ce qu'il envisageait la loi comme un cadre contraignant imposé à l'action administrative⁶⁶⁵, il était

⁶⁵⁹ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 440.

⁶⁶⁰ Voir sur ce point : BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 459 et s.

⁶⁶¹ BLUMANN Cl., *op. cit.*, p. 460.

⁶⁶² Dans la mesure où il l'envisageait « *comme le pouvoir juridique reconnu par la loi à un administrateur d'émettre des actes unilatéraux* » BLUMANN Cl., *Ibid.*

⁶⁶³ Alors que la renonciation à une compétence était de la sorte strictement proscrite, la question de celle de sa réalisation demeurait effectivement ouverte en fonction de son objet. Aussi convient-il d'adopter une posture similaire concernant l'externalisation administrative. Il existerait par conséquent une interdiction absolue d'y recourir pour confier une compétence à une autre personne, et une prohibition à nuancer en fonction de son objet et du cadre juridique imposé par le droit objectif s'agissant de la question de sa mise en œuvre. Une nuance toutefois bien plus stricte pour ce qui est de sa dimension normative.

⁶⁶⁴ EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 225.

⁶⁶⁵ Il précisait en effet également que « *chaque fois qu'il existe une norme législative, cette norme oblige l'Administration ; elle y est soumise ; régulièrement, elle ne peut l'enfreindre. Il est légitime en ce sens de parler*

possible en effet d'y déceler également le fondement juridique d'une prohibition de la renonciation à l'exercice de compétences normatives qu'elle attribue le plus souvent aux diverses autorités administratives. Bien qu'énoncées différemment, ces deux explications se rejoignent apparemment sur le constat de l'existence d'une telle contrainte organisée autour de l'exercice par les personnes publiques de la dimension normative des compétences dont elles sont dépositaires⁶⁶⁶. Il devait donc s'agir dans les deux cas d'une formulation de l'application étendue du principe d'indisponibilité liée à la répartition stricte des compétences normatives par le législateur⁶⁶⁷, voire par la Constitution. La libre disposition par les autorités administratives de leur pouvoir normatif ne connaît finalement de seule limite que celle instaurée par leur habilitation à l'exercer⁶⁶⁸. Une autorité administrative habilitée ne peut donc adopter un acte par lequel elle renoncerait à l'exercice de son pouvoir normatif dès lors que son habilitation ne le prévoit pas précisément, et ce, qu'il s'agisse d'y renoncer purement et simplement ou de la confier à une autre personne. Elle ne peut donc prendre un acte de disposition sur l'exercice de la dimension normative de sa compétence. Or, de la même façon, il semblerait que la même autorité administrative ne puisse dans une logique managériale externaliser la réalisation de cette même compétence en dehors d'une habilitation expresse à le faire⁶⁶⁹. L'indisponibilité liée au caractère contraignant de la dimension normative de la compétence conduit donc bien à envisager de la même façon une exclusion de principe de celle-ci du périmètre de l'externalisation administrative⁶⁷⁰.

de « supériorité de la loi », de parler de la « subordination de l'Administration au législateur », de la liaison de l'Administration à la loi » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 227.

⁶⁶⁶ Ainsi dans la démonstration qu'il proposait, Charles Eisenmann indiquait notamment que « si la loi détermine limitativement sous quelles conditions, dans quelles circonstances, une autorité administrative peut prendre une certaine mesure, l'autorité administrative ne peut prendre cette mesure que si cette circonstance est donnée ; dans le cas contraire, elle ne peut la prendre » : EISENMANN Ch., *Ibid.*

⁶⁶⁷ Charles Eisenmann précisait d'ailleurs explicitement que « ces règles qui confèrent une faculté à l'Administration – si poussées soient-elles, si précisément qu'elles puissent circonscrire cette faculté – ne sont jamais plus que des limites à l'action et aux facultés de l'action de l'Administration » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 228.

⁶⁶⁸ À côté de la limitation entendue de la sphère d'intervention des personnes publiques par leur titre à agir en dehors duquel leur incompétence sera sanctionnée, Charles Eisenmann considérait effectivement que « les normes contenues dans les actes administratifs ne peuvent et ne doivent jamais être que l'application particulière d'une règle légale » ; en d'autres termes doivent impérativement être prévues par la norme d'habilitation qui autorise son édicton à travers l'attribution d'un pouvoir normatif : EISENMANN Ch., *Ibid.*

⁶⁶⁹ Ce qui rejoint d'ailleurs les conclusions de la démonstration menée auparavant au cours de la partie précédente : cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

⁶⁷⁰ Et ce, dès lors qu'il est également admis qu'« est illégale toute convention – comme d'ailleurs tout acte unilatéral – ayant pour objet l'aliénation de compétences appartenant à l'administration, que la cession s'opère au profit de particuliers ou d'une autre personne publique » : POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 222. Cf. pour des exemples d'applications : CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, rec. p. 144 ; CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95.

2. Une manifestation originale : l'exclusion du recours à l'externalisation

254. Une manifestation évidente : l'exclusion du recours à l'externalisation. S'intéressant à la mise en œuvre croissante de la stratégie d'externalisation dans le cadre de la réalisation de l'action administrative, Frédéric Rouvillois soulignait qu'elle concernait aujourd'hui, « *de façon de plus en plus massive, des secteurs qui, situés aux marges du régalién, étaient jusqu'ici non seulement exempts de toute délégation, mais jugés insusceptibles de faire l'objet d'une externalisation* »⁶⁷¹. Comment expliquer alors le déploiement considérable de ce concept en droit administratif alors qu'il semblait auparavant inenvisageable qu'il aille au-delà de cet horizon indépassable constitué par le caractère contraignant de la dimension normative de la compétence ? Y-a-t-il lieu de constater un tel déploiement au sujet de l'exercice du pouvoir normatif, ou ne faudrait-il pas plutôt reconsidérer ce constat en préférant voir dans l'évolution du recours à l'externalisation une manifestation originale du caractère contraignant de la dimension normative ? Voici un certain nombre de problématiques soulevées par le concept d'externalisation administrative et par le mode de détermination de ses contours ici proposé. Des questions auxquelles il convient de répondre en référence aux fondements employés pour expliquer la prohibition de la renonciation ainsi que des dérogations qu'elle peut admettre. Le repliement de l'externalisation lorsque son objet porte sur la réalisation de la dimension normative de la compétence serait finalement le résultat d'une application de l'indisponibilité de principe liée au caractère formellement contraignant du cadre juridique imposé à l'exercice des pouvoirs normatifs. Dans ce cas, ce qui pouvait-être perçu jusqu'alors comme une évolution qualitative du recours à l'externalisation ne serait que le résultat attendu de la contrainte exercée sur la dimension normative des compétences des personnes publiques par le droit objectif⁶⁷².

À l'instar de Jean-Paul Négrin, d'autres auteurs proposaient d'ailleurs de circonscrire de la sorte l'action normative des personnes publiques en référence au cadre objectif imposé par le droit. Comme le rappelait Nicolas Chiffot, Charles Eisenmann envisageait effectivement l'existence d'une réglementation des pouvoirs juridiques des agents administratifs comme

⁶⁷¹ ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷² L'étude menée par Jean-Paul Négrin en 1971 conduisait d'ailleurs déjà la réflexion dans cette direction dès lors qu'il considérait que l'intervention des personnes privées dans l'action administrative « *n'a pas d'autres bornes que celles qui circonscrivent l'action des personnes publiques elles-mêmes (...) et résultent de l'ordre juridique interne* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 135. Et l'auteur de préciser également qu'elle était par conséquent limitée « *à des tâches d'exécution* ».

recouvrant à la fois « *la détermination des normes juridiques que les agents pourront valablement édicter* », ainsi que la « *détermination des conditions objectives de l'action* »⁶⁷³ parmi lesquelles figure la possibilité, ou non, d'en confier la réalisation à une autre personne. Bien qu'il n'en fasse pas un élément déterminant de son analyse des normes juridiques, Charles Eisenmann relevait donc l'importance du cadre objectif du pouvoir normatif attribué aux diverses autorités administratives. Ainsi affirmait-il qu'elles l'exercent toujours dans le champ et selon les conditions fixées par le droit objectif⁶⁷⁴. Or, la réglementation objective des pouvoirs juridiques conférés aux personnes publiques ne s'arrêtait pas dans son esprit à la question de leur objet mais également à celle des limites imposées à son exercice⁶⁷⁵. Il démontrait en outre que, dans leur grande majorité, les pouvoirs des autorités administratives devaient être considérés comme conditionnés dès lors qu'ils connaissaient un certain nombre de bornes parmi lesquelles celles relatives à la dévolution de leur exercice par une autre personne que leur attributaire désigné par le droit objectif à travers la répartition des compétences normatives. Ces dernières se présentaient donc dans les réflexions de Charles Eisenmann comme un champ d'étude homogène au sein de l'action administrative⁶⁷⁶, un champ face auquel le repliement de l'externalisation administrative apparaît comme une constante invariable malgré les évolutions les plus récentes du droit positif⁶⁷⁷.

Frédéric Rouvillois laissait également entendre que seule cette frontière paraissait finalement établie de manière pérenne et stable. Il affirmait effectivement, à l'instar de Philippe

⁶⁷³ CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 83, 2009, p. 255.

⁶⁷⁴ Nicolas Chiffлот précisait d'ailleurs sur ce point que, « à l'intérieur de ce cadre, un organe statue selon sa compétence. Il faut ensuite déterminer les obligations que cet organe peut statuer sur cette matière, ou encore les droits qu'il peut conférer. Pour la plupart des organes administratifs, Charles Eisenmann juge que les règles de droit les déterminent de façon très stricte » : CHIFFLOT N., *op. cit.*, p. 257. Et ce notamment dans la mesure où elles « ne peuvent édicter que des normes relatives à certaines matières, et en outre, dans chacune des matières placées dans leur compétence, elles se voient limitées par la réglementation législative » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 250.

⁶⁷⁵ Aussi affirmait-il que « la plupart des pouvoirs des organes exécutifs (...), sont des pouvoirs conditionnés. Au contraire, en matière de droit privé, elle n'a qu'une importance beaucoup moindre, et même infime pour toute une partie des facultés de création des normes reconnues aux particuliers (...), les pouvoirs du droit privé sont des pouvoirs inconditionnés, tout au moins ceux qui sont donnés aux individus dans leur propre intérêt » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 268.

⁶⁷⁶ Il soulignait par exemple que, « dans les exposés d'ensemble du droit administratif français, on ne trouve guère une théorie systématique de l'action normatrice de l'Administration, à plus forte raison une théorie de la réglementation de l'action de l'Administration en général, quelle qu'elle soit. Traités et manuels de droit administratif ne s'attachent pas à grouper l'ensemble des règles que nous allons étudier pour en faire l'objet d'une théorie, d'un livre, d'un titre, d'un groupe cohérent, de chapitres voisins sous un libellé du genre de celui que nous utilisons » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 235.

⁶⁷⁷ Ainsi Benoît Plessix rappelle-t-il à propos des frontières de l'externalisation administrative que « la ligne de démarcation semble plutôt passer (malgré de nombreuses difficultés rencontrées pour la déterminer) entre là où la coercition est en jeu et là où il n'y a que de la prestation, à l'instar des cantines scolaires et du service pénitentiaire » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 254.

Cossalter, que si le fondement de la détermination des activités non-externalisables en fonction de leur seule nature était indécis, l'unique certitude concernait en la matière « *les activités qui, parfois présentées comme essentiellement non-déléguables, ne le sont en réalité qu'en vertu d'un texte qui en attribue la compétence à une personne déterminée* »⁶⁷⁸. Dès lors, le « noyau irréductible » des activités dont l'État ou n'importe quelle personne publique qui en est investie ne saurait se défaire renvoie aux pouvoirs normatifs dont l'exercice est strictement encadré par le droit et se révèle donc indisponible par principe⁶⁷⁹. Découlant de la répartition juridique des compétences, les limites formelles de l'externalisation se situent par conséquent là où le droit objectif le décide ; c'est-à-dire excluant par principe la dimension normative de son champ d'application dès lors qu'aucun texte de valeur supérieure ne le prévoit et que cela n'est pas autorisé par le contenu même de la compétence. Il est donc possible de répondre à Philippe Cossalter en suggérant que les activités non-externalisables sont en fin de compte identifiables simplement par l'examen de la répartition des compétences⁶⁸⁰, et du contenu précis des normes d'habilitation. L'externalisation de la réalisation de la dimension normative de la compétence est ainsi par principe exclue du fait de son indisponibilité sauf disposition contraire. Un tel principe apparemment stable enjoint donc à admettre l'existence d'un « *no man's land* »⁶⁸¹ à travers lequel la détermination précise du périmètre de l'externalisation apparaît plus clairement.

255. Une manifestation incidente : la précision du périmètre de l'externalisation. La délimitation du périmètre de l'externalisation administrative relève donc moins de l'identification d'un « cœur de métier » lié aux fonctions régaliennes que de la stricte

⁶⁷⁸ ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 49. Aussi ajoutait-il d'ailleurs « *que l'existence d'une limite inhérente à la nature des activités concernées s'avère malaisée à établir* ».

⁶⁷⁹ Charles Eisenmann envisageait d'ailleurs qu'il soit possible d'interpréter le principe de légalité comme étant celui par lequel une autorité administrative compétente, titulaire d'un pouvoir normatif, « *serait enserrée dans un réseau de règles juridiques extrêmement étroit* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 231.

⁶⁸⁰ Philippe Cossalter considérait effectivement que « *les activités non externalisables sont ainsi une catégorie introuvable qui ne pourra être définie que par l'exemple* » : COSSALTER Ph., « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/cossalter.pdf, 2007, p. 3. Il ajoutait par ailleurs que « *ces frontières peuvent aisément être dépassées et que les bornes de se développement sont aujourd'hui plus intuitives que véritablement juridiques* ». L'hypothèse développée ici tend au contraire à apporter un cadre juridique clairement déterminé et pérenne afin de conférer au concept d'externalisation administratives des contours relativement stables et aisément identifiables.

⁶⁸¹ Florian Linditch considère d'ailleurs qu'en la matière, « *faire l'état des lieux, relever les démarcations, fût-ce au sein de ce que l'on présente confortablement comme un no man's land relève du travail scientifique* », et, ajoutons-le, nécessite l'emploi d'une approche particulière qui sera ici celle empruntant au caractère objectif et contraignant de la compétence normative, et donc de son indisponibilité de principe : LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 90.

répartition des compétences normatives encadrée par le droit objectif⁶⁸². Et s'il est évident qu'il n'existe pas en droit positif « *de cadre législatif ou réglementaire précis du domaine externalisable* »⁶⁸³, cela ne signifie en rien qu'un tel cadre ne puisse être déduit de celui déjà instauré formellement par cette répartition. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, aussi bien que le travail du législateur, invitent d'ailleurs à poursuivre dans cette direction. Alors que le second a pu à de nombreuses reprises restreindre le champ des habilitations à destination d'organismes de droit privé par exemple à « *la mise en œuvre du dispositif technique de surveillance* »⁶⁸⁴ à l'exclusion de toutes surveillances effectives sur la voie publique ou encore à « *la conduite et aux mesures de sécurité inhérentes à cette dernière, à l'exclusion de ce qui concerne la surveillance des personnes détenues ou maintenues au cours du transport qui demeure assuré par l'État* »⁶⁸⁵, la première confirme cette ligne directrice par la validation d'une disposition législative qui « *ne permet de confier à des personnes de droit privé (...) que des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »⁶⁸⁶, ou encore qui « *réserve l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État* »⁶⁸⁷. Le conseil d'État lui-même semblait d'ailleurs s'inscrire dans ce sillon lorsqu'il rappelait dans son avis de 1986 relatif au service de cantine scolaire qu'en vertu de la loi « *les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves* »⁶⁸⁸.

Adoptant une approche systémique et globale du recours à l'externalisation en matière administrative, Frédéric Rouvillois suggérait en outre que ses frontières étaient devenues « *poreuses* »⁶⁸⁹. Aussi invitait-il la doctrine à se réinterroger sur les principes directeurs de cet outil stratégique emprunté aux managers⁶⁹⁰. Il s'agissait selon lui de l'envisager en conformité

⁶⁸² Olivier Frot affirme effectivement que si la « *notion de « cœur de métier » est à rapprocher du caractère « régalien » d'une fonction ou d'une activité* », c'est bien fondamentalement « *la loi (qui) prévoit explicitement ce qui est externalisable et selon quelles modalités* » : FROT O., *État régalien et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012, p. 137.

⁶⁸³ FROT O., *Ibid.*

⁶⁸⁴ Article 49 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

⁶⁸⁵ Article 53 de la 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.

⁶⁸⁶ CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC.

⁶⁸⁷ CC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-484 DC.

⁶⁸⁸ CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609.

⁶⁸⁹ ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹⁰ Il précisait effectivement que le développement « *des pratiques d'une externalisation tous azimuts* » conduisait à « *envisager celle-ci de façon globale, du point de vue des principes qui la gouvernent* » : ROUVILLOIS Fr., *Ibid.*

avec son essence ; c'est-à-dire 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* »⁶⁹¹. Les études doctrinales lui étant consacrées ne permettent cependant pas de découvrir nettement cette stratégie inhérente au recours à l'externalisation en matière administrative alors qu'elle repose à titre principal sur la détermination de ce qui relève du « cœur de métier » et de ce qui n'en relève pas. Il convient toutefois de ne pas s'arrêter à cette seule question, et de poursuivre l'acclimatation juridique de ce concept en ne prenant plus en compte la seule nature des activités mais plutôt la compétence qui en constitue le fondement. Le « cœur de métier » des autorités administratives se détermine alors à partir de l'identification de compétences dont les personnes publiques ne peuvent se défaire, dont elles ne peuvent librement disposer du fait qu'elles leur sont confiées de manière impérative par le peuple souverain ou par l'intermédiaire de ses représentants. Ainsi entendu, ce « cœur de métier » se trouve par conséquent essentiellement dans la dimension normative de la compétence laquelle, au vu des développements précédents, impose formellement un cadre juridique strict à l'intervention des personnes habilitées à la mettre en œuvre. C'est donc en prenant pour point de départ ce cadre indispensable qu'il est envisageable de parvenir à faire en sorte que « *le mouvement d'externalisation soit à la fois justifiable et maîtrisé, encadré et délimité* »⁶⁹², et acquiert ainsi un contenu conceptuel susceptible de lui conférer une certaine visibilité doctrinale tout autant qu'une portée pratique. Les frontières du concept d'externalisation administrative rejoindraient alors ce vers quoi conduisait l'approche fonctionnelle proposée par Paul Lignières puis reprise par Olivier Frot ; c'est-à-dire la distinction entre le non-externalisable recouvrant « *la maîtrise de la fonction et l'autorité de décision* » par l'usage du pouvoir normatif, et l'externalisable portant seulement sur la mise en œuvre matérielle de l'action administrative par une autre personne qui « *n'en est que l'instrument* »⁶⁹³.

L'exclusion formelle de la dimension normative de la compétence du champ de l'externalisation administrative résulte donc tout simplement de la prise en compte du cadre juridique contraignant associé au pouvoir normatif et non plus seulement de l'essence stratégique de cet outil de gestion. Abandonnant toute idée d'une détermination de ces contours à travers la seule nature des activités considérées, l'hypothèse ici avancée autorise

⁶⁹¹ LIGNIÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37.

⁶⁹² ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 39.

⁶⁹³ FROT O., *op. cit.*, p. 145 et 146.

dès lors une clarification de l'incertitude entourant la délicate question des frontières de l'externalisation. Elle permet en outre d'en renforcer l'assise théorique et juridique par l'emprunt d'un principe établi et l'analyse du droit objectif organisant la répartition des compétences. Ainsi est-il donc tout à fait envisageable d'associer un fondement invariable à la délimitation de l'externalisation administrative. La préservation de la compétence normative de l'influence managériale repose dès lors sur l'application absolue du principe d'indisponibilité, et correspond par ailleurs à la justification stratégique principale du recours à l'externalisation : c'est-à-dire le recentrement des personnes publiques sur leur « cœur de métier ». Aussi cette préservation ne serait-elle donc finalement pas étrangère à cette « *heureuse impuissance* » que Louis XV concédait à l'encontre « *des lois fondamentales de notre royaume* », laquelle le contraignait lui aussi à satisfaire à titre principal aux charges qui lui étaient attribuées « *pour le bien et le salut de l'État* »⁶⁹⁴. Soulignant l'ambiguïté de la notion de compétence, Étienne Picard affirmait en outre qu'elle pouvait signifier à la fois l'expression de la puissance publique, mais également celle de son impuissance dès lors que les autorités qui en sont investies « *ne peuvent librement disposer de leurs pouvoirs ou y renoncer à leur guise* »⁶⁹⁵ et doivent en principe les exercer « *elle(s)-même(s), sauf texte contraire* »⁶⁹⁶. De fait, si en « *droit public l'impuissance gît déjà dans la puissance elle-même* »⁶⁹⁷, il est tout à fait concevable d'exclure son exercice du champ de l'externalisation administrative au nom du cadre juridique contraignant instauré en la matière par le droit objectif⁶⁹⁸. Ainsi la dimension normative de la compétence doit-elle être formellement préservée de l'influence managériale lorsqu'est adoptée cette « *manière française de faire du droit administratif (qui) est de partir du point de vue, non de l'administré, mais de l'Administration, de l'État en mouvement, de la souveraineté en action, et de la façon objective de l'assujettir au respect du Droit* »⁶⁹⁹. Une préservation d'autant plus nécessaire

⁶⁹⁴ Édit du mois de juillet 1717 portant révocation de l'édit de juillet 1714 concernant les princes légitimés.

⁶⁹⁵ PICARD É., « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, numéro spécial, p. 15. L'auteur procédait d'ailleurs à un parallèle pour le moins pertinent avec les propos de Louis XV évoquant cette « *heureuse impuissance du maire, du préfet, du ministre, du Premier ministre, du président de la République – dès lors que le principe s'applique à toutes les autorités publiques et donc à toutes les autorités de police –, heureuse impuissance qui est la leur de ne pouvoir librement disposer de leurs pouvoirs ou d'y renoncer à leur guise, notamment en s'engageant, par contrat ou par tout autre moyen, à les exercer dans tel ou tel sens ou à ne pas en user* ».

⁶⁹⁶ MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 4.

⁶⁹⁷ PICARD É., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹⁸ Étienne Picard poursuivait d'ailleurs son analyse « *du caractère heureusement équivoque de l'impuissance publique* » en précisant qu'il « *peut arriver que ce soit les mêmes fondements juridiques qui fixent à l'autorité publique et ses pouvoirs et les limites de ses pouvoirs – et sa puissance et son impuissance –, car il ne s'agit sans doute que de la même chose envisagée sous des angles et dans des contextes factuels à chaque fois différents* » : PICARD É., *Ibid.*

⁶⁹⁹ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 701.

que la mise en œuvre du pouvoir normatif par les autorités administratives habilitées relève de la substance et de la puissance publique par essence indisponible.

§2 : *Une dimension normative par essence préservée de l'influence managériale*

256. Une dimension recouverte par l'ombre portée du principe d'indisponibilité. La démonstration d'une puissance publique ambivalente proposée par Étienne Picard, partagée selon lui entre puissance et impuissance, souligne à merveille le fondement juridique des limites extérieures de l'externalisation administrative tracées en fonction de la prise en compte de la contrainte exercée formellement par le droit objectif à l'exercice de la dimension normative du contenu de la compétence afin de la préserver⁷⁰⁰. N'étant d'aucune façon « *la source de son propre droit* »⁷⁰¹, la puissance publique distribuée au nom du peuple souverain est donc strictement encadrée par ce dernier, lequel habilite précisément les autorités administratives à intervenir par l'exercice d'un pouvoir normatif dans des conditions formelles étroitement définies desquelles ils ne peuvent se départir que par une autorisation textuelle de valeur juridique suffisante. L'interdiction de principe de procéder à l'externalisation d'activités normatives entraînant l'exercice de prérogatives de puissance publique trouve ainsi un fondement juridique d'autant plus pertinent qu'il semble confirmé par l'exception à cette prohibition admise uniquement lorsqu'un texte le prévoit. Un fondement qu'il convient cependant de justifier au-delà de l'existence formelle d'un cadre juridique objectif contraignant qu'il s'agit d'ailleurs également d'expliquer dans la mesure où il « *ne change rien à la nature de la puissance publique* » mais en est plutôt l'une des premières conséquences⁷⁰².

L'application du principe d'indisponibilité imposée d'un point de vue formel par une répartition stricte de la dimension normative des compétences rappelle en cela la logique

⁷⁰⁰ L'auteur précisait effectivement que « *cette impuissance que postule le droit lui-même peut aussi, au contraire, renforcer ou à tout le moins garantir l'intégrité du pouvoir d'action unilatérale, normative ou coercitive de la puissance publique* » : PICARD É., « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, numéro spécial, p. 15. Laurent Richer suggérait d'ailleurs lui aussi cette même hypothèse d'une relation non pas d'exclusion de l'une par l'autre, mais bien plutôt de complémentarité dans la mesure où toute puissance juridique procède du droit objectif qui est donc « *à la fois principe de l'action et limitation de celle-ci* » : RICHER L., « Puissance du droit », *AJDA*, 1999, numéro spécial, p. 1.

⁷⁰¹ PICARD É., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰² TRUCHET D., « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1052. Et de préciser à propos de cette puissance publique que « *c'est de l'État (ou d'une autre personne publique) qu'elle procède et elle demeure sous son contrôle* ».

d'habilitation animant le concept d'externalisation administrative comme a pu le révéler la partie précédente. Dès lors que le contenu d'une compétence ne prévoit pas la possibilité d'une externalisation de sa réalisation, celle-ci serait donc exclue aussi bien pour la dimension normative de la compétence⁷⁰³ que pour la dimension matérielle. Ainsi la norme d'habilitation détermine-t-elle les limites de l'externalisation. Elle trouve cependant une justification et une portée supplémentaires lorsqu'elle prend pour objet la réalisation du pouvoir normatif que le droit objectif tend strictement à préserver⁷⁰⁴ du fait que son détenteur originaire n'est autre que le peuple souverain. Mais comment expliquer alors cette portée relative du principe d'indisponibilité des compétences selon qu'il s'agit des dimensions normative et matérielle ? La démonstration menée jusque-là invite à répondre à cette question au moyen de la prise en compte du rattachement étroit qui unit la première à l'exercice de la puissance publique à la différence de la seconde qui s'identifie davantage à une activité ordinairement exercée par les particuliers. Aussi la différence de traitement de ces deux dimensions du contenu de la compétence trouverait-elle une justification principale dans leur lien respectif avec la puissance publique dont une autorité administrative ne saurait en aucun cas disposer dans la mesure où elle lui est déjà confiée par le peuple souverain. Dès lors le contenu normatif d'une compétence ne saurait en principe autoriser son bénéficiaire à en confier la réalisation à un tiers, et son indisponibilité formelle imposée par l'ordre juridique objectif s'expliquerait par conséquent en référence à la nécessité de le préserver des stratégies managériales.

Aussi paraît-il cohérent de présenter et d'expliquer les limites de l'externalisation administrative eu égard à la répartition des compétences organisées par le droit positif et au principe d'indisponibilité qui en découle. La mise en œuvre de ce concept instruit des

⁷⁰³ Il a effectivement pu être démontré dans le cadre de la section 1 du chapitre 2 du titre 2 de la partie 1 que l'externalisation administrative impliquait nécessairement l'existence d'une habilitation à faire agir.

⁷⁰⁴ La récente réforme en matière d'archéologie préventive, promulguée par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, en présente un exemple flagrant. Rappelant les rôles respectifs de l'État et des collectivités territoriales, le législateur procède en effet à une répartition stricte des compétences ne laissant la possibilité d'une externalisation que pour des activités bien précises et étroitement encadrées, des activités essentiellement matérielles, en dehors desquelles elle s'en trouve exclue. Car si l'État « *exerce la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive* » sans pouvoir s'en décharger sur une autre personne comme le prévoit l'article L. 522-1 du code du patrimoine, la mise en œuvre de ces opérations offre et organise une plus large liberté en permettant de faire appel, « *pour la mise en œuvre des opérations de fouilles terrestres et subaquatiques (...), dès lors que sa compétence scientifique est garantie par un agrément délivré par l'État, à toute autre personne de droit public ou privé* » comme en dispose l'article L. 523-8 du même code. Le législateur élargit cependant sensiblement le champ de l'externalisation en autorisant les opérateurs agréés à « *contribuer à l'exploitation scientifique des opérations d'archéologie préventive qu'ils réalisent et à la diffusion de leurs résultats* » selon l'article L. 523-8-2 du code du patrimoine. Ainsi en va-t-il notamment lorsqu'il est question de prescrire « *les mesures visant à la détection, à la conservation et à la sauvegarde (...) du patrimoine archéologique* », ou encore d'en assurer « *le contrôle scientifique et technique* » ; c'est-à-dire des activités normatives : Article L. 522-1 du code du patrimoine.

pratiques stratégiques et managériales dépend donc pour une grande part du contenu des habilitations accordées aux bénéficiaires d'un titre à agir. C'est ainsi en fonction de cet encadrement que le juge administratif a pu considérer que « *le département n'est habilité à contracter avec des organismes de droit public et de droit privé* » qu'en complément de l'organisation prévue par la loi et le règlement⁷⁰⁵. De même, si les juges du Palais-Royal confirmaient la prohibition de principe du recours au mandat pour l'exercice des compétences financières des comptables publics en se fondant sur le principe d'indisponibilité⁷⁰⁶, le législateur admet désormais que le recouvrement de certaines recettes puisse être confié à d'autres personnes publiques ou privées⁷⁰⁷, et ce dans le respect de ce principe dès lors que cette autorisation relève d'une « *disposition normative d'un niveau approprié* »⁷⁰⁸.

Il s'avère donc malgré tout que, sauf dérogation admise par un texte de valeur suffisante, l'externalisation d'une compétence normative est en principe impossible en vertu de son d'indisponibilité liée à l'essence même de tout pouvoir normatif⁷⁰⁹. La divergence avec la dimension matérielle de la compétence réside ainsi principalement dans la nécessité juridique

⁷⁰⁵ CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95. Bernard Stirn rappelait d'ailleurs dans ses conclusions que « *cette compétence des départements a été confirmée par l'article 35 de la loi du 31 juillet 1968 qui a précisé sur plusieurs points le cadre dans lequel elle s'exerce* » : conclusions prononcées sur l'arrêt : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95, RFDA, 1991, p. 267. Aussi ajoutait-il alors que le département « *ne pouvait renoncer ainsi à exercer lui-même des attributions qui lui sont confiées par la loi* », qu'ainsi les stipulations de la convention conclue par ce dernier « *méconnaissent les règles issues de la législation et de la réglementation prises pour l'application de cette législation* » : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95, RFDA, 1991, p. 269.

⁷⁰⁶ Considérant que « *le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques* », les juges précisaient cependant qu'« *une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement ou partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié* » : CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788.

⁷⁰⁷ L'article L. 1611-7-1 admet depuis la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives que des autorités administratives compétentes puissent « *confier à un organisme public ou privé l'encaissement de recettes ou le paiement de dépenses* ».

⁷⁰⁸ CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788. Jean-David Dreyfus avait d'ailleurs pu affirmer à l'occasion de la publication de la circulaire du 8 février 2008 incitant les préfets à déférer tout acte constituant un mandat portant sur le maniement de fonds publics qu'une « *loi doit ainsi spécifiquement autoriser la conclusion d'une convention de mandat financier* » : DREYFUS J.-D., « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2008, p. 787.

⁷⁰⁹ Rappelons brièvement que, emprunté à l'origine afin d'interdire aux magistrats de déléguer leurs compétences, ce principe d'indisponibilité fut assez rapidement étendu à toute compétence normative contribuant d'ailleurs à la confusion de la compétence et du pouvoir normatif : exemple : CE, 21 février 1890, *Mimieux*, Rec. p. 201 : « *Mais considérant qu'il n'appartient pas aux ministres de déléguer, hors des cas prévus par la loi, aucune partie du droit de décision dont ils sont investis* ». Dès lors que compétence était appréhendée comme une donnée objective, il paraissait d'ailleurs logique de proscrire toute disponibilité de celle-ci dans la mesure où seul un droit subjectif peut être délégué : cf. sur ce point : DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 509 et 510.

d'une autorisation textuelle expresse et précise pour l'externalisation de la réalisation de sa dimension normative émanant d'une autorité normative supérieure expression de la volonté du souverain, alors qu'elle est le plus souvent prévue dans le contenu de la première si ce n'est permise sauf texte contraire. Encore convient-il de pousser plus avant la justification d'une telle préservation de la compétence normative, et à travers elle de celle de la puissance publique. Prenant pour objet d'étude les situations d'incompétence sanctionnées par le juge administratif, la doctrine souligne souvent celles dans lesquelles une personne privée intervient dans une fonction administrative sans y avoir été préalablement habilitée⁷¹⁰. La notion de compétence désigne par conséquent le domaine de l'action administrative duquel était par principe exclue toute personne privée ne disposant pas d'une autorisation. L'exclusion de principe du pouvoir normatif du périmètre de l'externalisation résulte néanmoins également d'une vision inversée considérant non plus le destinataire d'une délégation mais le bénéficiaire du titre à agir. Il apparaît effectivement qu'il est habilité par une dimension de la compétence indisponible en droit administratif (A), et par conséquent préservée par les stratégies managériales (B).

A. Une dimension indisponible en droit administratif

257. La persistance d'un rattachement étroit de l'indisponibilité à la puissance publique.

Alors qu'elle rappelle la supériorité du pouvoir politique détenu par les personnes publiques sur le pouvoir des particuliers⁷¹¹, Élodie Saillant souligne avec force l'idée d'une indisponibilité de cette puissance publique exorbitante dans la mesure où elle ne saurait être par essence laissée à la libre disposition des autorités qui en sont investies au nom de l'intérêt général et pour le compte du peuple souverain. Aussi précise-t-elle que si banalisation de l'action et des personnes publiques il y a, elle ne pourrait en aucun cas remettre en cause une supériorité sur laquelle se fonde le fonctionnement même de l'administration⁷¹² et qui

⁷¹⁰ « Le défaut de compétence peut enfin être constitué lorsqu'une personne privée s'immisce dans des fonctions administratives sans avoir été habilitée pour le faire » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 155, et de citer à titre d'illustration : CE, 20 octobre 1948, *De Bois Juzan*, RDP, 1949, p. 389, à propos d'un comité d'épuration dépourvu de toute existence légale, et donc non autorisé par l'administration à intervenir en la matière.

⁷¹¹ Elle affirme en effet que « l'exorbitance en droit public porte la nuance de l'excessivité, elle n'est pas seulement la différence avec le droit des particuliers (...) (et est) davantage tournée vers la supériorité sur les particuliers » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 109 et 110.

⁷¹² Elle pose effectivement ce constat d'une permanence de la supériorité des personnes publiques sous la forme interrogative : « plutôt que de se laisser heurter par le poids de la charge symbolique de la banalisation du droit des activités et des personnes publiques, ne convient-il pas de se borner à remarquer qu'elle ne fait que rappeler

exprime la souveraineté de l'État : la puissance publique⁷¹³. L'examen d'une telle supériorité révèle alors qu'elle se manifeste essentiellement à travers ce qui contient une telle puissance et qui constitue « *ce noyau dur totalement irréductible aux relations entre les particuliers (...), véritablement original, vraiment différent du droit privé (...), cette puissance est la puissance publique face aux particuliers* »⁷¹⁴. Parmi les diverses manifestations de cette puissance, le pouvoir normatif strictement réparti entre les autorités administratives par le droit objectif trouve donc une place de choix dès lors qu'il traduit juridiquement l'expression d'un commandement à l'égard des particuliers⁷¹⁵ qui accepte de s'y soumettre au nom de l'intérêt général. Dès lors que le pouvoir normatif peut ainsi être rattaché au pouvoir politique dans la mesure où il en constituerait une voie d'expression privilégiée consacrée par le droit⁷¹⁶, il s'intègre par conséquent totalement à cette puissance publique dont il ne saurait être question de permettre librement l'exercice par d'autres personnes que leurs bénéficiaires, et encore moins par des personnes privées, en-dehors des hypothèses strictement délimitées par le droit objectif et tout particulièrement par l'expression de la volonté du souverain originaire qui en est le seul véritable titulaire.

À l'instar de l'exorbitance en droit public, la supériorité du pouvoir normatif attribué aux autorités administratives appelle nécessairement un certain nombre de limites à son exercice⁷¹⁷. Aussi ces limites formelles et objectives sont-elles finalement intrinsèques à l'essence même de la puissance publique lorsqu'elle se manifeste sous la forme du pouvoir

la nature réelle des activités prises en charges par les personnes publiques, dont il ressort la permanence d'une spécificité politique ? » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 369. Une permanence qu'elle met également en évidence par la « *rémanence du pouvoir de commandement* » dont sont attributaires les autorités administratives : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 403 et s.

⁷¹³ Olivier Beaud rappelait d'ailleurs que « *la formation de l'État moderne et de la souveraineté est due à la monopolisation par le Prince du droit positif, c'est-à-dire du commandement appelé la loi par Jean Bodin ; grâce à ce phénomène de concentration normative, le pouvoir a pu être construit sous la forme structurée d'une puissance publique* » : BEAUD O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 24.

⁷¹⁴ SAILLANT É., *op. cit.*, p. 111.

⁷¹⁵ Élodie Saillant ne manque d'ailleurs pas de rappeler que « *l'exorbitance est l'expression juridique de cette puissance qui trouve à se manifester sous différentes formes : l'acte législatif, l'acte juridictionnel, ou l'acte administratif unilatéral directement exécutoire, tous marqués par ce même pouvoir d'imposer aux particuliers sans l'expression directe de leur consentement* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 116.

⁷¹⁶ Il est d'ailleurs admis par la doctrine que « *le pouvoir de commandement a toujours été considéré comme caractéristique de la relation politique, et comme le résultat d'une nécessité politique* », traduisant ainsi une relation manifeste entre le pouvoir normatif et le pouvoir politique en vertu de laquelle le premier constituerait l'expression juridique du second : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 130. Olivier Baud rappelait d'ailleurs que « *la souveraineté interne est une puissance de commandement qui se manifeste par des actes unilatéraux qui traduisent (juridiquement) un rapport de subordination entre l'auteur et l'adressataire de la norme* » : BEAUD O., *op. cit.*, p. 16, une supériorité manifeste que l'organisation juridique de « *la détention et l'exercice du pouvoir de commandement ne ferait que traduire* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 134.

⁷¹⁷ En effet, « *il est tout aussi simple à comprendre que, par définition, ces sujétions ne manifestent par l'exercice d'un pouvoir d'imposer, ou de commander, et tendraient même davantage à exprimer l'idée d'une inégalité, mais cette fois-ci au détriment de la personne publiques* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 117.

normatif. En ce qu'il est étroitement lié au caractère objectif et contraignant de l'encadrement strict de la dimension normative de la compétence, l'exercice de la puissance publique entraîne une restriction singulière⁷¹⁸ à la mise en œuvre de l'externalisation administrative du fait de son essence indisponible. Il est en outre possible de justifier l'indisponibilité formelle de principe de la compétence normative du fait de son caractère objectif et contraignant par la nécessité de préserver l'expression de ces manifestations juridiques de la puissance publique. Un cadre qui impose incontestablement des règles spécifiques destinées à circonscrire la supériorité du pouvoir politique et à assurer sa mise au service de l'intérêt général. Ainsi le recours à l'externalisation administrative, au même titre que la délégation, est-il en principe strictement prohibé pour l'exercice de la puissance publique, et donc du pouvoir normatif qui en constitue l'expression juridique principale⁷¹⁹. Se présente alors une explication complémentaire de son repliement lorsqu'elle prend pour objet la réalisation des compétences normatives dès lors que celles-ci « *nécessitent des moyens juridiques exorbitants qui ne peuvent être employés par des particuliers* »⁷²⁰, et qui de surcroît ne sont attribués qu'à des autorités administratives strictement déterminées par le droit objectif dans la mesure où elles impliquent l'emploi de pouvoirs normatifs. Il est donc possible d'envisager un éclairage supplémentaire de l'indisponibilité formelle de principe de la dimension normative de la compétence par son lien étroit avec l'idée même de puissance publique. Alors que ce lien se retrouve sensiblement en arrière-plan des développements précédents, il convient désormais de le remettre au premier plan afin de pouvoir apporter des précisions au sujet de sa sanctuarisation à l'égard de l'externalisation administrative. Il apparaît effectivement que l'indisponibilité essentielle de la puissance publique (1) se trouve renforcée par la relecture qui en est ici proposée (2), et éclaire davantage encore le repliement de l'externalisation administrative lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la compétence normative.

⁷¹⁸ L'une des divergences entre l'externalisation administrative et l'externalisation stratégique à propos de leurs contours respectifs réside en l'occurrence dans l'existence de cette puissance publique supérieure que la première de ne saurait prendre pour objet.

⁷¹⁹ Il est en effet largement admis aujourd'hui que « *ce sont donc bien les moyens juridiques nécessaires à l'exercice de l'activité, plutôt que la considération de sa seule nature, qui sont des obstacles à la délégation* », et donc pour ce qui nous concerne ici à l'externalisation de la réalisation de la dimension normative de la compétence en-dehors des hypothèses dans lesquelles elle peut être autorisée par le droit objectif : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 581.

⁷²⁰ SAILLANT É., *op. cit.*, p. 583.

1. L'indisponibilité essentielle de la puissance publique

258. Une indisponibilité traditionnelle de la puissance publique. Traduction fidèle de l'achèvement des réflexions de son auteur, la 12^e édition du *Précis de droit administratif* parue en 1933 mettait en évidence le caractère central de la puissance publique et reléguait la notion de service public au second plan. Maurice Hauriou ne ménageait alors pas ses efforts afin de parvenir à imposer cette vision contre celle faisant « *prédominer l'idée du service, considérée comme un but de l'État, sur celle de puissance de volonté de l'État considérée comme un moyen de réaliser ce but* »⁷²¹. Limitant l'organisation administrative à la seule organisation du pouvoir, il affirmait que « *la puissance publique est un pouvoir administratif chargé d'assurer le maintien de l'ordre public et la gestion des services publics* »⁷²². Sa théorie de l'Institution le menait effectivement à placer au centre de sa démonstration l'idée de pouvoir, tout en le contraignant strictement à l'accomplissement d'une fonction : la réalisation de l'intérêt général⁷²³. À partir de cette théorie, Maurice Hauriou parvenait alors à justifier l'existence d'un pouvoir de commandement dédié à la satisfaction de tous⁷²⁴. Ainsi interprétait-il par exemple la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers* non seulement comme l'expression d'un souci de protection de l'initiative privée, mais également comme l'apparition d'un intérêt à satisfaire au nom de la fonction administrative conditionnant strictement l'exercice du pouvoir exorbitant de la puissance publique⁷²⁵. C'est d'ailleurs à partir de cet encadrement strict qu'il parvenait à justifier la

⁷²¹ Préface de la 11^e édition du *Précis de droit administratif et de droit public* rédigée par Maurice Hauriou le 8 septembre 1926 intitulée : « La puissance publique et le service public », reproduite dans : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. X. Il affirmait en effet que « *M. Jèze, qui est un peu l'enfant terrible de l'école, et qui, à une force d'analyse incontestable, joint une certaine franchise abrupte voisine de l'imprudence, laisse voir dans son article le défaut de cuirasse du système. Il a tenu à définir ex cathedra la notion du service public, cette nouvelle idée maîtresse du droit public. Omnis definitio periculosa, jamais l'antique adage ne fut mieux vérifié* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. XI.

⁷²² HAURIOU M., *op. cit.*, p. 10.

⁷²³ « *Si le régime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, il faut reconnaître que ce pouvoir est institué, c'est-à-dire encadré dans une organisation soumise à une idée. Cette idée est celle du service à rendre au public ou du service public* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 13.

⁷²⁴ Il affirmait alors que « *l'administration publique est une vaste institution gravitant autour d'une idée et que le pouvoir administratif lui-même est soumis à cette idée* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 14.

⁷²⁵ Évoquant sa note sous cette décision publiée au recueil Sirey, il affirmait que « *les autorités administratives n'ont la faculté de créer des services nouveaux que si ces services ne présentent pas un caractère économique. S'ils présentent un caractère économique, la création n'est autorisée que dans la mesure où elle est justifiée par un intérêt public, c'est-à-dire généralement dans le cas où il y a intérêt de police à parer à la carence des entreprises privées* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 17. Il précisait par la suite que « *le Conseil d'État, mieux placé que quiconque pour dégager l'idée directrice qui anime l'institution administrative, a voulu, une fois de plus, tout en en précisant les limites, en faire respecter l'intégrité* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 64.

singularité de la gestion administrative par rapport à celle entreprise par les particuliers⁷²⁶. Plusieurs décennies plus tard, Georges Vedel défendait lui-aussi une telle vision de la pierre angulaire du droit administratif et contestait celle qu'une partie de la doctrine avait décelé dans la notion de service public. Il affirmait alors sans ambages que « *notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique* »⁷²⁷, et ce afin de rapprocher *ipso facto* le pouvoir normatif de la puissance publique.

La démonstration proposée par Élodie Saillant va également dans ce sens quand elle constate à travers la spécificité du pouvoir politique, la supériorité irrésistible de la puissance publique par rapport aux particuliers⁷²⁸. Alors qu'à l'aube du XX^e siècle Léon Duguit avait pu prédire qu'émergerait un « *régime politique duquel il sera(it) complètement éliminée la notion de puissance publique* »⁷²⁹, la doctrine contemporaine s'accorde toujours sur la persistance du pouvoir de commandement et de contrainte, et ce, malgré l'apparition remarquée d'une tendance au développement de nouveaux instruments caractéristiques d'un État post-moderne et manager marqué par la coopération⁷³⁰. Aussi Denys de Béchillon soutient-il que les « *diverses mutations repérables dans le vécu occidental de la normativité n'affectent toujours pas l'armature la plus essentielle et la plus intime de cette normativité* » ; c'est-à-dire que la « *prescription normative est, et reste là encore, fondamentalement contraignante* »⁷³¹. Une fois démontré que la puissance normative demeure spécifique et supérieure à l'égard des particuliers et du droit qui leur est applicable, Élodie Saillant atteste également de son caractère irrésistible. Une irrésistibilité concernant notamment la personne publique elle-même, et ce, conformément à l'autolimitation prônée par Maurice Hauriou⁷³². Ainsi frappée

⁷²⁶ Il la considérait effectivement comme la gestion d'un commerce juridique marquée par le maintien de prérogatives de puissance publique nécessaires au bon accomplissement de la fonction administrative : « *En d'autres termes, le commerce juridique des administrations publiques est spécial et reste pénétré de puissance publique (...). C'est ce mélange de puissance publique et de commerce juridique dans les moyens de gestion des services* » qui conduit à la distinction fondamentale entre « *une gestion de puissance publique très importante et une gestion de personne privée sensiblement plus restreinte* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 18 et 19.

⁷²⁷ VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21.

⁷²⁸ « *Pourtant, l'observation de l'état du droit apprend que l'exorbitance perdure, l'existence de règles de droit différentes de celles applicables aux particuliers et à leurs activités, et qui contiennent le pouvoir de leur commander. En négatif, apparaît la rémanence de la spécificité et de la supériorité du pouvoir politique* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 339.

⁷²⁹ DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, F. Alcan, 1908, p. 20.

⁷³⁰ « (...) de nouveaux instruments de l'action publique, qui ne marquent plus l'idée de hiérarchie, parce que n'étant plus, ou en tous les cas moins, contraignants » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 402.

⁷³¹ DE BÉCHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in *La production des normes entre État et société civile*, L'Harmattan, 2000, p. 55 et 56.

⁷³² « (...) s'ils sont le seul procédé possible pour satisfaire certains besoins, n'existant précisément que pour cet usage, les moyens exorbitants doivent, en toute logique, être choisis et employés dès que de tels besoins se font sentir » : SAILLANT É., *op. cit.*, 549.

d'indisponibilité, la puissance publique, et donc la dimension normative de la compétence, est-elle condamnée à ne pouvoir être exercée, sauf exception, que par une personne, publique ou exceptionnellement privée, habilitée en ce sens par le droit objectif et en dehors de toute possibilité de partage d'un tel pouvoir. Il serait par conséquent impossible d'envisager une approche managériale de la dimension normative de la compétence, voire même simplement de son exercice. Revers de la médaille, en affirmant son caractère exorbitant, la puissance publique normative est donc marquée du sceau de la contrainte pour celui qui en est investi par le peuple souverain.

259. Une indisponibilité traditionnelle justifiant la contrainte du droit objectif. Reprenant l'hypothèse soutenue par Valérie Dufau, Élodie Saillant conclut d'ailleurs que « *l'exorbitance, de par sa définition, ne peut être qu'une sujétion pour le pouvoir politique* »⁷³³ auquel elle est profondément attachée. Inhérente au pouvoir politique, la puissance normative est donc imposée dans le fond et dans la forme aux personnes publiques par le droit⁷³⁴. Au-delà de l'impossibilité de la renonciation à son exercice envisagée par Claude Blumann, elle suggère plus clairement l'existence d'activités politiques par nature ; c'est-à-dire qui, relevant de l'exercice d'une compétence normative, ne sont plus en aucune manière à la libre disposition des personnes publiques⁷³⁵. Dépassant néanmoins la question de la nature de l'activité, Élodie Saillant parvient ainsi à démontrer que « *ce qui est fondamental est de prendre en considération les moyens juridiques nécessaires à la satisfaction de telles activités* »⁷³⁶. Elle suggère par conséquent, s'appuyant sur l'exemple des activités de police⁷³⁷, que si la réalisation de la dimension matérielle de la compétence ne nécessite pas le recours à des moyens juridiques exorbitants elle peut tout à fait subir l'influence managériale et donc connaître une stratégie d'externalisation. *A contrario*, la réalisation de sa dimension normative en est par principe privée dès lors qu'elle implique quant à elle la mise en œuvre de

⁷³³ SAILLANT É., *Ibid.*

⁷³⁴ « *L'application d'un droit exorbitant, outre la soumission à des règles de droit, est surtout l'obligation faite au pouvoir politique d'employer les moyens exorbitants* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 554.

⁷³⁵ « *À travers la prohibition, dans quelques cas fermement sanctionnée, de la délégation de certaines activités aux personnes privées, se dessine l'idée selon laquelle le pouvoir politique ne pourrait réellement, sous peine de sanction, se défaire de certaines missions qui nécessitent des moyens exorbitants : les activités politiques* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 576.

⁷³⁶ SAILLANT É., *op. cit.*, p. 580.

⁷³⁷ « *Toujours est-il que, en réalité seules certaines opérations matérielles de police peuvent faire l'objet d'une délégation notamment contractuelle à des personnes privées, à l'exclusion, toujours, de celles des activités qui impliquent réellement l'usage de prérogatives de puissance publique* » : SAILLANT É., *Ibid.*

moyens juridiques exorbitants⁷³⁸. Aussi la dimension normative impose-t-elle l'emploi de moyens exorbitants manifestant l'exercice de la puissance publique, elle doit exclure par principe, pour sa réalisation, le recours à des procédés de gestion empruntés au droit privé et à la stratégie d'entreprise tels que l'externalisation⁷³⁹.

S'agissant aussi bien du pouvoir réglementaire, du pouvoir de police ou encore du pouvoir d'organisation du service public, Benoît Plessix rappelle également que la théorie générale du droit administratif repose essentiellement sur une stricte répartition des compétences instaurée par diverses habilitations⁷⁴⁰. C'est d'ailleurs à travers ces trois fonctions justifiant l'attribution de ces derniers que l'Administration parvient à encadrer le comportement des individus et à satisfaire les exigences liées à l'intérêt général. Mais une telle finalité conduit nécessairement à imposer toujours un cadre objectif particulier à l'exercice de ces pouvoirs par les autorités habilitées⁷⁴¹. Benoît Plessix en vient alors logiquement, en traitant de cette question de l'indisponibilité de principe du pouvoir normatif, à s'intéresser au périmètre de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif, et donc au domaine d'application des stratégies managériales. Rappelant le caractère souverain de la puissance publique, il précise notamment que ce dernier « *impose d'écarter les particuliers de l'exercice de la puissance*

⁷³⁸ « Considérant que (...) les clauses du cahier des charges n° 3 ayant eu pour effet de déléguer à la société gestionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique que seule l'autorité administrative pouvait exercer (...), le contrat était, pour ces raisons, frappé de nullité » : CE, 19 décembre 2007, *Sté Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944. Dans le même sens dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « Considérant, en dernier lieu, que la loi déferée ne permet de confier à des personnes de droit privé, en matière de surveillance électronique, que des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté » et non, contrairement à ce qui était soutenu dans la saisine, qu'elle permettait d'organiser « une sorte de privatisation de la procédure pénale qui n'est pas compatible avec les principes de notre droit » : CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC ; ou encore : « qu'une telle habilitation limite strictement l'objet des marchés à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules ; que, par l'exclusion de toute forme de surveillance des personnes transportées, elle réserve l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État » : CC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-484 DC.

⁷³⁹ Notons que l'on retrouve ici la distinction déjà opérée par Maurice Hauriou entre les moyens de gestion et les procédés de gestion : « Il y a intérêt, pour la clarté de l'exposition, à distinguer les moyens de gestion des procédés de gestion des services. Par moyens de gestion, il convient d'entendre les procédures (...) pour alimenter leurs services en hommes, en matériel ou en argent. Par procédés de gestion, nous entendrons les diverses méthodes : régie, concession, etc., qui peuvent être mises en œuvre pour la gestion des services » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 728.

⁷⁴⁰ Ainsi affirme-t-il par exemple que, « comme pour tout élément de l'action administrative, le droit administratif pose des règles relatives au pouvoir de police – c'est-à-dire au cercle d'attributions à l'intérieur duquel l'Administration est habilitée à intervenir – et à la répartition des compétences – c'est-à-dire à l'identification de l'autorité qui, parmi toutes celles habilitées à exercer un même pouvoir, est désignée pour agir » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 776.

⁷⁴¹ Benoît Plessix rappelle notamment que, « comme tout pouvoir, l'exercice du pouvoir de police administrative fait l'objet d'un encadrement juridique qui explique les conditions dans lesquelles il peut être accompli », et desquelles émergent entre autres les limites liées à son indisponibilité en tant que manifestation de la puissance publique : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 775.

publique et aide mieux à délimiter l'étendue de la sphère publique »⁷⁴², ou du moins de ce qui relève en premier lieu de son essence ; c'est-à-dire de ce dont une autorité administrative ne saurait se défaire. Il poursuit alors sa démonstration et procède à l'exclusion de principe de toute possibilité de délégation de l'exercice de cette puissance publique par son attributaire désigné par le droit objectif⁷⁴³. Ainsi le juge administratif a-t-il invariablement sanctionné, sur des fondements parfois différents, les délégations par une autorité administrative d'un de ces pouvoirs normatifs. À quelques années d'intervalle, ce dernier considéra par exemple que la délégation de l'exploitation d'une plage à un particulier⁷⁴⁴, aussi bien que la nomination d'un chirurgien-chef de service dans un hôpital⁷⁴⁵, ne sauraient avoir pour effet d'exonérer la personne publique titulaire du pouvoir de police, ou d'organisation du service public en cause, de sa responsabilité en cas d'accident, ou de faute, en lien avec l'une ou l'autre de ces activités. Et donc, que de telles délégations ne pouvaient emporter celle d'un pouvoir normatif en dehors des cas strictement prévus par le droit objectif. Le caractère particulier du pouvoir normatif, étroitement lié à la puissance publique, est donc bel et bien confronté à une indisponibilité de principe renforcée par sa lecture renouvelée qui interdirait à priori d'employer pour son exercice des stratégies managériales au nombre desquelles figure l'externalisation administrative.

2. Une indisponibilité renforcée par la relecture de l'indisponibilité

260. Une indisponibilité de principe renforcée par la relecture de l'indisponibilité. Outre la mise à l'écart du pouvoir normatif du périmètre de l'externalisation administrative du fait des

⁷⁴² PLESSIX B., *op. cit.*, p. 248.

⁷⁴³ Aussi évoque-t-il en effet que « l'une des conséquences juridiques de l'absolutisme d'un pouvoir souverain, c'est que l'État ne saurait renoncer par avance, en contrepartie d'on ne sait quel bénéfice, à l'exercice des missions qui touchent aux conditions mêmes de son existence en tant que pouvoir souverain (pouvoir normatif, pouvoir de coercition), là où la souveraineté implique précisément que l'État doit toujours avoir la maîtrise constante de son destin » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 251.

⁷⁴⁴ « (...) ; que la circonstance qu'une telle commune (...) a confié l'exploitation du service des bains à un particulier et a chargé son cocontractant d'assurer, en ses lieu et place, l'exécution des diverses mesures (...), ne saurait, s'agissant de l'exécution d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident ou envers ses ayants cause, du fait de l'existence d'une faute provenant de l'insuffisance des mesures prescrites pour la prévention des accidents (...) » : CE, sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, rec. p. 301.

⁷⁴⁵ « Considérant que la Commission administrative du Centre hospitalier de Brest ne pouvait légalement (...) s'interdire de modifier pendant la durée du contrat sans l'accord dudit chirurgien, l'organisation du service de chirurgie de l'hôpital (...) que le sieur Barbaro n'est pas fondé à invoquer à l'appui de cette demande une faute qu'aurait commise l'administration en édictant le règlement du 13 juillet 1954, la Commission administrative, en confiant, par règlement du 8 février 1951, un service de chirurgie au sieur Griffé qui n'était alors que chirurgien adjoint, a excédé ses pouvoirs ; que le requérant est par suite fondé à demander au Centre hospitalier de Brest réparation du dommage qui lui a été causé » : CE, 11 janvier 1961, *Sieurs Barbaro et de la Marnière*, rec. p. 25.

moyens juridiques exorbitants qu'il implique pour sa mise en œuvre, l'argumentation proposée par Élodie Saillant révèle également la mise en œuvre de la lecture renouvelée du principe d'indisponibilité lorsque l'externalisation porte sur la réalisation de la dimension normative de la compétence. L'un des intérêts de la relecture proposée réside alors au même titre dans la possibilité qu'elle offre de concilier, voire de réunir, les divers arguments avancés jusque-là par la doctrine afin de présenter les contours de l'externalisation en matière administrative. Certes, la nécessaire mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, intrinsèque à l'exercice de tout pouvoir normatif, implique en elle-même son exclusion du champ de l'externalisation, et l'explique dans la mesure où la puissance publique, composante de la souveraineté, appartient à tous et à aucun. Néanmoins, dès lors que le droit objectif s'impose comme le garant formel de cette indisponibilité essentielle de l'exercice de la puissance publique, il convient de poursuivre ce rapprochement opéré auparavant entre le droit objectif, l'indisponibilité, et le caractère contraignant de la dimension normative de la compétence.

Le point de rencontre entre ces trois éléments semblait d'ailleurs émerger des réflexions suscitées par Charles Eisenmann dans ses *Cours de droit administratif* prononcés entre 1954 et 1955 alors qu'il s'intéressait à la théorie des actes en droit administratif et en droit privé. Écartant les actes matériels, il focalisait son attention sur les actes juridiques participant d'une opération normatrice, et donc de l'exercice d'un pouvoir normatif afin de réglementer le comportement des individus⁷⁴⁶, dans un rapport de droits et d'obligations réciproques en droit privé et dans un rapport de commandement unilatéral en droit administratif. Aussi soulignait-il alors qu'à la différence des premiers, l'ordre juridique administratif imposait l'existence d'un cadre juridique strict et contraignant propre à l'exercice du pouvoir normatif par les personnes publiques habilitées. L'auteur élaborait par conséquent une théorie générale de l'action normative dans laquelle le principe de légalité se trouvait relégué au profit de la compétence⁷⁴⁷. Proposant alors une définition la plus précise possible de cette notion située au cœur de l'encadrement objectif du pouvoir normatif, il en identifiait les deux éléments

⁷⁴⁶ Charles Eisenmann insistait notamment sur le fait qu'un acte juridique se caractérise essentiellement en ce qu'il « *régleme la conduite d'au moins un être humain, c'est-à-dire qui ou bien lui enjoint de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose, d'observer telle ou telle conduite* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome I, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 399.

⁷⁴⁷ La réglementation de l'action normative des agents administratifs relevait effectivement selon lui d'une expression « *synonyme de réglementation de la compétence, de réglementation des pouvoirs ou de réglementation des facultés, car la compétence, les facultés, les pouvoirs, ce sont – et rien d'autre – des possibilités d'actions, la définition d'actions envisagées comme pouvant être accomplies, comme possibles, futures, éventuelles* » : EISENMANN Ch., *Ibid.*

essentiels, c'est-à-dire « *l'essence normative qui constitue les règles de compétence* » et « *les modalités de l'exercice de la compétence normative des agents* »⁷⁴⁸. Aussi convient-il de poursuivre cette réflexion et de considérer que ces deux éléments se rejoignent dans ce cadre objectif déterminant, pour les personnes bénéficiant d'un pouvoir normatif, les conditions et les limites de son exercice.

Répondait d'ailleurs à cette dualité de la compétence une dualité des objets de la règle de compétence : le destinataire et les actes qu'il peut produire⁷⁴⁹. Ainsi l'importance du droit objectif revêtait-elle alors une dimension particulière dans la mesure où, s'agissant du point de vue du destinataire, la règle de compétence permet de déterminer avec précision le sujet de l'habilitation⁷⁵⁰. Aussi ajoutait-il que l'approche par le sujet correspondait davantage aux nécessités inhérentes à l'analyse par la doctrine du droit positif⁷⁵¹. Il indiquait de surcroît qu'en ce qui concerne tout particulièrement la réglementation de l'action normative des autorités administratives, la compétence devait focaliser l'attention dès lors qu'il était admis qu'elle en constituait l'objet principal par l'encadrement strict de sa répartition autant que de son utilisation⁷⁵². Charles Eisenmann prenait également soin de distinguer ces règles essentielles portant sur la détermination stricte de l'autorité habilitée à exercer le pouvoir normatif ainsi que les limites de cet exercice et les règles complémentaires encadrant davantage la procédure de réalisation de la dimension normative de la compétence une fois celle-ci admise dans son principe⁷⁵³. Aussi concluait-il finalement sa démonstration par l'élaboration de deux catégories de règles de compétence : « *d'une part les règles qui contribuent à déterminer la substance ou le fond des pouvoirs ; nous dirons souvent : les*

⁷⁴⁸ CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 83, 2009, p. 248.

⁷⁴⁹ Charles Eisenmann précisait en effet « *que les règles de compétence peuvent être analysées de deux points de vue, puisqu'il y a deux éléments essentiels dans les règles de compétence : les sujets et les actes* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 240.

⁷⁵⁰ La fonction première du droit objectif se révélait donc, plus précisément encore, comme celle par laquelle sont fixés pour chaque autorité « *sa compétence, ses pouvoirs, les actes qu'il peut accomplir, c'est-à-dire bien la situation de ce sujet* » : EISENMANN Ch., *Ibid.*

⁷⁵¹ Il considérait effectivement que « *sur le plan de la pratique, le problème se présentera généralement sous la forme de l'interrogation suivante : pour accomplir tel acte, quel est l'organe qualifié ?* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 242.

⁷⁵² Il poursuivait alors son raisonnement afin de parvenir à démontrer qu'en droit positif « *est de savoir comment la compétence de l'Administration est réglementée. Comment sont donc déterminés les actes que les agents administratifs peuvent accomplir ? Nous envisagerons donc les règles de compétence de l'Administration sous l'angle des pouvoirs des agents ou organes* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 243.

⁷⁵³ Alors que « *le noyau essentiel des règles de compétence* » concerne l'encadrement de l'action normative des autorités habilitées, des règles supplémentaires procèdent à l'encadrement des « *formes de l'action, la procédure d'édiction des normes* », le « *lieu de l'action* », le « *temps de l'action* », « *les conditions de fond de l'édiction des normes* », le « *but de l'action* » et les « *conditions psychologiques de l'action valable* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 242, 243 et 244.

règles sur les pouvoirs et, d'autre part, les règles qui portent seulement sur les modalités d'exercice de la compétence, que nous appellerons souvent : règles sur l'exercice des pouvoirs »⁷⁵⁴. S'appuyant sur cette présentation des règles de compétence, Charles Eisenmann démontrait donc déjà que les règles sur les pouvoirs intégraient pleinement les conditions objectives de l'action ; en d'autres termes, celles délimitant précisément à travers la répartition des compétences normatives, les titulaires d'un pouvoir de vouloir et les limites de ce pouvoir⁷⁵⁵ parmi lesquelles figure au premier rang celle inhérente à l'indisponibilité.

261. Un renforcement éclairé par l'indisponibilité du pouvoir législatif. L'indisponibilité du pouvoir législatif offre sur ce point une illustration particulièrement éclairante du caractère contraignant de la dimension normative de la compétence imposée par le droit objectif afin de préserver l'essence indisponible de la puissance publique. À l'origine de la « résurrection » du principe d'indisponibilité des compétences sous la plume d'Adhémar Esmein⁷⁵⁶ ou encore de Léon Duguit et de Maurice Hauriou, la sanction des délégations du pouvoir législatif renseignait déjà en effet sur la justification proposée ici du principe d'indisponibilité. S'il est indéniable que la Constitution organise de manière exceptionnelle une procédure permettant au législateur de confier temporairement sa compétence normative au pouvoir réglementaire, l'article 38 de la Constitution instaure un cadre juridique strictement déterminé à sa mise en œuvre⁷⁵⁷ en dehors duquel une telle délégation sera sanctionnée au motif de l'incompétence négative⁷⁵⁸, et dans lequel le législateur conserve toujours un droit de regard et de contrôle sur le bénéficiaire d'une telle habilitation législative. Pouvoir normatif par excellence, le pouvoir législatif demeure donc enserré dans un carcan imposé par le droit objectif destiné en partie à

⁷⁵⁴ EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 245.

⁷⁵⁵ Alors que « *si ces conditions sont déterminées de façon limitative par la réglementation législative ou jurisprudentielle, c'est le pouvoir de l'organe lui-même qui est limité* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 246. Et de préciser plus loin que « *le fond de la compétence ne se définit pas uniquement par le contenu des normes qui peuvent être posées ou des qualités de ces normes. La définition de la compétence comprend en outre la détermination des conditions objectives dans lesquelles ces normes peuvent être posées* » : EISENMANN Ch., *op. cit.*, p. 247.

⁷⁵⁶ Il affirmait en effet que « *sous nos constitutions nationales rigides, les divers pouvoirs constitués ne tirent leur existence et leurs attributions que de la Constitution elle-même. Ils n'existent qu'en vertu de cette Constitution, dans la mesure et dans les conditions qu'elle a fixées* » : ESMEIN A., « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit « des pleins pouvoirs » présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, p. 203.

⁷⁵⁷ Si « *le Gouvernement peut (...) demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances (...) des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* », elles n'acquièrent force de loi qu'après ratification expresse par le législateur, et « *ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

⁷⁵⁸ Jonathan Garcia suggère notamment que « *le Conseil constitutionnel s'est approprié la règle d'indisponibilité des compétences afin de légitimer le contrôle des incompétences négatives du législateur* » : GARCIA J., *Le contrôle des incompétences négatives du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dact., Université de Montpellier, 2015, p. 97.

garantir son exercice au nom du peuple souverain et non au gré du pouvoir de vouloir attribué par la Constitution au législateur⁷⁵⁹.

Au même titre que les autorités administratives, voire occasionnellement les particuliers, titulaires d'un pouvoir normatif, la compétence normative du législateur s'intègre à un « *système normatif* »⁷⁶⁰ auquel ce dernier ne peut déroger. Décelant derrière cette répartition stricte des compétences normatives une manifestation édifiante du principe d'indisponibilité, Jonathan Garcia identifie à travers lui « *une règle structurante du lien qui unit le législateur à l'exercice de certaines compétences* »⁷⁶¹. En tant que telle, l'indisponibilité ne peut cependant pas être envisagée uniquement sous l'angle de la contrainte. Rejoignant alors la relecture qui en est ici proposée, l'identification de ce principe à une règle structurante appelle nécessairement à prendre en compte le fait qu'il justifie parfois juridiquement des délégations du pouvoir législatif. Certes, il en fixe des limites objectives strictes, mais il demeure finalement, à l'instar des normes d'habilitation, à la fois une contrainte et une ressource dont le respect est assuré par le juge⁷⁶². Jonathan Garcia précise d'ailleurs sur ce point que la compétence normative « *est un élément direct du pouvoir législatif, elle fait partie de son essence, le législateur ne peut donc s'en saisir pour la transmettre à une autre autorité* »⁷⁶³. Il convient alors de poursuivre plus loin la pensée de Charles Eisenmann selon laquelle si la compétence peut être envisagée comme un titre à agir, elle conduit notamment à répondre à la question relative à la détermination de l'autorité qui peut ou doit agir. Elle est donc bien en cela une habilitation qui « *confère à un individu le droit d'édicter des normes prescriptives ou*

⁷⁵⁹ Inspiré par les réflexions duiguistes, Jonathan Garcia rappelle effectivement que la compétence recouvre notamment un « *pouvoir de faire des lois (qui) est un devoir objectif qui oblige le législateur à agir conformément aux exigences de la souveraineté nationale et selon les règles du pacte démocratique à l'origine de l'investiture du corps législatif* » : GARCIA J., *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶⁰ C'est à Louis Favoreu que l'on doit notamment l'expression de « *système normatif* » pour désigner l'ensemble des dispositions constitutionnelles qui organisent strictement la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire : FAVOREU L., « Rapport introductif », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, Economica-PUAM, 1978, p. 32 et s.

⁷⁶¹ GARCIA J., *op. cit.*, p. 82.

⁷⁶² Jonathan Garcia démontre en effet par une analyse exhaustive de la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *qu'il est possible d'apprécier l'utilisation implicite de la règle d'indisponibilité des compétences par le législateur* » à l'aune de son maniement de l'argument de l'incompétence négative : GARCIA J., *op. cit.*, p. 98. Ainsi les juges de la rue de Montpensier ont-ils pu rappeler très tôt que « *l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice, dans les conditions ci-dessus rappelées, des attributions définies par les dispositions en cause* » : CC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, n° 75-56 DC.

⁷⁶³ GARCIA J., *op. cit.*, p. 98.

permissives »⁷⁶⁴ dans les conditions fixées par la réglementation des pouvoirs normatifs, et plus précisément, des règles relatives aux conditions objectives de l'action.

Paradoxalement, pour les appréhender, Charles Eisenmann privilégiait une approche subjective laissant davantage transparaître la marque et les conséquences de l'indisponibilité que l'approche objective⁷⁶⁵. Un point de vue qui peut en l'occurrence être employé pour préciser non plus seulement l'étendue de la compétence s'agissant des normes qu'une autorité habilitée peut édicter, mais également celle des limites que le droit objectif lui impose au-delà de la question du fond des normes. Conditionné par essence, le pouvoir normatif attribué aux autorités administratives est toujours accompagné d'un cadre contraignant incluant notamment ce dont elles ne peuvent disposer. Il est permis par conséquent de considérer que les règles de compétence strictement fixées par le droit objectif recouvrent également celles relatives à l'indisponibilité du pouvoir normatif. Aussi, de la même façon que « *le législateur ne saurait déléguer sa compétence dans un cas non prévu par la Constitution* »⁷⁶⁶ aux fins de confier une parcelle de son pouvoir législatif à une autorité administrative, ces mêmes autorités ne sauraient-elles non plus disposer de leurs compétences normatives au point d'en confier l'exercice à une autre personne en dehors des cas prévus par la norme d'habilitation primaire ou par une norme supérieure. Il convient d'ailleurs de préciser qu'une telle interdiction fut posée par les juges de la rue de Montpensier au sujet de l'attribution par la loi d'un pouvoir normatif local à la collectivité de Corse. Ils rappelaient alors que « *le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi* »⁷⁶⁷. Il existe donc bien une dimension normative de la compétence indisponible, en ce

⁷⁶⁴ A. BRUNON-ERNST, « Bentham, Foucault et les normes », in *Gouverner par les standards et les indicateurs : De Hume au rankings*, Bruylant, 2013, p. 359 et s.

⁷⁶⁵ Laquelle relevait selon lui d'une prise en compte du contenu de la norme édictée pour la détermination des pouvoirs de l'agent. Il précisait en effet que le point de vue subjectif « *permet de comprendre le contenu objectif des normes. Il lui donne sa fonction normative. En outre, il apparaît que l'élément objectif des normes présente lui-même un caractère subjectif* » : CHIFFLOT N., *op. cit.*, p. 255. Ce dernier ajoutait également que, « *que l'on s'intéresse à la détermination des agents compétents pour faire des actes juridiques, ou que l'on s'intéresse à la détermination des sujets qui entrent dans le champ de leurs compétences, la conception personnaliste de Charles Eisenmann imprègne son analyse du fond des normes* » : CHIFFLOT N., *op. cit.*, p. 255 et 256.

⁷⁶⁶ CC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, n° 2001-454 DC.

⁷⁶⁷ CC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, n° 2001-454 DC. Et d'ajouter qu'il ne saurait en aucune façon avoir « *ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre* ». Qu'il était toujours possible cependant, en vertu de l'article 72 de la Constitution, qu'une collectivité se voit attribuer par le législateur le pouvoir normatif de fixer, « *dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi* » : CC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, n° 2001-454 DC. Précisant cependant que « *le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les dispositions essentielles de mise en œuvre des libertés*

sens que les personnes qui en sont attributaires ne peuvent en jouir que dans les limites contraignantes fixées par le droit objectif. C'est pour cette raison qu'elle serait en principe préservée formellement des stratégies managériales au premier rang desquelles figurent l'externalisation.

B. Une dimension préservée par les stratégies managériales

262. Les incidences logiques et complémentaires de l'indisponibilité sur l'externalisation.

Alors que l'évolution du contexte économique et social n'appelle pas nécessairement à moins d'État mais à un État plus efficace⁷⁶⁸, la relecture de l'indisponibilité des compétences et la confirmation de celle de la puissance publique paraissent devoir encourager cette évolution du rôle des personnes publiques dans une économie de marché⁷⁶⁹. La reprise des préceptes du *New Public Management* dans le cadre de la réorganisation de l'État et des nombreuses réformes de l'administration manifeste d'ailleurs cette tendance qu'il ne s'agit donc plus de contester, mais plutôt de cerner et d'expliquer. »⁷⁷⁰. Mais si, d'évolution de la puissance publique il est nécessairement question, il s'agit de l'envisager ici à l'aune du cadre objectif particulièrement contraignant dans lequel le principe et les modalités d'exercice de celle-ci se manifestent autant en droit positif que dans la lecture qui en est proposée par la doctrine. Aussi Paul Lignères rappelle-t-il par exemple l'antienne selon laquelle le repli de la puissance publique ne pourra jamais dépasser le seuil critique de l'exercice du monopole de la violence légitime face auquel l'externalisation doit elle-même s'effacer ; c'est-à-dire finalement de l'exercice du pouvoir normatif, dans la mesure où « *le Droit est ce qui restera à l'État quand il aura tout perdu* »⁷⁷¹. L'indisponibilité de la dimension normative de la compétence pouvait

publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales ».

⁷⁶⁸ Paul Lignères affirme notamment, à l'instar d'une doctrine de plus en plus conséquente, que la performance recherchée par la mise en œuvre du *New Public Management* consiste pour une large part à « mieux cerner leur rôle et de mieux organiser la gouvernance de la société afin de mieux susciter et de mieux canaliser les énergies » : LIGNIÈRES P., *Le temps des juristes. Un essai original sur l'évolution de l'Europe d'un point de vue juridique, économique et historique. Contribution juridique à la croissance européenne*, LexisNexis, coll. Essais, 2012, p. 15.

⁷⁶⁹ Guylain Clamour soulignait en effet dès 2004 que « si la régénération de l'intérêt général dont il est question emporte la banalisation des personnes publiques dans l'économie, elle conduit simultanément à les redéployer, cette fois-ci en leur qualité de pouvoirs publics en cela qu'elle conduit à rénover le rôle et les moyens de la puissance publique » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 557.

⁷⁷⁰ BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 3.

⁷⁷¹ LIGNIÈRES P., *op. cit.*, p. 15.

donc être envisagée comme un obstacle dirimant à l'aboutissement concret de ce mouvement de managérialisation de l'intervention des personnes publiques.

Mais la doctrine a très rapidement envisagé une autre voie, plus paisible, pour la confrontation du *New Public Management* et de la puissance publique. Ce qui peut conduire à expliquer plus précisément une telle circonscription de l'influence managériale ne saurait en aucun cas remettre en cause l'effectivité de ce tournant dans l'organisation de l'action administrative. L'émergence et la diffusion progressive de l'externalisation administrative dans le droit positif confirme en l'occurrence qu'une telle préservation de la compétence normative des stratégies managériales présente, tel Janus, un double visage complémentaire. Traditionnellement admise et imposée par la doctrine autant que par le droit positif, elle n'interdit en effet en rien le développement de l'externalisation dans la sphère administrative. Il est en outre édifiant de souligner qu'elle pourrait être envisagée à part entière comme étant concomitante à la mise en œuvre d'une telle stratégie dès lors qu'elle implique intrinsèquement un recentrement sur le « cœur de métier » de l'organe qui y recourt ; c'est-à-dire, ici, sur l'activité normative constituant la substantifique moelle du pouvoir politique⁷⁷². Car si l'externalisation administrative conduit les personnes publiques à confier la réalisation de compétences matérielles à d'autres personnes, elle implique également qu'elles puissent en tirer bénéfice pour la réalisation des compétences normatives qui, en vertu du principe d'indisponibilité, ne peuvent faire l'objet d'une telle réorganisation stratégique⁷⁷³, et dont il ne serait d'ailleurs pas opportun d'en confier la réalisation à un individu en particulier, voire même à une section du peuple⁷⁷⁴.

Il convient par conséquent de supposer que le développement de l'externalisation en droit administratif ne contreviendrait en rien à la préservation de la puissance publique ; autrement

⁷⁷² S'appuyant sur les doctrines philosophiques les plus fondamentales de notre pensée politique actuelle, allant d'Aristote à Olivier Beaud en passant par Jean Bodin, Thomas Hobbes ou encore John Locke, Élodie Saillant démontre en effet que « *le pouvoir de commandement est la traduction dans le droit de la spécificité du pouvoir politique, c'est-à-dire du fait qu'il prend en charge des activités spécifiques, pour lesquelles on lui confie le pouvoir de commander aux hommes, pouvoir exorbitant qui a dès lors pour résultat de constituer sa supériorité juridique* », expliquant ce faisant son indisponibilité : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 147 et 148.

⁷⁷³ Il a pu être démontré dans la partie précédente que « *la nouvelle architecture organisationnelle prônée par le New Public Management repose désormais sur le souci de recentrer l'action des personnes publiques sur leurs fonctions essentielles et de confier à d'autres la réalisation des compétences « instrumentales »* » : cf. *supra*, p. 158.

⁷⁷⁴ Guylain Clamour soulignait d'ailleurs que « *des critiques libérales et managériales, le droit administratif est en voie de réussir le tour de force consistant à n'en adopter que le meilleur sans ne rien céder sur l'essentiel* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 595.

dit, à cette indisponibilité de principe de la dimension normative de la compétence. Il serait même possible d'envisager utilement leur association au service d'une action administrative plus efficace et performante⁷⁷⁵, et ce toujours dans les limites fixées par l'encadrement du droit objectif. Alors que Catherine Ribot soulignait à juste titre que le droit du marché pouvait être considéré comme « *un allié, plus probablement un instrument, parmi d'autres* »⁷⁷⁶ en droit administratif, il demeure toujours un domaine réservé de l'action administrative dans lequel il semble difficilement pouvoir s'insérer. Aussi en va-t-il de même, et peut-être davantage encore, s'agissant des préceptes managériaux qui le suivent ou le précèdent souvent là où il se développe. Bien qu'il ne faille pas envisager que la puissance publique subisse directement les conséquences de la réorganisation de l'administration inspirée du *New Public Management*, il convient néanmoins de ne pas non plus les écarter définitivement. Le concept d'externalisation administrative révèle en effet que si la préservation de la puissance publique est bel et bien toujours admise (1) autant par la doctrine que par le droit positif, elle se trouve caractérisée à un double titre par son émergence dans le discours sur le droit administratif et son repliement face à la compétence normative (2).

1. Une préservation admise de la puissance publique

263. Une dimension normative préservée des stratégies managériales. À l'exception d'un éphémère courant doctrinal issu de la Révolution française en vertu duquel il aurait dû être possible d'imposer une forme de « souveraineté de la raison » dans l'exercice du pouvoir, et donc de conditionner l'exercice des compétences normatives à des choix stratégiques et rationnels⁷⁷⁷, il en a invariablement été préservé. Alors même que Sébastien Bernard envisageait le recours à des moyens inspirés du droit privé pour moderniser le service public, et qu'il évoquait à ce titre l'influence des préceptes managériaux⁷⁷⁸, il maintenait

⁷⁷⁵ Sébastien Bernard précisait d'ailleurs que, « *plutôt qu'en termes antinomiques, la rentabilité des activités publiques, l'intérêt général et le droit administratif peuvent être envisagées sous l'angle de la compatibilité, de la combinaison* » : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 337.

⁷⁷⁶ RIBOT C., « Délégations de service public et droit du marché », *CMP*, 2003, p. 17.

⁷⁷⁷ Nicolas de Condorcet affirmait par exemple qu'il devrait être possible d'appliquer aux choix normatifs et à l'exercice du pouvoir une théorie de la décision et des choix rationnels dont la sociologie des organisations et la stratégie d'entreprise s'est inspirée par la suite pour s'imposer comme des disciplines indispensables au bon fonctionnement des entreprises : cf. la recension de cette réflexion opérée par Auguste Comte : COMTE A., *Plan des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société*, Manuscrit, Mai 1822.

⁷⁷⁸ En vertu desquels, à partir des années 1980, a été progressivement admis de manière quasi unanime « *la supériorité de l'organisation managériale privée sur l'organisation administrative* » : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 258.

rigoureusement à l'écart les activités de puissance publique⁷⁷⁹ ; c'est-à-dire celles manifestant l'accomplissement de la fonction administrative par des moyens exorbitants. À tel point d'ailleurs qu'il affirmait non seulement que la frontière entre le droit public et le droit privé se confondait apparemment avec la délimitation de ce qui relevait de la puissance publique⁷⁸⁰, mais aussi que « *les tendances au transfert au secteur privé s'arrêtent au seuil des activités de puissance publique* »⁷⁸¹. Philippe Cossalter vint par la suite approfondir la justification théorique de cette préservation de la puissance publique en écartant purement et simplement l'idée « inutile » d'une indélégalité de certaines activités en raison de leur seule nature⁷⁸². Ainsi assurait-il que les fonctions liées à l'autorité et à la puissance publique ne pouvaient pas faire l'objet d'une délégation⁷⁸³ et donc ne pouvaient subir l'influence des préceptes managériaux⁷⁸⁴. À une autre échelle, Charlotte Denizeau soulignait également cette indisponibilité du pouvoir normatif et son imperméabilité aux stratégies managériales par le constat de la résistance de la puissance publique à l'influence libérale du droit de l'Union européenne⁷⁸⁵.

Particulièrement topique de cette supériorité indisponible rattachée à l'exercice du pouvoir normatif, cette réserve de souveraineté accordée par la Cour de justice traduit d'une certaine

⁷⁷⁹ Aussi Robert Kovar avait-il précisé que « *les autorités publiques se trouvent cantonnées dans des activités qui, par définition, ne peuvent être assurées par des entreprises, en clair des fonctions de nature régaliennes ou, en tout cas sans caractère marchand* » : KOVAR R., « La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée », *Revue Europe*, 1994, chr. 6, p. 2.

⁷⁸⁰ Il démontrait en effet que la recherche de performance « *renforce la pertinence de l'ancienne distinction entre activités de puissance publique et activités marchandes* » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 199.

⁷⁸¹ BERNARD S., *op. cit.*, p. 200.

⁷⁸² « *Toute notion définie par sa « nature » intrinsèque peut sembler vouée à l'inutilité (...). Ainsi, certaines activités de police ne sont pas indélégalables en raison de leur nature, mais de l'attribution de compétence qui en a été faite par la loi* » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 528 et 535.

⁷⁸³ Se référant notamment aux travaux de Philippe Terneyre, il affirmait en effet que « *sont délégalables toutes les fonctions de police que l'on peut juger détachables des fonctions de police du maire, et les fonctions de police qui n'impliquent pas l'exercice de l'autorité* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 535.

⁷⁸⁴ Paradoxalement en référence à ces préceptes, il désignait pourtant cette portion protégée de l'action administrative sous l'appellation de « *core functions de l'État* » (COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 538) ; c'est-à-dire de « cœur de métier », affirmant alors que celui-ci devait être déterminée en fonction de « *l'objet autoritaire de l'activité* ». Il précisait en effet que « *sont des fonctions régaliennes indélégalables ou core functions les activités dont l'objet est d'exercer un pouvoir de contrainte sur les particuliers sans être l'accessoire d'une activité de prestation* » : COSSALTER Ph., *Ibid.* Voir également : LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 87.

⁷⁸⁵ Elle notait effectivement que « *l'idée de puissance publique résiste à l'emprise libérale du droit communautaire puisqu'elle bénéficie d'une immunité au regard des règles fondamentales du marché commun (...), la résistance est rendue possible parce que le droit communautaire accorde une exception à ses principes libéraux ; il concède à l'idée de puissance publique un espace résiduel, protégé et circonscrit* » : DENIZEAU Ch., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004, p. 31.

façon l'indisponibilité de la dimension normative de la compétence ainsi que l'impossibilité d'en confier la réalisation à des personnes non habilitées par le droit objectif, et ce notamment dans le cadre de la mise en œuvre de stratégies managériales. Le fait que soient en effet concernés les emplois « *qui supposent de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que de réciprocité de droits et de devoirs qui sont le fondement de la nationalité* »⁷⁸⁶ manifeste en effet le lien ténu entre ceux-ci et l'exercice de la puissance publique justifiant tout autant qu'ils demeurent à la discrétion des États membres⁷⁸⁷. C'est, en outre, à partir de la notion d'exercice direct ou indirect de cette puissance que les juges de Luxembourg ont progressivement instauré une forme de protection de ces emplois eu égard à la libre circulation des travailleurs⁷⁸⁸. Elle conduisit d'ailleurs la Cour à retenir cette notion d'exercice de la puissance publique avancée par Henri Mayras⁷⁸⁹ afin de parvenir clairement à déterminer ces fonctions qui, entraînant l'exercice d'un pouvoir normatif, ne pouvaient être attribuées qu'à des autorités administratives, ou à des organismes sous subordonnées à elles, strictement déterminées par le droit objectif interne. Malgré une application jugée délicate par la doctrine⁷⁹⁰, ce critère de la puissance publique fournit ainsi une illustration utile de l'indisponibilité de principe de la compétence normative et offre donc un argument supplémentaire de la préservation de la puissance publique des influences managériales.

Un argument d'autant plus pertinent qu'il entre en résonance avec le fondement stratégique de l'externalisation, bien qu'il convienne cependant de le relativiser. Au début des années

⁷⁸⁶ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, rec. p. 3881.

⁷⁸⁷ Les juges purent d'ailleurs préciser que « *l'autorité publique est celle qui découle de la souveraineté, de l'imperium de l'État. Elle implique, pour celui qui l'exerce, la faculté d'user de prérogatives exorbitantes de droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens* »⁷⁸⁷ et qui font donc du pouvoir normatif une parcelle de la puissance publique : CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, rec. p. 665.

⁷⁸⁸ Bien qu'incertain dans son utilisation, ce critère assure que « *l'exception ne vaut en effet pas pour l'ensemble du secteur de l'administration publique, mais simplement pour certains emplois et plus précisément délimités, procédant de l'exercice de la puissance publique et impliquant dans le même temps des missions de sauvegarde des intérêts généraux de l'État* » : CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie Blum c/ Land de Baden-Wurtemberg*, aff. 66/85, rec. p. 2135.

⁷⁸⁹ Dès 1974, ce dernier proposait effectivement d'exclure de l'application de la libre circulation des travailleurs les emplois en « *rapport direct ou indirect avec l'exercice – même simplement occasionnel – de prérogatives de puissance publique exorbitantes du droit commun* » : conclusion d'Henry Mayras sur l'arrêt : CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, rec. p. 665.

⁷⁹⁰ Charlotte Denizeau remarquait par exemple que « *la mise en œuvre du critère fonctionnel et le classement de certains emplois s'avèrent délicats. Si les personnels de police exercent sans conteste des pouvoirs de coercition sur les individus, si les militaires assurent la sauvegarde des intérêts supérieurs de l'État, il existe de nombreux emplois dont le rattachement à l'un ou à l'autre des critères fonctionnels (sauvegarde des intérêts généraux de l'État mais aussi exercice de la puissance publique) est difficile à identifier. La tâche est difficile* » : DENIZEAU Ch., *op. cit.*, p. 67 et 68.

1990, Édouard Balladur affirmait en effet qu'il était nécessaire de s'atteler au réajustement des « *responsabilités qui incombent à l'État par rapport à celles qui relèvent soit d'une autre collectivité publique, soit de l'initiative privée* »⁷⁹¹. En cela la mise en œuvre de l'externalisation administrative, et plus précisément son repliement suggéré face à la dimension normative de la compétence, s'expliquent non seulement par l'indisponibilité avérée de la compétence normative et de l'exercice de la puissance publique qu'elle entraîne, mais aussi par le fondement même de cette stratégie empruntée au monde de l'entreprise afin de favoriser le recentrement des personnes publiques sur leur « cœur de métier »⁷⁹². Loin de concerner donc l'exercice même de la puissance publique, l'externalisation s'exprime pleinement dans ces réformes baignées dans un contexte marqué par la promotion du *New Public Management*. Elle n'est en cela pas absente de ce repli car il serait toujours possible, d'une part, de prévoir par une norme de valeur supérieure la possibilité d'une dérogation à cette indisponibilité de principe et, d'autre part, parce qu'il répond en lui-même à l'objectif stratégique de cet outil : le recentrement sur le « cœur de métier » des personnes publiques qui se manifeste traditionnellement dans la doctrine publiciste par la référence à l'exercice d'un pouvoir politique, par nature spécifique et supérieur aux pouvoirs détenus par les particuliers pour la satisfaction de leurs intérêts individuels⁷⁹³. Cette préservation serait donc conforme à l'esprit même de l'externalisation mise en œuvre dans le monde de l'entreprise ; à savoir confier la réalisation des tâches accessoires à d'autres pour se concentrer sur les tâches essentielles que la personne publique est la seule à pouvoir, ou même à devoir, mettre en œuvre⁷⁹⁴. Il est par conséquent possible d'affirmer que l'externalisation administrative ne subit finalement pas se repliement et que, bien au contraire, elle l'implique et le suscite au vu de sa finalité essentielle.

⁷⁹¹ Précision apportée à l'occasion de l'instauration du Comité Picq le 12 novembre 1993 lors de son communiqué de presse.

⁷⁹² Philippe Bezes rapportait d'ailleurs que la réforme de l'État et de l'organisation administrative ambitionnait depuis le milieu des années 1990 « d'« alléger l'État central » et de légitimer les logiques de délégation des tâches administratives vers les niveaux de gestion les plus bas, qu'elles prennent la forme de déconcentration, de la décentralisation ou de l'externalisation » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 378.

⁷⁹³ Élodie Saillant démontre en cela la nécessité d'une « *monopolisation du pouvoir sur les hommes au profit du seul but politique et aux mains d'une seule entité (...)* (afin) *d'attester la supériorité de l'entité qui en est chargée, en plus de l'ordonner irréductiblement aux buts pour lesquels elle est créée* » et qui transcendent les intérêts particuliers : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 148.

⁷⁹⁴ Il est en outre aujourd'hui souligné qu'il existerait une certaine « *unification des méthodes de gestion publique sous des nouveaux concepts comme le management public ou nouvelle gestion publique, calqués sur le modèle de la gestion des entreprises privées (...), affectant d'ailleurs tout type d'activités publiques, classiquement administratives comme la gestion des services publics ou plus politiques ou constitutionnelles* » SAILLANT É., *op. cit.*, p. 362.

264. Une préservation conforme à l'émergence de l'externalisation. Présentée comme un avatar de la rationalité managériale sous l'ombre de laquelle évoluent aujourd'hui les procédés de gestion de l'action administrative, l'externalisation heurte à priori ce territoire de la puissance publique, ce « cœur de métier » des personnes publiques que constituent leurs compétences normatives et sans lequel elles se trouveraient privées de leur raison d'être. Sur ce point précis, la question de l'externalisation administrative fait débat, au point même qu'il y ait de quoi, pour certains, « *interpeler le juriste de droit public sur son art* »⁷⁹⁵. Il convient alors de préciser que la dualité de la compétence proposée, si elle ne peut faire cesser cette interpellation, engage néanmoins à en atténuer la teneur alarmiste pour n'en retenir que l'aspect prospectif. Alors que seule la dimension normative est ainsi appelée à être préservée par principe de l'externalisation en tant que « cœur de métier » des personnes publiques du fait qu'il implique l'emploi de procédés exorbitants manifestant l'exercice de la puissance publique, la dimension matérielle peut en bénéficier afin de renforcer l'efficacité de sa réalisation dès lors qu'elle n'appelle pas l'emploi de tels instruments. Or, il s'agit là de l'essence même de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation⁷⁹⁶, laquelle participe donc d'une certaine façon de la préservation de la puissance publique. Alors que Benoît Plessix souligne que l'émergence des stratégies d'externalisation pourrait conduire dans une certaine mesure à remettre en cause ces prohibitions si longtemps sanctionnées par les juges du Palais-Royal, il suggère dans le même temps que « *l'externalisation serait un nouveau concept miracle pour expliquer et rationaliser l'état du droit* »⁷⁹⁷. Loin de constituer une solution miraculeuse aux problèmes contemporains, elle conduit malgré tout à rendre compte du développement dans la sphère administrative des pratiques managériales telles que celle dont il est ici question. À priori exclue de son périmètre, la dimension normative semble même parfois admettre que sa réalisation emprunte exceptionnellement cette voie. Il ne saurait, bien entendu, être question de remettre ici en cause le principe d'indisponibilité du fait de ces dérogations ponctuelles.

⁷⁹⁵ LINDITCH Fl., *op. cit.*, p. 79. Et de souligner de la part de la doctrine autant que du droit positif une « *myopie volontaire devant l'externalisation en cours* » qui ne devrait pourtant pas « *dispenser d'une réflexion plus profonde sur les raisons d'être de la puissance publique, à savoir permettre la vie collective* » : LINDITCH Fl., *op. cit.*, p. 89.

⁷⁹⁶ C'est d'ailleurs ce que relevait la Cour des comptes à propos de la mise en œuvre d'une telle stratégie par le ministère de Défense, précisant alors que « *les armées doivent préciser ce qu'est le « cœur de métier » pour déterminer clairement le périmètre des activités « externalisables » sans risquer d'être un jour confrontées à des difficultés opérationnelles* » : Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport annuel 2011, p. 47.

⁷⁹⁷ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 254.

Bien au contraire, la relecture de ce principe permet de comprendre leur justification juridique et participe d'ailleurs de son renforcement, tant cette exclusion s'impose aux yeux de l'observateur conscient que l'externalisation participe tout à la fois du renouvellement du droit administratif et de la mise en œuvre de stratégies d'efficacité économique, et ce même sur les terres de la puissance publique⁷⁹⁸. Bien entendu, l'avènement dans la sphère administrative d'une logique économique de coopération aurait pu avoir de quoi surprendre au vu de l'indisponibilité largement admise de la puissance publique, et donc de l'impossibilité de confier ou de partager une partie de son exercice à une autre personne que son titulaire désigné par le droit objectif. Le développement d'une réflexion fondée sur une distinction du principe de l'action et des moyens employés pour sa réalisation éclairée par une relecture du principe d'indisponibilité offre toutefois une issue à cette impasse. Charles Eisenmann contribua d'ailleurs fortement au déblaiement de ce sentier que l'externalisation emprunterait d'autant plus aisément par la suite. Sans contredire nullement le caractère contraignant de la compétence normative, il démontra effectivement que la personne publique pouvait parfois recourir à des moyens habituels de gestion pour la satisfaction de l'intérêt général. Dans les conditions prévues par le droit objectif, elle était autorisée à employer des outils tels que ceux utilisés dans les activités privées et au rang desquels figure aujourd'hui l'externalisation. La relecture ici proposée de l'indisponibilité de principe de la compétence normative et de la puissance publique n'interdit donc nullement d'envisager qu'il puisse parfois y être recouru si un texte de valeur suffisante y habilite, et ce, même contre le contenu même de l'habilitation. Il convient d'ailleurs d'indiquer que le choix de l'identification d'un repliement, et non d'une exclusion, traduit cette possibilité qui, bien qu'exceptionnelle, autorise parfois à contourner cet obstacle quand le droit objectif y consent.

Ce repliement de l'externalisation administrative lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la compétence normative se présente en outre comme une conséquence de son essence stratégique animée traditionnellement du souci d'un recentrement de l'initiateur sur son « cœur de métier » en quête de performance. Typique du mouvement mis en évidence par Sébastien Bernard en vertu duquel des règles du droit privé sont empruntées par le droit administratif afin de favoriser la recherche de rentabilité de l'action administrative,

⁷⁹⁸ Guylain Clamour démontrait en effet que la Nouvelle Gestion Publique procédait à une pérennisation, « *par renouvellement, du droit administratif* » ainsi qu'à la prolongation de ce mouvement dès lors que « *l'action administrative peut être également, non plus simplement aidée, mais fondée sur une stratégie d'efficacité économique* » et ce même lorsqu'il s'agit de l'exercice de la puissance publique : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 625.

l'intégration de l'externalisation en cette matière ne peut en effet être complète⁷⁹⁹. L'externalisation administrative présente par conséquent une spécificité inhérente aux particularités propres à la sphère publique et notamment de sa supériorité⁸⁰⁰ qui impose l'indisponibilité de principe du pouvoir normatif. Mais elle repose également toujours sur une continuité certaine d'esprit et de logique entre l'outil managérial qu'elle constitue à l'origine, et celui qu'elle se donne pour objectif de devenir en droit administratif. Il n'est de ce fait pas surprenant d'associer ce repliement à son mécanisme stratégique reposant sur la possibilité de favoriser un recentrement de l'organisation qui y recourt sur son « cœur de métier ». Ce recul de l'externalisation est donc totalement compatible, à un double titre, avec la préservation de la compétence normative. D'une part, parce qu'il s'agit d'un repliement imposé par son indisponibilité de principe à laquelle il est exceptionnellement possible de déroger et, d'autre part, parce que ce repliement apparaît comme un complément logique de l'essence managériale de l'externalisation stratégique. Il est même possible d'affirmer finalement qu'elle la caractérise dans la mesure où il s'impose qu'en matière administrative l'externalisation subisse elle aussi cette « *adaptation critique des principes et outils issus du monde de l'entreprise privé* » plutôt qu'elle soit tout simplement appliquée telle qu'elle y est employée⁸⁰¹.

2. Une préservation caractérisée par le repliement de l'externalisation

265. Une exclusion caractéristique de l'externalisation administrative. Il a pu être démontré que la dimension normative de la compétence recouvre l'essence même de ce qui fait l'État : en l'espèce, l'exercice de la puissance publique susceptible d'assurer, par le commandement, la pérennité de l'ordre public et la satisfaction de l'intérêt général. Bien qu'en y étant exclue par principe, l'externalisation administrative y trouve néanmoins une traduction juridique de

⁷⁹⁹ Il démontrait en effet que « *dans tous les cas, le mécanisme est donc le même : le mouvement d'éviction ou de banalisation ne parvient pas à son terme* » : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 336. Et Fabrice Melleray de rajouter que, « *si on assiste bien à l'éviction progressive du droit administratif ainsi qu'à sa banalisation, cette éviction n'est cependant que partielle et cette banalisation, en voie de dépassement spécialement par une publicisation des moyens inspirés du droit privé* » : MELLERAY F., « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA*, 2003, p. 1964.

⁸⁰⁰ Élodie Saillant souligne d'ailleurs que, « *inspirée des préceptes du management, envisagée comme un calque de la gestion de l'entreprise privée, cette gestion modernisée reste au demeurant une gestion publique* » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 366. Et l'auteur de rajouter qu'« *elle est la « nouvelle gestion publique », elle est le new public management, elle est un renouveau de la manière d'envisager la satisfaction des besoins collectifs, mais elle s'est justement construite en prenant en compte les impératifs publics, les spécificités du fonctionnement des administrations, au sens premier* ».

⁸⁰¹ MEYRONIN B., « Manager public : en finir avec les clichés », *Manager public*, n° 2, septembre 2008, p. 14.

sa fonction managériale en conduisant les personnes publiques à s'atteler à ce qu'elles doivent faire et qui recouvre ses pouvoirs régaliens⁸⁰². C'est alors dans ce sens qu'il convient d'appréhender le recours par les personnes publiques à l'externalisation, dès lors qu'il manifeste « *une volonté de recentrage de la puissance publique sur son « cœur de métier »* »⁸⁰³; autrement dit, sur l'exercice de son pouvoir normatif, lequel ne peut être concerné directement par cette stratégie du fait de son caractère formellement contraignant et par essence indisponible en ce qu'il nécessite l'emploi de la puissance publique. Il est donc logique de poursuivre ce raisonnement en déterminant ses limites à l'aune du caractère particulier du pouvoir normatif. Il n'y aurait dès lors plus à rechercher un encadrement singulier de ce concept, et donc à se reposer la question de la frontière entre le déléguable et l'indéléguable. L'exclusion de principe du recours à l'externalisation dans le cadre de la réalisation des compétences normatives résulterait tout simplement de l'application du principe d'indisponibilité, à l'instar de la prohibition de la renonciation. Il n'y aurait par conséquent pas lieu de déceler d'une façon ou d'une autre une extension du recours à l'externalisation portant sur l'exercice du pouvoir régalien⁸⁰⁴. Aussi sa multiplication dans des domaines considérés comme régaliens est-elle *in fine* conforme à ce principe, dès lors qu'elle se développe « *dans un cadre légal renforcé* »⁸⁰⁵ et respecte donc celui instauré par le droit objectif.

Au-delà de cette précision liée à l'essence managériale de l'externalisation, son application discrète et ponctuelle dans le cadre de l'expression de la dimension normative de la compétence révèle par conséquent l'importance de l'indisponibilité, envisagée comme un

⁸⁰² Par exemple : « *le pouvoir de commandement, suivi par la fonction de justicier suprême, puis le droit de lever des impôts, de battre monnaie (...) de légiférer (...) et décider de la paix ou de la guerre* » : MARIN S., « Droits régaliens », in *Encyclopaedia Universalis*, <http://www.universalis.edu.com>. Olivier Frot rappelle d'ailleurs au sujet de ce dernier que si l'externalisation n'y est pas étrangère, elle est pratiquée dans des limites liées selon lui à la notion de « cœur de métier » ; c'est-à-dire que dans ce domaine « *les externalisations ne doivent pas affecter les capacités des armées à réaliser leurs missions opérationnelles* » : FROT O., *État régalien et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012, p. 133 et 134.

⁸⁰³ ROUVILLOIS Fr., *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Fondation pour l'innovation politique, 2008, p. 4.

⁸⁰⁴ Selon Frédéric Rouvillois et comme cela a pu être relevé précédemment, il est vrai que pour la doctrine « *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* » : ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 15. Il est toutefois surprenant que la doctrine réaffirme avec force le « *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* » tout en considérant désormais que l'externalisation le contournerait de plus en plus aujourd'hui : ROUVILLOIS Fr., *Ibid.*

⁸⁰⁵ ROCHÉ S., « Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », *Revue française de science politique*, vol. 54-1, 2004, p. 53.

principe permissif et non plus seulement prohibitif. Certes, il exprime bien en la matière un horizon indépassable, mais il en est aussi la source lorsqu'il admet par exemple qu'il puisse y être dérogé dès lors que le droit objectif le prévoit⁸⁰⁶. Justement motivé par l'absence de financements et de compétences techniques nécessaires pour assurer elles-mêmes des missions de plus en plus nombreuses et complexes, le recours par les personnes publiques aux délégations de pouvoir manifeste dans une certaine mesure la mise en œuvre de pratiques directement inspirées du management stratégique, et notamment de l'externalisation d'activités entraînant parfois l'exercice d'un pouvoir normatif. Bien que strictement encadré⁸⁰⁷, il arrive même qu'un tel pouvoir soit attribué à une autre personne afin de lui garantir les moyens de remplir pleinement la mission qui lui est confiée. Ainsi Benoît Plessix expose-t-il implicitement l'enjeu de l'externalisation administrative proprement dite en tant qu'elle « *permet de justifier et encadrer les délégations des fonctions non essentielles, annexes, accessoires et techniques, celles qui ne touchent pas à l'exercice même d'un cœur de métier mais viennent seulement à son soutien opérationnel* »⁸⁰⁸. Le concept d'externalisation administrative est donc compatible avec la dimension normative de la compétence en ce qu'il permet, d'une part, aux autorités administratives habilitées de concentrer leurs actions sur la réalisation de leur « cœur de métier » et, d'autre part, en ce qu'il est même parfois admis qu'elle fasse l'objet de la mise en œuvre d'une telle stratégie⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Benoît Plessix semble d'ailleurs conduire la réflexion dans cette direction lorsqu'il évoque au titre des limites à l'interdiction de déléguer l'exercice d'un pouvoir normatif que « *la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur autorise les collectivités publiques à procéder à des délégations d'activités publiques à des particuliers* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 253.

⁸⁰⁷ Le juge administratif sanctionne notamment sans mesure les délégations qui dépasseraient le cadre prévu par le législateur : exemple : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 969. Les juges du Palais-Royal rappelaient alors que « *ces dispositions de la loi du 12 juillet 1983 (...) que les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles, conformément aux dispositions précitées du code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale* ». De même plus récemment, le Conseil d'État considérait que « *ces dispositions législatives n'avaient ni pour objet ni pour effet, d'une part de déléguer aux fédérations départementales les pouvoirs de police de la chasse mis en œuvre par les services départementaux de garderie* » : CE, 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, rec. p. 54.

⁸⁰⁸ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 255.

⁸⁰⁹ De plus, les développements à suivre démontreront également qu'elle peut parfois être indirectement concernée par l'externalisation lorsque celle-ci est employée afin de parvenir à la réalisation de la dimension matérielle de la compétence par l'emploi de procédés ordinaires participant de la concrétisation de l'exercice d'un pouvoir normatif. Benoît Plessix indique d'ailleurs que « *même en matière de services publics portant sur des activités régaliennes, l'interdiction, telle que formulée, ouvre en réalité certaines possibilités à la participation des personnes privées. Échappent ainsi à la prohibition les activités, certes régaliennes, mais néanmoins plus proches de la prestation que de la domination, à l'image des fonctions de sécurité (...). C'est ce qui explique la légalité de la délégation au secteur privé de la capture et de la mise en fourrière des animaux errants, du service public de la plage, de la gestion des établissements pénitentiaires ou encore du transport des étrangers en attente d'expulsion et placés en centre de rétention ou maintenus en zone d'attente, dès lors que ces régimes juridiques opèrent délégation des seules tâches de gestion* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 253.

Il convient par conséquent d'envisager une approche des contours de l'externalisation administrative influencée à la fois par son essence managériale et par le droit administratif. Celle-ci parvient alors à offrir une vision plus globale de ses frontières que par la seule prise en compte pragmatique des activités qui relèveraient ou non par nature de son « cœur de métier » aléatoire et conjoncturel⁸¹⁰. Si ses racines managériales obligent comme dans d'autres domaines à exclure par principe ce « cœur » du champ de l'externalisation stratégique, les spécificités du droit administratif conduisent en l'occurrence à adopter une approche complémentaire et singulière susceptible de prendre en compte les exigences propres à cette sphère d'action exorbitante⁸¹¹. Une seconde explication, inhérente au particularisme de cette discipline, justifie donc elle aussi un tel repliement de l'externalisation. Elle apporte d'ailleurs un complément utile dès lors que la notion de « cœur de métier » est le plus souvent insuffisante pour en apporter une vision générale et pérenne⁸¹². Il convient donc d'évoquer ces lacunes afin de mettre mieux en évidence l'intérêt qu'il y a à proposer cette explication à partir de l'indisponibilité absolue de la dimension normative de la compétence. L'abandon d'une approche exclusivement pragmatique induite par la prise en compte de la notion de « cœur de métier » permet alors d'aboutir à une présentation plus générale des frontières de l'externalisation. Une présentation davantage ancrée au sein du droit objectif, alors qu'elle était auparavant soumise aux aléas et aux évolutions des activités et du contexte⁸¹³. Alliant à la fois la prise en compte de sa logique stratégique et les principes cardinaux du droit administratif, la démonstration d'un repliement de l'externalisation face à la dimension normative de la compétence présente finalement une délimitation plus précise de ces contours.

⁸¹⁰ Alors qu'il souligne que l'approche centrée principalement sur l'essence managériale de l'externalisation administrative adoptée jusque-là par la doctrine manque de juridicité et qu'il rappelle en l'occurrence « *le caractère artificiel de cette notion de cœur de métier qui reste essentiellement empirique, étudiée au cas par cas et assez évolutive* », le constat qu'il pose incite d'ailleurs à engager une telle évolution de l'appréhension juridique du périmètre de l'externalisation administrative : FROT O., *op. cit.*, p. 134.

⁸¹¹ La Cour des comptes ainsi que la Commission des finances regrettent d'ailleurs l'approximation entourant la définition actuelle des contours de l'externalisation. Louis Giscard d'Estaing rappelle sur ce point que « *le premier constat de la Cour, à cet égard, porte sur l'absence de définition claire et précise du « cœur de métier », notion pourtant régulièrement mise en avant pour justifier ou critiquer le recours aux externalisations* » : rapport n° 3141 présenté le 2 février 2011 par la Commission des finances de l'assemblée nationale et présenté par L. Giscard d'Estaing sur les coûts et les bénéfices attendus de l'externalisation au ministère de la défense, p. 31.

⁸¹² Olivier Frot démontre sur cette question que « *la principale difficulté rencontrée dans la démarche d'externalisation réside dans l'improbable notion de « cœur de métier »* » : FROT O., *op. cit.*, p. 136.

⁸¹³ Et ce, d'autant plus qu'il ne faisait pas l'objet d'une définition juridique, mais plutôt d'une délimitation politique. Aussi Olivier Frot rappelle-t-il que lorsqu'elle est envisagée à travers le prisme stratégique de la notion de « cœur de métier », l'externalisation administrative s'exerce sur « *un périmètre variable selon les choix des nations qui y ont recours* » ainsi que selon le domaine dans lequel elle est employée : FROT O., *op. cit.*, p. 142.

266. Un repliement propice à la délimitation de ses contours en droit positif. Il est en effet possible de proposer une clarification des contours de l'externalisation administrative, et ce faisant, une simplification de la problématique soulevée par les remises en causes récurrentes de la puissance publique⁸¹⁴. Celle-ci n'est finalement pas ébranlée par l'émergence de ce concept et s'en trouve même paradoxalement renforcée dans la mesure où, d'une part, elle demeure préservée de son application et, d'autre part, que cette sanctuarisation découle de la finalité même de cette stratégie consistant à favoriser un recentrement sur le « cœur de métier » des personnes publiques⁸¹⁵. L'exemple de la gestion mixte dans le domaine du service public pénitentiaire étaye cette proposition. Il est en effet possible de constater que le développement de cette pratique liée à l'externalisation ne peut, en vertu même de la loi, concerner « *directement la dimension régaliennne du service public* »⁸¹⁶ ; c'est-à-dire celle relevant de l'exercice d'un pouvoir normatif par l'emploi de moyens juridiques exorbitants⁸¹⁷. Aussi en va-t-il de même de l'évolution du service public de la défense. Il aurait en effet été difficilement concevable de permettre de confier à une personne publique, et à plus forte raison encore à une personne privée, la réalisation globale des activités relevant de ce service public. Pour autant, les mutations contemporaines du secteur de la défense traduisent explicitement la mise en œuvre de stratégies d'externalisation⁸¹⁸. Il demeure cependant

⁸¹⁴ Florian Linditch indique d'ailleurs à l'occasion d'une réflexion relative à la rencontre de l'externalisation et de la puissance publique que « *les explications de cette évolution (du recours à l'externalisation) méritent d'être connues, ne serait-ce que pour anticiper les contours futurs de la puissance publique dans le droit public contemporain* » : LINDITCH FL., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 79. Ainsi suggère-t-il que le développement du recours à l'externalisation dans le domaine à priori régalien incite à revoir la délimitation de la puissance publique.

⁸¹⁵ Et contribue ainsi à leur relégitimation. Frédéric Rouvillois suggérait d'ailleurs que « *l'externalisation n'est en rien synonyme de « banalisation de l'État » : 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* » : ROUVILLOIS Fr., *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Fondation pour l'innovation politique, 2008, p. 45. S'ajoute à cela le fait qu'elles semblent devoir acquérir avec cette pratique une efficacité accrue dans la réalisation de leur action.

⁸¹⁶ ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 25.

⁸¹⁷ L'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire disposait en effet dans sa version modifiée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 que « *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 de droit privé habilitées* ». Aussi la Cour des comptes soulignait-elle d'ailleurs que « *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 de l'administration qui auraient ainsi évolué pour passer du « faire » au « faire faire »* » dans la mesure où elle demeure bien entendue cantonnée à la seule gestion : Cours des comptes, rapport public thématique, *Garde et réinsertion. La gestion des prisons*, 2006, p. 28.

⁸¹⁸ Ramu de Bellescize notait d'ailleurs que « *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* » : DE BELLESCIZE R., *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005, p. 85.

toujours admis, aussi bien par le droit positif que la doctrine, que « l'activité « régaliennne » des différentes structures de la Défense (...) est exclue du domaine externalisable » ; en d'autres termes celles des activités qui relèvent du « cœur de métier militaire »⁸¹⁹ et reflètent explicitement l'exercice de la contrainte physique légitimité et de la souveraineté de la puissance publique⁸²⁰.

Évoquant cette question précise du périmètre de l'externalisation en droit administratif, Benoît Plessix ajoute d'ailleurs qu'il trouve ses contours au niveau des « tâches sans lesquelles l'État ne serait plus souverain, à savoir l'exercice même de la contrainte physique et toutes les responsabilités décisionnelles, impliquant notamment le pouvoir réglementaire de fixer le cadre juridique d'une mission de police ou d'un service public »⁸²¹. Aussi poursuit-il en proposant une présentation nette de son champ d'application. Si l'autorité administrative compétente en vertu d'une habilitation déterminée peut aisément externaliser toute activité relevant de la dimension matérielle de la compétence et participe de la réalisation technique et concrète de l'action administrative par l'emploi de moyens ordinaires, elle ne peut, sauf dérogation expresse prévue par le droit objectif, externaliser celle relevant de la dimension normative. Parfaitement compatible avec la démonstration précédente fondée sur une relecture du principe d'indisponibilité des compétences, cette délimitation du champ de l'externalisation administrative est par ailleurs conforme avec ce que semble indiquer l'évolution du droit positif. Au-delà des cas déjà cités dans lesquels le législateur autorise explicitement des autorités administratives habilitées à confier la réalisation de tâches techniques à d'autres personnes publiques ou privées⁸²², la jurisprudence elle-même présente de nombreux exemples distinguant en matière d'externalisation les activités normatives et les activités matérielles. S'agissant du législateur, il est possible d'ajouter brièvement une illustration récente tirée de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre

⁸¹⁹ Comme le précisait la directive ministérielle du 3 août 2000.

⁸²⁰ Frédéric Rouvillois remarquait sur ce point qu'« il serait donc logique de n'externaliser que des activités de soutien (matérielles donc) 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 » : ROUVILLOIS Fr., *op. cit.*, p. 30.

⁸²¹ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 255.

⁸²² On peut rappeler ici de manière non exhaustive : les opérations matérielles d'archéologie préventive dont la possible externalisation est confirmée par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, ainsi que les opérations matérielles relevant du fonctionnement des établissements pénitentiaires : loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, les opérations matérielles de transport des étrangers en attente d'expulsion : 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, voire même de manière générale s'agissant des opérations matérielles liées au fonctionnement des services publics : Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

système de santé. Elle offre en effet un exemple supplémentaire d'habilitation d'une autorité administrative à externaliser, souvent au secteur privé, la réalisation de certaines missions n'entraînant pas l'exercice de la puissance publique⁸²³. D'ailleurs, l'histoire récente de l'organisation légale du système de santé révèle qu'une telle participation du secteur privé à la satisfaction des besoins médicaux des administrés fut de longue date encouragée dans deux voies : d'une part, aux moyens de délégations législatives expresses en faveurs des divers établissements privés de santé⁸²⁴ et, d'autre part, aux moyens d'habilitation des collectivités publiques à recourir à de tels organismes privés pour la réalisation de leurs missions. Il n'en demeure pas moins que seul le législateur, sous le contrôle du juge constitutionnel, peut être à l'origine de la mise en œuvre de stratégies managériales, et notamment d'externalisation, en ce domaine de la santé lorsque l'action administrative implique l'exercice du pouvoir normatif⁸²⁵.

Concernant la jurisprudence, le Conseil d'État ne se contente pas non plus de rappeler l'état du droit positif, bien que les développements précédents aient pu permettre dans une large mesure de prendre conscience de l'importance de ce dernier dans l'appréhension de la réelle portée du principe d'indisponibilité, tout particulièrement s'agissant des frontières de l'externalisation. Outre les exemples évoqués plus haut, deux jurisprudences donnent à observer une apparente prise en compte de l'externalisation et de ses limites par les juges du Palais-Royal. Ce n'est pas tant que ces deux affaires, *Société Aéroports de Paris*⁸²⁶ et *Ville de Toulouse*⁸²⁷, participent explicitement de l'encadrement de la mise en œuvre de stratégies d'externalisations en matière administrative⁸²⁸. Elles apportent surtout avec l'éclairage des

⁸²³ La doctrine souligne notamment que le législateur a pu rappeler à cette occasion « *son attachement à d'autres principes comme l'implication des cliniques privées dans l'exercice des missions de service public* » : BROUSSARD S., « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565.

⁸²⁴ Dès la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière le législateur encadrait en effet la possibilité pour ces établissements privés de « *participer au service public hospitalier selon trois formules : la participation pour les établissements privés à but non lucratif, la concession ou – formule plus souple – l'association pour les établissements privés à but lucratif* » : BROUSSARD S., *op. cit.*, p. 566.

⁸²⁵ Rappelons brièvement, à titre d'exemple et dans un tout autre domaine, le contenu de l'article 129 du règlement de la Fédération française de football, lui-même conforme aux dispositions du code de la sécurité intérieure ainsi que du code du sport, en vertu duquel « *les clubs (personnes privées) sont chargés de la police du terrain et son responsable des désordres qui pourraient résulter avant, pendant et après le match du fait de l'attitude du public, des joueurs et des dirigeants ou de l'insuffisance de l'organisation* », ce que rappelle d'ailleurs le Conseil d'État à l'occasion de son avis *Sté sportive professionnelle « Losc Lille Métropole »* : CE, avis, 29 octobre 2007, *Sté sportive professionnelle « Losc Lille Métropole »*, rec. p. 431. Les juges du Palais-Royal rappelant néanmoins que cette délégation se réalise toujours dans le respect du cadre instauré par la loi, ainsi que des prérogatives du préfet.

⁸²⁶ CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroport de Paris*, rec. p. 216.

⁸²⁷ CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191.

⁸²⁸ Notons toutefois que la première porte en elle-même des précisions utiles en la matière lorsqu'il est question d'une activité de police liée à la sûreté des aéroports. Le Conseil d'État considèrerait effectivement « *qu'il ressort*

conclusions prononcées par Bertrand Dacosta un aperçu de ses limites inhérentes à la dimension normative de la compétence et à son indisponibilité. Rappelant la possibilité ouverte aux gestionnaires d'un aéroport de confier la réalisation des fouilles par des « *agents de nationalité française ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne* »⁸²⁹, Bertrand Dacosta précisait que « *la police des aérodromes relève de l'État mais sa mise en œuvre peut, et même parfois doit, être assurée par les exploitants des aérodromes* »⁸³⁰; et résumait ainsi à merveille la distinction des dimensions normative et matérielle de la compétence, ainsi que ses conséquences sur le périmètre de l'externalisation administrative. Il rappelait alors que le pouvoir normatif ne pouvait que difficilement être l'objet d'une stratégie managériale, alors que sa mise en œuvre matérielle y était parfois contrainte.

Dans le même ordre d'idées, il précisait également les contours des possibilités d'application d'une telle stratégie managériale en matière de fouilles archéologiques, lesquelles impliquent nécessairement l'intervention d'un pouvoir de police, alors qu'il se posait la question de « *la préservation des vestiges archéologiques découverts à l'occasion de travaux effectués par des aménageurs privés ou publics* »⁸³¹. Soulignant la croissance considérable des coûts liés à ces fouilles, Bertrand Dacosta rappelait en l'occurrence que « *la réalisation des opérations de fouille peut être assurée par l'INRAP, le service archéologique territorial, ou toute autre personne dont la compétence scientifique est garantie par un agrément* »⁸³² et ce, toujours sous le contrôle et la responsabilité de la personne publique compétente. Mieux, il ajoutait que si « *les diagnostics et les opérations de fouilles d'archéologique préventive devaient être regardés comme des activités économiques* », et donc *a contrario* des activités détachées de la puissance publique dont la réalisation peut être confiée à d'autres personnes, « *les activités par lesquelles l'État, d'une part prescrit les mesures visant à la détection, à la conservation*

de l'ensemble de ces dispositions que la mission d'inspection et de filtrage des passagers, des personnels et des bagages exécutée par les cocontractants des exploitants d'aéroports, est réalisée pour le compte de l'État et sous son autorité dans le cadre de son activité de police administrative des aérodromes et des installations portuaires » : CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroport de Paris*, rec. p. 216. Bien qu'il sème le trouble quant à l'admission par la Haute-juridiction de l'essence coopérative de l'externalisation dès lors qu'il semble identifier un rapport juridique de représentation typique d'un mandat, il est possible d'y voir néanmoins la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en la matière, et ce, à plus forte raison, dans la mesure où elle exprime notamment la nécessité d'un cadre juridique strict à cette intervention en matière de police. Une telle référence au mandat s'expliquerait par ailleurs par la finalité argumentative poursuivie par les juges du Palais-Royal ; en d'autres termes, l'application de la jurisprudence *Sté Entreprise Peyrot* : TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, rec. p. 787, une jurisprudence dont le Tribunal des conflits a d'ailleurs restreint postérieurement la portée par sa décision : TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984. Pour plus de précisions sur la différence nette existant entre le mandat et l'externalisation cf. chapitre suivant.

⁸²⁹ Article L. 282-8 du code de l'aviation civile.

⁸³⁰ Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroport de Paris*, rec. p. 216.

⁸³¹ Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191.

⁸³² Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191.

ou à la sauvegarde du patrimoine archéologique, d'autre part contrôle et évalue les opérations d'archéologie préventive, qui sont des missions de police administrative »⁸³³ ne peuvent faire l'objet d'une stratégie managériale telle que l'externalisation. Il orientait par conséquent le raisonnement du Conseil d'État sur une autre erreur de droit commise par la Cour d'appel en évoquant alors la nullité de la convention objet du litige du fait qu'elle portait sur l'exercice d'un pouvoir normatif de police. Il concluait alors en ce sens en considérant que « l'État ne pouvait donc pas renoncer aux compétences qui étaient les siennes en ce qui concerne l'édition de prescriptions destinées à assurer »⁸³⁴ une telle mission de puissance publique.

Conclusion de section. Qu'il soit déduit formellement du caractère objectif et contraignant de la compétence normative, ou essentiellement de la supériorité de l'expression juridique de la puissance publique sur les rapports entre particuliers, le repliement de l'externalisation administrative lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la dimension normative de la compétence s'impose d'autant plus qu'il traduit l'application du principe d'indisponibilité des compétences dont la relecture proposée éclaire avec plus de précision la distinction entre la compétence normative et la compétence matérielle. Son repliement semble finalement lié aussi à l'essence managériale de l'externalisation selon laquelle elle favorise notamment un recentrement de l'organisation qui y recourt sur les activités et les fonctions qui constituent son « cœur de métier ». Or, appliqué à la matière administrative, ce « cœur de métier » exprime inmanquablement l'exercice d'un pouvoir normatif constitutif de la spécificité du pouvoir politique et de la supériorité irrésistible de la puissance publique, et donc du droit administratif. Malgré ses origines stratégiques, l'externalisation administrative ne saurait donc contredire le constat selon lequel « la privatisation ou banalisation du droit administratif ne doit surtout pas occulter la permanence de pans entiers de règles dont la spécificité ne saurait être mise en cause »⁸³⁵, et au premier rang desquelles figure celle de l'indisponibilité de la compétence normative. Le repliement à la fois constaté et déduit ne doit donc pas surprendre sur ce point. Il convient toutefois de se demander s'il perdure lorsque l'externalisation administrative prend pour objet la réalisation de l'autre dimension de la

⁸³³ Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191.

⁸³⁴ Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191. Notons qu'il soulevait également un autre argument, non évoqué précédemment, éclairant l'indisponibilité de principe de la dimension normative des compétences : celui selon lequel « les dépenses engagées dans un but d'intérêt général doivent, en principe, est sauf disposition législative particulière, être financée par l'impôt ».

⁸³⁵ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 367.

compétence, la compétence matérielle, qui, elle, n'entraîne pas l'exercice de la puissance publique et dont le contenu même pourrait par conséquent l'admettre à la différence de la dimension normative.

Conclusion de Chapitre.

Alors que l'association de l'indisponibilité des compétences et du concept d'externalisation administrative pouvait apparaître jusque-là, aux yeux de la doctrine, comme une contradiction, elle peut être appréhendée également comme le fondement même de la mise en œuvre de cet outil stratégique en droit administratif, dès lors que l'approche dialectique révèle une relation de symbiose et non plus d'exclusion entre ces deux éléments. L'indisponibilité des compétences apparaît en effet comme le fondement même du recours par les personnes publiques à cette stratégie managériale, et constitue en tant que tel, aussi, celui de ses limites. Sa relecture, associée à la prise en compte de la distinction des dimensions normative et matérielle de la compétence, offre une explication juridique globale du recours à l'externalisation en matière administrative, ainsi que de ses frontières situées entre le pouvoir normatif, en principe indisponible, et l'activité matérielle externalisable sauf disposition contraire. Ainsi conduit-elle tout naturellement à la détermination des contours de ce concept, aussi bien par l'exclusion de principe de la dimension normative, que par son expression au sein de la dimension matérielle. Il est aisé d'identifier une telle frontière dans la mesure où le repliement de l'externalisation administrative, lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la compétence normative, révèle l'existence d'un obstacle qu'elle ne peut franchir en dehors des cas expressément prévus par le droit objectif⁸³⁶. Dépassant la démarcation traditionnellement reprise par la doctrine entre les activités déléguables et indéléguables en fonction de leur nature, la découverte de ce repliement, déduit de l'indisponibilité formelle de la compétence normative autant que de celle essentielle de la puissance publique, ouvre alors des perspectives beaucoup plus favorables s'agissant de la réalisation de la compétence matérielle. La relecture entreprise du principe d'indisponibilité invite en l'occurrence à envisager cette fois son déploiement lorsqu'il est question de la réalisation de la dimension matérielle du contenu de la compétence.

⁸³⁶ Rappelons que ces dérogations seraient permises : soit exceptionnellement par le contenu même de l'habilitation primaire, soit par la mise en œuvre du principe *lex superior* à travers l'expression d'une norme juridique de valeur supérieure.

Chapitre 2 : Un déploiement dans la réalisation de la compétence matérielle

« La vérité de tout système juridique se juge en le confrontant
au réel qu'il est fait pour expliquer »

MAURY J., *Cours de Droit International Privé*, Soubiron, 1951-1952, p. 8.

267.L'identification du champ et des moyens de ce déploiement à partir de son objet. La délimitation si délicate des frontières de l'externalisation administrative conduit donc, après avoir constaté et justifié son repliement lorsque son objet porte sur la réalisation de la compétence normative, à envisager son attitude lorsque son objet s'oriente sur celle de la compétence matérielle dès lors qu'il est depuis longtemps admis que « *la compétence juridique commande et la compétence technique obéit* »⁸³⁷ ; en d'autres termes, que la seconde paraît moins directement liée à l'exercice du pouvoir normatif, et donc au « cœur de métier » de l'action administrative ; elle n'en demeure pas moins inhérente au bon fonctionnement de l'administration⁸³⁸. Alors que la première constitue une habilitation stricte à l'exercice d'un pouvoir normatif qui commande et encadre le comportement des individus, la seconde habilite de manière plus libre l'accomplissement de diverses prestations rendues à ces derniers conformément aux prescriptions édictées par le précédent⁸³⁹. Compatible avec la logique coopérative et l'esprit stratégique de l'externalisation, ce changement d'objet instruit effectivement son déploiement dans la sphère administrative à travers l'accomplissement des activités techniques et matérielles autorisées par cette seconde dimension de la compétence. Il convient toutefois de poursuivre l'explication juridique d'une telle réorganisation stratégique par une démonstration en deux temps. Tout d'abord, comme au cours du chapitre précédent, il s'agit d'éclairer le principe de la mise en œuvre de l'externalisation administrative à l'aune de l'indisponibilité de la compétence lorsqu'elle s'applique cette fois à sa dimension matérielle. En second lieu, il convient de s'intéresser plus avant aux divers instruments juridiques que le

⁸³⁷ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 12, rééd. de 12^e éd. Sirey, 1933.

⁸³⁸ N'oublions pas qu'il démontrait avec force que « *l'administration apparaît tantôt comme un pouvoir qui s'affirme* (par l'accomplissement de la compétence normative), *tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* (alors par l'accomplissement de la compétence matérielle) » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 5.

⁸³⁹ Il convient en effet de garder aussi à l'esprit la description particulièrement éclairante que Maurice Hauriou proposait de la fonction administrative composée d'une association de compétences juridiques et techniques. Aussi mettait-il en évidence cette association étroite en soulignant que « *les actes et les opérations techniques, qui, par eux-mêmes, constitueraient de purs faits, sont incorporés au droit, soit par la réglementation détaillée de ces actes et opérations, soit par l'approbation donnée, par le supérieur hiérarchique, à l'agissement purement technique d'un agent inférieur, approbation qui équivaut à un adossement juridique et qui transforme un agissement de pur fait en un acte juridique* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 12 et 13, rééd. de 12^e éd. Sirey, 1933.

droit positif met à la disposition des personnes publiques afin de parvenir à cette mise en œuvre dans le respect du cadre juridique maintenu par le droit objectif. Refoulé par principe de l'accomplissement d'activités manifestant l'exercice de la puissance publique en vertu d'une relecture objective de l'indisponibilité, l'objet de l'externalisation administrative s'oriente nécessairement vers des activités moins rétives à son emploi dans la mesure où elle désigne la pratique « *d'une personne publique de confier à une personne privée le soin de gérer une activité dont elle a la responsabilité* »⁸⁴⁰ ; c'est-à-dire de gérer l'accomplissement de sa compétence. Aussi convient-il d'exposer le fondement et les limites de ce déploiement alors même que la doctrine s'accorde désormais pour admettre que l'externalisation ne cesse aujourd'hui de s'étendre, parfois même sur les terres d'élection d'un objet coopératif qui lui était à priori interdit⁸⁴¹.

Quand l'enseigne française de vente à distance, La Redoute, externalise sa logistique alors que son « cœur de métier » réside précisément dans la vente par correspondance, et donc que la livraison des produits au client dans un temps raisonnable paraît essentielle⁸⁴², l'administration procède, dans le même temps, à celle de l'enlèvement et de la mise en fourrière des véhicules en stationnement irrégulier alors qu'il constitue la conséquence principale de l'exercice du pouvoir normatif de réglementation du stationnement⁸⁴³. Dans un cas comme dans l'autre se pose alors la question des frontières de la firme pour la première, et des frontières de l'administration pour la seconde dès lors qu'il s'agit toujours d'une réorganisation stratégique de chacune irriguée par le souci de la coopération et d'une gestion optimale de leurs ressources. Elle résonne toutefois bien plus négativement dans la sphère administrative dans la mesure où elle conduit finalement à confronter l'externalisation à l'exercice de la puissance publique⁸⁴⁴. Une rencontre qui incite alors à rechercher « *les*

⁸⁴⁰ SCHWARTZ R., « Éditorial », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2015, p. 3.

⁸⁴¹ C'est ainsi que Louis Bahougne souligne par exemple que « *l'État est conduit à reconsidérer le périmètre d'intervention de ses activités de protection de l'ordre public, en recentrant les missions sur l'essentiel. Ce mouvement est notamment encouragé par le développement des activités privées de sécurité dans le cadre de la loi du 12 juillet 1983* » : BAHOUGNE L., *Le financement du service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 289, 2015, p. 223.

⁸⁴² Ou encore quand le conglomérat américain Stan Lee décide d'externaliser la production des gants Isotoner pour se recentrer sur son « cœur de métier » composé de la conception et du marketing.

⁸⁴³ Ou encore à l'externalisation de la gestion du service public des autoroutes pour se recentrer sur la détermination des conditions de cette exploitation, et de son évolution à venir.

⁸⁴⁴ Florian Linditch ne cache d'ailleurs pas le moins du monde cette inquiétude, partagée par une majorité de la doctrine, face au développement croissant de cet outil managérial qui, « *après avoir concerné les services administratifs logistiques (construction des routes, des ouvrages d'art ou des bâtiments, nettoyage des locaux), il gagne les fonctions nobles, celle qu'on désigne habituellement comme les services régaliens : défense, police, justice* » : LINDITCH FL., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 78 et 79.

contours futurs de la puissance publique dans le droit public contemporain »⁸⁴⁵. Ce débat n'est cependant pas irréductible à sa remise en cause face à l'accroissement du marché. Il est effectivement concevable d'envisager plus raisonnablement un repositionnement de l'État et des autorités administratives reposant sur un double mouvement stratégique de recul et de renforcement qui se traduit en fin de compte par le repliement imposé de l'externalisation face à l'exercice de la puissance publique, et par son déploiement dans la réalisation des activités matérielles que l'action administrative implique pour son accomplissement. Il s'agit en l'occurrence de l'organisation d'une véritable stratégie managériale de recentrement sur le « cœur de métier » de l'action publique et d'externalisation des activités qui participent de sa réalisation sans y entrer. Une telle réorganisation de l'aménagement de la fonction administrative renvoie d'ailleurs à l'organisation de cette fonction proposée très tôt par Maurice Hauriou, pour qui l'accomplissement coopératif des prestations rendues au bénéfice des citoyens-usagers dans le cadre de la gestion administrative⁸⁴⁶ répondait à l'exercice solitaire et autoritaire de la puissance publique.

Dès lors que le chapitre précédent suggère d'appréhender l'exercice du pouvoir normatif, de la puissance publique, autorisé par la compétence normative comme l'élément essentiel de ce « cœur de métier », il apparaît évident que l'accomplissement de la compétence matérielle doit constituer l'objet de l'externalisation administrative. Encore convient-il de le démontrer en dépassant le seul argument tiré de la stratégie d'entreprise pour en convaincre sur le plan juridique de l'action publique. Certes, le premier argument permet-il de déceler l'émergence de l'externalisation en droit administratif. Qu'il s'agisse des motivations financières, une réduction des coûts, des motivations stratégiques, un recentrement, ou encore des motivations de performance, une prestation de meilleure qualité, l'externalisation constitue effectivement un des éléments cardinaux de la réforme de l'État telle qu'entreprise à partir des années 1990 et poursuivie encore aujourd'hui⁸⁴⁷. La seule reprise des acquis apportés par le management

⁸⁴⁵ LINDITCH FL., *op. cit.*, p. 79.

⁸⁴⁶ « On sent toute de suite la réalité de cette collaboration du milieu administrable à l'action administrative ; on voit bien qu'il y a des cas où la volonté de l'administrateur tend à s'imposer par sa seule énergie, qu'il en est d'autres au contraire où elle est accompagnée d'un concours de volontés qui facilite sa tâche ; on s'aperçoit que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 8. Et de préciser immédiatement en note de bas de page avoir « remarqué dès longtemps que l'acte de puissance publique ou d'autorité est toujours accompagné d'un acte de gestion qui l'exécute ».

⁸⁴⁷ Ce mouvement de réforme de l'État repose en effet depuis l'origine sur une inspiration tirée du *New Public Management* marquée « par le souci de repenser toute l'architecture de l'État à l'aune d'un modèle néo-

stratégique ne saurait toutefois suffire à présenter et à justifier juridiquement le déploiement supposé de l'externalisation administrative dans la réalisation de la dimension matérielle de la compétence. S'il est perceptible à travers une lecture stratégique de l'action administrative, il convient d'en préciser les contours par un examen juridique du cadre singulier instauré en la matière par le droit positif. La littérature managériale concédait d'ailleurs que les autorités administratives ne peuvent être assimilées à part entière à des entreprises dès lors que, « *si la puissance publique a bien en commun avec cette dernière de proposer certains services moyennant paiement* », certaines des missions qu'elle accomplit ne peuvent être « *réduites à de banales prestations externalisables* »⁸⁴⁸. Ce n'est toutefois pas par la seule considération de la nature de ces dernières qu'il est possible de rendre compte des spécificités de l'externalisation administrative. De la même façon que le principe d'indisponibilité des compétences propose une explication juridique du recentrement observé, il doit être tout autant monopolisé afin de démontrer et d'instruire juridiquement ce déploiement de l'externalisation en matière administrative. Ainsi la pièce proposée semble-t-elle toujours mise en scène par la puissance publique et ses directives, mais jouée de plus en plus souvent par d'autres acteurs publics ou privés⁸⁴⁹. Reste alors à identifier le théâtre de ces opérations, ainsi que les instruments qui en permettent l'accomplissement.

268.L'identification délicate d'un champ et de moyens juridiques hétérogènes. Cette recherche s'abouche d'une difficulté supplémentaire, inhérente à la fois au phénomène d'externalisation et au contexte particulier de la sphère administrative. Alors que ce phénomène managérial vise à titre principal au recentrement d'une organisation sur son « cœur de métier », il est logique de constater qu'il se présente comme « *un phénomène multiforme (...) (qui) concerne aujourd'hui de très nombreuses activités* »⁸⁵⁰, en dehors des quelques unes considérées comme stratégiques, qui participent toujours de la bonne

managérial de réorganisation. L'objectif est, à terme, de recentrer les administrations (...) en les différenciant de services spécialisés dans la mise en œuvre opérationnelle, qu'il s'agisse des services déconcentrés de l'État, eux-mêmes réorganisés, ou d'acteurs parapublics ou privés auxquels on délèguerait la production de certains biens collectifs » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 342.

⁸⁴⁸ MICHEL D.-A., « Les pièges du nouveau management public », *L'Expansion Management Review*, 2011/3, n° 142, p. 3.

⁸⁴⁹ Sylvie Trosa remarquait d'ailleurs que la question du « *qui met en œuvre* » est différente (de celle du qu'est-ce qui est mis en œuvre), car, *qu'elle que soit le metteur en œuvre, la puissance publique conserve la responsabilité de la mission* » : TROSA S., « Le public et le privé : la révision des missions débouche-t-elle sur la sous-traitance ? De l'essence à l'existence », *Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007, p. 2. Et de poursuivre par l'affirmation selon laquelle l'externalisation ainsi envisagée éclaire la différence « *entre être responsable d'une activité et la mettre en œuvre soi-même* » : TROSA S., *op. cit.*, p. 3.

⁸⁵⁰ BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 18.

satisfaction de l'intérêt général. À l'unité et à l'homogénéité du premier répond donc naturellement la diversité et l'hétérogénéité du champ et des instruments du second. Et le fait que son objet coopératif tende de plus en plus à rapprocher les activités externalisées du « cœur de métier », sans jamais l'atteindre, contribue à renforcer d'autant cette bigarrure allant, dans le mode de l'entreprise, des activités support traditionnelles jusqu'aux activités critiques sensiblement proches des activités stratégiques⁸⁵¹. Sur ce point l'externalisation administrative subit la même conséquence liée à son objet même. Et la distinction des activités stratégiques et non-stratégiques s'y double également d'une différence, au sein de la première, entre les composantes essentielles et périphériques de chacune⁸⁵². C'est donc à ce double titre que le champ de l'externalisation administrative apparaît comme particulièrement complexe. Il est cependant possible de présenter un déploiement harmonieux de cet outil stratégique dans la réalisation de la compétence matérielle, et ce, aussi bien concernant son champ d'application que ses instruments juridiques de mise en œuvre.

L'outil stratégique que constitue l'externalisation administrative demeure effectivement homogène lorsqu'il est appréhendé sous l'angle de son objet, la réalisation coopérative des compétences matérielles des personnes publiques, ainsi que sous celui de ses critères, organiques et fonctionnels pour ce qui concerne l'appréhension de son déploiement⁸⁵³. Son objet, d'une part, renseigne d'un tel développement à l'aune d'une distinction simple et précise entre les activités relevant de la dimension matérielle de la compétence et celles relevant de sa dimension normative ; c'est-à-dire, entre des activités de prestations de services techniques et matérielles d'un côté et des activités de production normative contraignante de l'autre⁸⁵⁴. En conséquence, les instruments de l'externalisation administrative, bien que divers

⁸⁵¹ L'externalisation présente alors irrémédiablement une complexité considérable dès lors que sa « motivation stratégique, nous entendons le recentrage sur les activités que l'entreprise considère comme les plus importantes (...) peut prendre deux formes : l'outsourcing total des activités qui ne sont pas considérées comme stratégiques ; l'outsourcing des composantes considérées comme non stratégiques au sein d'une activité partiellement conservée en interne » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 43.

⁸⁵² « Comme on vient de le voir, le recentrage sur les activités « stratégiques » consiste à focaliser les ressources de l'entreprise sur les activités qui font partie du cœur de métier tout en externalisant les autres. Comme la distinction entre les activités « stratégiques » et les activités « périphériques » est parfois délicate, il peut être judicieux d'appliquer ce raisonnement à l'intérieur de chaque activité (...) (et) à externaliser les seules composantes « périphériques » d'une activité » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 45.

⁸⁵³ En cela l'externalisation administrative ne s'éloigne donc pas du modèle proposé par la littérature managériale selon lequel « l'outsourcing est un phénomène homogène, présentant des caractéristiques très similaires quelles que soient les activités concernées » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 11.

⁸⁵⁴ Une distinction qui, rappelons-le une fois de plus avant d'y revenir plus précisément par la suite, ne doit pas conduire à les opposer, ni même à les envisager les unes comme les autres en vase clos. Décrivant la compétence des autorités administratives, Maurice Hauriou ne manquait pas en effet de préciser que leurs actions appellent « une quantité d'actes et d'opérations techniques (...). Par ailleurs, l'exécution des services publics nécessite également des actes et des opérations juridiques soit pour établir vis-à-vis des tiers le droit de l'administration,

et variés, présentent nécessairement de nombreux points communs permettant à l'observateur averti de la rassembler aisément sous l'étendard de ce concept nouveau. Il découle, d'autre part, de cet objet singulier des critères qui participent également d'une telle harmonisation d'un concept d'externalisation administrative qui paraissait *prima facie* bien complexe à identifier. À l'instar de la stratégie d'entreprise, il se déploierait donc de manière uniforme pour l'accomplissement d'activités relevant de compétences non stratégiques, matérielles, qui contribuent à la satisfaction de l'intérêt général sans constituer ce « cœur de métier » dont les personnes publiques ne sauraient, quoi qu'il arrive, se défaire : à savoir, l'action normative. Et son analyse, en dehors de la prise en compte de cas concrets de mise en œuvre dans le cadre de l'action administrative, favorise d'autant plus sa généralisation⁸⁵⁵, puis l'identification de ses manifestations en droit positif.

Annnonce de plan. La définition proposée très tôt par Jean-David Dreyfus renforce d'autant plus cette intuition inspirée de la stratégie d'entreprise, selon laquelle l'objet de l'externalisation administrative la porterait à s'étendre sur le terrain des activités techniques⁸⁵⁶ autorisées par la dimension matérielle de la compétence et qui composent l'action administrative aussi bien dans les domaines du service public que de la police. La conceptualisation apportée dans la partie précédente tend d'ailleurs à la confirmer dans la mesure où elle invite à appréhender l'externalisation administrative comme un outil de gestion par lequel les personnes publiques confient la réalisation de leur compétence à une autre personne. Il s'agit donc de préciser les conditions dans lesquelles sa mise en œuvre est permise par le droit objectif. Ainsi convient-il d'instruire à l'aune de son objet le déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques (section 1) avant de la déduire concrètement de ses critères (section 2).

soit pour lui procurer des moyens d'action et des ressources, soit pour déterminer les directives de son activité technique » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 12.

⁸⁵⁵ L'approche ici retenue se rapproche de celle empruntée par Laure Tonnet-Mirepoix en ce qu'elle envisage que « la notion d'activité détachable permet à ce phénomène de se propager au sein de ses matières » qui constituent le « cœur de métier » de l'action administrative : TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012, p. 66. Aussi affirme-t-elle d'ailleurs que cet outil de gestion stratégique « s'inscrit dans un objectif de performance publique impliquant le recentrage sur le cœur de mission et l'externalisation des missions accessoires » : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 41. Elle s'en écarte toutefois lorsqu'il est question des instruments de l'externalisation administrative. Alors qu'elle les circonscrit au seul vecteur contractuel (voir notamment : TONNET-MIREPOIX L., *op. cit.*, p. 43 et s.), il convient selon nous de rechercher en dehors même de ce dernier un ensemble cohérent de moyens juridiques susceptibles de manifester la mise en œuvre de cet outil de gestion.

⁸⁵⁶ Il entendait effectivement l'externalisation comme une « opération par laquelle une personne – ici, publique – confie à un opérateur extérieur – privé – une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

Section 1 : Un déploiement instruit par l'objet de l'externalisation administrative

269. Un déploiement harmonieux sur un champ d'application hétérogène. En réaction à son repliement face à l'exercice de la puissance publique souveraine strictement encadrée par la compétence normative, l'externalisation se déploie conformément à son objet coopératif et stratégique dans la réalisation de la compétence matérielle habilitant les personnes publiques à agir, ou à faire agir, par l'accomplissement de prestations au bénéfice des individus. Un tel objet implique toutefois un champ d'application nécessairement hétérogène. Alors que leur « cœur de métier » paraît d'autant plus clairement qu'il se restreint désormais à l'exercice de « *l'ensemble des prérogatives de puissance publique qui appartiennent par nature aux personnes publiques et dont elles ne peuvent se défaire car elles constituent le « noyau irréductible » de la notion de souveraineté* »⁸⁵⁷, les activités qui participent de son bon fonctionnement sans l'intégrer se multiplient⁸⁵⁸. La délimitation jusque-là proposée par la doctrine, ainsi que par l'étude menée jusqu'ici, n'envisage une définition du périmètre de l'externalisation que par la négative, excluant de son champ d'application les activités relevant de la compétence normative et des procédés tels que la décentralisation ou la privatisation. Bien qu'utile à l'appréhension de son émergence en droit administratif, une telle approche comporte néanmoins un inconvénient de taille : l'indétermination précise de son contenu s'agissant autant de son champ que des instruments de son expression en droit positif. Aussi, déterminé à l'aune de son objet, le contenu de l'externalisation administrative présente-t-il une apparente hétérogénéité du fait de la multitude d'activités qu'il recouvrirait alors, ainsi que de celle des moyens juridiques permettant sa mise en œuvre. Il est toutefois possible de déceler une cohérence manifeste dans son déploiement du fait du caractère matériel des activités en cause, et des critères de l'externalisation qui déterminent en partie les instruments juridiques employés. Mais avant de parvenir à en dégager nettement les contours à partir de la relecture du principe d'indisponibilité, encore faut-il démontrer en quoi et pourquoi ses conséquences diffèrent de son application à la dimension normative de la compétence. Il conviendra par la suite de déterminer plus précisément les limites qu'il impose toujours à sa

⁸⁵⁷ POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989, p. 221.

⁸⁵⁸ Et ce, de la même façon que le resserrement du « cœur de métier » des entreprises sur les activités stratégiques essentielles au maintien d'un avantage concurrentiel sur le marché induit inévitablement une diversification croissante des activités périphériques dont la gestion est confiée à un partenaire extérieur faisant ainsi de l'externalisation « *un phénomène à la fois multiforme et en très forte croissance* » : BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 18.

mise en œuvre et qui participent également de la délimitation de l'externalisation en matière administrative. Car c'est de cette divergence juridique nette avec l'encadrement de l'accomplissement de la compétence normative que découle l'identification du déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation de la compétence matérielle. Aussi le recours à l'externalisation souligne-t-il cette « *émergence d'une « administration en miettes* » »⁸⁵⁹ tout en permettant une lecture harmonieuse de son organisation.

Au-delà de l'Idée⁸⁶⁰ qui la transcende et la guide, l'action administrative se présente incontestablement comme un ensemble disparate et bigarré dans lequel le champ de l'externalisation ne saurait à priori faire exception. Derrière l'apparence d'une fonction administrative à laquelle le corps social serait soumis, l'administration se compose bien d'une coopération de services⁸⁶¹ qui contribuent à sa réalisation. Qu'il s'agisse de la police administrative ou du service public, chacun de ces deux pans de l'action administrative contribue effectivement au même but final imposé à l'administration⁸⁶² : la satisfaction, sous les formes qu'il impose selon les situations, de l'intérêt général⁸⁶³. Maurice Hauriou ne négligeait d'ailleurs pas cette hétérogénéité de l'action administrative malgré l'unicité de la finalité poursuivie. Il affirmait en effet qu'il s'agissait d'une « *mission complexe, impliquant pour le pouvoir administratif le soin de faire régner l'ordre public et de pourvoir à l'utilité*

⁸⁵⁹ Jacques Caillosse affirmait plus précisément que « *le souci d'expérimenter des formes d'organisation et des méthodes de fonctionnement issues du secteur privé, tout cela ne peut que favoriser l'émergence d'une « administration en miettes* » » : CAILLOSSE J., « La modernisation de l'État. Variations sur le modèle juridique d'administration », *AJDA*, 1991, p. 759.

⁸⁶⁰ Nous empruntons ici le terme Idée à la théorie de l'Institution proposée puis défendue par Maurice Hauriou telle qu'elle apparaît notamment dans son *Essai de vitalisme social* en 1925. Il présentait alors l'Institution comme « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » : HAURIOU M., *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, cité par HAURIOU A. dans sa préface à : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. VI.

⁸⁶¹ D'une certaine manière la pensée du Maître de Toulouse rejoignait donc ici celle du Maître de Bordeaux lorsqu'il affirmait que l'État est « *une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Éd. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 59.

⁸⁶² Alors que Pierre Henrion de Pansay considérait que « *pourvoir par ordonnances, à l'exécution des lois, à la sûreté de l'État, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer* », Édouard Laferrière affirmait pour sa part que « *l'administration est chargée de faire exécuter les lois, d'édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, de régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police* » : propos rapportés par Benoît Plessix : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 705.

⁸⁶³ L'Idée instituant et organisant le corps social étant principalement « *celle du service à rendre au public* », de quelque nature qu'il soit : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 13. Aussi la fonction administrative est-elle en conséquence celle qui « *consiste dans la satisfaction des besoins du public* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 14.

public par l'application des lois, par la police et par la gestion des services publics »⁸⁶⁴. Et si « *la fonction administrative consiste essentiellement à faire les affaires courantes du public* »⁸⁶⁵, elle ne peut que refléter la diversité grandissante au fil des époques de ces affaires requises par les besoins de la société et des individus qui la composent. Mieux, l'émergence puis la consécration de l'État-Providence ne pouvait en outre que confirmer ce constat, et inciter les personnes publiques à chercher à se recentrer, tant elle conduisit à la multiplication des services rendus et que les menaces sur l'ordre public se faisaient quant à elles de plus en plus nombreuses et diverses. Malgré certaines voix selon lesquelles police et service public relèveraient finalement d'un même ensemble, leur distinction devait finalement perdurer en tant que *summa divisio* dans la présentation du droit administratif et de l'action qu'il encadre⁸⁶⁶. Aussi est-il entendu de considérer que « *si la police est la fonction de protection de l'ordre statutaire primaire libéral, les services publics sont des fonctions parcellaires de réalisation (...) d'un ordre social nouveau* »⁸⁶⁷. C'est d'ailleurs au titre de ces diverses « *missions* » que sont unanimement abordés aujourd'hui les thèmes de la police administrative et du service public⁸⁶⁸. Et si remise en cause de cette dichotomie il y a, c'est

⁸⁶⁴ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 14 et 15.

⁸⁶⁵ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 15.

⁸⁶⁶ Étienne Picard affirmait par exemple que « *le débat relatif à cette distinction reste, on le sait, marqué de la plus profonde confusion, parce que les bases en ont été formulées à une époque où les deux notions ne se distinguaient effectivement pas et que, de nos jours, il se poursuit sporadiquement dans un contexte où, de façon tendancielle, elles recommencent à se mêler* » : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. I, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 796. Aussi ajoutait-il néanmoins que « *le maintien de cette summa divisio dans toutes les synthèses doctrinales du droit administratif nous oblige à en rendre compte au regard de notre système d'explication* ».

⁸⁶⁷ PICARD É., *op. cit.*, p. 797. De nombreux auteurs maintiennent encore aujourd'hui cette distinction fondamentale. Ainsi apparaît-il que l'action administrative se manifeste traditionnellement de deux façons : « *les missions de service public par lesquelles l'administration, accorde aux différents usagers de service public les prestations correspondant à la satisfaction des besoins d'intérêt général ; la police administrative dont la mission essentielle consiste, par une réglementation appropriée, à prévenir, toujours dans une perspective d'intérêt général, les troubles à l'ordre public, ce qui se traduit nécessairement par l'édition de règles générales et de prescriptions individuelles* » : LACHAUME J.-Fr., PAULIAT H., BOITEAU Cl. et DEFFIGIER Cl., *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. Manuel, 2^e éd., 2015, p. 26.

⁸⁶⁸ Traité de référence désormais, l'ouvrage compilé par Pascale Gonod, Fabrice Melleray et Philippe Yolka offre une organisation retenant au titre des missions à la fois la police, le service public et la régulation : GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités Dalloz, tomes 2, 2011, p. 3 et s. Une vision qui était d'ailleurs déjà adopté par René Chapus pour son manuel de référence. Il présentait en effet l'activité administrative sous la forme d'un triptyque composé du pouvoir réglementaire, du service public et de la police : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 573 et s. Un triptyque repris plus récemment par Benoît Plessix selon lequel il est possible d'identifier « *trois pouvoirs de l'Administration (...) : le pouvoir réglementaire (...), la police (...); les services publics* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 706. Rappelant que « *l'action de l'administration a pour but de satisfaire aux nécessités de l'intérêt général* », Jean Waline rappelle pour sa part que, « *pour ce faire, elle revêt, traditionnellement, deux formes essentielles : la police, le service public* » : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 365. Et l'auteur de rajouter que « *cette distinction reste fondamentalement exacte. La police, qui donne à l'activité privée son cadre et ses limites, et le service public, où c'est la personne publique qui se charge de procurer aux particuliers ce que l'activité privée est hors d'état de leur fournir, sont, au sens matériel, les deux modalités essentielles, et bien distinctes, de l'action administrative* ».

davantage dans le sens d'une dispersion encore plus marquée qu'il conviendrait de la poursuivre⁸⁶⁹. L'action administrative est donc bien traversée d'une hétérogénéité manifeste qui se retrouve logiquement au sein de ces deux ensembles principaux : la police administrative et le service public.

Cette hétérogénéité des activités, objet de l'externalisation administrative, se double également d'une hétérogénéité des moyens juridiques dont disposent les personnes publiques pour mener à bien leur action, et ce, d'autant plus que depuis Maurice Hauriou le droit administratif et sa doctrine accordent une place de choix dans leurs réflexions et leurs travaux aux modalités de l'action administrative⁸⁷⁰ entendues comme « *les instruments de mise en œuvre, les procédés de réalisation, les modes opératoires des activités humaines et sociales* », et plus précisément encore « *les seuls instruments juridiques de mise en œuvre des politiques publiques que sont les actes de l'Administration* »⁸⁷¹. Expression de l'accomplissement de la dimension normative de la compétence, chacun de ces divers instruments contribue également et nécessairement à la réalisation de l'externalisation administrative, dès lors que celle-ci est autorisée par le droit objectif. S'il ne saurait être question pour une personne publique de confier la mise en œuvre de l'externalisation à un tiers, dans la mesure où cela relève de l'exercice d'un pouvoir normatif⁸⁷², il n'est pas non plus discutable que tout acte qui y participe soit un acte juridique parmi les plus essentiels du droit administratif. Aussi la réalisation de l'externalisation administrative porte-t-elle sur une multitude d'activités d'intérêt général relevant des opérations administratives⁸⁷³, et se concrétise par l'exercice du

⁸⁶⁹ Jean Waline remarque en effet que « *la dualité traditionnelle des formes de l'action administrative doit être complétée et nuancée (...), à côté de ses missions traditionnelles, l'Administration intervient également dans le secteur culturel ou social, mais aussi dans la vie économique* » : WALINE J., *op. cit.*, p. 366. Benoît Plessix ajoute quant à lui que « *la doctrine administrativiste contemporaine s'interroge sur le fait de savoir s'il ne conviendrait pas d'ajouter à ce triumvirat traditionnel une nouvelle fonction. De peur peut-être d'apparaître trop classique, trop peu en phase avec l'une des mutations pourtant les plus visibles de l'État postmoderne, elle se demande s'il ne faudrait pas ajouter officiellement la fonction de régulation* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 706.

⁸⁷⁰ Maurice Hauriou, répondant à ce qu'il considérait comme des écarts de la part de la doctrine, démontrait en effet que « *le droit traditionnel, dans ses objectifs, place les pouvoirs de volonté, qui sont les moyens d'action, avant les buts* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. IX. Aujourd'hui encore la doctrine considère qu'il « *n'y a pas de fins sans moyens ; il n'y a pas de fonctions sociales si essentielles, si précisément définies et encadrées par le droit – telles, on l'a vu, l'exécution des lois, la limitation des libertés au nom de l'ordre public et la gestion des services publics –, sans outils aptes à les atteindre* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 921.

⁸⁷¹ PLESSIX B., *Ibid.*

⁸⁷² Et ce à un double titre : d'une part, parce qu'ils constituent tous des modes de production du droit (créateurs d'obligations et plus généralement d'effets juridiques dans la mesure où ils sont entendus comme des actes de volonté destinés « *à introduire un changement dans les rapports de droit qui existent (...), à modifier l'ordonnement juridique* » : WALINE J., *op. cit.*, p. 427) ; et, d'autre part, parce qu'ils manifestent, à la différence des actes juridiques de droit privé, l'exercice de la puissance publique.

⁸⁷³ Il faut retenir ici l'acceptation d'opérations administratives dans le sens proposé dès la première moitié du XX^e siècle par Maurice Hauriou. Il considérait en effet que « *l'action administrative peut être envisagée soit du point*

pouvoir normatif et l'édition d'actes juridiques qui n'en sont pas moins divers. Reprenant la distinction traditionnellement posée⁸⁷⁴ en fonction de leurs conditions de formation, ils se présentent comme relevant soit des actes unilatéraux soit des actes contractuels. Au-delà même des différences fondamentales de régime, ces deux catégories d'actes administratifs sont disponibles pour les personnes publiques lorsqu'elles décident, si elles le peuvent, de procéder à l'externalisation de la réalisation d'une compétence. Elles sont d'ailleurs toutes deux soumises au respect du principe d'indisponibilité des compétences dans la mesure où le respect des limites fixées dans la norme les habilitant à agir, et éventuellement à faire agir, constitue une condition de légalité de chacun de ces actes. Prénante pour les actes unilatéraux, la multiplicité des actes contractuels est d'ailleurs encore plus flagrante.

Qu'il soit question du champ des activités participant de la satisfaction de l'intérêt général, ou des instruments qui en permettent la concrétisation juridique, les unes comme les autres proposent à l'observateur une hétérogénéité apparemment irréductible. Aussi la détermination positive des contours de l'externalisation administrative dans un tel contexte paraît-elle comme une tâche assez ardue, si ce n'est une chimère ; il existe toutefois un argument qui autorise à se défaire de cette difficulté et à la mener au bout. Dans un domaine comme dans l'autre, l'objet de l'activité dont la réalisation est envisagée par la personne publique ou l'objet de l'acte administratif par lequel elle parvient à manifester sa volonté en ce sens constitue le point cardinal d'une approche harmonieuse de l'émergence de l'externalisation dans la réalisation de la compétence matérielle des autorités administratives. Elle peut effectivement sembler s'y déployer de manière homogène dans la mesure où son objet est

*de vue des décisions exécutoires soit de celui des opérations administratives (...) qui s'accomplissent (...) elles comprennent aussi toutes les mesures d'exécution nécessaires pour réaliser les buts de l'administration » : HAURIOU M., op. cit., p. 458. Il avait d'ailleurs semé les germes de cette réflexion dès son ouvrage consacré à *La gestion administrative* lorsqu'il démontrait l'existence de « deux modes d'activité de l'administration, l'un qui est la voie de l'autorité, l'autre qui est la voie de la gestion » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 2. Une acception reprise durant la seconde moitié du XX^e siècle comme en atteste par exemple l'affirmation de François Vincent selon laquelle « le mot compétence désigne non seulement le pouvoir reconnu à un fonctionnaire de faire des actes juridiques mais encore d'accomplir régulièrement, pour le compte de l'État, des opérations n'ayant pas le caractère juridique » : VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966, p. 15 et 16. Et que l'on retrouve encore aujourd'hui, par exemple sous la plume de Jean Waline pour qui « les opérations administratives sont multiples et multiformes, soit qu'elles précèdent et préparent les décisions, soit qu'elles en constituent l'exécution, et plus largement, l'accomplissement du service » : WALINE J., op. cit., p. 427.*

⁸⁷⁴ Benoît Plessix souligne ainsi le caractère fondamental de cette démarcation en précisant qu'au « sein de la catégorie des actes juridiques règne en maître une distinction : celle opposant les actes unilatéraux aux contrats » : PLESSIX B., op. cit., p. 982. Et de rajouter que « les théoriciens sont soucieux de savoir ce qu'est l'essence de ces deux grandes catégories d'actes de l'Administration, car elles mettent en jeu la conception même que le Pouvoir se fait de sa relation avec les administrés » : PLESSIX B., op. cit., p. 992.

appréhendé comme sa pierre angulaire, la clef de voute de son intégration à l'action publique en tant que traduction juridique d'une logique économique jusque-là ignorée. Il existe donc une mélodie silencieuse dans le développement de l'externalisation administrative qu'il s'agit de percevoir. Pour ce faire, l'établissement de son objet coopératif comme chef d'orchestre de son déploiement, dans le cadre de la réalisation de la dimension matérielle de la compétence, s'impose comme une évidence. Il ne faut toutefois pas ignorer la complexité de la partition de laquelle elle se détache en arrière-plan. Car c'est justement de la cohésion que cet objet instaure entre les différentes tonalités, les multiples acteurs et les divers instruments de l'action administrative qu'une telle harmonie peut finalement émerger. La prise en compte de l'hétérogénéité des activités, autant que des outils juridiques d'accomplissement de l'action administrative, s'érige toutefois comme un préalable indispensable à toute prise de conscience des frontières et du contenu de l'externalisation. Sera ainsi mis en évidence la clarification que le concept d'externalisation administrative apporte à la lecture de l'action publique, allant de pair avec la révélation de son contenu.

Annnonce de plan. Instruite des acquis de la stratégie d'entreprise, l'approche juridique de l'externalisation offre donc un terrain d'observation valable de la réforme de modernisation que l'État et les personnes publiques entreprennent depuis bientôt une vingtaine d'années⁸⁷⁵. La mise en œuvre du concept d'externalisation dans le cadre de l'action administrative ne constitue pas, en effet, « *la traduction dans les mots du droit de choix qui réduisent la part du juridique dans le travail administratif* »⁸⁷⁶. Bien au contraire, une telle approche révèle que le droit administratif demeure un élément essentiel de cette traduction⁸⁷⁷ tout en subissant les effets bénéfiques du renouvellement qu'elle emporte. Elle permet notamment de proposer, au soutien et, en complément des démarches doctrinales précédemment entreprises, une délimitation du champ hétérogène des activités objet de l'externalisation administrative (§1) ainsi que du champ hétérogène des instruments juridiques qui participe de son expression en droit positif (§2) facilitant ainsi l'appréhension de ce concept autant que celle de l'action administrative contemporaine.

⁸⁷⁵ Comme il avait pu le faire auparavant, il est en effet possible de répondre une nouvelle fois par l'affirmative à la question suivante soulevée par Jacques Caillosse à propos de la modernisation de l'État : « le « juridique » offre-t-il un terrain d'observation valable » alors que « la littérature relative à la réforme administrative raconte pourquoi et comment le manager doit l'emporter sur le légiste » ? CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 755.

⁸⁷⁶ CAILLOSSE J., *Ibid.*

⁸⁷⁷ Et ce notamment parce que « *la fortune de l'idéologie managériale n'avait nullement brisé la rationalité juridique dont la fonction administrative reste comptable* » : CAILLOSSE J., *Ibid.*

270. Une délimitation cohérente éclairée par une approche objective de la compétence. Le courant objectiviste est encore au cœur des réflexions à suivre sur la délimitation précise et positive du champ de l'externalisation administrative à l'aune de son objet : la réalisation coopérative de la dimension matérielle de la compétence des personnes publiques. Toujours fidèle aux principes cardinaux de la réforme administrative énoncés entre autres par Jacques Chevallier⁸⁷⁸ ou Jacques Caillosse, il ne peut être ici question de remettre en cause la place prépondérante du droit, et notamment du droit objectif, dans la réorganisation en cours de la gestion de l'action administrative⁸⁷⁹. Certes, les préceptes du *New Public Management* conduisent à revoir certains procédés, certaines règles, composant le cadre juridique de cette intervention des personnes publiques. Mais si l'ordre bureaucratique semble bien avoir cédé le pas devant l'ordre managérial, il n'est pas pour autant question de rejeter l'idée même d'un tel cadre, ou du moins uniquement sous bénéfice d'inventaire. De nouvelles frontières de l'action administrative peuvent alors être tracées à partir d'une prise en compte par le droit d'un réaménagement des rôles respectifs des personnes publiques et des opérateurs économiques⁸⁸⁰. Le rôle du juriste est alors de se saisir des transformations en cours, ou à venir, et de proposer un discours propre à modeler une expression nouvelle de l'action administrative⁸⁸¹ éloignée de cette « *idéologie quelque peu « ringarde » qui continue d'assurer aux administrations un traitement à part, réfractaire à la culture d'entreprise, entretenant la méfiance à l'égard des désirs de compétitivité et de rentabilité* »⁸⁸². Un discours dans lequel les fondements séculaires du droit administratif ne constitueraient plus un frein à la modernisation, mais plutôt un moteur de son développement. Ainsi le principe

⁸⁷⁸ Ce dernier démontrait d'ailleurs que la pénétration des exigences managériales dans le cadre juridique de l'action administrative avait autant induit une évolution du droit administratif que des préceptes du management : cf. CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, décembre 1993, vol. 11, n°4, p. 111 et s.

⁸⁷⁹ Hier comme aujourd'hui, et comme demain, le droit administratif fournit « à l'administration moderne puissance et identité matérielles – en définissant le cadre de son organisation et de son fonctionnement (...) il l'a encore dotée d'une Constitution imaginaire » : CAILLOSSE J., « La modernisation de l'État. Variations sur le modèle juridique d'administration », *AJDA*, 1991, p. 756.

⁸⁸⁰ « Dès lors que l'État moderne est celui qui accepte de se faire plus modeste, au bénéfice d'un espace public d'où il peut être mieux tenu à distance, c'est sur les frontières même de l'État Providence issues des batailles gagnées contre le marché qu'agit la réforme, pour les faire reculer, jusque dans le droit » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 756 et 757.

⁸⁸¹ De finalement participer du renouvellement de cette « fantasmagorie juridique (...) (de ce) travail incessant de création et de recréation idéologique où valeurs et usages se mêlent pour fonder la ligne mouvante qui sert à départager le vrai du faux, justifier certaines attitudes pour mieux en disqualifier d'autres » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 758.

⁸⁸² CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 759 ; cf. dans le même sens COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, PUF, 1985.

d'indisponibilité des compétences ne doit-il pas être ignoré de ces réflexions⁸⁸³. Il participe bien au contraire de la délimitation des contours du déploiement de l'externalisation administrative de la même façon qu'il fonde et qu'il explique son repliement face à l'exercice et l'accomplissement de la compétence normative.

Caractérisée par une indisponibilité dont elle ne saurait se défaire, la compétence n'est donc pas abandonnée à la libre expression de la volonté des autorités administratives⁸⁸⁴, à l'inverse des particuliers et de leur capacité juridique. L'éclairage apporté par l'étude menée par Philippe Azouaou renseigne autant qu'elle le renouvelle ce principe séculaire de l'action administrative. Certes, permet-il « *de justifier à la fois l'interdiction des transferts de missions et l'interdiction de déléguer la gestion de certaines d'entre elles* »⁸⁸⁵, mais il convient tout de même de préciser les limites qu'il rencontre et les opérations qu'il autorise dès lors qu'il peut être présenté comme un principe dynamique et non plus strictement statique et prohibitif⁸⁸⁶. S'il apparaît que le transfert de compétence, quelle qu'elle soit, soit invariablement proscrit⁸⁸⁷, la question de la délégation de son accomplissement appelle une réponse nuancée selon la dimension en cause dès lors qu'il est admis que, normative ou matérielle, la compétence n'impose pas de la même façon aux autorités habilitées les conditions de sa réalisation. Alors que les développements précédents ont pu mettre en évidence que l'indisponibilité de la compétence normative devait être entendue comme une limite de principe à l'externalisation administrative, ils n'en ont pas moins permis de considérer ce principe comme le fondement de cette dernière en ce qu'il repose notamment sur la notion d'habilitation. Le principe d'indisponibilité demeurerait néanmoins envisagé jusqu'alors par la doctrine exclusivement sous l'angle d'une prohibition du recours à

⁸⁸³ Il ne le doit d'autant moins qu'il constitue finalement pour une partie de la doctrine contemporaine « *un principe ontologique du système juridique, car il en fait comprendre une propriété essentielle et caractéristique* », à savoir son dynamisme tel qu'avancé par Hans Kelsen : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 554.

⁸⁸⁴ Aussi « *les personnes publiques n'exercent pas leurs compétences comme elles le veulent, celles-ci étant, par nature, indisponibles* » : NOGUELLOU R., « La cession de contrat », *RDC*, 2006, n° 3, p. 973.

⁸⁸⁵ AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 253.

⁸⁸⁶ Fidèle à la représentation dynamique du système juridique proposée par Hans Kelsen, fondée notamment sur une cascade d'habilitations successives allant de la norme suprême aux normes individuelles produites par les particuliers, Philippe Azouaou démontre le principe d'indisponibilité des compétences y occuperait une fonction essentielle dans la mesure où « *il permet de rendre compte parfaitement du phénomène d'habilitation (...), parce qu'il met en évidence le principe de la validité des normes juridiques (...), ce principe signifie évidemment que la compétence a pour caractère de ne pas être à la disposition de celui qui en est titulaire. Par conséquent, les autorités normatives ne peuvent pas édicter d'acte de disposition portant sur leur propre compétence* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

⁸⁸⁷ Jean-Claude Douence rappelait d'ailleurs « *qu'un transfert de compétences n'est possible que si un texte l'a expressément autorisé* » : DOUENCE J.-CL., « la délégation contractuelle du service public local », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, fasc. 6152, n° 77.

l'externalisation pour la réalisation de la dimension normative de la compétence. Ce qui conduisait à déduire le repliement de la première face à l'exercice de la puissance publique.

Parfaitement mise en évidence par René Chapus⁸⁸⁸, la dualité de l'action administrative, et donc de la compétence qui en permet l'accomplissement, engage à appréhender de manière plus souple l'application de l'indisponibilité à sa dimension matérielle. La matière de la police administrative illustre d'ailleurs parfaitement la démarcation désormais incontournable que le droit positif admet entre ces deux dimensions de la compétence à l'aune de l'application du principe d'indisponibilité dès lors qu'il connaît de nombreuses « *dérogations (qui) sont assez largement le fait du législateur et concernent exclusivement des prestations matérielles de police, et non la compétence normative des autorités de police* »⁸⁸⁹. Mais si « *l'établissement d'une frontière entre les compétences dont l'autorité de police peut se défaire et celles qui sont indisponibles n'est pas aisé* »⁸⁹⁰, la distinction évidente de ces deux dimensions offre une solution relativement efficace à cette problématique qui dépasse d'ailleurs le domaine restreint de la police. Une solution émancipée de l'approche casuistique que le droit positif adopte encore aujourd'hui pour y parvenir. Maurice Hauriou comme Léon Duguit avaient pu en outre supposer, voire affirmer, l'existence d'une telle dualité de la compétence objective au fondement même de toute l'action administrative⁸⁹¹. Or, si le repliement de l'externalisation administrative devant la réalisation de la dimension normative de la compétence, imposé par son indisponibilité, tire son fondement aussi bien dans sa répartition objective que dans le fait qu'elle traduise juridique la manifestation de la puissance publique souveraine, alors son déploiement dans le cadre de la réalisation de la dimension matérielle trouve un argument supplémentaire dans la disparition de chacun de ces deux éléments essentiels à l'application stricte de l'indisponibilité des compétences.

⁸⁸⁸ Il précisait en effet que d'un côté « *l'administration contribue à déterminer le contenu de l'ordonnement juridique de la société et remplit l'une de ses fonctions : la fonction normative* », et de l'autre, « *exerçant sa fonction de prestation, l'administration fournit biens et services, dont elle a ou non le monopole, aux membres de la collectivités* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 469.

⁸⁸⁹ LEMAIRE É., « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 772.

⁸⁹⁰ LEMAIRE É., *op. cit.*, p. 775.

⁸⁹¹ Alors que Léon Duguit admettait que « *la compétence comprend, non seulement les actes juridiques que le fonctionnaire a capacité de faire valablement, mais encore les actes d'ordre matériel que le fonctionnaire peut faire légitimement* » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Brocard, 1930, p. 105, Maurice Hauriou démontrait quant à lui la complémentarité des compétences juridiques et techniques des agents publics. Il affirmait notamment que « *dans l'organisation administrative, les autorités administratives qui détiennent la compétence juridique, mais possèdent par elles-mêmes peut de compétence technique, sont cependant investies du droit de commandement et du pouvoir hiérarchique sur tous les fonctionnaires techniciens. C'est la compétence juridique qui commande et la compétence technique qui obéit* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 12.

D'une part, la compétence matérielle ne subit pas en effet une telle répartition stricte des titres à agir⁸⁹². D'autre part, sa réalisation n'entraîne pas l'exercice de la puissance publique par le titulaire de l'habilitation dès lors que les activités matérielles sont expressément détachables de toute activité normative⁸⁹³. Ainsi l'identification précise du champ d'application de l'externalisation administrative dépend-elle de l'appréciation de l'étendue de la compétence matérielle, laquelle impose au préalable de préciser les conditions et les raisons d'une telle détachabilité du matériel à l'égard du normatif. L'observation de la compétence matérielle conduit par conséquent à dégager sa caractéristique essentielle : sa détachabilité. Ce n'est effectivement qu'à cette condition que peuvent être appréhendées les activités susceptibles à ce titre de faire l'objet de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. À la suite de Maurice Hauriou⁸⁹⁴, Robert Herzog soulignait d'ailleurs l'hétérogénéité de l'action administrative à travers la dualité de la compétence partagée entre « *la capacité de faire des actes juridiques* » et l'habilitation à fournir des prestations à « *objets sociaux, des missions ou*

⁸⁹² Le principe de libre administration des collectivités territoriales autorise en effet ces dernières, et tout particulièrement les communes, à intervenir par le biais de prestations dans n'importe quel domaine présentant un intérêt public local. Aussi l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales dispose-t-il que « *les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* ». Dans un même esprit, les juges du Palais-Royal reconnaissent également cette liberté d'intervention par prestations reconnue aux diverses autorités administratives lorsqu'ils considèrent que « *les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local* » : CE, ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, rec. p. 449 ; et que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies (...); qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence (...), elles doivent, non seulement agir dans les limites de leurs compétences, mais égaler justifier d'un intérêt public* » : CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272.

⁸⁹³ Notons qu'il est possible de relever aujourd'hui, dans de nombreuses jurisprudences, une démarcation claire et précise des activités normatives et matérielles ainsi qu'une évocation, implicite et explicite, de la notion de détachabilité qui permet de les distinguer et de leur appliquer un régime juridique différent. Ainsi la décision *Jonnet* envisage-t-elle de manière différente l'hypothèse d'une délégation de l'exercice du pouvoir normatif de police de lutte et de prévention contre les épizooties et de celle de l'exécution des tâches matérielles qui en découlent : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456. Plus nettement encore, le juge constitutionnel a pu faire mention de cette notion à l'occasion de sa décision *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* en affirmant la possibilité de confier à un tiers la réalisation de « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC. Mais en dehors des questions de police, ou plus largement même de sécurité, la jurisprudence suggère l'existence d'une telle démarcation. Ainsi en va-t-il par exemple dans la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* lorsque les juges distinguaient d'un côté les activités pour la réalisation desquelles les personnes publiques « *bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* » et de l'autre celles dont la réalisation ne doit pas fausser le libre jeu de la concurrence : CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272.

⁸⁹⁴ Lequel identifiait au sein des activités de police une démarcation entre « *les pouvoirs de police impartis à l'État par la nature des choses, impératifs* » et les activités « *qui ne dérivent pas de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, mais de sa qualité de mandataire ou plutôt de negotiorum gestor des intérêts publics* » : CE, 23 janvier 1903, *Cie des chemins de fer économiques du Nord*, rec. p. 62 ; note HAURIOU M., S., 1904.III.49.

des tâches de nature extra-juridique, socio-économique, qui se situent sur un tout autre plan »⁸⁹⁵. La recherche du déploiement de l'externalisation administrative au sein de la réalisation coopérative de la compétence matérielle invite néanmoins à approfondir une vue d'ensemble harmonieuse de l'accomplissement de l'action administrative dès lors que, unies dans la diversité, les activités externalisées s'articulent toujours autour d'un objet commun et d'un caractère matériel qui les déterminent. La délimitation du champ hétérogène des activités dont la réalisation constitue l'objet de l'externalisation administrative implique cependant la prise en compte, dans un premier temps, des activités détachables des compétences normatives (A), et, afin de parvenir à partir des critères alors mis en évidence, à proposer dans un second temps une détermination générale des activités relevant de la compétence matérielle (B).

A. La prise en compte des activités détachables des compétences normatives

271. Une considération préalable indispensable à l'appréhension des activités matérielles. Le

retrait de l'externalisation administrative face à l'exercice de la puissance publique à travers l'accomplissement du pouvoir normatif ne condamne pas son déploiement autre part dans la sphère publique. Tel est le sens de la démonstration proposée, et confirmée par l'essence coopérative de l'externalisation entendue comme un outil de gestion stratégique permettant à tout organisme qui y recourt de recentrer ses ressources pour une réalisation plus efficace de son « cœur de métier ». Mais dès lors, où tracer la frontière entre ce qui relève unanimement du « cœur de métier » des personnes publiques et ce qui, ni de près ni de loin, ne doit y être intégré ? La réflexion menée par Robert Herzog offre une fois de plus un éclairage utile à la démarche entreprise dans la mesure où il distinguait nettement l'action normative et l'action matérielle des personnes publiques à l'occasion d'une étude centrée sur la compétence. Il évoquait explicitement l'opposition manifeste en droit positif des compétences normatives attribuées aux autorités administratives et « *des opérations matérielles (...) qui ne se traduisent pas par l'exercice de pouvoirs normatifs* »⁸⁹⁶. Plus nettement encore, il invitait à ne pas négliger cet aspect de la fonction administrative qui « *se décrit mieux dans un langage sociologique, économique ou managérial, en termes d'opérations, de tâches, de missions, que*

⁸⁹⁵ HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 238.

⁸⁹⁶ HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 244. Il précisait alors que « *l'administration est une fonction normative complémentaire de la fonction législative* », accentuant encore davantage cette opposition.

dans un langage juridique se référant à la production de normes, qui rend mal compte des réalités que l'on veut ici saisir »⁸⁹⁷. C'est donc fort de ce courant doctrinal⁸⁹⁸, qu'il convient de s'engager sur la voie de l'identification des activités relevant de la compétence matérielle des personnes publiques. Mais une telle démarche invite en premier lieu à une réflexion sur les caractéristiques de cette dimension de la compétence, et tout particulièrement des éléments qui la distinguent de la compétence normative. C'est en effet seulement au prix d'une confrontation de ces deux dimensions qu'émergent le plus aisément les traits distinctifs de la compétence matérielle, et donc incidemment des activités dont la réalisation coopérative constitue l'objet de l'externalisation administrative. Leur observation conjointe révèle alors que la dimension matérielle constitue un complément nécessaire de la dimension normative dès lors que si « *c'est la compétence juridique qui commande* », c'est tout autant « *la compétence technique qui obéit* »⁸⁹⁹. Elles sont en l'occurrence résolument différentes au point de ne pouvoir être confondues dans l'acception de la compétence. Mais leur différence même représente une complémentarité qu'il est possible d'appréhender comme un rouage essentiel de l'action administrative. Envisagées comme l'avert et l'envers d'une même médaille, les dimensions normative et matérielle de la compétence présentent par conséquent un antagonisme fondamental à l'origine même du bon fonctionnement de l'administration, de la même façon que les muscles antagonistes participent à part égale de la réalisation des mouvements du corps humain.

La présentation précise des activités matérielles dont l'externalisation serait autorisée par l'indisponibilité est par conséquent tributaire d'une telle fracture qu'illustrent de manière symptomatique les activités de police à travers notamment la jurisprudence des juges de la rue de Montpensier selon laquelle il existerait dans l'action administrative « *des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »⁹⁰⁰. Il n'est en outre pas inédit de trouver dans un raisonnement en droit public une telle distinction entre des tâches matérielles et des fonctions normatives. Ainsi, par exemple, Raymond Carré de Malberg affirmait-il que

⁸⁹⁷ HERTZOG R., *op. cit.*, p. 247.

⁸⁹⁸ Rappelons à ce titre la distinction admise par Maurice Hauriou entre l'action publique d'autorité et l'action publique par la prestation d'un service ou d'un travail au bénéfice des usagers : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 5 et s.

⁸⁹⁹ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 12.

⁹⁰⁰ CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

la théorie des fonctions étatiques⁹⁰¹ « ne doit pas être confondue avec celle des attributions ou tâches de l'État »⁹⁰². Mais alors que Robert Herzog appelait à un abandon de la notion de compétence, l'hypothèse avancée ici adopte une position plus mesurée et suggère une lecture duale de la compétence et des activités dont elle autorise l'accomplissement. Aussi la confrontation de ces deux dimensions est-elle incontournable et s'exprime notamment par l'emploi de la notion de détachabilité à travers laquelle il est possible de saisir la pierre d'achoppement qui conduit à leur distinction. Le domaine de la police en fournit une illustration manifeste dans la jurisprudence la plus récente sur la délégation de certaines des activités qu'il recouvre. Celle-ci révèle en effet un assouplissement évident du principe d'indisponibilité mis en évidence par l'admission de la délégation de la mise en œuvre des activités matérielles⁹⁰³. Une situation particulière qui éclaire finalement les linéaments communs de l'externalisation de la réalisation de la compétence matérielle : elle ne se déploie essentiellement que pour l'accomplissement des activités qui contribuent à la satisfaction de l'intérêt général sans pour autant entraîner l'exercice d'un pouvoir normatif.

Alors que la clef de répartition entre les activités normatives et matérielles, relevant respectivement d'une dimension propre de la compétence, réside dans le rattachement qui les lie plus ou moins étroitement à l'exercice de la puissance publique, la notion de détachabilité⁹⁰⁴ s'impose comme une évidence à l'observateur soucieux d'y apporter la lumière. Rouage essentiel de toute opération administrative⁹⁰⁵, cette notion est en effet le

⁹⁰¹ Appréhendées alors comme « les diverses activités de l'État, en tant que celles-ci constituent des manifestations différentes, des modes d'exercice variés, de la puissance étatique » : CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, 1920-1922, 2 tomes, rééd. Dalloz, 2004, p. 259.

⁹⁰² CARRÉ DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 260. Notons que l'on retrouve également cette distinction dans les travaux, évoqués dans le chapitre précédent, de Francis-Paul Bénoit selon lequel il convenait de distinguer les compétences des attributions des agents publics : BÉNOIT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 474 et s.

⁹⁰³ Si, par exemple, pour l'activité normative de police le principe d'indisponibilité des compétences entraîne la prohibition de la délégation de son exécution, il existe toutefois « une frontière entre les compétences dont l'autorité de police peut se défaire et celles qui sont indisponibles » : LEMAIRE É., « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 775. Poussant plus loin son analyse, et proposant de s'écarter de l'explication proposée par Jacques Petit, l'auteur s'appuie sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour envisager cette démarcation à la lumière de la détermination des « prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC ; en d'autres termes les activités relevant en fin de compte de la dimension matérielle de la compétence de police.

⁹⁰⁴ De manière générale, celle-ci se présente en effet comme une technique qui « permet dans une opération (...) de traiter séparément certains éléments pour les soumettre à un régime juridique différent de celui applicable aux autres éléments de la même opération » : DEBBASCH C., BOURDON J., PONTIER J.-M. et RICCI J.-Cl., *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Thémis droit public, 2^e éd., 1994, p. 56.

⁹⁰⁵ Hubert Charles contribua de manière fondamentale à l'élaboration de la notion d'opération administrative envisagée comme « l'ensemble des moyens utilisés pour remplir la tâche administrative » : CHARLES H.,

sésame de la compréhension de l'admission de l'externalisation des activités matérielles à l'aune du principe d'indisponibilité des compétences dans la mesure où elle fournit une approche atomistique de l'action administrative propice au dégagement des éléments normatifs et matériels⁹⁰⁶ qui participent conjointement de son accomplissement. Aussi convient-il d'apporter tout d'abord la démonstration du caractère détachable des activités matérielles (1), avant de présenter les conditions de l'admission de l'externalisation des activités détachables (2).

1. La démonstration du caractère détachable des activités matérielles

272. Une détachabilité fondée sur la complémentarité des activités normatives et matérielles.

Indiscutablement complémentaires, les activités normatives et matérielles sont également différentes dans la mesure où leur complémentarité se mesure nécessairement à l'aune de leurs dissemblances. À l'instar des couleurs dites complémentaires⁹⁰⁷, les activités normatives et matérielles s'agrègent finalement dans le cadre de l'action administrative pour parvenir à la concrétisation des diverses tâches et missions qui la composent. Aussi Hubert Charles fournissait-il pléthore d'illustrations manifestant la différence fondamentale entre les activités normatives et matérielles. À ce titre, l'opération de travaux publics offre un exemple particulièrement éclairant au soutien de cette hypothèse. Si en effet un tel travail doit toujours comporter une production matérielle de l'homme en vue de la réalisation d'un immeuble, il doit également être en lien avec une personne juridique et la satisfaction de l'intérêt général dans les conditions que l'autorité administrative compétente détermine. Se retrouvent alors explicitement les deux dimensions différentes qui composent l'opération de travaux publics dans son ensemble : des activités matérielles décidées et organisées par une activité normative, et ce, alors que seules les premières admettent que leur réalisation soit confiée à une autre personne que l'autorité administrative compétente⁹⁰⁸. Dans la même veine,

« Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français. *Contribution à une théorie de l'opération administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 80, 1968, p. 3.

⁹⁰⁶ L'opération administrative est en effet envisagée comme « un ensemble d'actes juridiques et de faits matériels concourant à la réalisation d'une tâche particulière de l'administration » : CHEVALLIER F., « La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes », *AJDA*, 1981, p. 331, ou encore comme un « enchaînement ordonné de plusieurs actes juridiques ou matériels » : GUÉRARD St., *La notion de détachabilité en droit administratif français*, thèse dact., Université Paris 2 – Panthéon-Assas, 1997, p. 360.

⁹⁰⁷ Le dictionnaire de l'Académie française rapporte en effet que les couleurs complémentaires sont « des couleurs dont la réunion forme la couleur blanche » : *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition informatisée.

⁹⁰⁸ Seules compétentes pour décider de la réalisation ou non d'un travail public, les autorités administratives décident en fin de compte « librement de procéder à des travaux publics. Sa décision dépend de l'appréciation

l'accomplissement d'une mission de service public révèle tout autant une dualité complémentaire des activités normatives et matérielles qui s'articulent pour permettre sa réalisation, mais chacune selon des modalités différentes. En ce domaine, Hubert Charles présentait une distinction claire des opérations d'organisation et des opérations de fonctionnement du service public⁹⁰⁹. Il affirmait d'ailleurs explicitement que si les secondes pouvaient être assurées par un partenaire de l'administration dans le cadre d'une concession, les premières excluaient une telle possibilité « *parce qu'elles tendent à organiser le service public* »⁹¹⁰. Une distinction qu'il considérait comme une séparation des activités publiques et privées, mais qui se découvre désormais comme une séparation des activités normatives, exclusivement publiques, et matérielles, qui peuvent être réalisées aussi bien par des personnes publiques que par des personnes privées. Enfin, il découvrait même une telle distinction au sein même des opérations dites de puissance publique, et plus spécialement de l'activité de police. Il proclamait alors que, « *dans une acception étroite, elle correspond à l'ensemble des mesures individuelles et des agissements (actes normatifs et matériels) qui permettent de prévenir les atteintes à l'ordre public* »⁹¹¹. Une démarcation qui se retrouve aujourd'hui dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel sur le point de la détermination de la délégabilité des activités de police. Qu'il s'agisse alors de celles-ci ou des activités de services publics, la distinction des activités normatives et matérielles trouve désormais une place de choix dans le droit positif aussi bien que dans la doctrine⁹¹².

qu'elle fait de ses besoins pour accomplir ses missions » : FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2015, p. 607. Dans le même temps, elles « *choisissent (également) librement le procédé de réalisation de leurs travaux publics. Leur choix dépend de leurs capacités techniques, financières et d'endettement, ainsi que de leur politique sociale et évidemment du travail à réaliser (...). Si elle préfère faire appel à une société privée, elle passera un marché public* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 611. Cependant si la réalisation matérielle peut être confiée à un tiers, il ne saurait être question que la décision ou l'organisation de ce travail soit confiée à une autre personne que l'autorité administrative disposant du titre de compétence normative pour agir.

⁹⁰⁹ Elle trouvait place au sein de l'œuvre de service public ayant « *pour objet de fournir certaines prestations aux administrés* » qui, pour y parvenir, « *importe de réunir les moyens nécessaires et de les mettre en état d'être utilisés. Par exemple, il faut adapter les personnes publiques à leur mission, créer des organes nouveaux pour assurer certains services, rechercher la collaboration des particuliers et fixer ses modalités, veiller à la conformité du service avec les exigences de l'intérêt général* » : CHARLES H., *op. cit.*, p. 55 et 56.

⁹¹⁰ CHARLES H., *op. cit.*, p. 56. Aussi précisait-il alors que cette « *répartition est d'une rigoureuse logique : l'organisation du service public, c'est-à-dire, en dehors de l'hypothèse de la concession, la création ou l'aménagement d'une personne publique appartient, par essence, au droit public ; elle se réalise par le moyen d'une opération publique. À l'inverse, l'opération de fonctionnement du service se traduit par une action analogue à celle des organismes privés avec lesquels il est en concurrence ou qu'il a remplacés ; elle relève par nature du droit privé ; elle est donc une opération privée* ».

⁹¹¹ CHARLES H., *op. cit.*, P. 62.

⁹¹² Benoît Plessix rappelle effectivement à titre d'exemple que l'on peut « *expliquer que ne puissent être déléguées au secteur privé les tâches sans lesquelles l'État ne serait plus souverain, à savoir l'exercice même de la contrainte physique et toutes les responsabilités décisionnelles, impliquant notamment le pouvoir réglementaire de fixer le cadre juridique d'une mission de police ou de service public. En revanche, tout ce qui*

L'observation succincte de ces deux catégories d'action telles qu'elles sont aujourd'hui engagées par les autorités administratives confirme un tel constat et autorise donc à y prendre appui pour approfondir l'hypothèse ici soutenue. S'agissant d'une part de la police administrative, Jacques Petit présente en effet clairement la divergence des activités normatives et matérielles dans la satisfaction de l'objectif du maintien de l'ordre public⁹¹³. Alors que les premières emportent l'exercice de la puissance publique par l'édition de normes impératives et contraignantes, les secondes en sont généralement dépourvues⁹¹⁴. C'est en outre à Étienne Picard que l'on doit d'avoir posé les bases d'une telle distinction, lorsqu'il affirmait notamment que « *la fonction de police n'est donc pas limitée du côté de ses procédés ; et ceux qu'elle utilise se révèlent innombrables* »⁹¹⁵, et précisait même que de cette diversité découlait également celle des « *conditions dans lesquelles elle est en droit de les utiliser* »⁹¹⁶. Aussi présentait-il successivement ces procédés allant de l'activité normative à la prestation matérielle dont les modalités de réalisation variaient sensiblement de l'une à l'autre. Il expliquait finalement que le recours aux secondes, bien que peu nombreuses, constituait un complément indispensable de l'accomplissement des premières⁹¹⁷ dès lors que la protection de l'ordre public implique toujours certaines opérations matérielles concrètes⁹¹⁸.

est détachable de telles missions, tout ce qui relève des opérations techniques, pourrait être externalisé » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 255.

⁹¹³ Aussi affirme-t-il sans ambages ni détours que « *la réalisation de l'ordre public comporte principalement l'édition, par les autorités de police, de normes juridiques, mais elle peut également être obtenue grâce à des procédés non normatifs* » : PETIT J., « La police administrative », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 32.

⁹¹⁴ Ainsi précise-t-il que « *la « police administrative matérielle » n'est pas nécessairement coercitive : elle comprend aussi des actions de surveillance et des prestations* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 33.

⁹¹⁵ PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 729.

⁹¹⁶ PICARD É., *op. cit.*, p. 731.

⁹¹⁷ Il précisait en effet que « *les prestations que fournit l'administration et qui sont rattachables à la notion de police nous paraissent assez peu nombreuses. En tout cas, elles le sont beaucoup moins que toutes celles à propos desquelles l'idée de police a pu être avancée en droit positif. En revanche, il n'est pas possible d'exclure de la notion de police certaines prestations sous prétexte que le droit positif évoquerait à leur endroit la notion de service public et non celle de police (...); il suffit de montrer en quoi la détermination des limites dans lesquelles la police utilise le procédé de la prestation procède, de notre point de vue, de considérations purement conceptuelles (...): à notre sens, en effet, ne peuvent être conceptuellement rattachées à la police que les seules prestations ayant pour objet de protéger les biens ou les personnes dans les circonstances et de la façon dont l'ordre public lui-même l'exige, même si en droit positif ces activités sont quelquefois considérées comme des services publics, même si, de fait, certaines d'entre elles sont aussi effectuées par de véritables services publics* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 788 et 789.

⁹¹⁸ D'ailleurs « *cette possibilité lui (l'administration) a toujours été reconnue (...), tous les procédés matériels comme les saisies, les mises en fourrière, les exécutions forcées, les vérifications d'identité, les barrages routiers, la constitution de fichiers, l'ilotage, etc.* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 785, voire encore parfois les travaux publics ou plus généralement les prestations dans la mesure où « *la police municipale (...)* comprend notamment (...) le soin de prévention par des précautions convenables et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires » comme en disposait l'article 97-6 de la loi municipale du 5 avril 1884. Elle recouvrait même encore à l'époque les activités relevant aujourd'hui des services funéraires dès lors qu'elle comprenait :

S'agissant d'autre part du service public, la présence d'une distinction fondamentale entre les activités normatives et matérielles n'est plus à démontrer tant la doctrine a contribué à tenir pour acquis que sa réalisation comporte à la fois la nécessité d'une organisation juridique et d'un fonctionnement matériel ; c'est-à-dire l'exercice du pouvoir réglementaire de création et d'organisation du service, et la fourniture de prestations à destination des usagers⁹¹⁹. Alors que l'exercice du pouvoir de création et d'organisation du service public relève de la compétence normative⁹²⁰ et explique qu'il ne puisse ainsi être confié à un tiers en vertu d'une application stricte du principe d'indisponibilité, son exécution matérielle n'entraîne pas le recours à la puissance publique et peut parfaitement être dévolue par l'autorité compétente à une autre personne⁹²¹.

Alors que la notion d'opération administrative incite à envisager la traduction juridique de l'action administrative sous la forme d'un agencement particulier composé de successions d'actes normatifs et matériels interdépendants reliés entre eux par un lien fonctionnel, l'analyse suggérée par Morgan Bunel conduit néanmoins à considérer toujours ces différents actes comme étant juridiquement distincts. C'est d'ailleurs ce que les propos précédents

« le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et les exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières » : article 97-4 de la même loi. Ce que ne manquait d'ailleurs pas de sanctionner le juge administratif en cas de carence de l'autorité administrative compétente dans la délivrance de ces prestations attendues : exemple : CE, 9 février 1966, *Ville du Touquet-Paris plage*, rec. p. 91.

⁹¹⁹ Cette distinction se retrouve aujourd'hui aisément dans les divers manuels de droit des services publics. Ainsi est-il par exemple affirmé que sur le plan juridique, il est possible « de regrouper les compétences par fonction dans le service public. **La fonction supérieure, la direction stratégique du service public, comprend certainement les cinq compétences suivantes (...)** de fondation et de suppression du service public (...) **de choix du gestionnaire opérationnel et des exécutants du service public (...)** de fixation des principes d'organisation et de fonctionnement du service public (...) **du contrôle du respect de ces principes (...)** de sanction en cas de violation (...). **La fonction intermédiaire, la gestion opérationnelle du service public, comprend au moins trois compétences (...)** de réglementer les liens avec les usagers du service public (...) **de réglementer les liens avec les agents du service public (...)** de maîtrise d'ouvrage des installations du service public (...). **La fonction terminale, l'exécution matérielle du service public** » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 623. Et les auteurs de rajouter alors que si le droit objectif impose « une maîtrise totale de cette dernière (la personne publique) sur les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public », « il n'est pas exclu, surtout, que la personne publique ait choisi d'habiliter la même personne pour exercer les compétences relevant du niveau intermédiaire et du niveau terminal » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 624 et 630. Norbert Foulquier indique d'ailleurs pour sa part que si les personnes publiques « ont le monopole de la consécration de l'existence des services publics, (elles) n'ont pas le monopole de leur exécution » invitant alors à justifier cette différence de modalités disponibles pour l'accomplissement du service public par la distinction des activités normatives et matérielles : FOULQUIER N., « Le service public », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 60.

⁹²⁰ La création et l'organisation d'un service public en effet « passe par l'adoption d'un acte réglementaire (...). Ceci implique notamment le respect de la répartition des compétences tant entre les personnes publiques qu'en leur sein » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 78.

⁹²¹ Elle peut effectivement « déléguer ses services publics à une autre personne, publique ou privée » tout en demeurant maître de son organisation ; c'est-à-dire sans être affranchie « de sa responsabilité quant au bon fonctionnement du service » ainsi délégué : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 81.

tendent à démontrer dès lors que les modalités juridiques de réalisation des uns et des autres sont sensiblement différentes. C'est également ce qu'enseignait la seconde partie des réflexions menées par Hubert Charles à propos de la notion de détachabilité⁹²². Un enseignement que reprend d'ailleurs Morgan Bunel dans sa contribution à la théorie des chaînes d'actes en droit administratif. La conception analytique traditionnelle de la doctrine pour l'appréhension des actes administratifs a effectivement conduit à envisager toujours l'action administrative de manière décomposée, actes par actes, et non à travers une vision globale de l'opération projetée⁹²³. En dehors de ses applications considérables en matière de contentieux administratif, la notion de détachabilité peut toutefois être également d'un grand secours dans la distinction, au sein d'une même opération administrative, entre les activités normatives et matérielles dont la réalité a pu être démontrée. Bien que fonctionnellement reliées les unes aux autres par une finalité commune, elles demeurent effectivement dissemblables juridiquement sur de nombreux points parmi lesquels celui de leurs modalités de réalisation admises par le droit. C'est sur cette question bien précise que cette notion apporte un éclairage utile pour la détermination du contenu de l'objet de l'externalisation administrative, et donc des contours de son déploiement dans la réalisation de la compétence matérielle. Aussi doit-elle être envisagée comme une notion déterminante de la répartition des dimensions normative et matérielle de la compétence dans l'accomplissement de l'action administrative. Elle peut l'être d'autant plus lorsqu'est précisé le point de référence par rapport auquel se mesure la détachabilité en question. Laissant de côté leur lien fonctionnel indiscutable, il s'agit en effet de considérer le rattachement ou le détachement des activités normatives et matérielles à l'exercice de la puissance publique. Dès lors la détachabilité supposée des secondes doit être entendue comme celle à l'égard de l'exercice du pouvoir normatif, et à travers lui de la puissance publique souveraine et indisponible.

273. Une forme originale et inévitable de la détachabilité. La question de la détachabilité ne se pose donc plus ici dans les mêmes termes que lorsqu'elle est soulevée en matière de contentieux administratif, et tout particulièrement en matière de contentieux contractuel. Elle révèle un nouvel aspect de son usage utile pour rendre compte de la différence juridique qui

⁹²² Car si l'opération administrative présente bien une unité fonctionnelle certaine, les actes qui la composent sont soumis à des conditions « *de légalité propre(s), accessible(s) seulement par la méthode d'analyse exprimé(e) par la théorie des actes détachables* » : CHARLES H., *op. cit.*, p. 31.

⁹²³ Au point d'ailleurs que « *parler de conception isolée de l'acte est une expression générique retenue afin d'exprimer l'acte comme un objet juridique autonomisé et relever que les outils du droit positif ont été érigés sur le modèle d'un acte appréhendé individuellement* », et ce « *alors même que l'observation des manifestations de l'action administrative révèle que l'acte est au confluent de relations hiérarchiques, fonctionnelles et procédurales* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 225 et 226.

existe entre les activités normatives et matérielles, et donc, au-delà, entre les dimensions correspondantes de la compétence. Si la première habilite les autorités administratives à exercer un pouvoir normatif par principe strictement indisponible au regard du droit objectif dès lors qu'il manifeste l'exercice de la puissance publique souveraine, la seconde les habilite quant à elle à intervenir par voie de prestations techniques et matérielles dont l'indisponibilité ne paraît pas devoir subir la même rigueur dans la mesure où elle s'avère justement détachable de l'exercice d'une telle puissance exorbitante qui implique au contraire des moyens ordinaires auxquels les personnes publiques et les personnes privées ont un égal accès. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'un emploi consacré de la notion de détachabilité, qu'il soit néanmoins permis d'en user afin de parvenir à la démonstration souhaitée. Mais bien plus qu'une permission, il convient d'apporter ici au lecteur une démonstration de la pertinence du recours à la notion de détachabilité pour éclaircir la question abordée dans ces lignes. La différence de l'acception suggérée ici n'est en outre pas aussi conséquente qu'il n'y paraît, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, bien qu'employée à titre principal en matière de contentieux des actes administratifs, la notion de détachabilité telle qu'elle y est conçue suggère qu'il soit possible d'étendre son application à d'autres domaines, et pour d'autres problématiques que soulève le droit administratif contemporain. Aussi Materne Staub laisse-t-elle par exemple entrevoir une telle éventualité en admettant qu'elle permet de tenir « *compte du lien qui unit l'acte à son opération (...) en fonction de la plus ou moins grande proximité de la décision administrative avec l'acte central ou l'activité globale ou de sa « latéralité » par rapport à ceux-ci* »⁹²⁴. Il est certes évident que la conséquence prédominante de cette utilité de la notion de détachabilité renvoie essentiellement à des implications contentieuses. Mais elle en dévoile également une signification dont il est permis de penser qu'elle puisse trouver à s'appliquer bien au-delà. En référence aux travaux menés par Morgan Bunel, l'acception évoquée par Materne Staub présente une caractéristique prégnante de la détachabilité : « *la plus ou moins grande proximité* » d'un acte à l'égard d'un « *acte central* », ou de tout autre élément juridique qui évoquerait l'expression d'une puissance commandante dès lors qu'elle permet d'assurer « *la garantie la plus adéquate des droits des justiciables face à l'aspect autoritaire que renferme l'acte unilatéral* »⁹²⁵, et parfois certains éléments du

⁹²⁴ STAUB M., *L'indivisibilité en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 197, 1999, p. 116.

⁹²⁵ STAUB M., *op. cit.*, p. 117. Aussi ajoute-t-elle que l'intérêt pratique de la notion de détachabilité est de permettre, en matière contentieuse, d'assurer « *une toujours meilleure administration de la justice (...), en regard de l'acte détachable, cette sollicitude profite essentiellement au justiciable* » : STAUB M., *op. cit.*, p. 118. Aussi Jacques Rigaud recevait-il les « bonnes ondes » émises par cette notion lorsqu'il affirmait devant les juges du Palais-Royal que « *la notion d'actes détachable (...) permet d'étendre le champ de votre compétence* » :

contrat. Il s'agirait donc ici de désigner par l'utilisation de cette notion la détachabilité des activités matérielles à l'égard de l'exercice de la puissance publique manifestée par l'accomplissement des activités normatives.

Un tel emploi de la détachabilité est d'ailleurs apparemment encouragé par la doctrine autant que par le droit positif à travers un usage protéiforme de cette dernière. En dehors de son évocation foncièrement contentieuse, elle apparaît çà et là dans d'autres domaines à travers lesquels elle acquiert une portée bien plus large. Ainsi par exemple, si le critère de la puissance publique s'impose traditionnellement en droit de l'Union européenne comme la clef d'une dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs lorsqu'il rencontre la fonction publique, son application par les juges de Luxembourg recèle une forme d'expression de la détachabilité⁹²⁶. Celle-ci se retrouve également dans la même logique, toujours en droit de l'Union européenne, pour déterminer le champ d'applicabilité ou d'opposabilité des règles concurrentielles à l'encontre des personnes publiques dès lors qu'elles ne sont en principe valables qu'à l'encontre des activités économiques détachables de l'exercice de la puissance publique⁹²⁷. Son emploi en matière de droit de la concurrence émerge en outre également en droit interne. La réflexion menée par Aurélien Antoine signale en effet que la notion d'acte détachable se présente explicitement comme la clef autorisant l'utilisation du droit de la concurrence à l'encontre d'une prérogative de puissance publique⁹²⁸. Il ne dissimulait d'ailleurs pas cet emploi de la détachabilité, affirmant qu'en

conclusions prononcées par Jacques Rigaud sur l'arrêt : CE, sect., 1 octobre 1966, *Sieur Aubert*, rec. p. 512 ; concl. RIGAUD J., *AJDA*, 1966, p. 612.

⁹²⁶ Voir sur cette question, outre les développements du chapitre précédent : CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, rec. p. 3881 ; concl. MAYRAS H., rec. p. 3900 ; CJCE, 16 juillet 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, rec. p. 2125 :

⁹²⁷ Aussi Charlotte Denizeau indiquait-elle que « *l'idée de puissance publique se présente comme un critère fonctionnel dérogatoire. Elle résiste puisqu'elle permet de restreindre le champ d'application des règles de libre concurrence. Une activité de puissance publique n'est pas une activité économique, elle échappe aux règles applicables aux entreprises* » : DENIZEAU Ch., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004, p. 89. Elle démontrait d'ailleurs que la jurisprudence élaborée par la Cour de Luxembourg engageait à déterminer le partage entre les activités économiques et les activités de puissance publique à l'aune de la rattachabilité ou de la détachabilité de chacune à l'égard de l'exercice de prérogatives de puissance publique : cf. CJCE, 19 janvier 1984, *Sat Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, rec. I-52.

⁹²⁸ La démonstration menée le conduisait en effet à affirmer que « *l'utilisation du droit de la concurrence à l'encontre d'une prérogative de puissance publique suppose l'identification équivoque de l'acte détachable* » : ANTOINE A., *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 261, 2009, p. 38. Notons que le Tribunal des conflits considéra effectivement que « *les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques* », ajoutant également « *que sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif des*

vertu de cette décision « *seuls les actes détachables des missions de puissance publique, liés à des activités de production, de distribution ou de service ou, en droit communautaire, à l'activité d'entreprise, sont soumis aux autorités spécialisées de la concurrence – et donc pleinement au Code de commerce* »⁹²⁹. Encore plus proche de l'utilisation de la détachabilité à laquelle il est ici envisagé de procéder, cette hypothèse apporte une confirmation supplémentaire de l'intérêt qu'il y aurait à procéder ainsi.

La notion de détachabilité permet en l'occurrence un mouvement bien particulier en matière contentieuse consistant en un « *processus d'extraction au sein d'une opération* »⁹³⁰ d'un acte afin de faciliter sa contestation devant le juge administratif lorsque l'opération administrative engagée ne relèverait pas à priori de la compétence de ce dernier. Il s'agit alors de se concentrer sur cette logique inhérente à la détachabilité selon laquelle elle procède finalement d'une volonté de distinguer un élément particulier d'un ensemble dont elle se différencie pour une raison singulière. Ainsi l'activité matérielle se distinguerait-elle par son « *extraction* » de l'exercice de la puissance publique normative, justifiant alors qu'elle soit considérée comme détachée de celle-ci, à la différence de l'activité normative qui constitue la substance même de son emploi. Il est d'ailleurs possible de rejoindre sur ce point la réflexion de Maurice Hauriou sur la gestion administrative afin d'éclairer davantage encore l'opportunité de cette utilisation suggérée de la notion de détachabilité. Il est en effet tout à fait envisageable de distinguer en arrière-plan de la démarcation qu'il instaurait entre l'action d'autorité et l'action de gestion de l'administration, les prémisses d'une telle hypothèse dès lors qu'il identifiait l'action administrative « *tantôt comme un pouvoir qui s'affirme, tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* »⁹³¹. Aussi discernait-il un détachement du second à l'égard de la puissance publique, alors même qu'elle caractérisait fondamentalement la première⁹³². Ainsi éclairée, la notion de détachabilité conduit-elle à appréhender la différence et la complémentarité des activités normatives et matérielles au regard des liens qui les unissent, ou pas, à l'exercice de la puissance publique. Son emploi n'est donc en rien

pratiques » qui ne manifestent pas l'exercice de la puissance publique : TC, 18 octobre 1999, *Préfet de la région Île-de-France c/ Cour d'appel de Paris*, rec. p. 469.

⁹²⁹ ANTOINE A., *op. cit.*, p. 39.

⁹³⁰ STAUB M., *op. cit.*, p. 118.

⁹³¹ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 5.

⁹³² Il rappelait effectivement que « *si l'on envisage la puissance publique comme une force sociale, ce qui est légitime, on est conduit à distinguer deux états de cette force, l'état de repos et celui de mouvement. L'état de repos, ou plus exactement, de puissance, n'est pas exclusif de tout acte, il se manifeste au contraire très bien dans l'acte de commandement, dans le jussus ; l'état de mouvement, de son côté, est tout simplement celui où s'accomplit le travail administratif, une force en mouvement est une force de travail* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 7.

contradictoire avec leur articulation fonctionnelle nécessaire au bon déroulement de l'action administrative⁹³³. Il ne paraît pas non plus si illégitime en dehors des « clous » qui ont pu lui être attribués par la doctrine ou le juge administratif⁹³⁴. Si tant est d'ailleurs que l'utilisation proposée ici de la notion de détachabilité sorte véritablement du champ que ces derniers lui ont accordé.

Il apparaît en effet que le juge administratif, ainsi que le juge constitutionnel, ont déjà suggéré d'employer de la sorte cette notion afin de mettre en évidence la distinction existant entre les activités normatives et les activités matérielles. S'agissant du premier, il apparaît d'une part que la notion de détachabilité puisse être maniée dans ce sens au regard du raisonnement que les juges du Palais-Royal ont pu parfois employer dans leurs décisions les plus récentes relatives à la délégation de certaines tâches relevant de missions de police administrative⁹³⁵. S'agissant du second, ce constat ressort d'autre part de manière encore plus explicite du raisonnement et du langage employés dans la même situation par les juges de la rue de Montpensier. Ils utilisent en effet expressément l'expression « *détachables* » pour désigner les activités matérielles de police qui, dès lors qu'elles n'expriment pas l'exercice de la puissance publique normative, peuvent tout à fait voir leur réalisation confiée à une autre personne que l'autorité administrative compétente⁹³⁶. Aussi devaient-ils également faire de

⁹³³ Morgan Bunel suggère d'ailleurs que le lien d'interdépendance fonctionnelle qui les relie n'exclut finalement pas qu'ils demeurent différents⁹³³, et ce, justement parce qu'ils sont complémentaires lorsqu'elle définit la notion de chaîne d'actes fonctionnelle comme « *l'articulation d'actes juridiquement distincts mais fonctionnellement liés* » : BUNEL M., *op. cit.*, p. 221.

⁹³⁴ Des « clous » dont les développements précédents ont d'ailleurs pu montrer l'imprécision et la diversité des significations et des usages qui en sont faits, autorisant d'autant plus que l'on envisage d'en proposer un autre dès lors qu'il demeure conforme à la logique essentielle qui anime la notion de détachabilité en droit administratif.

⁹³⁵ Ainsi le juge administratif distinguait-il dans sa décision *Cne d'Ostricourt* entre les « *tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain de la commune* » et celles « *de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune* » : CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706, ou encore de manière plus flagrante dans sa décision *Jonnet* entre les « *tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire* » et l'exercice d'un pouvoir normatif qui avait conduit l'autorité administrative compétente à prescrire ces tâches matérielles dans le cadre de « *la mise en œuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police* » : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

⁹³⁶ Particulièrement topique sur ce point, et soulignée en tant que tel par la doctrine (cf. par exemple : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 255), la décision *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* révèle l'emploi par le juge constitutionnel du vocable de la détachabilité en la matière lorsqu'il considérait « *que la loi déferée ne permet de confier à des personnes de droit privé, en matière de surveillance électronique, que des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC. Dans le même sens, les juges de la rue de Montpensier semblent d'ailleurs renforcer leur argumentation en considérant à contrario que, « *en autorisant des personnes privées à procéder à une surveillance de la voie publique, ces dispositions constituent une délégation à ces personnes de tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté* », ajoutant alors que si « *chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force*

même en dehors du strict domaine de la police ; c'est-à-dire notamment en matière de service public⁹³⁷. Il n'est donc pas incongru, loin de là, d'affirmer que les activités matérielles se caractérisent par leur détachabilité à l'égard de la puissance publique dès lors qu'elles n'entraînent pas l'exercice de la puissance publique. Il serait donc cohérent de retrouver à leur rencontre une application du principe d'indisponibilité des compétences moins stricte au regard du droit objectif, notamment s'agissant de la dévolution de leur réalisation à un tiers. Une application moins rigoureuse qui ouvrirait alors la porte à l'admission de principe de leur externalisation.

2. L'admission de principe de l'externalisation des activités matérielles détachables

274. Une application permissive du principe d'indisponibilité aux activités détachables. Alors que les développements précédents ont pu convaincre de l'application stricte du principe d'indisponibilité lorsqu'il est question de la réalisation de la compétence normative, il convient désormais de s'intéresser plus avant à son application lors qu'il est question de la réalisation de la compétence matérielle. Il faut toutefois rappeler préalablement que l'élément déterminant de cette application stricte, imposant un repliement de l'externalisation administrative, se trouve dans l'encadrement formel rigoureux qui est imposé par le droit objectif à l'exercice du pouvoir normatif en tant qu'il constitue une manifestation, si ce n'est une émanation de la puissance publique souveraine à laquelle est soumis chaque citoyen. Il y aura d'ailleurs toujours un cadre objectif destiné à borner l'action administrative, et ce, qu'elle relève de la dimension normative ou matérielle de la compétence⁹³⁸. En l'occurrence,

publique » nécessaire à la garantie des droits », elles « doivent être déclarées contraires à la Constitution » : CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

⁹³⁷ Le juge constitutionnel reconnu en effet dans cette même décision, que le fonctionnement du service public pénitentiaire pouvait entraîner la délégation à d'autres personnes que les autorités administratives compétentes la réalisation de certaines tâches techniques. Il considérait par exemple que, « s'agissant des fonctions mentionnées au dernier alinéa de l'article contesté, dont sont expressément exclues les tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté, leur délégation fera l'objet d'une habilitation dans les conditions définies par décret en Conseil d'État » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

⁹³⁸ Reconnaissant la pertinence d'une telle distinction au sein de la fonction administrative, Georg Jellinek précisait en effet que « l'État peut ou bien établir des règles abstraites qui, comme telles, ne dominent pas immédiatement la réalité, mais ont besoin d'une activité, par elles mise en mouvement, pour la réalisation du fait objectif auquel elles tendent. Ou bien l'État réalise d'une façon immédiate les tâches qui s'imposent à lui, soit en agissant sous l'impulsion de ces règles abstraites, soit en respectant seulement les limites qui lui sont imposées par ces mêmes règles » : JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, T. 2, Éditions Panthéon Assas, 2005, rééd. 1913, p. 318. Toujours soumises à l'agencement organisé par le droit objectif, les deux fonctions occupées par les autorités administratives se démarquent nettement : « l'une consiste à établir les règles, l'autre qui consiste dans l'accomplissement de tâches particulières déterminées ». Voir dans le même sens : LABAND P., *Droit public de l'Empire allemand*, t. II, éd. française, 1901, spéc. p. 526 et CARRÉ DE MALBERG R.,

s'il est admis de longue date que « *l'administration comprend (...), tous actes ou mesures qui, bien que non prévus par cet ordre juridique, le laissent du moins intact* »⁹³⁹, il est effectivement impératif de considérer l'influence exercée par le cadre objectif qu'il organise autour de l'action administrative dans son ensemble, et par conséquent sur la réalisation de la compétence matérielle⁹⁴⁰. Il est toutefois intéressant d'envisager cette influence d'un point de vue nuancé. Certes il « *est un principe de notre droit public que l'administration ne puisse exercer que les pouvoirs qui lui sont rigoureusement conférés par la loi* »⁹⁴¹, mais il le fait selon des modalités plus ou moins strictes selon qu'il s'agisse de l'exercice d'un pouvoir de puissance publique ou d'un pouvoir ordinaire⁹⁴². Ainsi existe-t-il invariablement une « *barrière de l'activité administrative* »⁹⁴³ dont il convient d'éclairer les conditions d'ouverture lorsqu'elle fait face à la réalisation de la compétence matérielle. Et s'il est apparu que le principe d'indisponibilité la maintenait rigoureusement baissée face à la réalisation de la compétence normative en raison des manifestations de la puissance publique qu'elle entraîne, il semblerait envisageable qu'elle en autorise la levée dans cette seconde hypothèse dès lors qu'elle recouvre l'accomplissement de l'ensemble des activités de l'administration détachables de tout exercice de la puissance publique souveraine. Alors que le principe d'indisponibilité conserve sa rigueur dans l'interdiction de principe qu'elle énonce à

Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, Paris, 1920-1922, 2 tomes, rééd. Dalloz, 2004, spéc. p. 467 et s.

⁹³⁹ CARRÉ DE MALBERG R., *Ibid.*

⁹⁴⁰ Raymond Carré de Malberg indiquait en outre que, « *en tout cas, il faut toujours que les décisions administratives se rattachent à une loi, soit à une loi qu'elles exécutent au sens littéral du mot, soit à une loi qui les autorise, soit au moins à une loi qu'elles viennent compléter par des prescriptions destinées à en assurer l'exécution (...), sans qu'elles puissent outrepasser cette loi* » : CARRÉ DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 476. Léon Duguit partageait d'ailleurs cette conception reprise par Raymond Carré de Malberg lorsqu'il affirmait que, « *dans l'État moderne, l'administration ne peut intervenir que dans les limites fixées d'avance par une loi écrite* » : DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, rééd. de Albert Fontemoing, 1901, p. 465.

⁹⁴¹ BERTHÉLEMY H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 220. Paul Laband avait d'ailleurs posé un tel principe comme un fondement du droit public allemand en affirmant que « *les droits du pouvoir politique à l'égard de l'individu sont fixés par des dispositions juridiques, et par suite restreints (...), tout ordre administratif doit reposer sur une loi qui confère au Gouvernement le pouvoir d'exiger des sujets telle prestation, tel acte, telle abstention. Ce principe ne souffre pas d'exception, et s'applique non seulement aux charges financières ou militaires, mais, dans la même mesure, aux ordres de la police* » : LABAND P., *op. cit.*, p. 538.

⁹⁴² Raymond Carré de Malberg définissait en outre l'administration comme « *l'activité exercée par l'autorité administrative sous l'empire et en exécution des lois* » ; c'est-à-dire toujours dans les limites déterminées par le droit objectif et ce quelle que soit l'action envisagée : CARRÉ DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 482.

⁹⁴³ CARRÉ DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 480. Et de poursuivre en précisant que « *l'administration (...) ne peut s'exercer que sous l'empire des lois, qui la dominent et la limitent juridiquement* » : CARRÉ DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 486. Ajoutons que Georg Jellinek démontrait aux yeux de la doctrine allemande de l'époque, que « *même dans ce domaine de l'administration, où la loi détermine le contenu de l'activité administrative, il y a toujours, à côté de l'activité liée par les prescriptions du droit, un élément de l'activité libre soumis uniquement d'agir conformément au devoir moral (...). L'administration a ainsi devant elle un champ de libre initiative dont les règles du droit fixent les limites, mais non pas le contenu* » : JELLINEK G., *op. cit.*, p. 330.

l'encontre de la dimension normative de la compétence, et ce, sauf dans les cas où elle est autorisée par un texte de valeur suffisante⁹⁴⁴ en vertu du principe *lex superior*⁹⁴⁵, il est logique d'en déduire un repliement de l'externalisation administrative lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de cette dimension de la compétence. Les divergences constatées entre les dimensions normative et matérielle de la compétence invitent par conséquent à envisager une application moins rigoureuse de l'indisponibilité à l'égard de la réalisation de la seconde dès lors que cette dernière se détache nettement des caractéristiques juridiques de la première. Il est alors concevable que, d'une interdiction de principe, l'indisponibilité instaure une autorisation de principe de l'externalisation encadrée par certaines limites qu'il conviendra de préciser.

S'agissant tout d'abord du renversement envisageable du sens de l'application du principe d'indisponibilité des compétences à la réalisation de la compétence matérielle, il faut rappeler qu'il ne saurait être question de remettre en cause la stricte interdiction d'externaliser la compétence en elle-même ; c'est-à-dire de transférer la compétence à une autre personne et ce peu importe qu'il s'agisse d'une compétence normative ou matérielle. Une fois ce rappel effectué, l'appréhension de l'application de l'indisponibilité à cette hypothèse conduit à prendre en compte la divergence juridique qui existe entre les activités normatives et matérielles. La démonstration du caractère détachable des secondes à l'égard de l'exercice de la puissance publique normative appelle en effet à revoir l'incidence du principe d'indisponibilité sur la question de l'externalisation de leur accomplissement au profit d'un tiers. Les réflexions menées par Philippe Azouaou semblent d'ailleurs confirmer cette supposition dès lors que, reprenant les travaux de Robert Hertzog, il traite distinctement la problématique de la délégation de l'exercice de certaines activités, et de l'exercice d'un pouvoir normatif⁹⁴⁶. Rappelant lui-aussi le principe d'une interdiction rigoureuse de tout transfert de compétence à l'encontre de la première, il précise que, sauf exception, la délégation de la réalisation d'activités matérielles est tout à fait permise par le droit

⁹⁴⁴ Philippe Azouaou rappelle en effet « l'obligation d'une habilitation textuelle autorisant l'autorité administrative à déléguer sa compétence » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 209.

⁹⁴⁵ Le principe d'indisponibilité de la compétence impose effectivement que « le titulaire d'une compétence n'en dispose pas, mais doit l'exercer lui-même sans pouvoir la transmettre ; il en va autrement que si une possibilité de délégation a été prévue par les textes mêmes qui ont organisé la compétence en question et dans la limite de ces textes » : GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 16^e éd., 2001, p. 604.

⁹⁴⁶ Rappelant que, « dans un sens large, la compétence désigne une mission, une activité (...) dans un sens strict, la compétence se définit comme « le pouvoir d'accomplir des actes juridiques unilatéraux », il démontre alors que « l'interdiction jurisprudentielle de contracter concerne aussi bien la compétence-mission que la compétence-pouvoir » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 213.

objectif⁹⁴⁷, et plus spécialement par l'indisponibilité⁹⁴⁸. L'exemple patent des activités de police fournit sur ce point une illustration difficilement contestable. Alors qu'auparavant l'application stricte et prohibitive du principe d'indisponibilité des compétences concernait « *non seulement le transfert d'une compétence normative à une personne privée, mais encore l'habilitation de celle-ci à exercer des activités matérielles de police* »⁹⁴⁹, la position des juges administratifs et constitutionnels a en effet évolué apportant une atténuation de cette rigueur à l'exercice des activités matérielles.

La jurisprudence admet désormais la délégation de l'accomplissement de certaines missions de police dès lors qu'elle réserve à l'autorité administrative compétente « *l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à* » elle, et donc qui relèvent de sa compétence normative⁹⁵⁰. Au-delà de l'argument parfois avancé selon lequel l'admission de la délégation de certaines tâches de police se justifierait à l'aune de leur requalification en activités de service public⁹⁵¹, il est donc possible d'apporter une autre

⁹⁴⁷ Évoquant la distinction préalablement formulée par Léon Blum à l'occasion de ses conclusions prononcées sur l'affaire *Cie générale française des tramways* (ce dernier considérait alors que « *la concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement* » : CE, 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics c/ Cie générale française des tramways*, rec. p. 216 ; concl. BLUM L., rec. p. 218), Philippe Azouaou rappelle effectivement que « *distinguer le transfert et la délégation de compétence est essentiel. Il s'agit bien d'une différence de nature entre ces deux mécanismes et non d'une simple différence de degré* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 219.

⁹⁴⁸ Elle constituerait même sa modalité d'accomplissement de principe à l'aune de la décision *Cne d'Aix-en-Provence*. Proposant un *vade mecum* des modalités de gestion du service public, les juges du Palais-Royal évoquèrent en effet à l'occasion en premier lieu celui de la délégation précisant que « *lorsque des collectivités sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Aussi les exceptions à cette autorisation relèvent-elles à titre principal de cas de figure à travers lesquels l'exercice de la puissance publique transparait derrière une activité à priori matérielle, et donc intègrent *in fine* le champ recouvert par la dimension normative de la compétence. Le fait que ces exceptions se concentrent essentiellement autour de la police administrative est d'ailleurs là pour confirmer cette hypothèse dans la mesure où si les activités en question « *sont considérées comme régaliennes* » c'est principalement parce qu'elles impliquent le recours à la force publique, ou à tout le moins à l'exercice d'un pouvoir normatif exorbitant de commandement et de contrainte : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 221.

⁹⁴⁹ TA, Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, rec. p. 303.

⁹⁵⁰ CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC.

⁹⁵¹ Confortée par l'interprétation de nombreuses jurisprudences relatives aux concessions de plages, de pistes de ski ou encore de délégation des missions de mise en fourrière des véhicules irrégulièrement stationnés, une partie éminente de la doctrine considère effectivement que « *ces données illustrent davantage les limites de la notion de police elle-même que celles de l'interdiction de contracter sur cette dernière* », voire de la déléguer : PETIT J., « *Nouvelles d'une antinomie : contrat et police* », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 358. Jacques Moreau avançait d'ailleurs bien avant cet argument en précisant qu'en « *matière de sécurité publique, comme en matière de salubrité ou de tranquillité publique, l'autorité de police compétente garde toujours la faculté de créer des services publics dont le fonctionnement quotidien exige la passation de nombreux contrats* » : MOREAU J., « *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat* », *AJDA*, 1965, p. 6.

explication fondée sur la détachabilité des activités normatives et matérielles, et donc des dimensions correspondantes de la compétence. Si le juge administratif a effectivement admis de longue date que la gestion de services publics à objet de police puisse être confiée à d'autres personnes que les autorités compétentes⁹⁵², ce n'est pas nécessairement pour traduire « *le mouvement historique de transformation des activités de police en activités de service public* », mais plutôt pour prendre acte du fait qu'il existe aussi parmi les activités de police des « *activités matérielles visant la sauvegarde de l'ordre public* »⁹⁵³ dont l'accomplissement peut être dévolu à une autre personne de la même manière que le fonctionnement d'un service public dès lors qu'elles ne manifestent pas l'exercice de la puissance publique. L'explication d'un relâchement probable de l'application prohibitive de l'indisponibilité dans cette hypothèse incite par conséquent à envisager comme pivot de ce dernier la détachabilité soulignée des activités matérielles à l'égard de l'exercice d'une telle puissance souveraine.

Et s'il existe en droit positif un certain nombre d'exemples dans lesquels il est proscrit aux autorités administratives habilitées de confier à une autre personne l'exercice d'une activité relevant à priori de la réalisation d'une compétence matérielle⁹⁵⁴, il ne s'agit là que d'exceptions ponctuelles imposées par le droit objectif au vu des nécessités inhérentes à la sauvegarde de l'ordre juridique⁹⁵⁵. Or, si l'interdiction s'apparente dans le cas des activités matérielles à une exception, il paraît évident qu'un renversement ait eu lieu en droit positif⁹⁵⁶

⁹⁵² Le juge administratif n'a-t-il pas, à l'occasion de l'affaire *Thérond*, admis qu'une commune puisse conclure avec une personne privée un contrat ayant pour objet « *l'exécution du service de la sécurité et de la salubrité publiques* » : conclusions prononcées par Georges Pichat sur l'arrêt : CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. p. 193 ; concl. PICHAT G., rec. p. 193 ; c'est-à-dire d'une mission de police ayant pour objet le maintien de deux composantes de l'ordre publique ?

⁹⁵³ PETIT J., *op. cit.*, p. 358 et 359. Aussi l'exemple fourni par la délégation des activités de mise en fourrière est-il symptomatique d'une telle confusion des activités de service public et de police alors que, restant dans le domaine de la seconde, ces activités peuvent être déléguées dans la mesure où il ne s'agit que de l'exécution matérielle du pouvoir de police. Les juges du Palais-Royal devaient d'ailleurs l'admettre avant de procéder à la requalification de ces activités matérielles de police en activité de service public. Ainsi évoquaient-ils « *les opérations matérielles de mise en fourrière des véhicules* » exécutées en application de règles édictées par le pouvoir normatif de police : CE, 24 mai 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Chambrin*, rec. p. 331.

⁹⁵⁴ Voir sur ce point : CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95 ou encore : CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 143.

⁹⁵⁵ Une préservation indispensable relevée en ces termes par le Conseil d'État selon lequel il existerait « *parmi les différents services publics un « noyau dur », une catégorie minimale de services qui doivent être gérés directement par l'État parce que, dans la tradition française, ils se confondent avec l'exercice de la souveraineté de celui-ci* » : Considérations générales du Conseil d'État : Conseil d'État, *EDCE*, 1987, p. 54. Il précisait par ailleurs que « *l'armée, la police, les services diplomatiques, la justice, par exemple, ne sauraient être concédés ou confiés à des organismes privés, fussent-ils habilités à cet effet* ».

⁹⁵⁶ Nous visons bien ici le droit positif dans son ensemble car le législateur n'est pas non plus en reste dans ce renversement de l'application du principe d'indisponibilité des compétences s'agissant de la réalisation de la compétence matérielle. Ainsi Philippe Azouaou souligne-t-il que « *le législateur a permis la délégation à des personnes privées de missions qui semblent relever de la police ou qui en relèvent expressément* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 227 et 228. Qu'il s'agisse de l'article 23 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de

dans le sens donné à l'application du principe d'indisponibilité. Ce dernier apparaît en effet comme posant alors une autorisation de principe à la délégation, et donc à l'externalisation de la réalisation des activités matérielles dans la mesure où elles se caractérisent principalement par leur détachement juridique à l'égard de la puissance publique⁹⁵⁷. Alors que s'agissant de la compétence normative les activités concernées ne peuvent par principe être confiées à un tiers dès lors qu'elles s'y rattachent par essence, les activités relevant de la compétence matérielle peuvent donc par principe être confiées à un tiers dans les conditions fixées par l'indisponibilité dès lors qu'elles s'en détachent par essence. Aussi l'effort de réflexion auquel appelait le Conseil d'État dans son rapport de 1987⁹⁵⁸ conduit-il en fin de compte à envisager que la frontière de la déléguabilité des activités d'intérêt général, et donc du champ dans lequel se déploie l'externalisation administrative, doit être établie à l'endroit même de ce point d'équilibre lié au rattachement ou non à l'exercice de la puissance publique ; c'est-à-dire à la zone de fracture entre les activités normatives et matérielles. Le détachement caractéristique des secondes à l'égard de l'exercice de la puissance publique souveraine éclaire effectivement le relâchement constaté dans l'application de l'indisponibilité autorisant par principe que leur réalisation soit confiée à une autre personne que l'autorité administrative compétente. Ce relâchement préfigure alors une seconde facette de l'application du principe d'indisponibilité des compétences en tant qu'élément essentiel de l'encadrement objectif de l'action administrative dans la mesure où il peut être envisagé comme un principe permissif lorsqu'il envisage la dévolution à une autre personne que l'autorité administrative compétente de la réalisation d'une activité matérielle⁹⁵⁹. Aussi cette seconde application du principe

programmation relative à la sécurité selon lequel les « *organismes de manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif* (doivent assurer) *un service d'ordre lorsque leur objet ou leur importance le justifie* », ou de l'article 6 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports qui dispose que « *la société Aéroports de Paris assure les services publics liés à l'exploitation des aérodromes mentionnés au premier alinéa et exécute, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police, les missions de police administrative qui lui incombent* », dans les deux cas le législateur autorise la partenaire d'une autorité administrative compétente en matière de police à confier l'exécution matérielle de ces pouvoirs à une autre personne.

⁹⁵⁷ Alors qu'il rappelait qu'une mission de souveraineté, telle que la justice, demeure toujours indéléguable, Remy Schwartz précisait dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Popin* que le lien avec cette dernière dictait invariablement une telle interdiction. Réaffirmant « *qu'une autorité administrative ne peut déléguer une mission relevant de l'exercice de la souveraineté* », il laissait cependant envisager un tel basculement à partir du point d'équilibre et de partage que constitue le rattachement à la puissance publique : Conclusions prononcées par Rémy Schwartz sur l'arrêt : CE, 27 février 2004, *Mme Popin*, rec. p. 127 ; concl. SCHWARTZ R., *AJDA*, 2004, p. 677.

⁹⁵⁸ La section du rapport et des études affirmait effectivement qu'un « *effort de réflexion paraît indispensable pour que soit tracée la frontière entre les services qui peuvent être gérés de cette façon* (par une autre personne que l'autorité administrative compétente) *et ceux pour lesquels ce mode de gestion apparaît incompatible avec les pouvoirs régaliens de l'État* », ainsi qu'entre les activités de police pouvant ou non voir leur réalisation confiée à un tiers : Considérations générales du Conseil d'État : Conseil d'État, *EDCE*, 1987, p. 54.

⁹⁵⁹ En d'autres termes d'une activité détachable de l'exercice de la puissance publique normative. Comme cela a pu être rappelé plus haut, une telle appréhension de l'indisponibilité des compétences transparait manifestement

d'indisponibilité ouvre-t-elle la voie à une admission de principe de l'externalisation pour la réalisation des activités détachables ; c'est-à-dire de l'accomplissement de la compétence matérielle.

275.L'admission de principe de l'externalisation de la réalisation des activités détachables.

Comment convaincre d'un tel renversement de l'application de l'indisponibilité lorsqu'elle bascule sur la réalisation de la compétence matérielle d'un principe d'interdiction à un principe d'autorisation du recours à l'externalisation si ce n'est en démontrant, *a contrario*, que l'interdiction se manifeste seulement comme une exception dans le second cas. L'exemple apporté par le service public de l'éducation présente sur ce point un intérêt particulier dans la mesure où l'interprétation de son exclusion de principe de toute possibilité de délégation par la chambre criminelle de la Cour de cassation, conforme à la jurisprudence administrative, conduit à considérer l'exercice de la puissance publique comme un obstacle majeur à l'externalisation d'une telle activité⁹⁶⁰. De même qu'il constitue un obstacle dirimant à l'engagement de la responsabilité pénale des collectivités locales, l'exercice de la puissance publique s'opposait alors strictement à ce qu'il puisse être confié à une autre personne que l'autorité administrative compétente. Aussi Dominique Commaret rappelait-elle que l'unicité du service public de l'enseignement impliquait une indétachabilité des activités d'entretien et de maintenance des outils nécessaires à son bon fonctionnement⁹⁶¹. Bien que l'usage du

de la décision *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* rendue par le Conseil constitutionnel alors qu'il affirmait que ne pouvait être confiée à des organismes privés que la réalisation « *des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC. Notons que la formulation de l'avis rendu par le Conseil d'État le 7 octobre 1986 laissait d'ailleurs entrevoir un tel renversement de l'application du principe d'indisponibilité dès lors qu'il consacrait, en matière de service public administratif, la règle de l'autorisation de principe de la délégation de l'exécution des activités détachées de l'exercice de la puissance publique. Voir plus haut : CE, avis, 7 octobre 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, n° 340609.

⁹⁶⁰ Les conclusions prononcées à cette occasion par Dominique Commaret invitaient d'ailleurs à adopter une telle interprétation alors qu'elle rappelait que l'engagement de la responsabilité de la puissance publique pour des dommages causés dans le cadre d'une activité de service public était mise en échec par le caractère indélégal de l'activité en question du fait de son rattachement à l'exercice de la puissance publique. L'article 121-2 du code pénal disposait en effet que « *les collectivités territoriales ou leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* ».

⁹⁶¹ Elle affirmait en effet, textes à l'appui, que « *l'entretien du parc des outils d'enseignement professionnel, parce qu'il en assure la sécurité, n'est pas détachable de l'activité pédagogique, indélégal par nature* » ; c'est-à-dire indélégal car manifestant l'exercice de la puissance publique : conclusions prononcées par Dominique Commaret sur l'arrêt : Cass. crim., 11 décembre 2001, *Région Franche-Comté*, *Bull. crim.* 2001, n° 265 ; concl. COMMARET D., *BJCP*, 2002, p. 121. Elle confirmait alors le caractère indélégal de ces dernières dès lors que si la personne publique compétente « *peut à l'évidence externaliser ses tâches d'équipement mobilier et de maintenance des machines-outils (...) elle ne peut abandonner la maîtrise et notamment la définition des priorités d'achat ou de sécurisation par la voie d'une délégation* » : Conclusions prononcées par Dominique Commaret sur l'arrêt : Cass. crim., 11 décembre 2001, *Région Franche-Comté*, *Bull. crim.* 2001, n° 265 ; concl. COMMARET D., *BJCP*, 2002, p. 123.

concept d'externalisation puisse être ici contesté dans la mesure où il conduit à une contradiction performative selon laquelle l'externalisation serait possible mais pas la délégation dès lors que celle-ci emporte une perte de maîtrise, la conclusion qu'il est possible d'en tirer n'en demeure pas moins édifiante s'il est fait abstraction de l'emploi erroné de ce vocable : le rattachement d'une activité à l'exercice de la puissance publique exclut rigoureusement que sa réalisation puisse être confiée à un tiers. *A contrario*, dès lors qu'une activité se détache manifestement d'un tel exercice, l'externalisation de sa réalisation au profit d'une autre personne que l'autorité compétente est tout à fait envisageable, elle en constitue même sa modalité de principe, sauf exception décidée par le législateur ou imposée par sa nature régalienn⁹⁶².

Partant de ce constat, il est possible de déceler dans le droit positif une admission de principe explicite ou implicite de l'externalisation de la réalisation des activités détachables de l'exercice de la puissance publique, et ce tout particulièrement dans le domaine de la police. Conformément à sa position adoptée en la matière dès la décision *Cne d'Ostricourt*⁹⁶³, le juge administratif rappelle en effet avec constance que doit être frappé de nullité tout contrat dont l'objet consisterait à « *déléguer (...) des prérogatives de police (...) que seule l'autorité administrative pouvait exercer* »⁹⁶⁴, ou bien à confier « *la protection effective des lieux et (...) la constatation et la répression des infractions commises aux règlements de police* »⁹⁶⁵ qui manifestent l'exercice de la force publique⁹⁶⁶. Alors qu'il revenait sur la distinction posée par

⁹⁶² Qui conduit alors à la reclasser parmi les activités normatives ; en d'autres termes, celles qui participent de la réalisation de la compétence normative et entraînent l'exercice de la puissance publique normative. Notons que l'on retrouve une telle solution en dehors du service public de l'enseignement. Ainsi en va-t-il par exemple dans l'accomplissement du service public hospitalier pour les activités d'hébergement des malades. Le Conseil d'État est en effet clair sur la question d'une éventuelle délégation de ces dernières dès lors qu'il affirmait notamment dans son avis rendu le 16 juin 1994 que « *ces hébergements constituent un des éléments essentiels et indissociables de sa mission de service public* » et qu'ils doivent en conséquence « *être assuré(s) par l'établissement public de santé lui-même, qui ne peut le déléguer* » dans la mesure où il manifeste, même sans prérogatives de puissance publique, l'expression de la puissance publique. Celle-ci s'y exprime par exemple par les spécificités inhérentes à une hospitalisation complète telles que : « *des soins et l'hébergement, ce dernier comportant nécessairement une surveillance médicale* ». Soulignons enfin que la nécessité d'une gestion directe par l'autorité compétente est garantie alors par des dispositions légales, dans les deux cas, désignant les autorités administratives exclusivement compétentes en la matière.

⁹⁶³ Il est effectivement admis que « *le Conseil d'État a précisé dans un arrêt de principe du 29 décembre 1997 que la surveillance de la voie publique relevait des pouvoirs de police du maire et qu'aucune délégation n'était possible* » : Rapport d'information n° 131 (2008-2009) de MM. Jean-Patrick Courtois et Gautier Charles, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, déposé le 10 décembre 2008, p. 52.

⁹⁶⁴ CE, 19 décembre 2007, *Sté Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944.

⁹⁶⁵ TA, Nice, 22 décembre 2006, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 0303748, et CAA, Marseille, 9 novembre 2009, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 07MA00594.

⁹⁶⁶ Frédéric Dieu réaffirmait d'ailleurs dans ses conclusions prononcées à l'occasion de cette dernière affaire qu'une telle délégation traduisait juridiquement une méconnaissance par l'autorité compétente de l'étendue de

la décision précitée, il convient de s'écarter du raisonnement élaboré par Frédéric Dieu pour préférer celui proposé par Catherine Bergeal. S'il fondait sa démarcation sur une proximité trop grande de la surveillance de la voie publique avec l'objet même de la police municipale⁹⁶⁷, celle-ci engageait à prendre en compte non pas l'objet mais plutôt les moyens employés comme critérium du partage entre ces activités de police déléguables et non-déléguables⁹⁶⁸. Manifestant l'exercice de la force publique, ou plus largement de la puissance publique, ces activités de police ne pourraient être déléguées⁹⁶⁹. Détachées de tout moyen exorbitant elles pourraient par contre librement l'être dans le respect des limites imposées par le droit objectif⁹⁷⁰.

En outre, la jurisprudence s'exprime explicitement sur cette question afin d'autoriser par principe l'externalisation de certaines activités dites « *détachables des fonctions de souveraineté* »⁹⁷¹. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs contribué fortement à l'assouplissement de l'application de l'indisponibilité, et plus précisément à son basculement vers un principe d'autorisation de l'externalisation de la réalisation de la compétence matérielle. Alors qu'il considérait que la délégation en matière de police « *ne saurait ainsi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique* »⁹⁷², il suggérait implicitement cette intuition selon laquelle l'exercice de

ses pouvoirs de police et plus particulièrement de ce qui relève du « *cœur des missions de police* » dont la réalisation ne saurait être confiée à une autre personne : Conclusions prononcées par Frédéric Dieu sur l'arrêt : TA, Nice, 22 décembre 2006, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 0303748 ; concl. DIEU Fr., *AJDA*, 2007, p. 1484.

⁹⁶⁷ Il démontrait alors que la surveillance de la voie publique ne pouvait être déléguée du fait que son objet porte sur « *domaine privilégié d'intervention de la police municipale* » : Conclusions prononcées par Frédéric Dieu sur l'arrêt : TA, Nice, 22 décembre 2006, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 0303748 ; concl. DIEU Fr., *AJDA*, 2007, p. 1484.

⁹⁶⁸ S'opposant aux sens des conclusions prononcées par Catherine Bergeal sur l'arrêt : CE, 20 mars 1998, *Sté d'économie mixte de sécurité active et de télématique*, rec. p. 1022, 1024 et 1075, Frédéric Dieu affirmait en effet qu'il faut, « *selon nous, se pencher sur ce qui est surveillé et non sur les moyens de surveillance qui sont mis en œuvre* » alors que Catherine Bergeal invitait à évaluer, au cas par cas, s'il s'agit d'une « *surveillance à distance et ne comporte aucune intervention « sur le terrain* » » : Conclusions prononcées par Frédéric Dieu sur l'arrêt : TA, Nice, 22 décembre 2006, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 0303748 ; concl. DIEU Fr., *AJDA*, 2007, p. 1484.

⁹⁶⁹ Ainsi est-il possible d'interpréter la jurisprudence *Cne de Menton* dans le sens de cette distinction dès lors que les juges du Palais-Royal jugeaient illégales les conventions par lesquelles une autorité administrative compétente avait « *confié à la société Scetauparc des prérogatives de police du stationnement sur la voie publique qui ne pouvaient légalement lui être déléguées* » : CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175.

⁹⁷⁰ Un tel partage apparaît encore plus nettement à travers la décision *Jonnet* à l'occasion de laquelle les juges du Palais-Royal admettent le principe d'une délégation de « *l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire (...) prescrites dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties* », et excluent donc celle des pouvoirs normatifs de police manifestant l'emploi de prérogatives exorbitantes : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

⁹⁷¹ CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

⁹⁷² CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC.

la puissance publique constituerait un obstacle dirimant à toute délégation⁹⁷³. La sentence rendue par les juges de la rue de Montpensier en 2011 confirme une fois de plus cette ligne jurisprudentielle alors qu'ils sanctionnent une disposition législative en ce qu'elle « *rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique »* » ; c'est-à-dire des compétences normatives de police. Aussi autorisent-ils *a contrario* que les activités détachables de l'exercice de la puissance publique, les activités relevant de la compétence matérielle, puissent être confiées à une autre personne que l'autorité compétente. Le partage des rôles tel qu'il apparaît désormais à l'examen du droit positif révèle donc que seules les autorités administratives sont tenues d'organiser la réalisation, et d'assurer l'exécution des activités qui manifestent l'exercice de la puissance publique⁹⁷⁴. Les personnes publiques, seules à même d'exercer cette puissance, demeurent donc « *la clef de voûte de ces secteurs, dont (elles) fixe(nt) l'architecture d'ensemble* »⁹⁷⁵ de sorte qu'en matière de police, comme ailleurs, « *s'il y a entrée en lice de nouveaux acteurs (...), c'est au prix d'une délimitation de la sphère d'activité qui leur est assignée et d'un encadrement de leur action* »⁹⁷⁶ limitée à l'accomplissement de tâches détachables de la puissance publique.

La doctrine a finalement su percevoir ces signaux envoyés par le droit positif au point de reconnaître à travers les nombreuses exceptions et dérogations ponctuelles à l'interdiction imposée par l'indisponibilité de la compétence normative le principe d'une externalisation de la réalisation des activités détachables de l'exercice de la puissance publique⁹⁷⁷. Son apport contemporain principal réside à ce titre dans l'exposition d'une justification proprement juridique à une évolution considérée jusque-là comme un avatar historique du passé.

⁹⁷³ Sur un sujet similaire, il confirmait en 2003 plus nettement encore la démarcation imposée entre les activités normatives et matérielles. Il affirmait alors qu'une telle délégation demeurerait strictement limitée « *à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules* » et ne saurait en aucune manière porter sur une quelconque « *forme de surveillance des personnes transportées* » dès lors que l'exercice « *des tâches indissociables des missions de souveraineté* » ne peut être assuré que par l'autorité compétente désignée par le droit objectif : CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC.

⁹⁷⁴ Car ce sont-elles, par la mise en œuvre de leur pouvoir normatif, qui déterminent « *les lignes de ce partage, en fixant les attributions (...)* (qu'elles acceptent) *de confier aux autres acteurs, par un véritable processus de « délégation »* » : CHEVALLIER J., « La police est-elle encore une activité régaliennne ? », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis essais, 2014, p. 15.

⁹⁷⁵ CHEVALLIER J., *Ibid.*

⁹⁷⁶ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 20.

⁹⁷⁷ Ainsi Luc Moreau affirmait-il, parmi les premiers de ces auteurs, que « *la jurisprudence administrative a toujours permis la délégation de certaines activités matérielles de police, sur la foi d'un critère plus historique que juridique, séparant activités relevant de la souveraineté de celles qui pourraient y être soustraites* » : MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 173.

Remettant en cause le caractère péremptoire de l'affirmation selon laquelle « *une personne publique ne peut déléguer à autrui une quelconque part de ses missions de police administrative* », Luc Moreau démontrait en l'occurrence que « *si la compétence que détient la personne publique ne peut être déléguée, pas plus que les attributions qui sont confiées en la matière aux autorités administratives, l'exécution matérielle des missions de police administrative mérite une analyse plus nuancée* »⁹⁷⁸ qui se conclue désormais par l'affirmation d'un principe de délégation de cette exécution. Particulièrement riche d'enseignements sur cette évolution de la doctrine, la réflexion menée par Martin Morales poursuit habilement celle engagée par Luc Moreau et propose un prisme d'analyse de l'indélégalité de la police fondé, à l'aune des évolutions jurisprudentielles, sur la compétence, et tout particulièrement sur la dissociation qu'elles esquissent « *entre l'activité normative et les activités matérielles de police administrative* »⁹⁷⁹. Suggérant une lecture combinée des solutions rendues par le juge administratif et le juge constitutionnel, il suggère alors « *que les activités matérielles de police administrative sont susceptibles d'être déléguées à une personne privée, sauf si elles impliquent le recours à la force publique* »⁹⁸⁰ ; c'est-à-dire, sauf si elles ne sont pas détachables de l'exercice de la puissance publique souveraine. La prohibition à l'origine du repliement de l'externalisation administrative, exposée dans le chapitre précédent, se fonde donc sur une limitation objective stricte imposée à l'exercice du pouvoir normatif en tant qu'il procède de la puissance publique souveraine⁹⁸¹. Mais dès lors que les activités détachables rompent ce lien avec cette dernière, la permission se substitue à l'interdiction et autorise le déploiement de l'externalisation dans la réalisation de la compétence matérielle⁹⁸², et ce, bien au-delà des frontières de la police administrative.

⁹⁷⁸ MOREAU L., *op. cit.*, p. 174.

⁹⁷⁹ MORALES M., « Réflexions sur l'indisponibilité de la compétence de police administrative », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 324.

⁹⁸⁰ MORALES M., *op. cit.*, p. 324 et 325.

⁹⁸¹ La Conseil constitutionnel ne manquait d'ailleurs pas de sanctionner toute disposition législative autorisant une autorité administrative compétente à conférer à une autre personne « *un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique* » : CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC. De même le juge administratif sanctionne rigoureusement tout transfert ou toute délégation à une personne autre que l'autorité administrative compétente de « *l'exercice des droits de puissance publique* » : CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, rec. p. 675. Et Martin Morales de suggérer alors que « *ce qui est en cause ici, ce n'est pas la création d'un droit acquis au maintien de la délégation en faveur de la personne privée, mais la création d'un droit à exercer la compétence normative de police administrative* » : MORALES M., *op. cit.*, p. 333.

⁹⁸² Notons qu'une fois de plus que l'exemple apporté par l'effritement progressif du monopole des personnes publiques sur la réalisation des activités de police contribue au renforcement de l'hypothèse ici défendue d'une « *externalisation par l'État des fonctions qui semblaient lui appartenir en propre* » : CHEVALLIER J., « La police est-elle encore une activité régalienne ? », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis essais, 2014, p. 13. Une illustration qui se prolonge en outre de manière générale au-delà des seules frontières de la police à la réalisation de l'ensemble des activités de sécurité comme le rappelle Jacques Chevallier lorsqu'il précise que « *la*

B. La prise en compte des activités relevant des compétences matérielles

276. *In varietate concordia* : des activités réunies par leur caractère matériel. Benoît Plessix suggère désormais que la notion d'acte détachable pourrait constituer le sésame de la compréhension du déploiement de l'externalisation en droit administratif⁹⁸³, et par là de la prise en compte de sa cohérence, lorsqu'il affirme que « *l'externalisation stricto sensu permet de justifier et encadrer les délégations des fonctions non essentielles, annexes, accessoires et techniques, celles qui ne touchent pas à l'exercice même d'un cœur de métier mais viennent seulement à son soutien opérationnel* »⁹⁸⁴. Ce déploiement se caractériserait donc par son objet propre, à savoir la réalisation coopérative de la compétence matérielle à travers celle des activités détachables de l'exercice de la puissance publique normative⁹⁸⁵. Un bref retour aux racines stratégiques de l'externalisation en apporte d'ailleurs une confirmation supplémentaire. Alors qu'elle s'impose depuis plusieurs décennies dans le monde de l'entreprise comme un outil de gestion des ressources qui « *permet aux entreprises de concentrer leurs ressources financières et managériales sur les activités créatrices de valeur : le « cœur de métier »* »⁹⁸⁶, l'externalisation se développe de plus en plus à propos d'activités latérales, de fonctions supports qui s'en rapprochent sans pour autant en relever⁹⁸⁷. De la

logique du « maintien de l'ordre » sur laquelle reposaient traditionnellement les activités de police est désormais englobée dans une problématique beaucoup plus large, celle de la « sécurité ». Or, si l'État a un rôle essentiel à jouer en ce domaine, l'ampleur et la complexité des problèmes posés requièrent la mobilisation d'autres niveaux d'intervention et le concours d'autres catégories d'acteurs » : CHEVALLIER J., op. cit., p. 8. Voir sur ce point : NICOUUD Fl., « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », RDP, 2006, p. 1247 et s. ou encore pour la jurisprudence : CE, 21 juin 2000, SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants, rec. p. 282, CAA Lyon, 24 octobre 2000, Cne de Val d'Isère, SA Secours aérien français c/ Société Mont Blanc Hélicoptère, req. n° 96-1868 et 96-1900 ; concl. BOURRACHOT Fr., BJCP, 2001, n° 17, p. 321 et CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC.

⁹⁸³ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 255.

⁹⁸⁴ PLESSIX B., op. cit., p. 255.

⁹⁸⁵ Benoît Plessix affirme d'ailleurs que le concept d'externalisation administrative ainsi entendu en fonction de cet objet singulier pourrait « *expliquer que ne puissent être déléguées au secteur privé les tâches sans lesquelles l'État ne serait plus souverain, à savoir l'exercice même de la contrainte physique et toutes les responsabilités décisionnelles, impliquant notamment le pouvoir réglementaire de fixer le cadre juridique d'une mission de police ou de service public. En revanche, tout ce qui est détachable de telles missions, tout ce qui relève des opérations techniques, pourrait donc être externalisé* » : PLESSIX B., *Ibid.*

⁹⁸⁶ BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000, p. 3.

⁹⁸⁷ Parmi les nombreuses transformations du recours à l'externalisation par les entreprises, la plus notable de ces évolutions se trouve à n'en pas douter sur le terrain qualitatif ; à savoir dans le basculement qu'elle connaît à s'appliquer à des activités de plus en plus proches du « cœur de métier ». Jérôme Barthélemy soulignait d'ailleurs que « *les activités externalisées revêtent un caractère beaucoup plus stratégique (...) par conséquent on pressent un des enjeux centraux de la problématique de l'outsourcing : comment gérer des ressources situées*

même façon les développements précédents suggèrent un tel essor de l'externalisation administrative dans la mise en œuvre des activités détachables de l'exercice de la puissance publique⁹⁸⁸.

Le développement croissant du recours à l'externalisation dans le cadre de l'action administrative, autant que l'infinie diversité des activités matérielles qui contribuent à la satisfaction de l'intérêt général, présente toutefois un champ d'application *a priori* marqué par une forte hétérogénéité rendant d'autant plus délicate la délimitation des contours internes de ce concept. Il n'est cependant pas interdit de tâcher d'y remédier. Il s'agira pour ce faire de ne pas se servir uniquement de la notion d'activité économique⁹⁸⁹ comme point d'appui à une démonstration plus globale évitant l'écueil d'une approche trop centrée sur la prise en considération de l'activité concernée ; c'est-à-dire des « *finalités des activités administratives* »⁹⁹⁰ et non des moyens juridiques qu'elles empruntent. Il convient effectivement de prendre en compte à titre principal les seconds, toujours exercés au service d'une finalité déterminée, afin de fonder plus sûrement l'identification de ces contours unifiés par le critère de leur rattachement ou non à l'exercice de la puissance publique⁹⁹¹. Il apparaît effectivement, en vertu de la relecture proposée du principe d'indisponibilité des compétences, que toutes les activités administratives susceptibles de faire l'objet d'une réalisation coopérative par la voie de l'externalisation sont par principe des activités

en dehors de l'entreprise mais nécessaires à son bon fonctionnement et parfois peu éloignées de son « cœur de métier » » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 5.

⁹⁸⁸ La différence fondamentale entre l'externalisation stratégique et l'externalisation administrative réside néanmoins dans le fait que si l'externalisation de ce « cœur de métier » est possible, bien que déconseillée, pour la première, elle demeure rigoureusement proscrite dans le cadre de la seconde par l'application du principe d'indisponibilité.

⁹⁸⁹ Cf. notamment sur la distinction entre l'activité économique et l'activité normative : CHARBIT N., *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, p. 17 et s., TESSON F., « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *AJDA*, 2013, p. 1675 et s., ou encore : TESSON F., *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse dact., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, p. 284 et s.

⁹⁹⁰ TESSON F., *op. cit.*, p. 277. Ou encore, dans l'autre sens, comme y invitait la jurisprudence *Höfner* la prise en compte de « *la poursuite d'un objectif économique* » : CJCE, 23 mars 1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. C-41/90, rec. p. 1979.

⁹⁹¹ Un critère par ailleurs déjà préféré par la jurisprudence comme le suggéraient les réflexions menées par Nicolas Charbit à partir de l'affaire *Adidas*. À l'instar du Conseil d'État et du Tribunal des conflits qui avaient mobilisé la notion de détachabilité, pour rendre chacun une solution différente, afin de distinguer l'exercice de la puissance publique d'activités économiques qui devaient entrer dans le champ d'application de droit de la concurrence (CE, 30 janvier 1996, *Datasport*, *BOCCRF*, 16 mars 1996 et TC, 4 novembre 1996, *Sté Datasport c/ Ligue national de football*, rec. p. 552), la Cour d'appel de Paris se fonda sur le critère de la détachabilité des activités de l'exercice de la puissance publique afin d'appliquer les règles issues du droit de la concurrence dès lors que l'activité en question était « *détachable de toute prérogative de puissance publique* » : CA, Paris, 23 août 1995, *Adidas I*, *BOCCRF*, 29 septembre 1995, p. 403.

matérielles détachables de l'exercice de la puissance publique souveraine⁹⁹². L'observation du droit positif montre d'ailleurs que, en tant qu'elle est une activité matérielle détachable de l'exercice de la puissance publique, l'activité externalisable dont il s'agit de dresser le « portrait-robot » n'est pas nécessairement une activité économique au sens d'une activité prenant place sur un marché concurrentiel. Ainsi par exemple l'activité d'enseignement ne peut être considérée comme une activité économique alors même que le législateur organise la possibilité de confier sa réalisation à une autre personne que l'autorité administrative compétente, de même pour l'activité de santé ou pour toute autre activité sociale⁹⁹³.

Aussi convient-il de se focaliser pour exposer cette unité sur le point commun partagé par toutes ces activités dont il apparaît possible de confier la réalisation à une autre personne que l'autorité administrative compétente : c'est-à-dire leur caractère matériel tel que précisé auparavant. Celui-ci permettrait en outre d'éclairer certaines solutions jurisprudentielles ainsi que les interprétations doctrinales auxquelles elles ont pu donner lieu selon lesquelles les activités de police déléguées devraient être requalifiées en activités de service public. La réalité serait en fin de compte que, de police ou de service public, les activités matérielles seraient toutes soumises au même régime juridique général s'agissant de leurs modalités de réalisation, et par conséquent toutes susceptibles de constituer l'objet de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. « Uni dans la diversité », le déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques présente à l'observateur occasionnel une hétérogénéité indépassable qui pourrait la confiner à la complexité et rendre l'appréhension de ses contours délicate, si ce n'est impossible. Son objet singulier contribue toutefois à lever ce voile et autorise ainsi à déterminer précisément le contenu du champ de l'externalisation administrative. Alors qu'elle trouve à s'appliquer, en vertu du principe d'indisponibilité, aux activités détachables de l'exercice de la puissance publique, l'externalisation prend ainsi une part active à l'accomplissement de l'action administrative en tant que modalité de réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques, et ce quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent. Découlant du caractère matériel des activités pour l'exécution desquelles

⁹⁹² Dès lors que celle-ci, et notamment sa manifestation sous la forme du pouvoir normatif, doit être accomplie par l'autorité administrative compétente en vertu du droit objectif.

⁹⁹³ En outre, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession précise-t-elle que, si elles sont soumises à un régime dérogatoire en la matière, les activités sociales non économiques peuvent néanmoins faire l'objet de concession, et donc, par voie de conséquence, voir leur réalisation confiée à une autre personne que l'autorité administrative compétente sans pour autant constituer une activité économique dès lors qu'elle ne s'exerce pas sur un marché concurrentiel.

elle peut être mise en œuvre, l'unité de l'externalisation conduit à l'identifier tout d'abord de manière entendue à travers la réalisation des activités matérielles de service public (1), et de manière étendue à travers celle des activités matérielles d'intérêt général (2).

1. L'externalisation entendue de la réalisation des activités matérielles de service public

277. Un mode traditionnel de réalisation des activités matérielles de service public. La doctrine administrativiste considère unanimement le service public comme « *la pierre angulaire du droit administratif français* »⁹⁹⁴. Aussi convient-il de dégager en premier lieu les conditions de l'externalisation des activités matérielles de service public dans la mesure où il est « *au cœur des activités concrètes de l'Administration* »⁹⁹⁵, et donc constitue la portion la plus visible de l'action des personnes publiques. À ce titre, il est néanmoins nécessaire de parvenir à démontrer en quoi le déploiement de l'externalisation administrative en ce domaine peut être considéré comme entendu, alors même que l'usage de ce concept ne l'est pas encore. Il s'agit pour ce faire de remonter brièvement aux racines de la notion de service public afin de mettre en évidence ses rameaux les plus récents⁹⁹⁶ sur lesquels bourgeonne le concept d'externalisation administrative. Ainsi les activités de service public apparaissent-elles clairement comme une cible privilégiée pour la mise en œuvre de l'externalisation appréhendée à l'aune de son objet essentiel comme un instrument de réalisation coopérative des activités matérielles des personnes publiques. Toutefois, avant de pouvoir parler d'externalisation entendue des activités matérielles de service public, il est indispensable d'en présenter les linéaments ou, à tout le moins, les réflexions et travaux ayant conduit à envisager un tel déploiement de l'externalisation aujourd'hui. C'est alors à Maurice Hauriou qu'il faut se référer en premier lieu afin de déterminer les origines de l'admission logique de la participation coopérative des particuliers, et d'autres personnes publiques, à la réalisation matérielle des services publics⁹⁹⁷. Là résidait selon lui le critérium de la distinction entre l'autorité commandante, expression de la puissance publique, et la gestion administrative,

⁹⁹⁴ JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, T. 1, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. XV.

⁹⁹⁵ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 821.

⁹⁹⁶ Benoît Plessix souligne sur ce point que, au-delà des considérations finalistes, théoriques et abstraites, « *les services publics apparaissent davantage comme des activités : ils se placent sur le registre de l'agir et du faire ; ce sont sinon des prestations de service à fournir, du moins des missions qui se réalisent, des actions qui se déploient, des activités qui s'accomplissent* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 823.

⁹⁹⁷ Il affirmait en effet que l'action administrative détachée de l'exercice de la puissance publique commandante se caractérisait à titre principal par « *la collaboration des administrés (...), parce que cette collaboration est le signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 7.

manifestation de l'action administrative matérielle. Ainsi l'idée de gestion administrative était-elle finalement marquée *ab initio* par la coopération des autorités administratives compétentes avec d'autres personnes⁹⁹⁸ à la réalisation d'activités matérielles, et spécialement d'activités matérielles de service public⁹⁹⁹.

Ainsi cette réflexion doctrinale, menée successivement par d'éminents auteurs, a-t-elle finalement abouti à l'élaboration d'un encadrement juridique stable du service public envisagé comme l'ensemble des « *activités destinées à satisfaire des besoins d'intérêt général, (qui) s'accomplissent sous la maîtrise des pouvoirs publics, ce qui n'est pas incompatible avec le fait que des personnes privées soient investies de telles activités* »¹⁰⁰⁰. Le droit administratif considère en outre traditionnellement que la réalisation des activités de service public implique nécessairement « *l'accomplissement de plusieurs tâches* »¹⁰⁰¹ parmi lesquelles figurent des fonctions détachées de l'exercice de la puissance publique qui consistent essentiellement à fournir des prestations matérielles et techniques. Alors que l'Ancien Régime et les périodes précédentes avaient largement connu le développement de procédés de réalisation de ces tâches fondés sur le recours à l'initiative et au savoir-faire singulier du privé, la gestion du service public traversa au début du XX^e siècle une période marquée par l'empreinte du public et de la gestion directe des services avant que celle-ci ne s'efface de nouveau peu à peu. Aussi les modes de gestion du service public ont-ils finalement connu une expansion considérable au fil des années « *qui se traduit par un accroissement de leur complexité et de leur diversité* »¹⁰⁰². Mais au-delà du foisonnement des instruments juridiques à la disposition des autorités administratives, ces transformations apportent la preuve que la délégation de l'accomplissement des activités matérielles de service public s'érige désormais comme une modalité à part entière de leur réalisation,

⁹⁹⁸ Maurice Hauriou affirmait d'ailleurs « *que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 8.

⁹⁹⁹ Dans le même temps, alors que Marcel Waline appréhendait le service public comme désignant « *tantôt une organisation administrative tendant à procurer aux citoyens des prestations qu'exige l'intérêt public, tantôt le fait que de telles prestations sont assurées même par des organismes privés simplement autorisés et réglementés par l'administration* », il présentait une dualité générale de ses modalités de réalisation : tantôt en gestion directe, tantôt en gestion déléguée : Préface de Marcel Waline au Jurisclasseur administratif, LIET-VEAUX G. (dir.), *Jurisclasseur administratif*, 1952, p. 12. Cf. dans le même sens : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 3^e éd., E. de Broccard, 1930, p. 61 et s., ou encore : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, T. 3, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 154 et s.

¹⁰⁰⁰ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 824.

¹⁰⁰¹ GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 621.

¹⁰⁰² GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 707.

comme le montre d'ailleurs l'agencement des considérants dans la décision *Cne d'Aix-en-Provence*¹⁰⁰³, confirmé par la grille de qualification proposée dans la décision *APREI*¹⁰⁰⁴. Ainsi est-il aujourd'hui entendu de constater que « *la gestion du service public (...) repose en France sur le mécanisme de la délégation et historiquement sur la concession de service public* »¹⁰⁰⁵ alors que les services publics demeurent toujours des « *activités d'intérêt général dans la création, l'organisation et la gestion desquelles les personnes publiques exercent (toujours) un rôle déterminant* »¹⁰⁰⁶. Dès lors, si l'un des critères invariables du service public réside dans la présence permanente d'une personne publique quel que soit le mode de gestion retenu¹⁰⁰⁷, il s'avère néanmoins que « *l'existence d'un service public n'implique pas nécessairement la présence d'une personne publique à tous les stades de la vie du service public* »¹⁰⁰⁸, et tout particulièrement à celui de sa réalisation. La conception doctrinale du service public présente donc une théorie dans laquelle la gestion déléguée occupe une place à part entière¹⁰⁰⁹ en ce qui concerne son fonctionnement et son accomplissement matériel¹⁰¹⁰, un théorie par ailleurs caractéristique de la conception française du service public.

Sans aller néanmoins jusqu'à considérer la gestion déléguée comme la panacée contemporaine qui réglerait, telle une solution miracle, toutes les difficultés rencontrées par

¹⁰⁰³ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Le premier considérant de principe, dans l'ordre des procédés de gestion du service public qu'il égrène dans son *vade mecum* des modalités de réalisation du service public, affirme en effet à titre principal que « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers* ».

¹⁰⁰⁴ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. p. 92. Quelques soient les indices à partir desquels le juge administratif annonce pouvoir procéder à la qualification d'une activité de service public lorsqu'elle est gérée par un organisme privé, il apparaît au vu de cette décision que la volonté de l'autorité administrative de confier la réalisation de cette mission à l'organisme considéré est un élément décisif si ce n'est suffisant.

¹⁰⁰⁵ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 303.

¹⁰⁰⁶ BRACONNIER St., « Le service public », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012, p. 237. Un rôle déterminant que l'auteur met d'ailleurs en exergue dans les motifs de la disposition qu'il suggère. Il indique effectivement que « *personnes publiques jouent un rôle majeur dans l'émergence des activités désignées par le service public (...), le service public relève d'une démarche volontariste et régulatrice de la part de la puissance publique* » : BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 241.

¹⁰⁰⁷ Stéphane Braconnier insiste en effet, à l'occasion des débats relatifs à la formulation de l'article sur le service public, que « *l'essentiel, au regard de la jurisprudence Aix-en-Provence, APREI, etc., est qu'apparaisse le fait que la personne publique doit avoir manifesté d'une façon ou d'une autre – soit par son intervention consciente, soit par sa décision expresse – la volonté d'intervenir dans la gestion ou (seulement) l'organisation de l'activité* » : BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁰⁸ BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁰⁹ Bertrand Seiller ajoute effectivement aux propos avancés par Stéphane Braconnier qu'il « *n'est pas systématique que les personnes publiques gèrent elles-mêmes l'activité de service public* » : BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 251. Ce sur quoi s'accorde d'ailleurs immédiatement le rapporteur de cet article.

¹⁰¹⁰ Sur ce point, la jurisprudence précitée *Cne d'Aix-en-Provence* ne laisse pas de place au doute : cf. CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

l'action administrative, ni même la promouvoir au rang de modalité préférentielle si ce n'est exclusive de la réalisation des activités matérielles de service public, la corrélation établie par Louis Bahougne entre le financement et l'organisation du service public¹⁰¹¹ renforce le sentiment d'une gestion déléguée désormais consubstantielle à l'intervention des personnes publiques. Bien que « *les réalités financières n'ont guère compté dans l'élaboration de la théorie classique du service public* »¹⁰¹², elles apparaissent en effet prépondérantes dans les réflexions actuelles relatives à ses modalités de gestion¹⁰¹³. Au-delà de son recours pour distinguer les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs, l'examen de ces considérations invite effectivement à envisager les différents modes de gestion déléguée sous l'angle d'une certaine unité perdue qu'il conviendrait de retrouver. Qu'il s'agisse des multiples formes contractuelles de délégation, de la concession ou encore, plus largement, des dévolutions unilatérales ou contractuelles non incluses dans ces catégories, cette modalité traditionnelle de réalisation des activités matérielles de service public présente une hétérogénéité¹⁰¹⁴ qu'une bonne appréhension de l'action administrative invite à réduire. C'est alors sur ce point que le concept d'externalisation administrative apporte un éclairage bienvenu. Qu'il s'agisse de son essence stratégique, de son objet ou encore de ces critères identifiés dans la partie précédente, il permet en effet de proposer une harmonisation des diverses modalités de gestion déléguée des activités matérielles de service public autour de la logique coopérative qui l'anime et des spécificités que lui imposent les règles objectives inhérentes à la sphère publique. La perspective dessinée à grand trait par Jean-Bernard Auby laissait d'ailleurs suggérer que l'avenir de la gestion du service public passerait inmanquablement par la « *confrontation avec les solutions de la gestion privée* »¹⁰¹⁵ dont l'externalisation constitue l'un des outils les plus évident.

¹⁰¹¹ Cf. BAHOUGNE L., *Le financement du service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 289, 2015, spéc. p. 23, 223 et 343.

¹⁰¹² HERTZOG R., « Le prix du service public », *AJDA*, 1997, n° spéc., p. 55.

¹⁰¹³ Benoît Delaunay souligne par exemple, dans sa préface à la thèse de Louis Bahougne, que le mérite des réflexions de ce dernier réside notamment dans le fait d'avoir contribué à mettre en relation le financement et le régime juridique du service public en démontrant que « *les contraintes et besoins de financement ont eu un effet déterminant sur le droit des services publics et les modalités de leur exécution* » : BAHOUGNE L., *op. cit.*, p. VI.

¹⁰¹⁴ Jean-Bernard Auby soulignait d'ailleurs que, « *dans la période récente, on a assisté à une considérable diversification des formules par lesquelles les collectivités publiques peuvent confier à d'autres, et notamment à des entreprises privées, la gestion de leurs services publics* » : AUBY J.-B., « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, décembre 1993, vol. 11, n°4, p. 148.

¹⁰¹⁵ Il prédisait en effet « *que la modernisation du service public que l'on tente actuellement continuera largement à se faire par confrontation avec les solutions de la gestion privée, par expérimentation de ces solutions, par adoption de ces solutions souvent aussi* » : AUBY J.-B., « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 14.

278. Un mode unifié de réalisation des activités matérielles de service public. La réorganisation actuelle du droit administratif est en effet favorable à une influence des outils de la gestion privée tel que le concept d'externalisation dont il convient de préciser la portée et les incidences dans le cas particulier de la réalisation des activités matérielles de service public, laquelle s'oriente toujours davantage « *dans le sens d'une recherche de relais privés de l'intervention publique* »¹⁰¹⁶. De fait, si l'externalisation administrative manifeste l'adoption par les autorités publiques compétentes d'une posture gestionnaire, elle procède néanmoins toujours d'une démarche particulière dans la mesure où le « cœur de métier » à préserver réside dans l'exercice à bon escient de la puissance publique au nom du peuple souverain¹⁰¹⁷. L'apparition dès les années 1980 d'un courant favorable à la prise en compte des nécessités du management dans la sphère publique exprimait d'ailleurs déjà cette volonté d'asseoir l'efficacité et la performance dans l'action administrative. C'est en outre à propos de la gestion du service public que ce besoin se fit le plus sentir dans la littérature doctrinale. Il convient toutefois de préciser que le management public ainsi pensé reposait alors fondamentalement sur la pierre angulaire de la puissance publique. Aussi était-il démontré qu'il visait principalement à « *entraîner un certain recentrage de la préoccupation de management sur le noyau dur de l'État* »¹⁰¹⁸; autrement dit, sur l'exercice de cette puissance que le management appliqué à la sphère administrative a toujours pris soin de ménager¹⁰¹⁹. Conservant une fonction irréductible de haute direction du fonctionnement du service public, l'autorité administrative compétente s'imposait en l'occurrence comme le titulaire exclusif du pouvoir normatif expression de la puissance publique¹⁰²⁰ laissant à son partenaire le soin d'accomplir les activités matérielles nécessaires à la satisfaction des besoins identifiés. Ainsi la gestion déléguée permet-elle de longue date d'organiser un recentrement stratégique de la

¹⁰¹⁶ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 152.

¹⁰¹⁷ Aussi son apparition exprime-t-elle manifestement le fait que, « *des critiques libérales et managériales, le droit administratif est en voie de réussir le tour de force consistant à n'en adopter que le meilleur sans ne rien céder à l'essentiel* » au service d'une plus grande efficacité de l'intervention des personnes publiques : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 595.

¹⁰¹⁸ GIBERT P., « Management public, management de la puissance publique », *Politiques et management public*, 1986, vol. 4, n° 2, p. 116.

¹⁰¹⁹ Les développements précédents ont d'ailleurs permis de mettre en lumière cette posture jurisprudentielle adoptée par le Conseil d'État, et en premier lieu par le Conseil constitutionnel, selon laquelle « *seules les « fonctions de souveraineté », qui n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique, ne peuvent être déléguées* » : DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1532. Voir également dans ce sens : DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif. Tome I*, LGDJ, 8^e éd., 1980, p. 616 et s.

¹⁰²⁰ L'édifice que constitue la théorie générale des services publics dépendait donc déjà de la clef de voûte constituée par l'exercice par les autorités administratives compétentes de leur pouvoir normatif pour assurer la direction du service public ; c'est-à-dire garantissant « *que l'activité concernée est bien prise en charge et assumée (sinon directement assurée) par la collectivité publique* » : DE LAUBADÈRE A., *op. cit.*, p. 622.

personne publique sur son « cœur de métier » conforme à l'essence stratégique de l'externalisation administrative, laquelle invite donc à considérer ces modalités sous un angle particulier propice à leur unification.

La logique coopérative qui anime le concept d'externalisation administrative conduit irrémédiablement à l'envisager comme un outil de gestion de la compétence à la disposition des personnes publiques décidées à concentrer la mise en œuvre de leurs moyens sur l'exercice de la puissance publique. Excluant de son champ d'application la dimension normative de la compétence, le principe d'indisponibilité des compétences conduit par conséquent à ériger la compétence matérielle en tant qu'objet principal de son utilisation. Dès lors, rapporté au service public, l'externalisation administrative constitue en toute logique un concept réunissant l'ensemble des modalités de gestion du service public à travers lesquelles les personnes publiques compétentes confient à une personne distincte la réalisation des activités matérielles de service public afin de pouvoir se concentrer sur l'exercice de leur pouvoir de création, d'organisation et d'encadrement de la satisfaction des besoins d'intérêt général. Reconnue autant par la Constitution que par la jurisprudence¹⁰²¹, la compétence du pouvoir réglementaire en matière d'organisation du fonctionnement des services publics s'impose en l'occurrence comme un point cardinal du droit administratif contemporain. En tant que tel indisponible, sauf disposition contraire admise par un texte de valeur juridique suffisante, l'accomplissement de ce dernier ne peut faire l'objet d'une décision d'externalisation de sa mise en œuvre¹⁰²². Aussi la frontière de ce pouvoir d'organisation délimite-t-elle également celle du déploiement de l'externalisation dans la réalisation de la

¹⁰²¹ Citons sur ce point la jurisprudence *Jamart* à laquelle il est possible de rapprocher la reconnaissance de ce pouvoir aux autorités responsables d'un service public : CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172. Les juges du Palais-Royal considérèrent alors en effet « *que si, même dans le cas, où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité (...) dans la mesure où l'exige l'intérêt du service* ». Précisons également que l'hypothèse récemment évoquée par le Conseil d'État à l'occasion de sa décision *Fédération FO énergie et mines et a.* abonde finalement en ce sens dans la mesure où, s'il est vrai qu'elle reconnaît au bénéfice d'un organisme de droit privé un pouvoir d'organisation dans le cadre de l'accomplissement du service public de la production et de la distribution d'électricité, elle ne le fait qu'à titre exceptionnel du fait de la situation particulière en cause et en conformité avec l'habilitation accordée par la loi elle-même à la société EDF. Les juges considèrent effectivement que, en extension de la jurisprudence *Jamart*, « *dans le cas d'un établissement public responsable de ce bon fonctionnement, ainsi que dans celui d'un organisme de droit privé responsable d'un service public, seuls leurs organes dirigeants, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer les limitations à l'exercice du droit de grève* » : CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines et a.*, Rec. p. 94.

¹⁰²² Rémy Schwartz rappelait d'ailleurs à ce propos que « *le chef de service ne peut méconnaître sa compétence en s'en remettant à un autre pour la mettre en œuvre* » : SCHWARTZ R., « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 48.

compétence matérielle lorsqu'il est question du service public. Or, dans la mesure où il s'arrête là où commence « *l'exécution du service, en dehors de tout ce qui concerne son organisation et son fonctionnement* »¹⁰²³, ce déploiement s'étend sur tout ce qui concerne l'accomplissement des activités matérielles.

Les travaux effectués par Benoît Plessix contribuent d'ailleurs à accentuer davantage cette fracture séparant le pouvoir de création et d'organisation du service public, indisponible par principe en vertu du droit objectif, et le pouvoir de gestion désignant ce qui relève de son exploitation et recouvre donc les activités matérielles participant de son accomplissement, lesquelles constituent à titre principal l'objet de l'externalisation administrative¹⁰²⁴. Ceci dit, le déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation des activités matérielles de service public acquiert par conséquent une dimension et une réalité supplémentaires que suggère depuis longtemps la doctrine, ainsi que le droit positif. Placée dans le registre du management¹⁰²⁵, la gestion du service public peut donc être appréhendée de manière clarifiée sous l'angle de la distinction entre la gestion directe et la gestion déléguée, laquelle renvoie l'image d'une unité certaine éclairée par le concept d'externalisation. Ainsi présenté, le pouvoir de gestion externalisable recouvre finalement l'ensemble des activités matérielles, distinctes de l'exercice du pouvoir normatif, qui contribuent à la prestation et à la production de services au bénéfice des administrés et des usagers. La rencontre de l'externalisation administrative et de la gestion du service public conduit par conséquent à constater que la première désigne l'ensemble des modalités de gestion déléguée par lesquelles une personne publique compétente confie à une personne distincte, publique ou privée, la réalisation des activités matérielles nécessaires à l'accomplissement de la mission qui lui incombe, et dont elle se charge exclusivement d'assurer la bonne organisation. Aussi est-ce pour cette raison que la création d'un service public par le pouvoir normatif, nécessairement rattachée à une

¹⁰²³ SCHWARTZ R., *Ibid.* Notons que ce pouvoir d'organisation recouvre une large palette d'instruments juridiques mis à la disposition du chef de service afin qu'il puisse s'assurer du bon fonctionnement de ce dernier. Aussi Bruno Genevois présentait-il dans ses conclusions sur l'arrêt *SARL Chocolat de régime Dardenne* la grande diversité des mesures relevant de la compétence du chef de service parmi lesquelles figurent notamment le pouvoir de « *fixer les conditions d'organisation et de fonctionnement des administrations et des services* », ou celui de « *prendre dans l'intérêt du bon fonctionnement du service public, des dispositions individuelles ou réglementaires applicables aux usagers de ce service public* » : CE, sect., 8 janvier 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, rec. p. 1 ; concl. GENEVOIS B., D., 1982.II.264.

¹⁰²⁴ Il précise effectivement qu'il s'agit, par l'exercice de ce pouvoir de gestion, « *d'assurer l'exercice concret et effectif de certaines activités en vue de répondre à des besoins collectifs, de procurer des prestations de services au bénéfice des administrés* » qui se distingue alors nettement sur le plan juridique « *de ceux de réglementation et de police* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 821 et 822.

¹⁰²⁵ Benoît Plessix précise effectivement que ce pouvoir dépasse le simple « *exercice d'un pouvoir normatif* », et place l'Administration dans « *le registre de la gérance, de l'exploitation, du management dirait-on dans un vocabulaire moderne* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 821.

autorité administrative, « *implique donc que les pouvoirs publics en acquièrent la maîtrise juridique effective* »¹⁰²⁶ et ce, quand bien même ils n'en assurent pas directement la gestion mais en maîtrisent toujours, en principe à titre exclusif, l'organisation par l'intermédiaire également de l'exercice d'un pouvoir normatif.

C'est en outre dans le cadre de ce dernier que le pouvoir de gestion peut être librement exercé directement par cette autorité ou confié tout aussi librement à une personne juridique distincte¹⁰²⁷. Il n'existe en effet aucun obstacle érigé par le droit positif à l'externalisation au profit d'une autre personne de la gestion et de la réalisation des activités matérielles de service public¹⁰²⁸. Bien au contraire, cette liberté encourage les collectivités publiques à recourir, sous diverses formes juridiques, à la gestion déléguée, autrement dit à la gestion « externalisée » dès lors que l'objet qu'elle poursuit correspond à celui de ce concept émergeant en droit administratif. Unies dans la diversité, les nombreuses expressions juridiques d'une gestion déléguée¹⁰²⁹ peuvent en effet utilement être regroupées sous le vocable du concept d'externalisation administrative. Alors que ce dernier offre aux organisations qui y recourent la possibilité « *de « recentrer » leur activité sur leur cœur de métier* »¹⁰³⁰, une telle opportunité se manifeste pleinement dans l'hypothèse ainsi appréhendée de la réalisation des activités matérielles de service public. Effectivement, si l'exercice du

¹⁰²⁶ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 881. L'auteur précise alors que la création d'un service public par une autorité administrative compétente « *doit être accompagnée ou rapidement suivie de mesures concrètes fixant la nature de l'activité exercée, le régime juridique qui lui sera applicable, le mode de gestion choisi, la détermination des tarifs et des horaires, le statut juridique des moyens employés, qu'il s'agisse du personnel, des moyens matériels ou des ressources financières nécessaires au bon accomplissement d'une telle activité* ».

¹⁰²⁷ C'est ainsi qu'il est unanimement admis par la doctrine que le droit positif reconnaît et consacre aujourd'hui « *un principe de liberté, en ce que les pouvoirs publics ont le choix du mode d'organisation du service public ; ils sont libres d'apprécier eux-mêmes le mode opérationnel qui leur paraît le plus opportun et le plus adapté à la nature et aux caractéristiques de l'activité d'intérêt général qu'ils ont choisi d'ériger en service public* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 882. Et Guylain Clamour de rappeler, dès 2006, que « *le libre choix du mode de gestion consiste avant tout à trancher entre la possibilité d'une gestion directe en régie ou d'un gestion externalisée* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 598.

¹⁰²⁸ Emmanuelle Guillaume précisait d'ailleurs dans ses conclusions sur l'arrêt : CE, 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble – CFDT et a.*, req. n° 77659 ; concl. GUILLAUME E., *RFDA*, 1989, p. 930 que « *dès lors que le contrôle public est préservé, la transformation d'un service en une régie ou d'une société d'économie mixte locale en régie, voire l'inverse, est sans conséquence sur le caractère particulier de l'entreprise, à savoir sa vocation de service public dont l'objet n'est pas purement lucratif* ». Il ajoutait en conséquence que c'est « *aux collectivités publiques (qu'il revient) de choisir la forme d'exploitation la mieux adaptée à leurs besoins et à leurs contraintes* ».

¹⁰²⁹ Rappelant le premier considérant de principe de la décision *Cne d'Aix-en-Provence*, Benoît Plessix affirme en effet que « *l'autorité organisatrice d'un service public étant libre de choisir son mode d'exploitation, elle peut donc en principe recourir à toute une panoplie de modalités de gestion* » dont le point commun à chacun réside autant dans l'objet qu'elles poursuivent que dans la finalité stratégique qui les sous-tend : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 883.

¹⁰³⁰ DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 20099, p. 1529. L'auteur soulignait d'ailleurs que « *le recours à l'externalisation met (ainsi) en lumière la logique économique qui imprègne aujourd'hui la sphère administrative* ».

pouvoir de création et d'organisation se présente comme une composante de ce « cœur de métier » qu'il conviendrait de renforcer, l'exercice de pouvoir de gestion recouvre les fonctions « supports » qu'une meilleure gestion des ressources à la disposition des personnes publiques invite à confier à une autre personne¹⁰³¹, encore s'agit-il d'en déterminer la portée et les incidences.

Aussi l'unification des modalités de gestion déléguée au sein d'un même vocable figure-t-elle parmi les plus notables en ce qu'elle permet de les mettre en relation à travers leur objet et la logique stratégique qui les animent¹⁰³². Il est même possible de poursuivre la démonstration d'une telle unification à travers l'examen d'un autre point commun à l'ensemble des modalités de gestion déléguée du service public, et critère de l'externalisation administrative : la fonction essentielle jouée par la notion d'habilitation. Les développements de la partie précédente ont effectivement conduit à dévoiler la structure de l'externalisation administrative à travers la norme d'habilitation. C'est à partir d'elle que son recours peut, ou non, être envisagé par l'autorité administrative compétente. Mais c'est également à travers elle qu'elle se concrétise dans la mesure où la norme d'habilitation dérivée constitue l'élément juridique par lequel une autre personne dispose d'un titre à agir dans le cadre de l'action administrative, et pour le cas du service public qui l'autorise à participer à son accomplissement par la réalisation des activités matérielles qu'il implique. Or la doctrine reconnaît depuis longtemps l'importance de la notion d'habilitation dans la participation des personnes privées à l'action administrative et à l'accomplissement du service public¹⁰³³. Qu'elle soit alors unilatérale ou

¹⁰³¹ Aussi la doctrine reconnaît-elle désormais de plus en plus, à l'instar de Jean-David Dreyfus, que « *le recours au procédé de l'externalisation traduit parfaitement cette pénétration de l'économie, de la gestion dans l'organisation administrative* » : DREYFUS J.-D., *Ibid.*

¹⁰³² Ainsi Jean-David Dreyfus rappelait-il que, « *quel que soit le procédé utilisé, la finalité poursuivie peut ainsi être résumée : « moins de structure, plus d'efficacité* » » : DREYFUS J.-D., *op. cit.*, p. 1530.

¹⁰³³ Cf. sur ce point : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, celui-ci fondait effectivement sa démonstration sur le caractère incontournable et nécessaire d'une habilitation à l'origine de toute intervention de cette nature. Voir également, dans le cas plus précis du service public : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4 et s., ou encore : LOSCHAK D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, 1971, p. 259 et s., et : TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427 et s. Plus récemment, les manuels spécialisés insistent toujours sur cet élément à travers lequel il est possible de déceler une constante à toute modalité de gestion déléguée d'un service public : l'acte juridique d'habilitation. Gilles-Jacques Guglielmi, Geneviève Koubi et Martine Long rappellent effectivement, et insistent sur le fait que « *le souhait d'une personne publique responsable du service public d'en transférer la gestion, totalement ou partiellement – c'est-à-dire de confier l'exercice d'une compétence dans un ou deux niveaux de gestion – suppose un acte juridique particulier. En l'absence d'acte, aucune autre personne que celle qui est responsable du service public n'est juridiquement fondée à assurer la gestion de ce dernier. Cet acte est donc bien le fondement de l'intervention de la personne ayant reçu mission de gérer le service à la place de la personne publique responsable (...). Cet acte de délégation de service public, de transfert de l'exercice de*

contractuelle, l'habilitation se situe au cœur du concept d'externalisation administrative et exprime, elle aussi, la force unificatrice de ce concept dans l'appréhension des modalités de gestion déléguée des activités matérielles de service public.

Certes, le concept d'externalisation administrative peut sembler inutile ou superflu en tant qu'il se présenterait à l'observateur comme « *une simple « resucée » de formes juridiques connues de longues dates dans le secteur public* »¹⁰³⁴. Cependant, il comporte indiscutablement une vertu explicative et simplificatrice non négligeable. Il permet notamment de pallier les vicissitudes intrinsèques à la notion de délégation. En cela, il rend possible la réunion de certains outils juridiques autrefois séparés du fait de l'emploi de cette notion, mais qui pourtant peuvent être réunis en tant que modalité d'externalisation : ainsi en va-t-il par exemple de la délégation et de l'autorisation, ou encore de la délégation et du partenariat¹⁰³⁵, alors même qu'il était envisagé jusque-là que « *« l'externalisation » des activités dessinent des structures administratives éclatées* »¹⁰³⁶. Le dépassement de la notion de délégation par le concept d'externalisation administrative, outre les défauts qui obturent l'intérêt théorique de la première, peut également être envisagé à l'aune de la contradiction fondamentale qui l'imprègne¹⁰³⁷. Cette critique s'est en outre réveillée plus récemment sous la plume de Philippe Cossalter pour qui la délégation de service public, bien qu'elle constitue un « *outil universel de gestion déléguée du service public* », demeure toujours enserrée « *dans un champ d'application trop réduit* »¹⁰³⁸ alors que celui de l'externalisation invite au contraire à envisager sa mise en œuvre en tout domaine de l'action administrative dès lors que s'y expriment des activités matérielles dont la réalisation est confiée à une personne distincte dans une optique managériale bien déterminée et identifiable par son objet et ses critères

compétences de gestion, est en général qualifié d'acte d'habilitation » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 628 et 629.

¹⁰³⁴ DREYFUS J.-D., *op. cit.*, p. 1530.

¹⁰³⁵ Philippe Cossalter précisait effectivement que « *le terme délégation, par l'idée de transfert dont il est porteur, permet d'écarter le concept général de « partenariat » et « s'oppose également à l'idée d'autorisation (...) (qui) est « l'acte administratif levant les obstacles à l'exercice d'un droit subjectif préexistant », tandis que la concession administrative confère à un tiers l'exercice de droits appartenant initialement à l'administration* » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 13. Or, pour l'une comme pour l'autre de ces oppositions érigées par la doctrine, il s'avère possible, comme tacheront de le démontrer les développements à suivre, de dépasser ces clivages à priori artificiels au moyen de l'objet et des critères de l'externalisation administrative.

¹⁰³⁶ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³⁷ Et que la doctrine avait d'ailleurs déjà souligné à de multiples reprises au lendemain de l'adoption de la loi Sapin. Citons parmi les plus remarquables les contributions de Pierre Delvolvé : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 675 et s., de Jean-Claude Douence : DOUENCE J.-Cl., « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936 et s., ou encore MARCOU G., « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1994, p. 691 et s.

¹⁰³⁸ COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 47.

propres¹⁰³⁹. Le caractère détachable de l'exercice de la puissance publique des activités prises pour objet par l'externalisation administrative invite finalement à envisager l'extension de son champ d'application à la réalisation des activités matérielles d'intérêt général. Une extension qui devrait *a priori* accentuer davantage son hétérogénéité mais qui, sous la férule de l'externalisation, présente paradoxalement mais logiquement une unité certaine.

2. L'externalisation étendue de la réalisation des activités matérielles d'intérêt général

279. Une intégration attendue des activités matérielles de police. Au-delà de la reconnaissance entendue du déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation des activités matérielles de service public, il convient de s'intéresser plus avant à son extension aux activités matérielles d'intérêt général dans leur ensemble. C'est d'ailleurs sur ce point que réside, se confirme et se renforce, l'intérêt de l'emploi du concept d'externalisation en droit administratif. Alors qu'il favorise indiscutablement une vision unifiée des modalités de gestion déléguée des activités de service public, il encourage également à appréhender dans une même optique l'ensemble des activités d'intérêt général détachées de l'exercice de la puissance publique souveraine. Le caractère détachable des activités matérielles dont la réalisation coopérative constitue l'objet de l'externalisation administrative invite en l'occurrence à dépasser dans un premier temps le clivage séculaire, parfois contesté par certains auteurs mais plus souvent relayé par la doctrine¹⁰⁴⁰, entre le service public et la police administrative. Bien qu'il ne puisse être ici question de remettre en cause l'existence autant que la pertinence d'une telle distinction entre ces « *deux grandes branches* »¹⁰⁴¹ de l'action

¹⁰³⁹ Jean-Bernard Auby soulignait d'ailleurs l'immaturation et l'insuffisance de la théorie de la délégation de service public. Il précisait effectivement qu'il « *existe encore un déficit de construction doctrinale et jurisprudentielle* » dans la théorie de la délégation du service public : AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴⁰ Aussi Olivier Renaudie rappelle-t-il par exemple que « *la distinction entre les activités relevant de la police et celles relevant du service public est classique : elle renvoie à la summa divisio de l'action administrative* » : RENAUDIE O., « Police et service public », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis Essais, 2014, p. 39. Et d'ajouter avec force et conviction que « *la grande majorité des auteurs s'accordent en effet pour affirmer que l'action administrative se divise en deux grandes branches : d'un côté la police administrative, par le biais de laquelle est réglementée l'activité des particuliers dans le but de prévenir d'éventuels troubles à l'ordre public ; de l'autre, le service public, par le biais duquel sont accordés aux particuliers des prestations correspondant à la satisfaction des besoins d'intérêt général* ».

¹⁰⁴¹ RENAUDIE O., *Ibid.* Les manuels et les traités les plus récents réaffirment d'ailleurs avec constance l'importance de cette « *summa divisio* » de l'action administrative composée ainsi de deux ensembles complémentaires plus qu'opposés participant de la satisfaction de l'intérêt général sous les diverses formes et dans les multiples dimensions qu'il peut présenter. Ainsi Jean Waline évoque-t-il dans la dernière mouture de son manuel cette dualité fondamentale de l'action administrative qui, toujours, « *a pour but de satisfaire aux nécessités de l'intérêt général. Pour ce faire, elle revêt, traditionnellement, deux formes essentielles : la police, le service public (...). Cette distinction reste fondamentalement exacte* » : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 365. De même Benoît Plessix souligne également l'importance de cette dichotomie en précisant que, « *administrer, c'est aussi veiller à la conservation de l'État, c'est imposer à la*

administrative, caractérisées chacune par une finalité immédiate propre et un régime juridique singulier, qu'il soit néanmoins permis de suggérer leur rapprochement sur le terrain des modalités de leur réalisation. Exclue autant par son essence stratégique que par les principes objectifs du droit public, la mise en œuvre de l'externalisation ne peut effectivement concerner, ou ne serait-ce qu'influencer, la distinction entre la défense de l'ordre public et la détermination des besoins à satisfaire par le biais du service public. Il n'est toutefois pas interdit d'envisager que les conditions juridiques de leur réalisation matérielle, influencées par l'émergence du *New Public Management*, autorisent à avancer l'idée d'une certaine convergence en faveur du déploiement harmonieux de l'externalisation administrative.

L'hypothèse d'un tel alignement des modalités de réalisation des activités matérielles de police administrative sur celles des activités matérielles de service public est d'ailleurs confortée par le constat doctrinal d'un assèchement du critère de distinction de ces deux formes principales de l'action administrative fondé sur les procédés utilisés pour leur accomplissement. Effectivement, alors que Georges Vedel rappelait avec force leur opposition en affirmant que « *la réglementation de police opère par voie de prescriptions ; le service public opère par voie de prestations* »¹⁰⁴², les travaux postérieurs ont mis en évidence la diversité des procédés participant de la réalisation des activités de police et, ce faisant, leur convergence vers les procédés employés dans le cadre de l'accomplissement des activités de service public¹⁰⁴³. Quand bien même demeurerait-elle l'une des clefs de voûte du droit administratif contemporain, la distinction des activités de police et de service public est donc désormais toute relative, du moins sur le terrain de leur accomplissement. Il conviendrait d'ailleurs de l'envisager plus exactement sous l'angle d'un clivage de « façade » évidemment justifié par la divergence des régimes juridiques qui s'y appliquent et par un souci de

libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en collectivité afin de protéger la communauté nationale contre les désordres qui la menacent : à cette fin correspond l'exercice de la police administrative. Enfin, eu égard à la tradition d'un État de solidarité chargé d'assurer le bien-être social, la gestion de services publics au moyen de la prise en charge d'activités d'intérêt général par les collectivités publiques elles-mêmes constitue la troisième activité à laquelle se livre l'État en action » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 705.

¹⁰⁴² VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 24.

¹⁰⁴³ Ainsi Étienne Picard a-t-il pu démontrer par exemple que les autorités de police assuraient leurs charges autant par voie de prescriptions que de prestations. Étienne Picard rappelait d'ailleurs « *que la police administrative exécute des actes matériels pour remplir sa fonction n'étonne personne* » : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 775. Et l'auteur d'ajouter qu'il « *n'y a donc a priori aucune objection à ce que la police se serve du procédé de la prestation. C'est bien plutôt l'affirmation contraire, soutenue par une grande partie de la doctrine, qui apparaît étonnante* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 786.

simplification¹⁰⁴⁴, mais qui s'effacerait sur certains points en droit positif¹⁰⁴⁵ parmi lesquels sans nul doute devrait figurer celui des modalités de leur réalisation dès lors que les unes comme les autres présentent invariablement une dimension matérielle. Le concept d'externalisation administrative offre alors une opportunité nouvelle pour évaluer la possibilité et la pertinence d'un tel rapprochement des modalités de réalisation des activités matérielles de police et de service public, et ce notamment eu égard à son objet propre : la réalisation par une personne distincte de la compétence matérielle d'une autorité administrative.

Car, si le droit positif présente aujourd'hui un point de convergence entre les activités de police et de service public, c'est en matière de délégalité des activités détachables de l'exercice de la puissance publique qu'il est le plus évident de l'identifier. Qu'il soit question de la reconnaissance par le juge constitutionnel de la possibilité pour une autorité administrative de confier à un organisme privé la gestion d'un établissement pénitentiaire en dehors « *des tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté* »¹⁰⁴⁶, ou alors de l'interdiction posée par ce dernier de rendre « *possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique »* »¹⁰⁴⁷, le traitement différencié réservé aux activités détachables et rattachables à l'exercice de la puissance publique quant à la question de leur délégalité¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁴ En effet, sauf à étendre bien au-delà de ses frontières réelles les limites des activités de service public, il convient de les distinguer des activités de police dans un souci de cohérence générale. Entendue de manière trop extensive, la notion de service public recouvrirait tous les pans de l'action administrative de la production de lois et règlements, au prononcé de jugements en passant bien évidemment par le maintien de l'ordre public et le fonctionnement de la police judiciaire qui relèvent toutes de la satisfaction d'un besoin d'intérêt général par une autorité publique. Or, il y a, bien avant la finalité d'intérêt général commune à toute activité entreprise par une personne publique, une finalité proximale qui la distingue des autres activités qu'elle peut mener à bien. Ainsi le maintien de l'ordre public peut-il être distingué de la fourniture d'une prestation, d'un service, à un groupe d'utilisateurs dans un souci de simplification de la présentation de l'action administrative. Jacques Petit invitait d'ailleurs pour cette même raison à conserver cette présentation duale dès lors que les actes de police « *intéressent les rapports généraux de la puissance publique avec l'ensemble des sujets de droit, quand les seconds (les actes de service public) concernent les rapports spéciaux qui se nouent entre chaque service public et ses utilisateurs ou agents* » : PETIT J., « La police administrative », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 22.

¹⁰⁴⁵ Jacques Petit rappelle d'ailleurs que si, « *d'un côté, l'unanimité de la doctrine prend acte du fait qu'en droit positif la police est regardée comme un service public, de sorte que la distinction entre les deux notions paraît dépassée (...), d'un autre côté, tous les auteurs continuent à fonder l'exposé des activités administratives sur cette distinction, ce qui laisse entendre qu'au sein des services publics, la police présente une réelle spécificité* » : PETIT J., *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴⁶ CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

¹⁰⁴⁷ CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

¹⁰⁴⁸ Un traitement différencié qui est par ailleurs explicitement exprimé par les juges de la rue de Montpensier lorsqu'ils reconnaissent la constitutionnalité d'une disposition législative permettant « *de confier à des personnes de droit privé, en matière de surveillance électronique, que des prestations techniques détachables*

s'impose comme un trait d'union entre les activités de police et de service public qui est appelé à se prolonger plus loin en matière de modalité de réalisation de ces activités. Un approfondissement que les juges du Palais-Royal n'ont d'ailleurs pas manqué d'opérer en considérant qu'une autorité de police peut en toute légalité confier à une autre personne la « mise en œuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police »¹⁰⁴⁹. Le cas de figure présenté par l'affaire *Jonnet* est d'autant plus intéressant qu'il présente une illustration typique de la nouvelle distribution des rôles admise dans le cadre du fonctionnement de la police administrative, laquelle distribution se rapproche sensiblement de celle précédemment exposée s'agissant des activités de service public. Alors que l'autorité de police compétente avait mis en œuvre son pouvoir normatif de police en prescrivant et en organisant l'abattage du cheptel d'un éleveur et la désinfection de ses bâtiments et véhicules afin de lutter contre une épizootie de fièvre aphteuse ; il avait décidé également de confier « à la société CTH l'exécution des tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire qu'il avait prescrite dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties »¹⁰⁵⁰. Aussi est-il possible de retrouver ici l'articulation managériale précédemment mise en évidence pour le service public et consistant, pour une personne publique compétente, à concentrer son action sur son « cœur de métier », l'exercice de son pouvoir normatif de création et d'organisation rattaché à la puissance publique, et de confier à une personne distincte l'accomplissement des « fonctions supports », en d'autres termes des activités matérielles, dans les conditions d'organisation qu'elle détermine ; c'est-à-dire finalement de retrouver la structure stratégique de l'externalisation administrative¹⁰⁵¹.

Alors qu'elle l'identifie parfois à un « contrat d'exécution d'une activité matérielle de police »¹⁰⁵², la doctrine conforte également de son côté l'hypothèse d'une telle convergence de la police et du service public sur le point précis des modalités de réalisation des activités matérielles qu'ils recouvrent l'un l'autre. Alors que le clivage entre les activités normatives et

des fonctions de souveraineté » : CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

¹⁰⁴⁹ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

¹⁰⁵⁰ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456.

¹⁰⁵¹ Voir notamment pour un approfondissement de ce raisonnement : CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456 ; concl. LIEBER S.-J., *BJCP*, 2012, n° 80, p. 51 et s. Sophie-Justine Lieber met d'ailleurs en évidence, dans ses conclusions, l'organisation caractéristique d'une relation de coopération pour assurer l'accomplissement de la mission ainsi confiée de lutte contre les épizooties. Une relation caractéristique de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative aussi bien sur le plan de la répartition des rôles entre les partenaires, que sur celui de la responsabilité de chacun.

¹⁰⁵² DELAUNAY B., « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA*, 2012, p. 483.

matérielles y apparaît là aussi de plus en plus prégnant, il conduit en toute logique à emprunter au fonctionnement du service public l'articulation susmentionnée qui caractériserait la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Si les premières constituent le « cœur de métier » de l'autorité publique compétente et donc ne peuvent ni ne doivent être confiées à une personne distincte, les secondes exercées dans le cadre fixé par les premières sont utilement exécutées par une autre personne¹⁰⁵³. Ainsi le concept d'externalisation administrative offre-t-il une explication au rapprochement constaté en droit positif des modalités de réalisation des activités matérielles de service public et de police administrative¹⁰⁵⁴. Aussi le concept d'externalisation administrative invite-t-il dans ce sens, après avoir favorisé le remplacement de cette démarcation, à préciser les conditions du rapprochement des modalités de réalisation des secondes par une autre personne que l'autorité publique compétente. L'adoption par Étienne Picard d'un point de vue mettant en évidence la complexité des relations entretenues par le service public et la police encourage d'ailleurs à poursuivre dans cette voie. Le dépassement qu'il proposait alors de la justification de la distinction service public/police administrative fondée sur l'association du premier à la prestation et de la seconde à la prescription confine en effet l'observateur contemporain à l'étendre au sein de chacune des modalités de l'action administrative, et donc à l'assimiler à celle précédemment évoquée entre les activités normatives et matérielles. Dès lors que service public et police connaissent tout deux l'emploi de procédés de prescription et de prestation, la logique conduit à les envisager ensemble sous l'angle de la démarcation suggérée au-delà de la frontière traditionnelle qui les sépare.

Ainsi, de la même manière que le service public présente des activités normatives de prescriptions pour sa création ou son organisation dont les autorités compétentes ne peuvent

¹⁰⁵³ Benoît Delaunay semble d'ailleurs lui-même souligner la logique stratégique ayant pu motiver l'autorité de police compétente à confier l'exécution matérielle de sa mission de police sanitaire à un organisme de droit privé. Il suggère effectivement « *que si cette activité a été déléguée à la société CTH, c'est parce que l'administration ne disposait pas en son sein des ressources permettant de s'acquitter de cette mission* » : DELAUNAY B., *op. cit.*, p. 483.

¹⁰⁵⁴ Rappelons qu'il ne s'agit pas pour nous de suggérer ici un abandon de cette distinction, ou encore, comme le propose parfois la doctrine, de prôner la requalification de la délégation d'activités matérielles de police en délégation de service public : voir par exemple : DELAUNAY B., *op. cit.*, p. 484, CE, 24 mai 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Chambrin*, rec. p. 331, CAA Lyon, 24 octobre 2000, *Cne de Val d'Isère, SA Secours aérien français c/ Société Mont Blanc Hélicoptère*, req. n° 96-1868 et 96-1900 ou encore : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282 (ou dans le même sens CE, sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, rec. p. 301) et une partie des conclusions prononcées par Catherine Bergeal sur : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282 ; concl. BERGEAL C., *CJEG*, 2000, n° 569, spéc. p. 377 et 378.

confier la réalisation à un tiers¹⁰⁵⁵, et des activités matérielles de prestation pour lesquelles elles sont au contraire de plus en plus incitées à le faire, la police administrative comporte-t-elle une articulation similaire. Qu'elles soient donc de service public ou de police administrative, les activités matérielles identifiées dans le fonctionnement de l'un comme de l'autre constituent indifféremment l'objet de l'externalisation administrative. En ce sens, ce concept appelle à une prise en compte identique des modalités de réalisation des activités matérielles de service public et de police¹⁰⁵⁶. Ce rapprochement apparaît d'ailleurs aujourd'hui encore plus évident sur le terrain des modalités de leur réalisation, et notamment de leur externalisation. La jurisprudence, administrative et constitutionnelle, se détache désormais de la nature de l'activité pour évaluer la possibilité de confier la réalisation des unes ou des autres à des personnes distinctes des autorités administratives compétentes. Il est en effet considéré que seule la détachabilité d'une activité eu égard à l'exercice de la puissance publique préside finalement à la détermination de sa délégabilité¹⁰⁵⁷. Il convient par conséquent de maintenir la distinction entre le service public et la police administrative. Mais il convient également dans le même temps d'admettre leur convergence sur le terrain des modalités de réalisation des activités matérielles¹⁰⁵⁸. La convergence ainsi démontrée invite alors à une ouverture plus large de ce rapprochement matériel à toutes les autres activités d'intérêt général. Aussi la relation mise au jour précédemment entre le service public, la police administrative et la gestion des biens publics y invitent-elles d'ailleurs à plus forte raison dès lors que la jurisprudence récente relative aux qualifications de délégation de service public et de concession domaniale a renforcé un débat ancien sur la fonction des propriétés publiques dans l'accomplissement de l'action administrative¹⁰⁵⁹ : sont-elles

¹⁰⁵⁵ Ainsi Frédéric Rolin rappelle-t-il que si « *le fait que le service public ait également une activité prescriptive, notamment pour ce qui touche à l'organisation du service, est moins fréquemment mis en évidence (...) les auteurs le soulignent tous dès lors qu'ils sont conduits à aborder les pouvoirs de l'administration dans l'organisation des services publics* » : ROLIN Fr., *op. cit.*, p. 218. Voir pour plus de précisions : DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service public*, thèse dact., Université de Pau et des pays de l'Adour, 2003.

¹⁰⁵⁶ Un rapprochement que suggérait d'ailleurs Charles Eisenmann lorsque, confirmant l'existence de deux finalités distinctes de l'action administrative, le service public et la police, il précisait qu'il « *ne faudrait pas croire que les actes qui vont être accomplis par l'État au service de l'une des deux fins (...) vont être absolument différentes des actes relatifs à l'autre. Tout au contraire, ils seront identiques dans une mesure très large* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 19. Ainsi invitait-il la doctrine à ne pas étendre à la dimension des procédés de l'action administrative la distinction des fonctions de police et de service public.

¹⁰⁵⁷ L'examen des décisions adoptées en matière de service public pénitentiaire ou de vidéosurveillance manifeste par exemple une telle convergence des solutions jurisprudentielles adoptées

¹⁰⁵⁸ Bien qu'il la tempérât, Étienne Picard évoquait dans ses travaux cette convergence en la matière lorsqu'il admettait que « *la fonction de police et les fonctions de service public s'accomplissent par l'intermédiaire des mêmes catégories techniques : loi, règlement, acte individuel, sanction, acte matériel, etc.* » : PICARD É., *op. cit.*, p. 806.

¹⁰⁵⁹ Alors que la doctrine du début du XX^e siècle considérait unanimement, à l'instar de Maurice Hauriou ou de Gaston Jèze, les propriétés publiques comme un moyen au support de l'action administrative, la doctrine

simplement des moyens matériels nécessaires à sa bonne marche, ou bien recouvrent-elles un ensemble d'activités d'intérêt général à part entière ? Voici la question à laquelle le concept d'externalisation administrative permet d'apporter une réponse originale dont il convient de préciser le sens et la portée.

280. Une intégration logique d'autres activités d'intérêt général. Au premier rang des activités matérielles d'intérêt général à propos de la réalisation desquelles l'externalisation administrative se déploie figure également un autre pan, notable et symbolique, de l'action publique contemporaine : la gestion des propriétés publiques¹⁰⁶⁰. Le plus souvent présentée comme remplissant une fonction support de la satisfaction des besoins d'intérêt général de la société¹⁰⁶¹, la gestion des propriétés publiques appelle cependant une analyse plus approfondie susceptible de délayer la nature actuelle de sa fonction dans la mise en œuvre de l'action administrative. Certes, aurait-il été plus simple de s'en contenter, et de démontrer ainsi aisément son intégration logique au sein du champ dans lequel se déploie l'externalisation administrative en vertu de son essence stratégique et de son objet juridique propre¹⁰⁶². Il est néanmoins possible de parvenir à une conclusion similaire sans pour autant se contenter d'une intuition tirée de la fonction attribuée *prima facie* à ce pouvoir accordé par le droit objectif aux personnes publiques propriétaires. Il convient, pour ce faire, de poursuivre les travaux menés par la doctrine contemporaine à partir desquels a pu émerger une interprétation moderne du pouvoir de gestion des propriétés publiques. Il sera alors envisageable d'évaluer plus nettement les incidences de cette évolution du cadre doctrinal sur l'appréhension et la compréhension de ses modalités de réalisation matérielle. Il peut

contemporaine tend désormais à reconsidérer cette fonction et ce d'autant plus depuis la codification opérée en 2006 avec l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁰⁶⁰ Un ensemble d'activités qui conservent d'ailleurs dans certains discours doctrinaux un lien avec le service public et la police administrative.

¹⁰⁶¹ La gestion des propriétés publiques est en effet toujours présentée généralement comme un moyen au service de l'action administrative. Ainsi en va-t-il notamment dans le *Traité de droit administratif* élaboré sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray et Philippe Yolka. L'organisation de cet ouvrage fait effectivement apparaître les propriétés publiques au titre des moyens de l'action administrative aux côtés des actes administratifs et des agents publics. Caroline Chamard-Heim l'indique d'ailleurs sans ambages dans l'introduction de sa contribution, affirmant que, « *pour remplir leurs missions, et notamment pour servir d'appui aux services publics, les personnes publiques ont besoin de biens mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels* » : CHAMARD-HEIM C., « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2011, p. 284.

¹⁰⁶² En effet, appréhendée comme une fonction support de l'action administrative, la gestion des propriétés publiques constituerait par essence un objet propice au déploiement de l'externalisation pour son accomplissement. Nous jugeons cependant qu'au-delà de la simplicité qu'elle présente, une telle hypothèse doit être écartée dans la mesure où les travaux les plus récents de la doctrine tendent à démontrer que cette gestion constituerait une composante à part entière de l'action administrative : cf. sur ce point : SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016.

également être souligné que cet aspect de l'action administrative n'est pas non plus indifférent aux conséquences de l'apparition de préoccupations managériales dans la sphère publique. C'est d'ailleurs ce qui fut relevé avec constance par la doctrine contemporaine, aussi bien avant¹⁰⁶³, et surtout après l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques¹⁰⁶⁴ conférant à ce pouvoir de gestion un objectif de rentabilité et de valorisation pour la réalisation duquel le concept d'externalisation administrative apparaît utile dans sa pleine expression¹⁰⁶⁵.

Bien qu'il soit toujours considéré que « *la propriété publique reste un moyen pour les personnes publiques, et non une fin* »¹⁰⁶⁶, il convient néanmoins de s'interroger sur l'opportunité du maintien d'une telle conception traditionnelle¹⁰⁶⁷ alors que le droit administratif des biens lui-même a connu depuis plus d'une dizaine d'années des transformations qui ont pu valablement l'ébranler. L'idée désormais largement défendue d'une valorisation économique nécessaire des biens publics par leurs propriétaires et la

¹⁰⁶³ Jacques Caillosse notait effectivement à propos de la domanialité publique que « *du côté des opérateurs économiques comme d'ailleurs de la doctrine des juristes, on y voit surtout un droit anachronique et contre-productif. C'est pourquoi ceux qui sont en charge – le juge certes, mais aussi le législateur – s'emploient à l'ouvrir aux exigences de la valorisation commerciale* » : CAILLOSSE J., « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », *Études foncières*, 2002, n° 100, p. 7.

¹⁰⁶⁴ La plaçant sous le signe de l'*Arlésienne* de Bizet, Philippe Yolka saluait par exemple cette codification « *qui actualise heureusement la matière* » alors que « *l'archaïsme du droit des biens publics appelait un vigoureux aggiornamento* » : YOLKA Ph., « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP A*, 29 mai 2006, n° 22, p. 687. Il soulignait de plus, parmi les évolutions notables, la révélation d'un « *nouveau paradigme : le centre de gravité de la théorie domaniale se déplace d'une logique de protection (centrée sur l'affection publique) vers une démarche de valorisation (fondée sur le droit de propriété)* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 688. Dans la même veine, Christine Maugüé et Gilles Bachelier identifiaient à travers cette codification attendue une réponse « *à la nécessité de moderniser le droit de la propriété des personnes publiques* » : MAUGÜÉ Ch. et BACHELIER G., « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1074. Et d'ajouter que l'économie générale du code ainsi élaboré participait de « *la modernisation de la gestion du patrimoine des personnes publiques. Il permet enfin une meilleure valorisation économique du domaine public des personnes publiques* » : MAUGÜÉ Ch. et BACHELIER G., *op. cit.*, p. 1077.

¹⁰⁶⁵ Jacques Caillosse suggérait d'ailleurs qu'une « *meilleure exploitation des biens domaniaux réclame en effet cette double évolution : (...) et de faciliter l'investissement privé sur cette propriété* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 7. Et l'auteur de souligner déjà que « *les pressions se font de plus en plus fortes pour rendre le domaine public accessible à la « commercialité »* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 8, ainsi que « *le travail de réflexion du Conseil d'État sur une nécessaire évolution du droit des propriétés publiques* » et d'ajouter que « *le législateur va chercher, à sa manière fort discutée, à faciliter l'investissement privé là où le droit domanial contribuait à le rendre aléatoire* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁶⁶ CHAMARD-HEIM C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 33, 2004, p. 284.

¹⁰⁶⁷ Notons que cette conception traditionnelle invitait en effet à envisager la gestion des propriétés publiques quasi exclusivement sous l'angle d'un moyen au service de l'action administrative. Ainsi Gaston Jèze considérait-il par exemple que le « *service public domine aussi la condition juridique des choses mises à la disposition des agents de l'administration pour la satisfaction des intérêts généraux* » : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La notion de service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, T. 2, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 12. Yves Gaudemet appréhende d'ailleurs encore aujourd'hui en partie les biens publics comme « *des biens utilisés par l'administration dans l'exercice de ses différentes attributions et pour se donner les moyens de celui-ci* » : GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 15^e éd., 2014, p. 1.

reconnaissance concomitante d'un intérêt financier des personnes publiques¹⁰⁶⁸, amènent semble-t-il à appréhender la gestion des propriétés publiques comme une activité administrative et économique à part entière, à l'instar d'ailleurs de ce qui prévaut en droit civil. Dans ce sens, William Dross considère, par exemple, qu'en vertu de l'article 544 du Code civil toute chose possède autant une valeur d'usage qu'une valeur d'échange¹⁰⁶⁹ dont le propriétaire peut disposer à sa guise. Dès lors, toute chose qui peut faire l'objet d'une transaction économique présente un intérêt pour son maître ce qui fait de la gestion de ces biens privés une activité économique à part entière¹⁰⁷⁰. Aussi l'approche doctrinale contemporaine et rénovée de la propriété publique incite-t-elle à suivre William Dross dans ses réflexions selon lesquelles « *toute chose est doublement utile, d'abord parce qu'on peut s'en servir à des fins extrêmement variées, ensuite parce que dans la société des hommes, on peut l'échanger, la vendre ou la donner, bref, en disposer* »¹⁰⁷¹. Jusqu'alors, il est vrai, la conception traditionnelle des biens publics n'impliquait apparemment que la prise en compte par le droit administratif de la première de ces utilités, à savoir de l'envisager uniquement comme un moyen propice à l'accomplissement de l'intérêt général. Mais les orientations récentes adoptées par le droit positif ont conduit la doctrine à remettre en cause cette vision unitaire des biens publics, et ce, plus spécifiquement depuis l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques. Dans cette optique nouvelle, Caroline Chamard-Heim souligne notamment que de plus en plus « *les personnes publiques font appel à leurs compétences (des personnes privées partenaires) dans le cadre de procédures d'externalisation* »¹⁰⁷².

Après être parvenu à la démonstration théorique de l'existence d'un lien entre le pouvoir de gestion des propriétés publiques et la compétence des autorités administratives

¹⁰⁶⁸ Voir sur ce point les travaux récents menés par Frédéric Alhama : ALHAMA Fr., *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2016. Renvoyons également aux réflexions apportées sur cette question par Sébastien Bernard : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, spéc. p. 209 et s.

¹⁰⁶⁹ DROSS W., *Droit des biens*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2014, p. 31 et s.

¹⁰⁷⁰ Soulignons à l'instar de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet que « *les biens constituent, avec les personnes et les obligations, la dimension essentielle de l'univers juridique (...), la plus grande partie du droit civil est consacrée aux biens. Cette discipline centrale, au cœur du droit commun, décrit la manière dont s'établit, s'exerce, s'acquiert et se transmet la propriété* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Les biens*, PUF, coll. Droit Fondamental, 3^e éd., 2008, p. 17.

¹⁰⁷¹ DROSS W., *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁷² CHAMARD-HEIM C., *op. cit.*, p. 300.

propriétaires¹⁰⁷³, Benoît Schmalz poursuit son raisonnement en faveur de la détermination d'une action administrative intégrant à part entière l'activité de gestion des biens publics¹⁰⁷⁴ à travers laquelle « *l'action publique se développe* »¹⁰⁷⁵. Dès lors que la compétence s'identifie comme un titre à agir et qu'elle fonde l'exercice par les personnes publiques propriétaires d'une gestion de leurs biens, il convient de reconnaître que l'action administrative s'enrichi d'une composante autonome : l'activité d'intérêt général de gestion des propriétés publiques. Il révèle en outre la dualité de cette compétence de gestion en découvrant l'existence d'une certaine irréductibilité de la gestion publique en ce domaine ; en d'autres termes, de son indélégalité, dès lors qu'elle recouvre l'exercice même du droit de propriété¹⁰⁷⁶ ; c'est-à-dire relève de la mise en œuvre d'un pouvoir normatif rattaché à l'exercice de la puissance publique¹⁰⁷⁷. Cela signifie *a contrario* qu'il existe également des activités matérielles relevant de la gestion des biens publics qui seraient parfaitement délégalables car détachables de l'exercice de la puissance publique. Leur réalisation constituerait donc logiquement un objet de l'externalisation administrative, laquelle s'y déploierait alors de manière parfaitement cohérente. Composée également d'activités normatives et d'activités matérielles la gestion des propriétés publiques présente donc, en tant qu'activité d'intérêt général à part entière, la même structure que le service public et la police administrative. Ainsi est-il logique de voir l'externalisation administrative s'y déployer lorsqu'elle prend pour objet la réalisation des activités matérielles de gestion des biens publics, et donc la réalisation de la compétence matérielle qui l'encadre. Sur ce point, le code général de la propriété des personnes publiques

¹⁰⁷³ Aussi parvient-il à démontrer que la compétence, à travers la norme d'habilitation objective qui la concrétise, « *a pour effet d'affecter ab initio l'exercice de la propriété des personnes publiques aux missions qui leur sont dévolues et plus globalement à l'intérêt général* » : SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016, p. 171. Elle provoque néanmoins incidemment l'identification indiscutable de l'activité de gestion des biens publics à une activité administrative à part entière, et non simplement à une activité support, permettant le bon accomplissement de l'action administrative. Il affirme d'ailleurs par la suite que « *la propriété des personnes publiques apparaît alors comme la propriété affectée à l'exercice de la compétence, laquelle induit une finalité déterminée* », et donc parfois une finalité autonome qui conduit bel et bien à envisager ainsi l'activité de gestion des propriétés publiques : SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 185.

¹⁰⁷⁴ Car si la propriété publique s'exerce au nom d'une compétence, cela confirme notamment que « *la propriété est publique, qu'il s'agisse du domaine public ou du domaine privé, parce que le propriétaire est une personne publique, génétiquement porteuse de l'intérêt général* » : YOLKA Ph., *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, n° 27, p. 13. Aussi Benoît Schmalz affirme-t-il en conséquence que « *l'intérêt général est le référent pour la validité de chacune de ses actions, de chacun de ses actes juridiques dont elle doit pouvoir (la personne publique propriétaire) démontrer qu'ils n'ont pas été édictés dans le but de servir un intérêt purement privé* » : SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁷⁵ SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 292.

¹⁰⁷⁶ Cf. SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 235 et s.

¹⁰⁷⁷ D'ailleurs cette part irréductiblement indélégalable de la gestion des propriétés publiques relève du fait que « *la puissance publique est un élément consubstantiel du statut de la personne publique propriétaire* » : SCHMALTZ B., *op. cit.*, p. 240. Tout ce qui manifeste son exercice, où peut y être rattaché sera donc par principe insusceptible d'être confié à une personne distincte sauf habilitation par un texte de valeur juridique suffisante.

apporte en l'occurrence une confirmation et une consécration indiscutable lorsqu'il dispose à son article L. 2123-1 que « *les personnes publiques (...) gèrent ou font gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur* », ou encore lorsqu'il dispose à son article L. 2221-1 qu'elle « *gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* ». Et Guylain Clamour de s'interroger à ce propos, au travers d'un mode rhétorique, sur le sens de ces dispositions et de demander si elles seraient « *de nature à autoriser une externalisation globale de la gestion de tel ou tel immeuble* »¹⁰⁷⁸. La réponse affirmative est alors à priori évidente eu égard à l'état du droit positif et de la doctrine sur lequel il convient donc de se pencher davantage afin de le confirmer¹⁰⁷⁹.

Caroline Chamard-Heim affirme par exemple dans son commentaire sous l'article L. 2221-1 du code général de la propriété des personnes publiques que ces dispositions permettent finalement à la personne publique propriétaire « *soit de gérer elle-même son bien, soit de le faire gérer par une autre personne* »¹⁰⁸⁰ ; c'est-à-dire d'externaliser la réalisation matérielle de cette gestion dans les conditions d'organisation qu'elle aura préalablement fixées par l'exercice de son pouvoir normatif. Elle engage par conséquent à poursuivre dans cette voie l'interprétation contemporaine du droit administratif des biens à l'aune du code de 2006 dans la mesure où elle considère que le pouvoir de gestion des propriétés publiques est désormais parfaitement ouvert au « *choix entre gérer (...) ces dépendances (en régie) ou les faire gérer par d'autres personnes juridiques* »¹⁰⁸¹. Confrontant cette appréhension nouvelle de la gestion de la propriété des personnes publiques au principe objectif d'indisponibilité des compétences, Guylain Clamour souligne en outre qu'une telle externalisation des activités matérielles de gestion ne contrevient pas à l'interdiction faite au nom de ce principe aux personnes publiques de « *se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences* »¹⁰⁸². Il démontre au contraire qu'elle connaît un développement croissant¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁸ CLAMOUR G., « Indisponibilité des compétences et gestion des propriétés publiques immobilières », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 192.

¹⁰⁷⁹ La tournure rhétorique de sa question se révèle explicitement lorsqu'il poursuit par l'affirmation suivante : « *il faut dire que l'externalisation de la gestion des dépendances n'est pas, en pratique, un phénomène rare* » : CLAMOUR G., *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ Commentaire de Caroline Chamard-Heim sous l'article L. 2221-1 du code général de la propriété des personnes publiques in : YOLKA Ph. (dir.), *Code général de la propriété des personnes publiques*, LexisNexis, 2012, p. 301.

¹⁰⁸¹ Commentaire de Caroline Chamard-Heim sous l'article L. 2123-1 du code général de la propriété des personnes publiques in : YOLKA Ph. (dir.), *op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁸² CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 143.

¹⁰⁸³ Il rappelle notamment que le rapport annuel de 2008 du Conseil de l'immobilier de l'État, évoquant la fonction des propriétaires publics, engageait ces derniers à parfois « *déléguer ou externaliser ses missions en tant que de besoin* » : Conseil de l'immobilier de l'État, Rapport 2008, p. 9. Ce rapport s'inscrivait d'ailleurs

aussi bien entre personnes publiques, qu'entre personnes publiques et personnes privées et ce, désormais, qu'il s'agisse du domaine public ou du domaine privé. Au demeurant, la distribution des rôles en matière de gestion des propriétés publiques se rapproche de celle précédemment identifiée pour les services publics et la police administrative. Alors que les autorités administratives propriétaires conservent une vocation à « *piloter et superviser une organisation « en grappe » garante de la cohérence comme de l'efficacité de la gestion* »¹⁰⁸⁴ par l'exercice de leur pouvoir normatif, il apparaît de plus en plus fréquemment nécessaire de confier à d'autres le soin d'en assurer la réalisation matérielle¹⁰⁸⁵. Plus délicate s'avère cependant la question de l'externalisation de la gestion des propriétés publiques des collectivités locales. Si elles sont explicitement compétentes en la matière, le problème de l'indisponibilité se heurterait néanmoins avec d'autant plus de force au déploiement de cet outil de gestion managérial¹⁰⁸⁶. Aussi Guylain Clamour démontre-t-il que l'évolution de la législation a permis « *par un audacieux retour de balancier que les collectivités territoriales se trouvent en mesure d'externaliser la gestion de leurs biens* »¹⁰⁸⁷ par le biais d'instruments juridiques nouvellement mis à leur disposition¹⁰⁸⁸. Il ne faut toutefois pas y voir, une fois de plus, un recul de la portée du principe d'indisponibilité des compétences mais plutôt un argument supplémentaire en faveur de la relecture de ce principe favorable au recours à l'externalisation administrative pour la réalisation de la dimension matérielle de la compétence ; autrement dit, ici comme dans d'autres domaines de l'action administrative, pour la réalisation des activités matérielles de gestion des propriétés publiques détachables de l'exercice de la puissance publique.

pleinement dans une démarche stratégique fidèle à la logique animant l'externalisation dès lors qu'il précisait que « *les opérations qui ne relèvent pas du « cœur de métier » de l'État ont vocation, progressivement, à être externalisées dans les conditions de mutualisation les plus favorables à la commande publique* ».

¹⁰⁸⁴ Conseil de l'immobilier de l'État, Rapport 2008, p. 10.

¹⁰⁸⁵ Dans un autre de ses rapports, le même Conseil de l'immobilier de l'État soulevait l'opportunité qu'il y aurait à « *distinguer les tâches qui resteraient confiées en régie à l'administration dont dispose le ministre chargé de la politique immobilière et celles qui devraient être confiées à un opérateur sous le contrôle des pouvoirs publics* » : Conseil de l'immobilier de l'État, Rapport 2006-2011, p. 31. Dans la même veine, Guylain Clamour rappelle le rôle de la Société Nationale Immobilière dans « *la gestion des biens externalisés* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁸⁶ La Cour administrative d'appel de Nancy précisa d'ailleurs que les dispositions législatives en vigueur « *font obstacle à ce que le conseil régional puisse, en l'absence de toute disposition législative à cet effet, instituer une « régie nationale », dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, chargée d'assurer la gestion et l'exploitation d'une partie dudit patrimoine* » : CAA Nancy, 16 avril 1998, Région Nord-Pas-de-Calais, rec. p. 680, 762, 784 et 941.

¹⁰⁸⁷ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 206.

¹⁰⁸⁸ En particulier l'extension du BEA valorisation aux collectivités territoriales par la loi du 14 mars 2011 ayant introduit l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, lequel dispose désormais que « *un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique (...) en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence* ».

Il convient finalement de préciser que la gestion ainsi entendue comme objet potentiel de la mise en œuvre de l'externalisation administrative renvoie à celle envisagée par Philippe Yolka comme recouvrant les utilisations conformes des biens publics¹⁰⁸⁹. Elle concerne donc à la fois la gestion *stricto sensu*, mais aussi plus largement l'ensemble des activités matérielles relevant de l'occupation et de l'exploitation des propriétés publiques, lesquelles participent de l'objectif de valorisation et de rentabilisation en tant que composante à part entière de l'intérêt général¹⁰⁹⁰. Aussi encourage-t-elle à dépasser, dans une certaine mesure, le clivage autrefois insurmontable entre gestion publique du domaine public et gestion privée du domaine privé¹⁰⁹¹. Le fait que la doctrine préfère désormais envisager l'étude de la gestion des propriétés publiques dans son ensemble confirme d'ailleurs cette tendance que le concept d'externalisation administrative engage à embrasser. Et la diversité des actes, juridiques et matériels, qu'elle recouvre apporte une preuve supplémentaire non seulement du clivage à prendre en compte entre les activités normatives et matérielles et, d'autre part, de la place laissée au déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation des secondes¹⁰⁹². Qu'il s'agisse de leur gestion proprement dite par une convention¹⁰⁹³, ou de leur utilisation à travers laquelle il est possible d'y participer indirectement par voie de coopération¹⁰⁹⁴, les

¹⁰⁸⁹ Philippe Yolka rappelait effectivement que « *la théorie de la gestion domaniale a connu depuis ses origines un phénomène d'expansion remarquable. Initialement limitée aux occupations privatives dites « anormales », elle s'est étendue aux utilisations conformes à l'affectation du domaine public* » : YOLKA Ph., *Propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p. 308.

¹⁰⁹⁰ Ce que suggérait déjà Dominique Carreau lorsqu'il indiquait que « *l'intérêt du domaine allait se fondre dans l'intérêt général lui-même assimilable à l'intérêt économique constitué par la gestion économique du domaine* » : CARREAU D., « Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public », *AJDA*, 1966, p. 681.

¹⁰⁹¹ Évoquant la théorie de la gestion domaniale, Philippe Yolka affirmait d'ailleurs « *le caractère fondamentalement unitaire de la gestion domaniale, qu'occulte le clivage actuel entre la gestion du domaine privé, considérée comme de la gestion privée, et celle du domaine public, entendue comme un service public* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 305.

¹⁰⁹² Ainsi Caroline Chamard-Heim évoque-t-elle la gestion comme recouvrant la réalisation « *des actes d'administration, c'est-à-dire des actes normaux d'exploitation d'un bien ou d'un patrimoine, correspondant à l'usus et au fructus. Le pouvoir de gestion conduit ainsi à prendre des actes tendant à la conservation et à l'entretien du patrimoine, des actes tendant à la fructification du patrimoine ainsi que des actes de perception et d'utilisation des loyers et des fruits* », pour finalement rappeler elle aussi qu'il n'existe « *pas véritablement de différence entre le pouvoir de gestion du domaine privé et le pouvoir de gestion du domaine public, en ce sens qu'ils permettent en tout état de cause à la personne publique, soit de gérer elle-même son bien, soit de le faire gérer par une autre personne juridique* » : CHAMARD-HEIM C., « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2011, p. 314 et 315.

¹⁰⁹³ Comme le prévoit l'article L. 2123-2 du code général de la propriété des personnes publiques en vertu duquel « *la gestion d'immeuble dépendant du domaine public de l'État peut être confiée, en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en valeur du patrimoine national, à des collectivités territoriales ou à des établissements publics, à des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, à des conservatoires régionaux d'espaces naturels (...), ainsi qu'à des associations ou fondations reconnues d'utilité publique* ». Norbert Foulquier envisage d'ailleurs ces conventions au titre de « *l'externalisation de la gestion* » du domaine public : FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2015, p. 279 et s.

¹⁰⁹⁴ Il est en effet admis par la doctrine, ainsi que par le droit positif depuis l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques en 2006, qu'en « *poursuivant leurs intérêts personnels, les occupants du*

biens publics sont donc concernés au premier chef par ce déploiement. Abondant en ce sens, Jean-Gabriel Sorbara évoque d'ailleurs l'un et l'autre de ces ensembles, gestion et utilisation, au titre de la gestion des biens publics en tant que « *préoccupation contemporaine résultant de la modification, déjà évoquée, du rapport entre les personnes publiques et leurs biens* »¹⁰⁹⁵. Or, qu'il soit question de dépendances du domaine public ou du domaine privé, cette nouvelle gestion des propriétés publiques poursuit invariablement l'objectif de valorisation, et ce, notamment, à travers l'emploi de procédés empruntés au monde de l'entreprise qui emportent l'intervention d'une personne distincte¹⁰⁹⁶. L'unité ainsi démontrée du champ du déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques ne masque pas cependant l'hétérogénéité des instruments juridiques qui en permettent l'expression. Il est même concevable qu'elle entretienne ce foisonnement au détriment d'une cohésion pourtant indispensable à son appréhension, autant qu'à sa compréhension. Néanmoins, à l'instar de son champ d'application, la délimitation du champ de ses instruments révèle également une forme de cohésion tout autant organisée autour de l'objet et des critères propres au concept d'externalisation administrative.

§2 : Délimitation du champ hétérogène des instruments de l'externalisation

281. Une harmonie recherchée également dans le champ instrumental de l'externalisation.

Évoquant son caractère protéiforme, Philippe Cossalter soulignait que « *l'outil de la délégation de service public n'est pas seulement adaptable à tous les secteurs de l'activité administrative, il tend également à recouvrir un grand nombre de formes* »¹⁰⁹⁷ et d'instruments juridiques qui en permettent l'expression. Ce faisant, dès lors qu'il a pu être démontré que le concept d'externalisation administrative comprenait les diverses délégations de service public, en plus d'autres notions et outils par lesquels une personne publique peut

domaine mettent en valeur le patrimoine public, notamment en édifiant des ouvrages dont, à terme, la propriété reviendra à l'administration, ou tout au moins en payant pour pouvoir l'utiliser » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 309. Il n'est pas impossible de déceler ici une logique coopérative caractéristique du concept d'externalisation telle qu'elle a pu être présentée dans la partie précédente.

¹⁰⁹⁵ SORBARA J.-G., *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit Fondamental Manuels, 2016, p. 95.

¹⁰⁹⁶ Aussi la dimension d'utilisation des biens publics est-elle essentielle dans cette nouvelle vision de leur gestion dans la mesure où « *elle permet d'offrir des services aux usagers, même s'ils émanent de sociétés privées* » et « *favorise le développement économique et permet d'accroître les ressources des collectivités publiques : en effet, ces occupations sont obligatoirement soumises au paiement d'une redevance, qui est la contrepartie des avantages divers qu'elles tirent du domaine public* » : SORBARA J.-G., *op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁹⁷ COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 47.

confier la réalisation de ses compétences matérielles à d'autres personnes, il conviendrait d'en déduire logiquement le caractère tout autant hétérogène du champ des instruments juridiques qui en manifestent l'emploi par les autorités administratives. De même, s'intéressant à la mise en œuvre par les personnes publiques de la logique partenariale, Étienne Müller souligne la diversité des instruments juridiques qu'elles empruntent pour y parvenir¹⁰⁹⁸ alors même que le phénomène qu'ils traduisent présente une unité incontestable. C'est d'ailleurs pour en démontrer la réalité qu'il aborde l'externalisation des activités publiques comme un facteur de cette unité en tant qu'elle constitue « *un moyen d'améliorer l'efficacité de l'action publique* »¹⁰⁹⁹, et donc, plus généralement, comme une tendance homogène inspirée des pratiques du monde de l'entreprise¹¹⁰⁰. Il est cependant difficile de penser pouvoir remédier à une telle hétérogénéité supposée des outils de l'externalisation administrative. Il convient néanmoins de suggérer paradoxalement qu'elle autoriserait une certaine unification des instruments juridiques à travers lesquels elle se manifeste en droit administratif comme « *un choix de gestion permettant aux collectivités publiques de se décharger sur des opérateurs économiques d'un certain nombre de tâches auparavant exécutées par des agents publics afin de redéployer les moyens libérés sur des tâches spécifiques* »¹¹⁰¹. Le recentrement de l'analyse de la boîte à outils juridiques de l'externalisation administrative sur son objet conduit effectivement à entrevoir un socle commun à l'ensemble de ces instruments.

À la différence de la délégation, dont l'objet n'était pas suffisamment précis pour autoriser un tel rassemblement de ces formes d'expression juridique, ou du partenariat public privé, dont l'objet semblait souffrir *ab initio* de la même lacune, celui de l'externalisation administrative invite à une telle unification autour d'éléments déterminés à partir de l'essence coopérative de cet outil managérial de gestion des ressources. Les instruments juridiques de l'externalisation regrouperaient en effet l'ensemble des actes administratifs unilatéraux et contractuels à travers lesquels une autorité publique disposant d'un titre à agir habilite une personne

¹⁰⁹⁸ Il pose effectivement, comme point de départ de son étude, le constat d'une forte dispersion de ces instruments dans la mesure où « *dès lors que l'on procède à leur identification, il apparaît rapidement que les instruments juridiques des partenariats public-privé sont multiples, et ne sauraient se réduire aux seuls contrats de partenariats créés par l'ordonnance du 17 juin 2004, malgré ce que suggère la dénomination de ces derniers* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 45.

¹⁰⁹⁹ MULLER É., *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁰⁰ Une stratégie effectivement « *inspirée du management des entreprises privées, (qui) constitue pour elles un choix de gestion permettant d'économiser et de redéployer leurs moyens, et notamment leurs personnels* » : MULLER É., *Ibid.* Il affirme néanmoins que le partenariat public-privé, marqué par une forte dispersion des instruments juridiques qu'il monopolise, ne constituerait qu'un pan de « *l'externalisation (qui) recouvre en réalité des opérations diverses* » : MULLER É., *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁰¹ MULLER É., *op. cit.*, p. 52.

distincte à intervenir de concert avec elle dans la réalisation de sa compétence ; c'est-à-dire, plus concrètement, qu'elle lui confierait l'accomplissement d'activités matérielles conformément aux conditions qu'elle aura préalablement déterminées. Ainsi est-il concevable de dépasser l'hétérogénéité manifestement incontestable des instruments juridiques de l'externalisation à partir de la prise en compte de son objet spécifique¹¹⁰². Point question ici de suggérer alors autre chose qu'une appréhension nouvelle de la réalité de l'action administrative, et plus spécialement ici des instruments qui en permettent la réalisation. Sans aller jusqu'à élaborer un régime juridique propre, ce concept offre notamment une possibilité d'établir un certain ordre au sein du chaos né principalement de la volonté du législateur de toujours faire correspondre au moins une formule dédiée à chaque opération économique envisagée par les personnes publiques¹¹⁰³.

Qu'ils soient unilatéraux ou contractuels, qu'il s'agisse de contrats de partenariats ou de délégations de service public, ou encore d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public ou de montages plus complexes¹¹⁰⁴, les instruments juridiques dont disposent les personnes publiques en vertu du droit positif sont légions, presque autant que les actions qu'elles poursuivent. La démarche ici engagée à partir de ce concept conduit alors à prendre pour pivot son objet singulier afin de parvenir à dépasser en partie ce clivage, et à relativiser cette diversité des instruments juridiques afin de proposer un aperçu unifié, ou à tout le moins

¹¹⁰² Notons qu'Étienne Müller poursuit d'ailleurs un tel objectif dans le cadre de son étude afin, notamment, de pallier le risque d'insécurité juridique inhérente à une telle dispersion pragmatique des outils juridiques du partenariat : MULLER É., *op. cit.*, spéc. p. 107 et 291 et s.

¹¹⁰³ Étienne Müller rappelle d'ailleurs que « l'affirmation de la performance des activités publiques comme une condition nouvelle de leur légitimité a conduit les personnes publiques à diversifier leurs techniques contractuelles, afin de réaliser des opérations économiques que leurs contrats plus classiques ne permettaient pas » : MULLER É., *op. cit.*, p. 291. Pour le constat d'une telle dispersion selon les opérations économiques entreprises par les personnes publiques à travers l'histoire : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, spéc. p. 40 et s., p. 84 et s. ou encore 342 et s., respectivement pour l'exemple de formules ponctuelles pour concession d'exploitation de la Louisiane attribuée à Antoine Crozat, pour la construction du Canal du midi ou encore pour la concession « Bradley » de dessèchement des marais. Pour des exemples plus récents citons les montages contemporains pour la construction du stade Pierre Maurois de Lille, pour la construction et la gestion de « l'Hexagone-Balard » ou encore pour la concession d'autoroutes à des sociétés telles que Vinci ou Eiffage.

¹¹⁰⁴ Alors que par le passé l'accomplissement de l'action administrative empruntait deux modèles généraux de contrats, le marché public et la concession, dont les ramifications n'en étaient pas pour autant moins nombreuses, la période contemporaine est notamment marquée par l'émergence de formules contractuelles innovantes nées de la pratique et de l'évolution des besoins des collectivités publiques. Aussi Nil Symchowicz et Philippe Proot relèvent-ils que c'est « à partir des années 80 qu'une complexification du droit des contrats publics devait être constatée avec l'apparition de montages contractuels complexes, entendus ainsi dans un premier temps, comme les techniques contractuelles extérieures à celles du droit administratif classique destinées à permettre la réalisation et/ou l'exploitation d'équipements publics » : SYMCHOWICZ N. et PROOT Ph., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, Éditions Le Moniteur, coll. Essentiels Experts, 3^e éd., 2012, p. 9.

ordonné, du panel des outils organisé par le droit positif afin de permettre la mise en œuvre de cette stratégie managériale dans le cadre de l'action administrative. De la même façon que l'élaboration d'une notion de partenariat public-privé constitue pour Étienne Müller le préalable indispensable à la « *mise en ordre des instruments juridiques employés pour réaliser ces opérations d'externalisation* »¹¹⁰⁵, la prise en compte de l'objet singulier et des critères propres au concept d'externalisation administrative autorise à dépasser cette hétérogénéité pour finalement proposer une cohésion d'ensemble au-delà d'une disparité apparente, mais néanmoins réelle.

Au demeurant, la prise en compte de leur objet pour parvenir à une harmonisation des instruments juridiques dédiés à la concrétisation d'une opération économique singulière, ici une coopération sous forme d'externalisation, constitue une posture déjà adoptée en droit civil. C'est effectivement cet objet que la notion d'économie du contrat étudiée par Sébastien Pimon invitait à replacer au cœur des analyses contractuelles civilistes¹¹⁰⁶. Une démarche similaire¹¹⁰⁷ centrée sur l'opération économique qui constitue l'essence de l'externalisation administrative renverrait également à une certaine unité du champ hétérogène des outils participant à l'expression juridique de la mise en œuvre de ce concept, et qui conduirait par ailleurs à remettre en cause certains clivages persistants en droit positif (concession domaniale/de service public par exemple). Envisager dans cette optique une unification potentielle des instruments juridiques recouverts par le concept d'externalisation administrative n'apparaît d'ailleurs pas tant à contre-courant de la tendance actuelle, aussi bien du droit positif que de la lecture doctrinale qui l'observe et l'analyse. Soulignant la

¹¹⁰⁵ MULLER É., *op. cit.*, p. 293.

¹¹⁰⁶ Il démontrait en effet que la notion d'économie du contrat devait faciliter la détermination de l'espèce de chacun, et ainsi sa qualification autant que son interprétation : cf. PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 225 et s. Aussi affirmait-il par exemple que « *c'est l'opération économique qui forme le cœur de la convention qu'il faut directement analyser* » et qui permet d'apporter une vision cohérente du panel contractuel organisé par le droit positif : PIMONT S., *op. cit.*, p. 232. Par cette démarche, les instruments juridiques de l'externalisation, ayant tous en commun leur objet d'instaurer une relation de coopération entre les parties afin de parvenir à concrétiser une telle stratégie, partageraient bien tous un socle identique déterminé à l'aune de l'opération économique envisagée ; c'est-à-dire donc de leur objet.

¹¹⁰⁷ En d'autres termes, une démarche prenant pour point d'appui principal l'analyse de l'opération économique que chacun des instruments juridiques envisagés poursuit, et donc leur objet respectif. Sébastien Pimon soulignait effectivement que la prise en compte à titre principal de l'économie du contrat conduisait inmanquablement à s'intéresser à « *ce qui forme l'objet principal du contrat* » qui permet la traduction en terme juridique de l'opération économique que souhaitent réaliser les parties. Évoquant l'économie du contrat, il précisait alors que « *le recours à cette notion permet d'entrer dans le mécanisme contractuel en en inspectant séparément les éléments. Enfin la conjonction de l'approche globale – économie du contrat – et de l'approche analytique – objet de l'obligation – permet de définir ce qui forme l'objet principal du contrat : une obligation que l'étude de l'économie du contrat désigne comme étant la plus importante ; celle qui absorbe l'utilité économique du contrat* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 181.

nécessité d'une « *adaptation profonde de notre droit aux nouvelles notions et règles européennes* », Marion Ubaud-Bergeron et Guylain Clamour relèvent d'ailleurs que « *cette unification des textes est une bonne chose* » et que la prise en compte de l'objet du contrat incite à un réarrangement des outils que sa relégation au second plan n'imposait pas par le passé¹¹⁰⁸. En réponse à l'étendue du déploiement de l'externalisation administrative dans la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques, le champ des instruments juridiques par lesquels elle s'exprime présente nécessairement une hétérogénéité dont l'enchevêtrement n'aurait d'égal que le pragmatisme qui la justifie. Alors que Philippe Yolka ironisait lorsqu'il comparait l'instabilité chronique du droit des contrats administratifs en évoquant « *des symptômes dignes de la « danse de Saint-Guy* » »¹¹⁰⁹, le concept d'externalisation administrative y apporte un rythme particulier et propose en outre un remède à cette prolifération désordonnée. La prise en compte de son objet singulier incite par conséquent à une relativisation de la diversité des instruments juridiques participant de la mise en œuvre de l'externalisation ; d'une part en soulignant une diversité discrète au sein des actes unilatéraux (A) et, d'autre part, en évoquant une diversité bousculée par l'emploi d'habilitations contractuelles (B).

A. Une discrète diversité au sein des actes unilatéraux

282. Une relativisation inspirée par l'objet habilitant des instruments de l'externalisation. De manière générale, les développements précédents permettent de proposer une juste appréhension du champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative à l'aune d'autres propositions avancées par le passé dans le discours doctrinal. C'est bien évidemment autour de son objet particulier qu'il convient d'organiser sa présentation uniforme en fonction de l'habilitation émise par une personne publique compétente destinée à « faire agir » une personne juridique distincte dans le cadre de la réalisation coopérative de ses compétences matérielles, et ce, par l'instauration d'un rapport d'obligations. En effet, elle comporte toujours, du fait de la logique coopérative qui l'anime, une habilitation qui en constitue la clef de voûte sur laquelle l'externalisation administrative s'organise invariablement quelle que soit la forme instrumentale qu'elle emprunte : autorisation administrative, agrément, dévolution unilatérale, délégation de service public, concession domaniale, etc. Si le constat ici rappelé

¹¹⁰⁸ UBAUD-BERGERON M. et CLAMOUR G., « Introduction », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 11 et 13.

¹¹⁰⁹ YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013, p. 25.

de la profonde diversité des outils juridiques de l'externalisation administrative est irrévocable, il demeure néanmoins envisageable d'en atténuer la portée en suggérant leur réunion une fois de plus autour de son objet, et ici de sa fonction habilitante à « faire agir ». Alors qu'un tel dépassement avait été proposé par la doctrine par une voie qu'il serait possible de qualifier d'« interne » à l'acte administratif, il s'agira ici de tâcher d'y parvenir par une voie « externe » qui repose elle aussi sur la prise en compte de son objet. En l'occurrence, il convient de préciser brièvement le sens de cette voie « interne » empruntée par Yves Madiot. Elle reposait notamment sur une appréhension fonctionnelle des actes administratifs, et sur le dépassement des modalités traditionnelles qu'elle entraînait¹¹¹⁰. Partagées auparavant entre le procédé de police et celui du service public pour dicter des conduites ou offrir des prestations, ces dernières devaient effectivement pouvoir s'en départir au moyen de la prise en compte d'une forme nouvelle d'intervention publique : la collaboration par l'incitation¹¹¹¹. Bien qu'il soit opportun de s'en écarter, l'approche ainsi conçue apporte toutefois des indications utiles qu'il ne faudrait pas oublier dans le cadre de la voie « externe » ici envisagée pour éclairer le concept d'externalisation administrative, lui aussi porté par une logique coopérative.

La mise en évidence par Yves Madiot d'une catégorie d'actes juridiques propres à une logique de collaboration conforte effectivement l'idée d'un rassemblement des instruments empruntés par l'externalisation administrative du fait de son objet. En outre, il est d'ailleurs possible de constater que cette hypothèse d'actes mixtes renvoie assez facilement l'observateur contemporain féru d'économie au modèle de gouvernance hybride, lui aussi marqué par l'emprunt à deux modèles marginaux. Sans le dire, il s'engageait d'ailleurs sur le

¹¹¹⁰ Yves Madiot considérait effectivement que « *les moyens juridiques de « l'incitation » ont fait craquer le cadre étroit de la police et du service public* » : MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 103, 1971, p. 22. Il rappelait également les propos de Jean Rivéro pour qui, « *en présence de ce renouvellement, l'analyse traditionnelle qui ramène les formes d'action administrative aux deux cadres du service public et de la police est évidemment dépassé. Certes, on peut, si l'on veut à tout prix sauver les notions classiques, distendre la notion de service public et considérer, avec la jurisprudence, que l'incitation n'en est qu'une forme. Pourtant il y a, semble-t-il, une différence fondamentale entre la mission de gestion que l'administration assume par les entreprises publiques, et la mission d'incitation par laquelle, au lieu d'agir elle-même, elle s'attache à orienter l'activité privée, à susciter et à conduire des initiatives* » : RIVERO J., « Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, 1962, p. 895.

¹¹¹¹ Yves Madiot abordait alors la théorie de l'acte mixte sous l'angle de la fonction économique et juridique qu'il présentait pour l'action administrative ; en d'autres termes, sous l'angle de son objet. Aussi déterminait-il alors que « *la technique de l'acte mixte ne peut se ramener ni à l'un, ni à l'autre des moyens juridiques traditionnellement utilisés par l'administration. L'activité de police s'exerce par voie de prescription (...) : la collaboration et l'incitation constituent des techniques exactement inverses, car l'administration n'ordonne pas, mais suggère et conduit (...). Il est certain que le service public (...) prend la forme de la gestion : or, s'il existe des rapprochements possibles entre la collaboration et la gestion, il n'en reste pas moins que les deux formes d'action demeurent distinctes : dans la collaboration, l'administration n'exerce qu'une fonction de contrôle sur la gestion qui est prise en charge par des personnes privées* » : MADIOT Y., *op. cit.*, p. 22.

chemin de la détermination de la traduction juridique de la coopération en droit administratif¹¹¹², que le concept d'externalisation administration invite de nouveau à emprunter afin de déterminer le champ de ses instruments juridiques. Toutefois, alors qu'Yves Madiot recherchait cette traduction juridique par une hybridation interne des actes administratifs¹¹¹³, l'hypothèse ici avancée engage plutôt à l'appréhender à travers diverses formes présentant un objet commun et dont la personne publique userait au gré des nécessités imposées pour la réalisation coopérative de ses compétences matérielles. Ainsi, bien qu'elle puisse prendre diverses formes juridiques, la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en droit administratif emporte-t-elle toujours la création d'un lien obligationnel à travers lequel une personne publique habilite une autre afin qu'elle participe à la réalisation de sa compétence matérielle. Par conséquent, il peut être démontré que si le champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative, unilatéraux ou contractuels, présente une hétérogénéité irréductible, il convient néanmoins d'en relativiser la portée en soulignant que sous la diversité apparente de ces procédés juridiques se révèle en fin de compte une boîte à outils commune fondée sur une logique coopérative et une fonction habilitante à « faire agir » qui compose leur colonne vertébrale.

La détermination du déploiement de l'externalisation administrative au sein des outils juridiques traditionnellement empruntés par les personnes publiques pour la réalisation et la concrétisation de leurs compétences s'enrichit donc, de manière non négligeable, de l'analyse d'autres notions ou concepts transposés en droit administratif, et tout autant caractéristiques de l'émergence d'un État post-moderne pour lequel la satisfaction de l'intérêt général ne passe plus par son omniprésence et son omnipotence, mais plutôt par une intervention plus réfléchie et raisonnée qui emprunte notamment au management stratégique ses modalités de gestion les plus efficaces parmi lesquelles figure l'externalisation. Aussi convient-il, pour

¹¹¹² Il indiquait en outre vouloir « *essayer de tracer le domaine de la collaboration* » à travers le champ de l'acte unilatéral et du contrat : MADIOT Y., *op. cit.*, p. 23.

¹¹¹³ Il suggérait en effet par la suite que « *ce domaine de la collaboration regrouperait ainsi les actes mixtes et les mesures qui répondent à la définition des techniques d'incitation* » ; c'est-à-dire un acte présentant « *par rapport au contrat et à la décision administrative unilatérale, une originalité très marquée. Au-delà de cette distinction traditionnelle et qui reste fondamentale, cet acte associe et incorpore, dans une synthèse particulière les éléments de base des deux notions* » et s'apparente in fine à « *un contrat (de droit privé ou de droit public) produisant des effets réglementaires* » : MADIOT Y., *op. cit.*, p. 23, 28 et 29. Aussi le modèle typique qu'il appréhendait alors était-il celui de la concession comportant indéniablement une nature contractuelle associée à des effets réglementaires, entre autre, ceux contenus dans le cahier des charges. Il précisait par exemple que « *la théorie des actes mixtes postule une distinction entre les clauses du cahier des charges : certaines dispositions possèdent une nature réglementaire, d'autres une nature contractuelle* » : MADIOT Y., *op. cit.*, p. 152. Et d'ajouter que, « *de façon générale, on admet que les dispositions concernant l'organisation et le fonctionnement du service concédé ont une nature réglementaire (...). Celles fixant les avantages que le concessionnaire doit retirer de la concession, ont une nature contractuelle* ».

déterminer plus précisément le contenu de la boîte à outils juridique de l'externalisation administrative, d'envisager dans un premier temps les actes unilatéraux. Leur communauté d'objets engage en l'occurrence à appréhender sous les mêmes auspices la manifestation de l'externalisation à travers l'identification d'habilitations unilatérales de nature législative (1), ainsi que par d'autres formes d'habilitations unilatérales (2).

1. Une externalisation manifestée par l'emploi d'habilitations législatives

283. Une manifestation du pragmatisme caractéristique de l'État régulateur. À l'instar des instruments de la régulation économique¹¹¹⁴, ceux de l'externalisation administrative empruntent des voies diverses dans un souci de pragmatisme et d'efficacité. Ils n'en demeurent pas moins compris dans un système cohérent dont le socle commun repose essentiellement sur un objet identique : confier, par une habilitation à faire agir, à une personne publique ou privée la réalisation d'une compétence matérielle relevant de la responsabilité d'une autorité administrative déterminée. Pour l'une comme pour l'autre donc, à l'unité d'objet ne répond pas irrémédiablement une uniformité des moyens juridiques pour l'atteindre. Ce parallèle tracé avec la notion de régulation n'est d'ailleurs pas innocent. Il traduit effectivement, au-delà d'une convergence de méthode et d'esprit, un contexte particulier propice à l'émergence de notions et de concepts nouveaux inspirés de disciplines extra-juridiques et induits par la prise en compte de besoins inédits liés à la pérennisation d'une économie de marché. De même que le concept d'externalisation administrative et la notion de partenariat s'inscrivent dans un tel environnement socio-économique et juridique favorable à la consécration de la logique de coopération dans le cadre de l'action publique¹¹¹⁵,

¹¹¹⁴ La doctrine contemporaine paraît effectivement unanime pour reconnaître que la régulation se caractérise à titre principal en référence à son pragmatisme, et donc aux nombreuses méthodes et modalités d'intervention qu'elle met à la disposition des autorités administratives. Ainsi Guylain Clamour suggérerait-il dès 2006 que « *l'instrumentalité du droit apparaît comme le trait principal de la méthode de régulation. Il s'agit, de manière très pragmatique, de mettre le droit au service des objectifs poursuivis en prenant en considération tous les intérêts en présence et en plaçant l'action sous le signe de l'efficacité et de l'effectivité* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 699. Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux réaffirment encore aujourd'hui cette caractéristique essentielle de la régulation lorsqu'ils rappellent qu'elle « *désigne en droit positif une méthode d'action qui implique de privilégier une approche finaliste de l'action publique, supposant elle-même la possibilité d'utiliser alternativement ou de façon combinée une palette d'instruments suffisamment variés pour que l'action entreprise se réalise dans des conditions d'efficacité optimale* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2012 et 8^e éd., 2016, p. 444.

¹¹¹⁵ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux ne manquent d'ailleurs pas de mettre en évidence, implicitement, cette filiation commune lorsqu'ils précisent que « *la présence publique dans l'économie demeure intense mais se présente de plus en plus rarement comme un mode d'action autonome ou concurrent de celui du secteur privé. Une coopération entre les différents acteurs, dont la complémentarité est soulignée, est de plus en plus souvent*

ce concept et la notion de régulation présentent de nombreuses similitudes utiles à prendre en considération avant de relever le défi consistant à dresser un tableau d'ensemble harmonieux des manifestations juridiques de l'externalisation en droit administratif. Clairement placée sous le signe de l'État post-moderne¹¹¹⁶, l'émergence de la régulation est donc concomitante à celle de l'externalisation. Aussi partagent-elle nécessairement certains traits communs dont l'identification pourrait servir à la détermination des contours du champ des instruments de l'externalisation administrative. Parmi ceux-ci, le plus remarquable pour les développements à venir réside sans conteste dans la grande diversité des instruments employés pour accomplir l'objectif poursuivi. Évoquée par Pierre Delvolvé au titre des polices de l'économie, la régulation apparaît en effet dans le discours doctrinal depuis le milieu des années 1990¹¹¹⁷.

Mais la littérature la plus récente est bien plus prolifique à propos des instruments employés dans le cadre de la régulation. Ainsi Stéphane Braconnier souligne-t-il à la fois la variété des formes et des domaines dans lesquels ils peuvent intervenir¹¹¹⁸, alors que Sophie Nicinski insiste davantage sur la nature intrinsèque de la régulation « *fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation* » et qui conduit toujours à emprunter l'outil le plus efficace pour atteindre l'objectif unique qu'elle s'assigne : l'équilibre du marché économique¹¹¹⁹. Aussi, de la gestion du service public à celle des biens publics, des

recherche à travers divers instruments juridiques » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 349. Et d'ajouter à propos du partenariat que son « *principe n'es pas neuf mais dont la revendication et la généralisation sont les traits distinctifs de la présence publique contemporaine dans l'économie* ». Il en irait par conséquent de même pour l'externalisation administrative.

¹¹¹⁶ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux indiquent d'ailleurs que « *la montée en puissance progressive de la figure de l'État régulateur n'est propre ni au domaine économique ni au contexte français. Il s'agit d'une manifestation de l'émergence, plus générale, de ce que Jacques Chevallier nomme l'État post-moderne et marquée, selon les termes évocateurs choisis par cet auteur, par la tendance au remplacement de l'État-pilote par un État-stratège* » ; en d'autres termes par un État manager : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 435.

¹¹¹⁷ Ce dernier incluait alors la notion de régulation dans un titre consacré aux polices de l'économie entendues comme les modalités permettant de garantir le respect de l'ordre public économique dans le cadre de l'économie de marché, notamment par le respect des libertés économiques et de l'intérêt général. Il affirmait alors que « *ces nouvelles modalités relèvent aujourd'hui davantage de la régulation que de la réglementation* » : DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p. 427 ; c'est-à-dire la mise en œuvre de « *mesures prises cas par cas (autorisations, injonctions, sanctions)* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 42.

¹¹¹⁸ Il rappelle en effet que « *la régulation peut se présenter sous de multiples formes* » : BRACONNIER St., *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis droit, 2015, p. 133, ainsi qu'intervenir dans de multiples « *secteurs sensibles où une régulation est nécessaire du fait de la coexistence de deux principes contradictoires en matière économique, la concurrence et autre chose que la concurrence* » : BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 129.

¹¹¹⁹ NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2014, p. 19. Et d'ajouter que ces « *modalités spécifiques d'intervention sont un panel de prérogatives allant de la réglementation a priori aux décisions particulières, sanctions ou règlements des conflits a posteriori* », alors qu'en parallèle l'objectif poursuivi par la régulation est relativement invariablement dans la mesure où il découle en premier lieu de « *l'impératif de contrôle du respect des libertés économiques afin que le marché puisse produire tous les effets*

actes unilatéraux aux contrats, l'externalisation administrative comme la régulation empruntent-elles de multiples visages qu'il convient de savoir reconnaître afin d'en déterminer les limites à partir du contenu de l'objet unique qu'elles s'assignent. Il est donc nécessaire d'en proposer une typologie inédite articulée autour de l'objet singulier de l'externalisation administrative et des critères qui la caractérisent en conséquence.

En matière d'actes administratifs unilatéraux employés pour la réalisation des activités matérielles de service public, les instruments juridiques de l'externalisation administrative empruntent parfois, en premier lieu, la voie de la loi. Bien que ces instruments de nature législative apparaissent rarement, ils sont employés le plus souvent dans des hypothèses relativement importantes, tant par leur impact sur les individus, que sur le volume d'affaires, ou encore sur le périmètre d'activité concerné. L'exemple le plus caractéristique en la matière est sûrement, pour quelques temps encore, celui de la gestion du transport ferroviaire national de voyageurs et la gestion des infrastructures qui y attirent. Réorganisé récemment par la loi 4 août 2014¹¹²⁰, le service public du transport ferroviaire de voyageurs¹¹²¹ conforte une fois de plus le rôle conféré en la matière à des démembrements fonctionnels de l'État. Car si ce dernier demeure garant de « *la cohérence et du bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national* »¹¹²² par l'exercice de son pouvoir normatif au nom du peuple souverain, c'est bien « *la SNCF, SNCF Réseau et SNCF Mobilités (qui) constituent le groupe public ferroviaire (...) (lequel) remplit une mission (...) visant à exploiter le réseau ferré national et à fournir au public un service dans le domaine du transport par chemin de fer* »¹¹²³ et ce, sur un marché appelé à court terme à devenir concurrentiel. Fer de lance de ce groupe public, la SNCF bénéficie alors, à travers cette loi, d'une habilitation à participer, en coopération avec l'État, à la réalisation de la compétence matérielle de ce dernier en matière de transport public ferroviaire de voyageurs. L'article L. 2102-1 du code des transports expose d'ailleurs

que l'on attend, mais aussi, en second lieu, l'objectif de rétablir l'équilibre des pouvoirs ou de rééquilibrer les forces en présence, soit par des interventions préventives, soit par la mise en place d'un mécanisme répressif » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 20.

¹¹²⁰ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹¹²¹ Codifiée dans le code des transports, cette nouvelle organisation rappelle le service auquel elle correspond à l'article L. 2100-1 dudit code qui dispose que « *le système de transport ferroviaire national est constitué de l'ensemble des moyens humains et matériels mis en œuvre pour assurer : 1° La gestion du réseau ferroviaire (...); 2° L'exécution des services de transport utilisant ce réseau; 3° L'exploitation des infrastructures de service reliées à ce réseau; Le système de transport ferroviaire concourt au service public ferroviaire* ».

¹¹²² Article L. 2100-2 du code des transports.

¹¹²³ Article L. 2101-1 du code des transports.

clairement le contenu de cette habilitation précisé par un décret en Conseil d'État¹¹²⁴. C'est donc bien un véritable nœud d'externalisations que la loi du 4 août 2014 a pu instaurer en matière de gestion du service public de transport ferroviaire de voyageurs. Une intervention du législateur pour organiser une gestion externalisée de ce service qui nécessite également des habilitations complémentaires.

Dans un autre domaine, l'exemple de l'enseignement privé est également topique de cette forme d'externalisation administrative exprimée juridiquement à travers une habilitation générale de nature législative. Il apparaît effectivement à l'observation du droit positif que le législateur a entendu organiser la possibilité d'une gestion externalisée du service public de l'enseignement à travers la consécration d'un enseignement privé, éventuellement sous contrat avec l'État¹¹²⁵. Alors que, à l'instar du précédent, l'État demeure garant à travers l'exercice de son pouvoir normatif du bon fonctionnement du service public de l'éducation, du contenu des programmes et de la délivrance des diplômes, le législateur habilite néanmoins toute personne à ouvrir un établissement privé¹¹²⁶ sous réserve de respecter le droit de l'enfant à l'instruction défini à l'article L. 131-1-1 du code de l'éducation, ainsi que certaines conditions de procédure. Il prévoit également une participation à différents degrés d'organismes de droit privé au service public de l'éducation qui impliquent parfois l'intervention complémentaire d'une autorité administrative compétente, voire de l'État, pour préciser le contenu de l'habilitation accordée à une personne souhaitant participer de manière plus coopérative encore à la réalisation matérielle de ce service¹¹²⁷. Dans la même veine, et sur le même principe d'un système général nécessitant ponctuellement des habilitations complémentaires individuelles, le service public de la santé emprunte lui aussi cette organisation législative d'une gestion externalisée de certaines activités matérielles. Le législateur est en outre particulièrement explicite sur la question, à l'image de l'article L. 6112-3 du code de la santé publique, lequel dispose que « *le service public hospitalier est assuré par : (...); 3° Les établissements de santé privés habilités à assurer le service public*

¹¹²⁴ Il convient en outre de noter que cette loi du 4 août 2014 comporte également d'autres habilitations ayant un objet similaire au sein même des trois entités du groupe public. Ainsi par exemple l'article L. 2102-3 du même code disposent-ils que « *pour l'exercice (de leurs) missions, SNCF Mobilités et SNCF Réseau recourent à la SNCF* ».

¹¹²⁵ Une organisation de l'enseignement privé dont la levée de bouclier, engendrée par le projet de loi Savary en 1984 qui en prévoyait la suppression, atteste de la solidité.

¹¹²⁶ Article L. 441-1 du code de l'éducation.

¹¹²⁷ Aussi l'article L. 442-5 du code de l'éducation dispose-t-il par exemple que « *les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'État un contrat d'association à l'enseignement public s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu (...), l'enseignement est dispensé selon les règles et programmes de l'enseignement public* » et financé en grande partie par l'État.

hospitalier et qualifiés d'établissements de santé privés d'intérêt collectif en application de l'article L. 6161-5 ; 4° Les autres établissements de santé privés habilités, après avis favorable conforme de la conférence médicale d'établissement, à assurer le service public hospitalier ». De même, l'organisation du transport sanitaire prévoit que la gestion de celui-ci puisse être externalisée afin qu'il soit matériellement réalisé par une autre personne que l'autorité administrative compétente sous réserve qu'une habilitation complémentaire ait été édictée par celle-ci¹¹²⁸.

Plus caractéristique encore est l'exemple de la gestion et de l'exploitation du service public du sport ou, du moins, d'une large part de celui-ci. Sur ce point, l'étude consacrée par Grégory Mollion au cas des fédérations sportives emporte nécessairement la conviction de l'existence d'instruments de nature législative employés par les autorités administratives compétentes en la matière pour habiliter d'autres personnes à participer à la réalisation des activités matérielles de ce service public. L'organisation d'un tel système fédéral repose en effet en grande partie sur un mécanisme qu'il convient aujourd'hui de rapprocher du concept d'externalisation administrative. Rendu indispensable par l'importance et la complexité de la gestion du service public du sport¹¹²⁹, ce système présente en effet toutes les caractéristiques du concept ici étudié. La jurisprudence *Fédération des industries françaises d'articles de sport* établissait d'ailleurs déjà les prémisses d'un tel rapprochement quand les juges du Palais-Royal considéraient que l'article 1^{er} de l'ordonnance du 28 août 1945 avait confié « *aux fédérations sportives la mission d'organiser les compétitions nationales ou régionales* » et par la même « *l'exécution d'un service public administratif* »¹¹³⁰. En outre, les réflexions menées par Grégory Mollion devaient confirmer la possibilité, voire même l'opportunité de ce rapprochement, dans la mesure où il affirmait que, « *dans la loi, une fédération sportive est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui bénéficie d'un agrément ou d'une*

¹¹²⁸ Ainsi par exemple, l'article L. 6312-2 du code de la santé publique dispose-t-il que « *toute personne effectuant un transport sanitaire doit avoir été préalablement agréée par le directeur général de l'agence régionale de santé* », représentant de l'État dans la mise en œuvre de ce service public.

¹¹²⁹ Grégory Mollion rappelait effectivement que l'organisation de ce système fédéral avait « *surtout pour origine une solidarité institutionnelle qui permet aux fédérations d'imposer une réglementation uniforme pour mesurer les performances, coordonner les calendriers et mettre en commun des moyens indispensables au développement et au progrès des pratiques* », alors que « *le sport occupe une place substantielle en tant que phénomène à la fois social et politique* » : MOLLION Gr., *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve de groupements privés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 246, 2005, p. 1. Il ajoutait également que, « *dans le domaine sportif, l'action des collectivités publiques s'est avérée insuffisante, d'où l'émergence autonome et incontrôlée de fédérations sportives au sein de la société française* ».

¹¹³⁰ CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, rec. p. 577.

délégation ministérielle afin d'exercer ses fonctions »¹¹³¹ ; c'est-à-dire de participer à l'exercice de certaines activités matérielles nécessaires au bon accomplissement du service public du sport¹¹³². Il est alors aisé d'identifier à travers ces dispositions le contenu d'une habilitation de nature législative des fédérations à participer à la réalisation matérielle du service public du sport, parfois complétée par une autre habilitation¹¹³³. Au-delà même du cas des fédérations, d'autres groupements de droit privé gravitent également autour de la réalisation de ce service public avec l'assentiment du législateur. Ainsi en va-t-il par exemple des ligues chargées par les fédérations de « *la représentation, la gestion, la coordination des activités sportives à caractère professionnel des associations qui leur sont affiliées et des sociétés sportives* »¹¹³⁴. Le cas du sport est par conséquent révélateur lui aussi de l'organisation par le législateur d'une gestion externalisée de certaines activités qui relèvent de ce service public, de même que pour celui de l'éducation, du transport ferroviaire ou encore de la santé. Une organisation générale qu'il est parfois nécessaire de préciser par des habilitations individuelles et complémentaires. Mais une telle intervention du législateur dans l'instauration d'une gestion externalisée se retrouve également dans d'autres domaines que celui du service public.

284. Un développement conséquent de cette manifestation pragmatique de l'externalisation.

Il est par ailleurs possible d'identifier un mécanisme similaire dans certains domaines qui relèvent pourtant de la police administrative, et qui sembleraient à priori rétifs à l'organisation générale d'une gestion externalisée des activités concernées. Alors que l'article que l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure rappelle que « *l'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la*

¹¹³¹ MOLLION Gr., *op. cit.*, p. 11. L'auteur précisait également que « *les fédérations agréées participent à l'exécution d'une mission de service public alors que les fédérations délégataires sont directement chargées de l'exécution d'une mission de service public* ».

¹¹³² Ainsi l'article L. 131-1 du code du sport dispose-t-il que « *les fédérations sportives ont pour objet l'organisation et la pratique d'une ou de plusieurs disciplines sportives* » alors qu'elles « *sont constituées sous forme d'association, conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901* » : Article L. 131-2 du code du sport.

¹¹³³ L'article L. 131-8 du code du sport dispose en effet que « *un agrément peut être délivré par le ministre chargé des sports aux fédérations qui, en vue de participer à l'exécution d'une mission de service public, ont adopté des statuts comportant certaines dispositions obligatoires et un règlement disciplinaire conforme à un règlement type* ». De même, l'article L. 131-9 ajoute que « *les fédérations agréées participent à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives* ». Instaurant une relation encore plus approfondie, l'article L. 131-14 prévoit également une procédure de délégation ministérielle au bénéfice de certaines fédérations agréées afin qu'elles puissent remplir d'autres missions telles que : organiser des compétitions, procéder à des sélections nationales, proposer des projets de réformes, etc. : cf. articles L. 131-15 et s. du code du sport.

¹¹³⁴ Articles L. 132-1 et s. du code du sport.

protection des personnes et des biens », le législateur organise cependant au sein de ce même code une gestion externalisée de certaines activités matérielles relatives à la sécurité publique. En dehors des cas qui seront concrètement évoqués plus loin et qui relèvent d'une habilitation contractuelle à la participation matérielle à la réalisation d'activités de police administrative en matière de vidéosurveillance, de collectes de données ou encore de surveillance de lieux ou de personnels administratifs, le législateur pose effectivement les bases d'une telle coopération à travers certaines dispositions dépourvues de toute ambiguïté. Le livre VI de la partie législative du code de la sécurité intérieure se consacre effectivement à l'encadrement juridique des activités privées de sécurité. Recouvrant une large palette d'activités étrangères à tout service public définie à l'article L. 611-1, le législateur organise en ce qui les concerne la possibilité que des personnes privées soient « *autorisées à exercer à titre professionnel, pour elles-mêmes ou pour autrui* »¹¹³⁵ ces activités sous conditions, et, au besoin, avec une habilitation complémentaire¹¹³⁶. Aussi le législateur habilite-t-il de manière générale des personnes de droit privé à coopérer à la réalisation d'activités matérielles de sécurité dans le cadre qu'il fixe qu'il s'agisse d'activités de surveillance ou de gardiennage, de transport de fonds, de protection physique des personnes¹¹³⁷.

Enfin, la gestion des biens publics n'est pas non plus exempte d'une telle organisation législative, et des exemples récents d'ampleur nationale sont là pour le rappeler. La privatisation ou, à tout le moins, la sociétisation d'anciens établissements publics chargés de la gestion de services publics, a conduit en effet à transférer à des personnes de droit privé des dépendances du domaine public qui demeurent affectées à un service public dont elles conservent la charge d'assurer le bon accomplissement. Il est dès lors possible de considérer que les dispositions législatives ayant procédé à de tels transferts ont également instauré un cadre juridique particulier qu'il est possible d'assimiler à une forme d'organisation d'une gestion externalisée de ces biens qui demeurent des ouvrages publics en tant qu'ils se présentent comme des infrastructures essentielles. Ainsi par exemple l'article 2 de la loi du 20 avril 2005¹¹³⁸ disposait-il que « *les biens du domaine public de l'établissement public Aéroports de Paris et ceux du domaine public de l'État qui lui ont été remis en dotation ou*

¹¹³⁵ Article L. 612-1 du code de la sécurité intérieure.

¹¹³⁶ L'article L. 612-6 du code de la sécurité intérieure dispose en effet que « *nul ne peut exercer à titre individuel une activité mentionnée à l'article L. 611-1, ni diriger, gérer ou être l'associé d'une personne morale exerçant cette activité, s'il n'est pas titulaire d'un agrément délivré selon des modalités définies par décret en Conseil d'État* ».

¹¹³⁷ Voir pour un panorama complet de ces activités et de leurs modalités d'exercice les articles L. 613-1 à L. 613-7-3 du code de la sécurité intérieure.

¹¹³⁸ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

qu'il est autorisé à occuper (...) sont attribués à cette même date en pleine propriété à la société *Aéroports de Paris* ». En conséquence de quoi, l'article L. 6323-2 du code des transports organise une gestion externalisée de ces ouvrages publics dans la mesure où il est prévu que « *Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris (...) ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Ile-de-France* », et ce concomitamment à « *toute autre activité, aéroportuaire ou non* » dans ou en-dehors du territoire national à l'instar de toute société commerciale¹¹³⁹. Jean-François Brisson soulignait d'ailleurs, dès 2007, la tendance en Europe « *au désengagement des États dans la gestion des aéroports* »¹¹⁴⁰ évoquant à ce titre une privatisation de cette dernière. Il convient toutefois d'y voir davantage la mise en œuvre, par le législateur lui-même, d'une stratégie d'externalisation dans la mesure où « *la loi du 20 avril 2005 privatise les structures aéroportuaires tout en maintenant par différents dispositifs un droit de regard de l'État sur la gestion des aéroports « privatisés »* » ; en d'autres termes, en conservant une forme de contrôle sur l'accomplissement de cette activité, caractéristique du concept d'externalisation administrative.

La situation des ports maritimes est également inscrite dans cette « stratégie » des autorités administratives compétentes consistant à confier à une autre personne la gestion de ces infrastructures de transports essentielles. Alors que l'article L. 5311-1 du code des transports rappelle que les grands ports maritimes ou encore les ports maritimes autonomes relèvent de l'État et que d'autres relèvent des collectivités territoriales et de leurs groupements, le législateur organise la possibilité d'une dévolution de leur gestion à des établissements publics¹¹⁴¹ dans le cadre précis qu'il instaure. Précisant les modalités de gestion des grands

¹¹³⁹ Rappelons pour l'anecdote qu'Aéroports de Paris, désormais Paris Aéroport, société cotée en bourse, assure la gestion globale ou partielle de nombreux aéroports à travers le monde en vertu de contrats conclus avec les autorités compétentes ou de prises de participations au capital comme par exemple l'Aéroport Atatürk d'Istanbul ou encore l'aéroport de Liège. En outre, elle est désormais spécialisée dans l'ingénierie et la conception de plates-formes aéroportuaires ainsi que dans l'exploitation des commerces en aérogares et la prestation de services aéroportuaires.

¹¹⁴⁰ BRISSON J.-Fr., « La privatisation de la gestion des aéroports en France et à l'étranger », in *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 52.

¹¹⁴¹ L'article L. 5312-1 du code des transports dispose par exemple que « *l'État peut créer (...) un établissement public appelé « grand port maritime » chargé, en vertu de l'article L. 5312-2 « des missions suivantes : 1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes (...); 3° La gestion et la valorisation du domaine public dont il est propriétaire ou qui lui est affecté (...); 5° La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire (...); 7° L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire (...); 8° Les actions concourant à la promotion générale du port* ». Il est également prévu à l'article L. 5313-1 que « *l'administration des ports maritimes de commerce (...) est confiée à des établissements publics de l'État, dénommés ports autonomes (...), chacun de ces établissements publics a pour objet d'assurer la gestion d'un port ou d'un groupement de ports* » ce qui recouvrent notamment des missions telles que « *la gestion du*

ports maritimes, Robert Rézenthel indiquait par exemple que la dévolution d'activités matérielles se retrouvait au sein même du fonctionnement de ces établissements publics dans la mesure où « *le législateur a adopté une voie radicale en interdisant, sauf à titre exceptionnel, aux grands ports maritimes d'exploiter des outillages publics, et même d'en conserver la propriété* ». Cette mission était par conséquent dévolue à des entreprises privées, ainsi que celle relative à l'exploitation des terminaux portuaires dont la gestion pouvait désormais être confiée par les ports autonomes à de telles entreprises¹¹⁴². Le législateur organise également une gestion externalisée du réseau ferré au profit de l'établissement public SNCF Réseau chargé par lui « *d'assurer (...) 1° L'accès à l'infrastructure ferroviaire (...); 2° La gestion opérationnelle des circulations sur le réseau ferré national; 3° La maintenance, comprenant l'entretien et le renouvellement, de l'infrastructure du réseau ferré national (...)* ».

En tant qu'infrastructure essentielle au fonctionnement d'un service public, le réseau de production et de distribution d'électricité en France a connu lui aussi une évolution de l'organisation de sa gestion présentant l'objet et les critères d'une externalisation administrative décidée par le législateur. Alors qu'il réaffirme la distinction entre « *les activités d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité* » et « *les activités de production et de vente aux consommateurs finals ou de fourniture* »¹¹⁴³, ce dernier confirme le principe de la séparation incidente de leur gestion, de même d'ailleurs que dans le domaine du gaz, qui doit être assurée par des personnes distinctes et donc, nécessairement, dans le cadre d'une gestion externalisée faisant intervenir plusieurs acteurs¹¹⁴⁴. Le critère organique de l'externalisation administrative évoqué lors de la partie précédente¹¹⁴⁵ conduit effectivement à ranger cette modalité de gestion dans le giron de ce concept dès lors qu'au moins une autre personne que l'autorité administrative compétente, ici l'État¹¹⁴⁶, participe à l'accomplissement des activités matérielles concernées, et ce qu'il

domaine immobilier qui lui est affecté » ou encore la création ou l'aménagement de zones industrielles portuaires selon les termes de l'article L. 5313-2 du code des transports.

¹¹⁴² L'auteur évoquait alors l'ancien article R. 115-7 du code des ports maritimes en vertu duquel « *le port autonome peut également conclure avec une entreprise une convention d'exploitation de terminal* ».

¹¹⁴³ Article L. 111-1 du code de l'énergie.

¹¹⁴⁴ L'article L. 111-7 du code de l'énergie dispose effectivement que « *la gestion d'un réseau de transport d'électricité ou de gaz est assurée par des personnes distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture, selon le cas, d'électricité ou de gaz* ».

¹¹⁴⁵ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹¹⁴⁶ L'article L. 100-2 du code de l'énergie précise par exemple que « *l'État, en cohérence avec les collectivités territoriales et leurs groupements et en mobilisant les entreprises, les associations et les citoyens, veille, en particulier, à : 1° Maîtriser la demande d'énergie et favoriser l'efficacité et la sobriété énergétiques (...); 3°*

s'agisse d'une personne privée ou d'une personne publique. En conséquence de quoi le législateur précise que « *la concession de la gestion du réseau public de transport d'électricité est donnée par l'État au gestionnaire du réseau public de transport d'électricité* »¹¹⁴⁷ et que la production est quant à elle laissée à l'initiative des entreprises privées dans les conditions qu'il fixe, et sous réserve de l'obtention d'une habilitation unilatérale individuelle complémentaire¹¹⁴⁸. Aussi le législateur encadre-t-il strictement la gestion ainsi externalisée des infrastructures liées à la production d'électricité et aux réseaux de distribution et de transport, et impose aux personnes qui en sont chargées des obligations assorties d'un certain nombre de contrôles par l'État, lesquels recouvrent également les missions de services publics qui leur sont dévolues. Une telle structure de la relation instaurée entre l'État et ses partenaires évoque alors celle de la coopération inhérente au concept d'externalisation administrative. Il est d'ailleurs aisé de distinguer à la fois son objet propre, ainsi que la réunion des critères mis à jour : organique, fonctionnel et matériel. Rejoignant l'hypothèse auparavant évoquée de l'organisation législative d'une gestion externalisée des activités matérielles de service public, l'exemple de la distribution d'électricité¹¹⁴⁹ illustre parfaitement elle aussi la mise en œuvre d'une telle stratégie par le législateur, en prévoyant au besoin également l'intervention du pouvoir réglementaire.

2. Une externalisation manifestée par d'autres formes d'habilitations unilatérales

285.Des formes d'habilitations complémentaires d'une habilitation par la loi. Les exemples précédemment exposés démontrent à l'évidence comment le législateur, dans des hypothèses bien précises et un contexte d'ouverture à la concurrence de secteurs économiques marqués par l'existence d'infrastructures essentielles, organise une gestion externalisée de services

Diversifier les sources d'approvisionnement énergétique, réduire le recours aux énergies fossiles, diversifier de manière équilibrer les sources de production d'énergie et augmenter la part des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale (...); 9° Assurer des moyens de transport et de stockage de l'énergie adaptés aux besoins ».

¹¹⁴⁷ Article L. 321-1 du code de l'énergie, alors que « *les sociétés gestionnaires des réseaux de transport d'électricité (...) agréées sont désignées par l'autorité administrative* » selon les termes de l'article L. 111-2 du même code.

¹¹⁴⁸ Aussi prévoit-il par exemple que « *l'exploitation de toute nouvelle installation de production d'électricité est subordonnée à l'obtention d'une autorisation administrative* » à l'article L. 311-1 du code de l'énergie, ou encore que « *nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs ou des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation par l'État* » à l'article L. 511-1 dudit code.

¹¹⁴⁹ Il dispose effectivement que « *le gestionnaire du réseau public de transport exploite et entretient le réseau public de transport d'électricité. Il est responsable de son développement afin de permettre le raccordement des producteurs, des consommateurs, la connexion avec les réseaux publics de distribution* » à l'article L. 321-6 du code de l'énergie. Ainsi la gestion externalisée du réseau public de transport d'électricité emporte également celle de certaines activités matérielles relevant du service public du transport et de la distribution de l'énergie.

publics aussi bien que de biens publics ou d'activités d'intérêt général qui présentent un objet similaire, à savoir l'accomplissement par un tiers d'activités matérielles relevant de la compétence d'une personne publique, ainsi que les critères du concept d'externalisation administrative. Chacun de ces cas de figure comporte effectivement à la fois : la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, critère organique, une habilitation à faire agir dans la sphère de compétence d'une autorité administrative, critère fonctionnel, et enfin une ou plusieurs obligations formant cette habilitation et autorisant un contrôle de la part de la personne publique compétente, critère matériel. Aussi a-t-il été également précisé que ces hypothèses d'organisation législative d'une gestion externalisée de certaines compétences matérielles, relevant principalement de l'État, nécessitaient l'édiction d'habilitations complémentaires de nature réglementaire, et plus souvent individuelles telles que des autorisations administratives ou encore des agréments.

Au-delà des exemples précités, et même du domaine exclusif de compétence de l'État, une telle organisation se retrouve pareillement en matière d'archéologie préventive. Bien qu'elle n'y apporte pas de bouleversements profonds, la loi du 7 juillet 2016¹¹⁵⁰ conforte l'instauration par le législateur d'une gestion externalisée de certaines activités matérielles relevant de ce service public dans lequel le rôle de l'État et des collectivités territoriales est en effet réaffirmé¹¹⁵¹. Dans ce cadre, alors que l'État « *veille à la conciliation des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social* » ainsi qu'au « *bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive* » en tant que responsable de sa maîtrise scientifique¹¹⁵², les services des collectivités territoriales quant à eux « *contribuent à l'exploitation scientifique des opérations d'archéologie préventive qu'ils réalisent* »¹¹⁵³. Le législateur prévoit cependant, depuis la loi du 7 juillet 2016, que la réalisation des opérations de fouilles d'archéologie préventive peut être confiée, sous la maîtrise de l'État, à « *l'établissement public mentionné à l'article L. 523-1, soit à un service archéologique territorial, soit, dès lors que sa compétence*

¹¹⁵⁰ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine.

¹¹⁵¹ Jean-Marc Pastor rappelle notamment à propos de cette loi que « *le sujet de l'archéologie préventive était un des plus délicats entre les députés, qui posaient le principe d'une régulation du service public de l'archéologie préventive par l'État, et les sénateurs, qui tenaient absolument à préserver le rôle des collectivités* » : PASTOR J.-M., « Patrimoine : l'État présent à tout niveau », *Juris art etc.*, 2016, n° 38, p. 6. Défini à l'article L. 521-1 du code du patrimoine, le service public de l'archéologie préventive « *a pour objet d'assurer, à terre et sous les eaux, dans les délais appropriés, la détection, la conservation ou la sauvegarde par l'étude scientifique des éléments du patrimoine archéologique affectés ou susceptibles d'être affectés par les travaux publics ou privés concourant à l'aménagement* ».

¹¹⁵² Article L. 522-1 du code du patrimoine.

¹¹⁵³ Article L. 522-7 du code du patrimoine.

scientifique est garantie par un agrément délivré par l'État, à toute personne de droit public ou privé »¹¹⁵⁴. Cette illustration rappelle en outre l'importance des habilitations complémentaires, et donc, par là, de l'existence d'actes unilatéraux de nature autre que législative en tant qu'instruments juridiques de l'externalisation administrative.

Ainsi dans le cadre de la gestion du service public hospitalier, la réalisation de certaines activités matérielles peut-elle être confiée à une personne privée dans la mesure où celle-ci bénéficie d'une habilitation délivrée par l'autorité régionale de santé compétente au nom de l'État dans le secteur géographique concerné¹¹⁵⁵. De même, les établissements privés de santé ainsi habilités peuvent également participer à l'accomplissement d'autres missions de santé dont la délivrance de soins ou encore gérer des établissements sociaux et médico-sociaux¹¹⁵⁶. Cet esprit préside également à l'organisation d'une gestion externalisée de certaines activités de sécurité publique¹¹⁵⁷. Dans tous ces cas de figures, l'habilitation unilatérale autre que législative joue donc un rôle important dans l'organisation d'une gestion externalisée de ces activités matérielles et ce, qu'elle que soit l'appellation juridique qu'elle présente. Comme évoqué auparavant, le rôle de l'agrément n'est d'ailleurs à ce titre pas à éluder dans ces hypothèses de relations de coopération entre une personne publique compétente et un partenaire chargé de la réalisation matérielle de certaines activités. L'objet de cette forme d'acte administratif unilatéral rejoint effectivement celui de l'externalisation administrative et autorise à ce qu'il soit intégré au champ de ses instruments juridiques. Christine Bertrand démontrait en l'occurrence que l'agrément permet à une autorité administrative compétente d'« *associer une personne à une activité ayant un rapport plus ou moins étroit, avec l'intérêt général* »¹¹⁵⁸. Plus précisément encore, elle affirmait qu'il assure « *qu'une collaboration se mette en place entre l'administration et l'agréé* » et « *constitue la garantie que*

¹¹⁵⁴ Article L. 523-8 du code du patrimoine.

¹¹⁵⁵ Ainsi le code de la santé publique dispose-t-il à son article L. 6112-3 que « *le service public hospitalier est assuré par : (...); 3° Les établissements de santé privés habilités à assurer le service public hospitalier (...); 4° Les autres établissements de santé privés habilités (...), à assurer le service public hospitalier* », alors que « *les établissements de santé privés mentionnés aux 3° et 4° sont habilités, sur leur demande, par le directeur général de l'agence régionale de santé* ». Voir pour plus de précisions sur les conditions d'obtention d'une telle habilitation : articles R. 6112-1 et s. du code de la santé publique.

¹¹⁵⁶ Voir les articles L. 6111-1 et s. du code de la santé publique.

¹¹⁵⁷ Ainsi l'article L. 612-6 du code de la sécurité intérieure indique-t-il que « *nul ne peut exercer à titre individuel une activité mentionnée à l'article L. 611-1, ni diriger, gérer ou être l'associé d'une personne morale exerçant cette activité, s'il n'est pas titulaire d'un agrément délivré selon des modalités définies par décret en Conseil d'État* », lesquelles imposent notamment qu'il soit « *délivré par la commission locale d'agrément et de contrôle dans le ressort de laquelle l'entreprise a son établissement principal* » : Article R. 612-1 du code de la sécurité intérieure. Voir pour plus de précisions sur les conditions d'obtention : articles R. 612-2 et s.

¹¹⁵⁸ BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 59.

l'administration conserve une certaine maîtrise de l'activité confiée à l'agréé : ce dernier ne pourra donc pas poursuivre des intérêts purement privés »¹¹⁵⁹. Il en partage donc également les critères dès lors qu'il impose certaines obligations à l'agréé, critère matériel, et qu'il l'autorise à exercer une activité sous le contrôle de l'autorité administrative compétente¹¹⁶⁰, critères organique et fonctionnel. Il peut également s'agir, le plus souvent sur le fondement d'un régime général préalablement fixé par le législateur, d'une autorisation simple ou conditionnelle dont l'objet n'est pas directement une habilitation, mais qui, *in fine*, y procède¹¹⁶¹.

286.Des formes d'habilitations complémentaires néanmoins autonomes. Apparaissant comme des instruments juridiques à part entière de l'externalisation administrative, les agréments et autres autorisations ou habilitations administratives unilatérales se retrouvent également de manière autonome dans le cadre de la gestion des services publics aussi bien que de celle des biens publics¹¹⁶². Alors que pour les premiers la doctrine s'accorde à reconnaître qu'ils interviennent le plus souvent à la marge du recours au contrat¹¹⁶³, pour les seconds ils constituent un outil essentiel de l'exploitation et de l'utilisation privative du domaine public. En dehors des cas d'investiture unilatérale d'une personne à la gestion d'une activité de service public par la loi, le principe d'une telle forme d'investiture s'exprime également par d'autres voies, comme par exemple le décret de Moscou du 15 octobre 1812 par lequel était confiée à la Société des Comédiens français la gestion du service public de la Comédie-Française. Elle persiste également dans la pratique des autorités administratives compétentes bien que cette forme d'habilitation n'ait pas connu un développement considérable depuis¹¹⁶⁴,

¹¹⁵⁹ BERTRAND Ch., *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁶⁰ Christine Bertrand ajoutait en effet que, par le biais de l'agrément, « *l'administration est amenée à exercer un contrôle sur la façon dont cette collaboration est mise en œuvre (...). Elle doit également s'assurer que le titulaire remplit toujours les conditions fixées préalablement et s'acquitte de ces différentes obligations* » : BERTRAND Ch., *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁶¹ Gilles Jacques Guglielmi, Geneviève Koubi et Martine Long rappellent en effet qu'une « *autorisation peut avoir soit pour objet, soit pour effet de transférer à une personne tierce la gestion d'une activité de service public* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 640.

¹¹⁶² Gilles Jacques Guglielmi, Geneviève Koubi et Martine Long précisent en outre que si « *des décrets peuvent, bien sûr, compléter les principes posés par les habilitations législatives précitées. En revanche, il est beaucoup plus rare qu'une habilitation réglementaire suffise à elle-même* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 639 et 640. Ils affirment toutefois qu'un « *acte administratif unilatéral non réglementaire peut habiliter une personne à gérer un service public (...), l'habilitation tient principalement à l'acte individuel* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 640.

¹¹⁶³ Aussi François Brevet souligne-t-il que « *la délégation unilatérale de service public est aujourd'hui principalement envisagée comme une technique subsidiaire de dévolution de la gestion des services publics* » : BREVET Fr., « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, p. 1435.

¹¹⁶⁴ Jean-Paul Négrin remarquait par exemple que « *l'intervention des personnes privées dans l'action administrative sur le fondement d'une habilitation unilatérale ne connaît pas une grande extension au dix-*

et ce à plus forte raison si la prise en compte des habilitations forcées¹¹⁶⁵ est exclue de la présente étude. L'analyse menée par François Brenet emporte d'ailleurs une double conviction : la délégation unilatérale de la gestion d'un service public est une réalité incontestable du droit positif, mais elle est tout autant incontestable qu'elle y occupe une place réduite¹¹⁶⁶.

Aussi les développements qu'il apporte confortent-ils l'hypothèse de leur intégration au champ instrumental de l'externalisation administrative dès lors que « *l'acte unilatéral doit avoir pour objet et pour effet d'habiliter son bénéficiaire à gérer une mission de service public et pas seulement de participer à sa gestion où d'y être associé* »¹¹⁶⁷. S'agissant des habilitations unilatérales à la gestion d'un bien public, l'observation du droit positif permet sans peine de parvenir à une conclusion identique. En ce domaine, au même titre que les autorisations d'occupation privatives du domaine public contractuelles, les autorisations unilatérales constituent une modalité classique d'externalisation de l'exploitation et de la gestion d'un bien public¹¹⁶⁸ ; qu'il s'agisse du permis de stationnement ou de la permission de voirie. Toutefois, l'un comme l'autre de ces domaines de l'action administrative révèlent aussi une forte diversité des instruments contractuels qu'il serait possible d'intégrer au champ de l'externalisation administrative que leur objet commun permet tout autant de relativiser. Ainsi est-il possible de déceler une forme d'unité des outils contractuels de l'externalisation administrative sans pour autant qu'elle ne confine à l'uniformité dans la mesure où leurs formes demeurent multiples, ainsi que leurs régimes juridiques, alors que leur objet lui ne varie pas, ou très peu, bousculant ainsi une diversité jusqu'alors entendue bien que parfois contestée.

neuvième siècle » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 77.

¹¹⁶⁵ Ainsi en va-t-il par exemple des réquisitions pour lesquelles « *l'habilitation est ainsi une composante nécessaire, quoique implicite* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 645.

¹¹⁶⁶ Dans la mesure où « *elles ne sont pas très nombreuses* » : BRENET Fr., *op. cit.*, p. 1435. Et d'ajouter néanmoins qu'elles « *se sont accumulées au fil du temps, en marge des dispositions de la loi Sapin* ».

¹¹⁶⁷ BRENET Fr., *op. cit.*, p. 1437.

¹¹⁶⁸ L'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose effectivement que « *nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique (...) ou l'utiliser dans les limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ».

B. Une diversité bousculée par l'emploi d'habilitations contractuelles

287. Une manifestation de l'externalisation similaire à celle de la notion de partenariat. Un autre parallèle est également aisé à tracer avec l'émergence, il y a quelques années, du vocable du partenariat et de « l'arsenal » juridique qu'il apportait au bénéfice d'une action administrative pourtant déjà bien pourvue. Aussi l'observation attentive de cet enrichissement renseigne-t-elle beaucoup sur l'appréhension des outils que le droit administratif pourrait offrir au déploiement de l'externalisation dans la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques. Une idée doit notamment être retenue : celle d'un socle commun à l'ensemble de ces instruments juridiques peu importe leur nature, leur forme ou encore leur régime juridique particulier. Comme l'avait fait Yves Madiot avant lui, Étienne Müller invite d'ailleurs la doctrine et le droit positif à consacrer une catégorie d'actes administratifs dédiés à la mise en œuvre d'une opération économique et juridique singulière : le partenariat¹¹⁶⁹. Révélant à la fois une modalité particulière d'organisation des activités publiques et un type spécifique d'échange économique¹¹⁷⁰, la notion de partenariat appelle en l'occurrence un régime juridique singulier doté de ses propres instruments juridiques¹¹⁷¹. De la même façon, les développements de la partie précédente ont pu démontrer que l'externalisation administrative recouvrait tout autant cette combinaison d'un mode d'organisation et d'un mode de gouvernance économique. En tant que concept il ne doit toutefois pas conduire à la reconnaissance d'une nouvelle catégorie d'actes et ce, d'autant plus qu'il ne se présente pas comme une notion, mais plutôt à proposer un nouvel agencement particulier de leur usage lorsqu'il s'agit de traduire en droit administratif la mise en œuvre de cette stratégie managériale et qu'il constitue à cet effet un méta-discours sur l'action administrative. En

¹¹⁶⁹ Confronté au désordre indéniable des actes administratifs employés pour l'instauration de relations partenariales dans le cadre de la réalisation de l'action administrative, Étienne Müller retient en effet la nécessité d'opérer « *la réunion de ces instruments au sein d'une même catégorie juridique (...) (qui) signifie l'élaboration d'un régime juridique commun, applicable à toute opération de partenariat public-privé quel que soit l'instrument utilisé* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 291.

¹¹⁷⁰ Étienne Müller évoque en effet successivement ces deux aspects de la notion de partenariat avant d'en déduire un régime juridique particulier recouvrant, entre autres, des outils juridiques dédiés. Il précise alors « *que la notion de partenariat public-privé se décompose en deux aspects principaux : les partenariats public-privé constituent à la fois un mode spécifique d'organisation des activités publiques, et un type spécifique d'échange économique* » : MULLER É., *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁷¹ Il affirme d'ailleurs que « *l'élaboration d'un régime juridique commun aux différents instruments des partenariats public-privé constitue le point d'orgue de la démonstration de ce que ces instruments ont vocation à former ensemble une même catégorie juridique* » : MULLER É., *op. cit.*, p. 415. Et d'ajouter que « *l'étude de la notion de partenariat public-privé a permis de montrer que celle-ci était dotée d'une consistance et d'une spécificité suffisantes pour justifier, au regard des objectifs mêmes qui légitiment le recours aux partenariats public-privé, que les contrats de l'Administration ayant pour objet de telles opérations soient soumis à un régime juridique spécifique* ».

serait-il d'ailleurs capable alors même que, envisagée en dehors des rapports contractuels, la collaboration ne paraissait déjà pas réductible à l'unité¹¹⁷² ? Ainsi ne saurait-il être question d'étendre sur un lit de Procuste les outils que le droit administratif met à la disposition des personnes publiques afin de déterminer de force et contre leur nature une nouvelle catégorie artificielle vouée à l'externalisation administrative. Il s'agira plutôt de tâcher de les ordonner sous l'éclairage de ce concept, et au moyen de son objet singulier, afin de présenter le « nécessaire juridique du parfait État manager » eu égard aux transformations récentes du droit positif¹¹⁷³.

Bien que la diversité demeure le maître mot dans la présentation du champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative tant il est vrai que, des actes unilatéraux aux actes contractuels, la palette des outils mis à la disposition des personnes publiques est large et riche, il est en effet possible de les appréhender au même titre comme des outils nécessaires à l'expression, en droit administratif, de la stratégie conceptuelle que constitue l'externalisation. Au-delà même du maintien de la distinction formelle entre les actes unilatéraux et les contrats, l'hétérogénéité instrumentale qui caractérise ce concept se retrouve également au sein des branches de la *summa divisio* des actes administratifs. Elle peut néanmoins être ordonnée autour de leur objet commun et des critères de ce concept dont il a pu être démontré qu'il engageait à adopter une posture susceptible d'opérer à un dépassement de ce clivage. Ainsi le concept d'externalisation administrative emporte-t-il nécessairement, à l'instar de la notion de régulation en son temps, un champ instrumental immanquablement divers du fait du pragmatisme qu'il autorise dans la mise en œuvre de l'action publique¹¹⁷⁴. Il

¹¹⁷² Les conclusions de son *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels* conduisaient en effet Bernard Gény à rendre compte d'une telle irréductibilité tant il rappelait « combien les vues générales, sur lesquelles s'appuie la théorie de la collaboration, peuvent être fécondes en applications (...) et fait rentrer nombre d'hypothèses, présentées comme des anomalies ou des exceptions aux principes généraux, dans le cadre, infiniment varié et riche, d'une plus vaste synthèse juridique » : GENY B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, 1930, p. 288 et 289.

¹¹⁷³ Comme suggèrent d'ailleurs de le faire, dans le cadre de l'identification d'une logique partenariale et à contre-courant de la proposition d'Étienne Müller, Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux lorsqu'ils affirment que c'est « la généralité de cette tendance à la diffusion de la démarche partenariale qui conduit à regrouper sous cette bannière commune des techniques souvent déjà connues sous d'autres noms » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2012 et 8^e éd., 2016, p. 349.

¹¹⁷⁴ La doctrine contemporaine paraît effectivement unanime pour reconnaître que la régulation se caractérise à titre principal en référence à son pragmatisme, et donc aux nombreuses méthodes et modalités d'intervention qu'elle met à la disposition des autorités administratives. Ainsi Guylain Clamour suggérait-il dès 2006 que « l'instrumentalité du droit apparaît comme le trait principal de la méthode de régulation. Il s'agit, de manière très pragmatique, de mettre le droit au service des objectifs poursuivis en prenant en considération tous les intérêts en présence et en plaçant l'action sous le signe de l'efficacité et de l'effectivité » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 699. Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux réaffirment

a d'ailleurs déjà pu être démontré que ce concept nouveau en matière administrative recouvrait lui aussi à la fois un changement de paradigme de l'État, une réorganisation de ses moyens et de ses modalités d'action, et donc aussi une transformation des méthodes d'intervention publique tout comme la régulation exprimait une mutation de la réglementation et une nouvelle approche de la direction des comportements dans une économie de marché¹¹⁷⁵.

Pour l'une comme pour l'autre, la diversité des instruments juridiques qui permettent leur expression n'est donc pas un obstacle à leur appréhension mais constitue au contraire un de leurs traits caractéristiques que leur analyse doit prendre en compte¹¹⁷⁶. Bien que relativisée par leur objet commun, les outils juridiques de l'externalisation sont à étudier dans leur diversité au prix il est vrai d'une certaine mise en ordre. Or, au même titre donc que la notion de régulation, le concept d'externalisation administrative apporte une grille de lecture nouvelle de l'action administrative, et plus précisément de son organisation. Comme elle, il constitue davantage un élément d'un discours de compréhension sur le droit qu'un discours de droit duquel il serait possible de tirer les traits d'un régime juridique particulier que la réalité, du moins actuelle, du droit positif interdit de réaliser. Gérard Marcou apportait d'ailleurs à propos de la notion de régulation une analyse dont les enseignements pourraient utilement, pour une partie du moins, être étendus au concept d'externalisation administrative. Aussi par exemple doit-il être envisagé comme permettant de « *décrire des changements si profonds qu'ils paraissent échapper aux catégories habituelles du droit et sont issus d'énoncés politiques ou d'emprunts à d'autres disciplines* »¹¹⁷⁷. Or, sur ce point, l'emprunt au droit civil d'une approche fondée sur la prise en compte de l'objet des contrats pour en proposer une classification conduit ici à identifier une diversité bousculée des instruments contractuels de l'externalisation administrative à travers par exemple l'identification d'un rapprochement

encore aujourd'hui cette caractéristique essentielle de la régulation lorsqu'ils rappellent qu'elle « *désigne en droit positif une méthode d'action qui implique de privilégier une approche finaliste de l'action publique, supposant elle-même la possibilité d'utiliser alternativement ou de façon combinée une palette d'instruments suffisamment variés pour que l'action entreprise se réalise dans des conditions d'efficacité optimale* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 444.

¹¹⁷⁵ Guylain Clamour démontrait en effet que, « *s'il est un trait déterminant, au final, de la méthode de régulation c'est bien qu'elle exprime un renouveau de l'intervention publique* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 706. Il ajoutait alors que, « *apparaissant comme une fonction régaliennne (...) elle constitue une nouvelle méthode d'administration, une nouvelle manière d'intervenir sur l'économie* ». Aussi l'émergence d'une économie de marché imposait-elle un réajustement de l'intervention publique qui offrirait « *le visage de la « néo-modernité* » (...) qui, adossée à l'économie de marché, cherche à briser les barrières à l'entrée pour favoriser (...) la décentralisation des acteurs économiques » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 709.

¹¹⁷⁶ Comme en matière de régulation, l'étude de l'externalisation « *ne peut pas être restreinte à certaines techniques d'intervention ou prise de décision en particulier* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 444.

¹¹⁷⁷ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.

envisageable au sein des concessions (1) duquel il est possible d'envisager un renouvellement de la distinction concession/marché à l'aune de l'objet singulier de l'externalisation administrative (2).

1. Un rapprochement envisageable au sein des concessions par l'objet de l'externalisation

288. Un rapprochement théorique fondé sur l'étude de l'objet des contrats. Bien que les outils contractuels de l'externalisation administrative, caractérisés notamment à partir de leur objet commun, ne puissent être réduits à une uniformité juridique comme y parvenait Étienne Müller pour ceux du partenariat public-privé¹¹⁷⁸, il est cependant possible d'envisager un rapprochement entre certaines catégories qui serait susceptible de favoriser leur appréhension, de faciliter leur compréhension en tant que tels, et d'éclairer d'éventuelles évolutions à venir en droit positif ou dans le discours sur le droit. Ainsi en irait-il notamment des différentes formes de concessions dont la communauté d'objets suggérée par leur appartenance au champ des instruments de l'externalisation administrative invite à les envisager comme un ensemble non pas homogène mais présentant néanmoins un socle unique lié autant à l'opération économique¹¹⁷⁹ qu'ils servent qu'à la présence d'une habilitation par une autorité administrative compétente au bénéfice d'une autre personne à la réalisation d'une activité matérielle de service public ou de gestion d'un bien public, voire même plus largement d'une activité matérielle d'intérêt général que cette opération implique. Un rapprochement que la directive concession¹¹⁸⁰ et sa récente transposition en droit interne¹¹⁸¹ engage peu ou prou à

¹¹⁷⁸ Étienne Müller affirme en effet que « faire des instruments de partenariats public-privé une catégorie spéciale de contrats de l'Administration revient, plus généralement, à admettre que le critère premier de différenciation du régime juridique des contrats de l'Administration réside dans leur objet, entendu comme l'opération économique réalisée par les parties » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 603. Ainsi démontre-t-il que « les instruments juridiques des partenariats public-privé semblent avoir vocation à former ensemble une catégorie de contrats spéciaux ou plutôt, devrait-on dire, une catégorie spéciale de contrats de l'Administration » dotée d'un régime propre et singulier : MULLER É., *op. cit.*, p. 601.

¹¹⁷⁹ Rappelons brièvement que la doctrine contemporaine, à l'instar des réflexions civilistes, reconnaît de plus en plus une telle fonction à l'objet du contrat. Aussi Étienne Müller élabore-t-il sa démonstration à partir de ce courant de pensée en vertu duquel « l'idée du contrat comme instrument d'un échange économique permet d'affirmer la pertinence d'une distinction des différentes catégories de contrats de l'Administration en fonction de l'opération économique qui constitue leur objet » : MULLER É., *op. cit.*, p. 608, ou à l'inverse de contester la réalité de clivages supposés entre certaines formules contractuelles en se fondant également sur cet objet déterminé à l'aune de l'opération économique envisagée par les parties.

¹¹⁸⁰ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des concessions.

¹¹⁸¹ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

opérer, ou du moins à concevoir et dont il s'agirait de tirer les conséquences en termes d'identification, de qualification et de régimes juridiques.

Mais un rapprochement dont il s'agit avant tout de démontrer la pertinence à l'aune de leur intégration à ce champ instrumental de l'externalisation administrative, et donc de leur objet commun qu'elle implique, tant il est vrai que leur distinction en droit positif et par la doctrine était jusqu'à tout récemment majoritairement admise. Traditionnellement appréhendé comme un critère de qualification des instruments contractuels, et donc comme un élément essentiel de leur éclatement en une myriade de contrats spéciaux¹¹⁸², l'objet ne devrait pas être encastré dans une telle acception¹¹⁸³ dans la mesure où c'est ainsi « *en kaléidoscope que se construirait, nolens volens, le droit public des contrats sous l'effet d'une multiplication des contrats administratifs spéciaux dans un contexte où « l'espèce précède le genre »* »¹¹⁸⁴. Il apparaît au contraire comme un potentiel facteur d'unité dans le champ des contrats administratifs, et pourrait, à ce titre, servir au maintien d'une certaine cohésion ainsi qu'à l'atténuation de cette dispersion. Avant d'approfondir plus avant l'état du droit positif sur le sujet des concessions, il convient de rappeler brièvement qu'elles s'y imposent de longue date. Ainsi Marion Ubaud-Bergeron rappelle-t-elle que « *cette technique contractuelle est ancienne et a connu de profonds bouleversements, tant dans sa définition que son régime juridique* »¹¹⁸⁵ rendant nécessaire un rapide retour à ses origines. Déjà évoquée par Maurice Hauriou en tant que modalité de la gestion administrative, par essence coopérative, la concession fut liée au domaine puis aux travaux et enfin aux services publics, après avoir longtemps été considérée comme accessoire¹¹⁸⁶. Aussi le foisonnement des formes

¹¹⁸² Aussi Philippe Yolka précise-t-il que l'objet du contrat s'impose encore aujourd'hui comme « *le critère le plus évident, qui consiste à classer les contrats en fonction de leur but* » : YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013, p. 62. Mais de souligner immédiatement que, « *partant de là, on obtient une répartition grossière qui correspond, pour s'en tenir aux principaux contrats, à la grille suivante* » composé des marchés publics, des délégations de service public, des contrats d'occupation du domaine public et des contrats de recrutement d'agents publics : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 63 et 64. Ce n'est en outre qu'après avoir conforté l'unité des contrats publics autour de la poursuite d'un intérêt général et de la présence d'une personne publique, que Laure Marcus poursuit son raisonnement par la démonstration de leur pluralité due à la diversité de leurs objets. Elle affirme notamment que « *si la diversité des contrats publics tient à la variété de leurs objets, l'objet du contrat est le critère déterminant de leur classification* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 415.

¹¹⁸³ Philippe Yolka indique effectivement que « *le critère tiré de l'objet du contrat n'est pas suffisant. Il ne permet pas de distinguer les deux grandes catégories de contrats de la commande publique (...), de distinguer les contrats portant sur des travaux publics* » : YOLKA Ph., *op. cit.*, p. 64 et 65.

¹¹⁸⁴ CLAMOUR G., « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006, p. 638 et 639.

¹¹⁸⁵ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 159.

¹¹⁸⁶ Ainsi rappelait-il que certains concessionnaires occupant le domaine « *collaborent à un service public, tel est le cas, des compagnies de chemins de fer, des entrepreneurs de tramways, des entrepreneurs d'éclairage collectif ; ceux-là sont dans une situation de gestion* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll.

concessives devait-il croire autant que les objets matériels qu'elles poursuivaient dans le cadre de l'action administrative.

Bien que la logique coopérative demeurât tout du long un invariant de cette formule contractuelle¹¹⁸⁷, elle offrait toujours une impression d'éclatement portant au même titre sur la réalisation d'un ouvrage ou d'un aménagement, l'exploitation d'une dépendance domaniale, ou encore la prestation d'un service public, voire même d'un service d'intérêt général¹¹⁸⁸. L'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ne vient pas sur ce point mettre un terme à cette fragmentation du modèle concessif, alors même qu'il prône son unité de façade en n'évoquant un unique contrat de concession. Il dispose en effet que ce dernier recouvre « *les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs entités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques* »¹¹⁸⁹. La préférence pour le terme de service, et le maintien de celui de travaux, évoque bien à première vue cette hétérogénéité instrumentale de la

Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 18 et 19. Il devait d'ailleurs démontrer plus tard qu'avec « *le procédé de la concession, apparaît donc, de façon très nette, une association, ou tout au moins une collaboration entre un particulier et l'administration, en vue du fonctionnement d'un service public* » : HAURIU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933, p. 1015.

¹¹⁸⁷ Marion Ubaud-Bergeron souligne par exemple une telle logique lorsqu'elle définit la concession comme « *le contrat par lequel une personne publique confie à un opérateur public ou privé l'exploitation d'une activité de service ou la construction d'un ouvrage, en laissant le soin au concessionnaire de se rémunérer par l'exploitation* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 159. Aussi rappelle-t-elle également que le développement considérable de cette formule doit essentiellement au fait qu'elle permette « *de mobiliser le savoir-faire et le financement privé (...)* (et) *constitue un moyen utile pour les collectivités de faire exploiter des activités de service public ou les ouvrages publics sans avoir à mobiliser leur moyens financiers, humains et techniques propres* », en d'autres termes, au fait qu'elle instaure une relation de coopération efficace proche de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁸⁸ Une dispersion des formules contractuelles que la multiplication des régimes juridiques singuliers devait finalement confirmer au cours des XIX^e, XX^e et XXI^e siècles. Alors que la recherche menée par Xavier Bezançon démontrait sans fard que, par exemple, l'évolution des contrats de concession aboutissait notamment à constater que « *au cours de la période 1963-1982 de nombreux régimes spécifiques concessionnaires furent créés* » aux côtés des régimes très riches déjà existants : concession de service public, concession de travaux publics, concession domaniale, concessions d'aménagement et d'urbanisme : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, p. 455 et 455 et s., et d'ajouter que le mouvement de décentralisation engagée à partir de 1982 « *bouleverse une tradition jacobine fortement ancrée dans l'administration française* » accentuant le fait que « *de nouvelles formules de délégation apparaissent renouvelant le concept ancien de concession...* » : BEZANÇON X., *op. cit.*, p. 462. Aujourd'hui encore, la présentation de la concession expose celui qui s'y aventure à égrainer, comme les perles d'un chapelet, les formules contractuelles concessives : exemples : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 164 et s., RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 567 et s.

¹¹⁸⁹ Article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

logique concessive que les commentateurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner¹¹⁹⁰. Il est néanmoins possible d'y déceler un frémissement en faveur d'une acception unifiée des contrats ayant pour objet l'instauration d'une relation de coopération traduite juridiquement sous la forme d'une concession de la réalisation d'une activité d'intérêt général.

289. Un rapprochement théorique confirmé par l'évolution du droit positif. C'est d'ailleurs parce qu'il ressent ce tressaillement sur la question des concessions, depuis le droit de l'Union européenne jusqu'au droit interne, que François Brenet remarque un renforcement de « *l'identité de la notion de concession* »¹¹⁹¹. Alors qu'il reconnaît que la définition désormais adoptée « *laisse la place à la diversité des concessions* »¹¹⁹², il souligne l'unicité d'objet fonctionnel, objet du contrat, mise en avant aussi bien par le texte européen que par sa transposition en droit interne. Un objet fondé désormais également sur la traduction juridique d'une opération économique à travers laquelle deux intérêts divergents coopèrent à la réalisation d'un but commun satisfaisant chacune des parties et non exclusivement sur l'expression concrète de cet accomplissement, objet de la prestation, à savoir : un ouvrage, un aménagement, un service ou encore potentiellement l'exploitation d'un bien public¹¹⁹³. Aussi la directive 2014/23/UE et la loi du 29 janvier 2016 favorisent-elles une vision d'ensemble des diverses formules contractuelles concessives dans la mesure où elles tendent à les soumettre à un régime juridique commun de passation et d'exécution dès lors que toutes ont pour objet « *de confier la gestion d'un service* »¹¹⁹⁴, et ce, quelque soit le contenu matériel de ce dernier. La doctrine majoritaire concède en l'occurrence que « *la reconnaissance de l'existence de la catégorie des contrats de concessions de service est l'une des innovations majeures de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016* »¹¹⁹⁵ alors qu'elle constituait

¹¹⁹⁰ Marion Ubaud-Bergeron et Guylain Clamour font ainsi valoir que « *cette première impression laissée par la lecture de l'ordonnance* » laisse percevoir « *que l'unité des contrats de concession n'est, nécessairement, que relative, et que ces contrats demeurent un ensemble marqué par une profonde diversité de nature et d'objet* » : UBAUD-BERGERON M. et CLAMOUR G., « Introduction », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 17.

¹¹⁹¹ BRENET Fr., « Les nouvelles bases du droit des concessions », *AJDA*, 2016, p. 992.

¹¹⁹² BRENET Fr., *op. cit.*, p. 993.

¹¹⁹³ Cf. Article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66, ainsi que l'article 50 en vertu duquel « *lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée* ». Voir également sur ce point les développements précédents, ainsi que : CLAMOUR G., « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA*, 2016, p. 270 et s.

¹¹⁹⁴ BRENET Fr., *op. cit.*, p. 995.

¹¹⁹⁵ BRENET Fr., « Les contrats de concession de service hors service public », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 59. Au point même de l'envisager, pour ce dernier, comme « *une véritable révolution pour le droit français qui, jusqu'à présent, n'avait jamais prêté d'attention particulière aux contrats de concession, et encore moins aux contrats de concession de service hors service public* ».

jusqu'à une sous-espèce éclatée au sein de la catégorie des délégations de service public¹¹⁹⁶. Envisagée dès lors comme une catégorie de contrats à part entière, la concession se présente aujourd'hui sous le signe de l'unité, et ce sans pour autant imposer une uniformité de ses modalités d'expression¹¹⁹⁷. C'est donc bien le socle même de la distinction des concessions qui semble devoir être profondément ébranlé par cette mutation du droit positif.

Une tendance symétrique est de même identifiable dans le champ doctrinal actuel. Il s'avère en effet que bon nombre d'auteurs s'engagent désormais sur la voie d'un rapprochement sensible des diverses formes de concessions. Ainsi Guylain Clamour affirme-t-il que l'ordonnance du 29 janvier 2016 « fédère les différents contrats de la commande publique confiant l'exécution de travaux ou la gestion d'un service »¹¹⁹⁸. Or, comme toute fédération, l'ensemble constitué par la réunion des diverses formules concessives répond nécessairement à cette devise selon laquelle il est possible de faire « de plusieurs, un ». De leur côté, François Llorens et Pierre Soler-Couteaux soulignent en outre « l'uniformisation du droit des concessions sous le signe de laquelle s'ouvre la nouvelle ère »¹¹⁹⁹ du fait de l'effet conjugué d'une nouvelle définition du contrat de concession et de la suppression de régimes spéciaux qui en découle logiquement¹²⁰⁰. Mise à part l'approche adoptée par Étienne Müller pour réunir, au sein d'un régime uniforme, les instruments juridiques des partenariats public-privé, la doctrine contemporaine fournit d'ailleurs de manière générale un certain nombre d'exemples, de plus en plus conséquents, de tentatives destinées à proposer une vision unifiée,

¹¹⁹⁶ François Brenet remarque en effet qu'à partir du 29 janvier 1993 « la concession de service public a perdu son statut de modèle et s'est banalisée (...). Cette banalisation s'est doublée d'un phénomène d'éclatement de la concession avec la création de plusieurs concessions sectorielles, telles que les concessions d'aménagement régies par la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 et les concessions de travaux publics régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 » : BRENET Fr., *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁹⁷ François Brenet indique d'ailleurs que « l'ordonnance du 29 janvier 2016 ne s'applique pas à une catégorie particulière de concessions mais bien au contraire à l'ensemble des concessions, qu'elles portent sur des travaux ou des services. Le contrat de concession acquiert ainsi le statut de véritable contrat administratif spécial (...), le contrat de concession dispose désormais d'une véritable autonomie et d'un régime juridique clairement identifié » : BRENET Fr., *op. cit.*, p. 60 et 61.

¹¹⁹⁸ CLAMOUR G., « Le nouveau droit des concessions », *DA*, mars 2016, étude 5, p. 13.

¹¹⁹⁹ LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Contrats de concession : nouvelle donne », *CMP*, n° 3, Mars 2016, repère 3.

¹²⁰⁰ Les deux auteurs remarquent notamment « l'hécatombe de régimes spéciaux sacrifiés sur l'autel du nouveau droit des concessions : abrogée l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics (...); supprimées les dispositions de la loi Sapin relatives aux DSP de l'État; réduites à leur plus simple expression celles spécifiques aux concessions d'aménagement, tandis que les concessions d'énergie hydraulique sont elles aussi soumises à l'ordonnance de 2016 » : LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Contrats de concession : nouvelle donne », *CMP*, n° 3, Mars 2016, repère 3.

« globalisée »¹²⁰¹, des outils contractuels disponibles dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative. Parmi ceux-ci, l'étude de Philippe Cossalter figurait déjà au premier rang de cette évolution doctrinale¹²⁰². Elle présente cependant quelques écueils que ne saurait surmonter le concept d'externalisation administrative, notamment celui de l'impossibilité manifeste d'en déduire, à la différence des notions de partenariat ou de délégation, un régime juridique uniforme qui lui serait dédié. Dans le même temps, les transformations parcourant le droit européen et le droit national des concessions viennent renforcer cette posture, et questionnent de manière vigoureuse la distinction longtemps instaurée, et ci-dessus rappelée, entre les différentes formes de concession fondées essentiellement sur l'objet matériel qu'elles adoptent ; c'est-à-dire la prestation d'un service, la fourniture d'un travail ou la dévolution de l'exploitation d'un bien. Même s'il repose également sur la prise en compte de l'objet de chacun de ces actes contractuels, le concept d'externalisation administrative invite lui aussi à un changement de dimension, ou du moins à une évolution de perspective. À l'instar des civilistes, il invite effectivement à reléguer l'objet matériel, objet de la prestation, auparavant prépondérant, et à lui préférer l'objet fonctionnel, objet du contrat, en ce qu'il s'intéresse davantage à l'opération économique que les parties envisagent d'accomplir. Bien qu'elle ne l'ait envisagé que comme un critère de classification des contrats spéciaux, et donc *in fine* comme un facteur de leur dispersion, Laure Marcus aborde cette polysémie de l'objet qui a pu conduire un temps à ne pas envisager son aspect fonctionnel, ou du moins à un réduire la portée¹²⁰³. Or, l'évolution du droit des concessions révèle, de la même façon que le suggère le concept d'externalisation administrative, une certaine forme de prise en compte de l'objet du contrat dès lors qu'elle tend à favoriser la réunion sous une même bannière des formules contractuelles assurant la traduction juridique d'une opération économique animée d'une véritable logique coopérative.

¹²⁰¹ Nous empruntons ici le terme même employé par François Llorens et Pierre Soler-Couteaux lorsqu'ils identifient une véritable « *globalisation des concessions et de leur régime juridique* » : LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Contrats de concession : nouvelle donne », *CMP*, n° 3, Mars 2016, repère 3.

¹²⁰² Rappelons brièvement qu'il invitait à dégager un régime juridique commun des délégations d'activités publiques à partir du constat d'une certaine convergence des droits nationaux et du droit de l'Union européenne. Aussi affirmait-il que « *si la constitution d'un corps homogène de règles applicables à ces délégations est souhaitable et semble inévitable, elle doit avant tout répondre à une approche cohérente qui fait encore défaut au droit communautaire* » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 777.

¹²⁰³ Ayant rappelé que « *l'analyse du concept polysémique d'objet appliqué au contrat révèle trois objets distincts, dont le contenu et la fonction divergent* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 391, Laure Marcus démontre en effet que « *l'objet, qui sert de critère pour la classification des contrats, n'est pas l'objet concret et singulier de chaque contrat (...), le critère de l'objet doit avoir en plus de sa dimension synthétique* » ce qui conduit à retenir que « *la définition de l'objet du contrat, comme la structure de la relation contractuelle, fait de l'objet un critère plus pertinent que celui de la cause pour fonder la classification des contrats spéciaux* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 399.

Ce qui vaut apparemment aujourd'hui pour la concession en droit positif devrait s'appliquer également à plus grande échelle pour le concept d'externalisation administrative. Il s'avère en l'occurrence que les développements de la partie précédente¹²⁰⁴ ont permis de mettre en évidence la singularité de l'objet de cet outil de gestion stratégique inspiré fortement d'une logique économique coopérative à laquelle il confère une expression juridique. Alors que Laure Marcus engage la doctrine sur ce terrain encore « vierge » de la classification des contrats administratifs en fonction de la relation économique qu'ils traduisent¹²⁰⁵, la consécration de l'objet du contrat de concession par le droit positif ne peut en effet aujourd'hui être sans conséquence sur l'appréhension des formules contractuelles au services de l'externalisation. La démonstration jusqu'ici déroulée apporte en outre la preuve que l'objet singulier de l'externalisation administrative devrait constituer un facteur d'unité de ses manifestations juridiques dans la mesure où cette logique imprègne profondément l'objet du contrat, ou plus largement de tout acte administratif qui en permet la traduction en droit. Mais au-delà de cela, du fait de leur convergence d'objet, et du fait que ce dernier autorise désormais à une appréhension d'ensemble des formes concessives, il semblerait évident d'intégrer l'ensemble des concessions dans le champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative. Ainsi ce concept invite-t-il également sur ce point à renforcer le rapprochement déjà engagé par les transformations récentes du droit positif dans la mesure où son objet singulier s'apparenterait à un objet-type¹²⁰⁶ caractéristique des actes administratifs en ce qu'il traduit en droit l'instauration d'une relation de coopération économique entre l'administration et un partenaire dans le cadre de la réalisation d'une compétence matérielle. Le contrat de concession, quel que soit l'objet de sa prestation, exprimerait à travers l'instauration d'une telle relation la mise en œuvre d'une stratégie

¹²⁰⁴ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1.

¹²⁰⁵ Elle affirme en effet que « *la construction d'une typologie des contrats publics spéciaux en fonction de leur objet doit commencer par l'identification des principaux types de relations que les personnes publiques nouent avec leurs cocontractants* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 408. Elle s'inspire d'ailleurs en cela de réflexions anciennes menées par les civilistes tels que Jean-François Overstake, ou encore Jean Brèthe de la Gressaye pour qui « *la notion d'objet du contrat est plus importante que celle de cause, car c'est l'examen de l'objet qui révèle la grande diversité des types de contrat, suivant la prestation principale, tandis que d'après l'intention des parties on ne distingue que deux sortes de contrats, onéreux ou gratuits* » : préface de Jean Brèthe de la Gressaye à la thèse de Jean-François Overstake : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. III.

¹²⁰⁶ Rappelons que la notion d'objet-type renvoie à l'idée d'un objet commun à tout un ensemble contractuel, ou d'actes juridiques en général, dans la mesure où « *l'objet du contrat désigne la structure-type de la relation contractuelle. Ce critère permet d'ordonner la diversité des contrats publics spéciaux en les regroupant, en fonction de leur structure-type, dans des catégories contractuelles homogènes* » ; c'est-à-dire *in fine* en fonction de l'opération économique que leur structure cherche à retranscrire sur le plan juridique : MARCUS L., *op. cit.*, p. 413.

d'externalisation en droit administratif de la même façon que le législateur ou le pouvoir réglementaire lorsqu'ils habilite une autre personne que l'autorité administrative compétente à participer à l'accomplissement d'une activité matérielle d'intérêt général. Sans aller jusqu'à remettre en cause les divergences de régimes juridiques qui perdurent ponctuellement dans le nouveau droit des concessions, et qui sont indiscutablement utiles du fait des spécificités de chacune, il convient néanmoins d'approfondir le rapprochement des formules concessives. Il s'agit donc, comme le montre la tendance contemporaine du droit positif et de la doctrine, de déceler à partir du concept d'externalisation administrative, et notamment de son objet singulier, un socle commun de règles et principes applicables à l'ensemble des concessions¹²⁰⁷. Il convient en outre de relever que délégués et concessions pourraient finalement ne pas constituer les seuls et uniques instruments juridiques permettant la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en matière administrative à travers cet objet particulier. Aussi convient-il de rechercher au-delà de ces formules juridiques d'autres instruments contractuels qui seraient susceptibles de présenter un objet fonctionnel inspiré de cette logique coopérative à la recherche de sa traduction juridique. Une investigation qui conduit alors à une réflexion sur la distinction réaffirmée par le droit positif entre la concession et le marché alors qu'elle était jusque-là bousculée par la doctrine.

2. Un renouvellement probable de la distinction concession/marché par l'objet de l'externalisation

290. Une distinction bousculée par les évolutions récentes du droit positif. Alors que le droit positif semble avoir aujourd'hui « avalé » et « digéré » la distinction concession/marché essentiellement fondée sur le critère de la répartition du risque entre les parties exprimée essentiellement par les modalités de rémunération¹²⁰⁸, le concept d'externalisation administrative pourrait encourager de nouvelles réflexions que les directives marchés et concessions¹²⁰⁹ et leur transposition en droit national¹²¹⁰ avaient pourtant étouffé, si ce n'est

¹²⁰⁷ Cf. CLAMOUR G., « Le nouveau droit des concessions », *DA*, mars 2016, étude 5, p. 13 et s. Notons également que la problématique récemment soulevée, liée à la mise en concurrence probable des concessions domaniales, renvoie d'ailleurs à la nécessité d'éclairer un tel nivellement des disparités autrefois évidentes entre ces dernières et les concessions de services ou de travaux : voir : CLAMOUR G., « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA*, 2016, p. 270 et s., ou encore, sur ces deux points : BRENET Fr., « Les nouvelles bases du droit des concessions », *AJDA*, 2016, p. 992 et s.

¹²⁰⁸ Voir pour un rappel exhaustif de ce critère du risque : PEZ Th., *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 274, 2013.

¹²⁰⁹ Directive du 26 février 2014, 2014/23/UE pour les concessions et directives également du 26 février 2014, 2014/24/UE et 2014/25/UE pour les marchés.

éteint en consacrant les solutions jurisprudentielles jusque-là adoptées par les juges du plateau du Kirchberg et du Palais-Royal. Bien qu'il ne soit pas question de remettre ici en cause cette distinction, certaines interrogations conduisent néanmoins à revoir cette ligne de partage, à priori tranchée, à partir d'une prise en compte accrue de l'objet du contrat¹²¹¹. Alors que le droit des contrats administratifs s'est pour une grande part construit autour de cette distinction entre les marchés publics et les concessions, l'évolution récente du droit positif tendant à une réunification ou du moins à un rapprochement de leurs régimes juridiques¹²¹² appelle en effet quelques remarques que la doctrine n'a d'ailleurs pas manqué d'évoquer à l'instar de Marion Ubaud-Bergeron pour qui ce clivage « *tend à ignorer l'objet du contrat, sa finalité* »¹²¹³. L'émergence du concept d'externalisation administrative tend en l'occurrence à accentuer ces interrogations récentes qui engagent à concevoir un renouvellement de cette distinction ou, à tout le moins, des modalités de son expression.

Aussi convient-il de rappeler au préalable les raisons de cette opposition classique instaurée par le droit positif à travers « *une classification binaire concession-marché public* »¹²¹⁴ par la prise en compte de leur seule économie financière et non à titre principal de leur objet ; c'est-à-dire de l'économie du contrat. C'est en effet à partir du critère du partage du risque, exprimé notamment au moyen de la rémunération du cocontractant, que le droit interne et le droit de l'Union européenne ont été élaborés et confirmés par les récentes évolutions qu'ils ont connues. Alors que le droit de l'Union européenne affirme aujourd'hui que le contrat de concession prévoit toujours « *une contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat (...) dans le droit d'exploiter les services*

¹²¹⁰ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66 pour les premières et ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38 pour les seconds.

¹²¹¹ Marion Ubaud-Bergeron rappelle en effet, à l'instar de Laure Marcus, que l'objet du contrat ne constitue pas un critère fondamental pour la classification des contrats administratifs de la part de la doctrine, et encore moins en droit positif où le critère lié aux modalités de financement s'impose en tant que point cardinal de la taxinomie retenue. Alors qu'elle indique que l'objet pourrait être envisagé de manière pertinente, elle ajoute effectivement que la classification en fonction des modalités de financement « *est sans doute celle qui correspond le plus à la classification actuelle donnée par les textes en droit européen ou interne* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 123.

¹²¹² Un rapprochement que souligne par exemple Pierre Delvolvé à la lumière des directives du 26 février 2014 et de leur transposition en droit interne. Il affirme en effet que la réunion des marchés publics et des concessions sous le vocable de « commande publique » manifeste la volonté de rechercher « *une unité par une double réunion : celle de tous les contrats en deux catégories qui apparaissent comme la summa divisio ; celle du groupe des textes qui régissent* » afin de limiter « *les discussions et les analyses parfois byzantines sur l'identification des contrats et des règles qui leur sont applicables* » : DELVOLVÉ P., « Les contrats de la « commande publique » », *RFDA*, 2016, p. 200. Et d'ajouter que « *l'unité est confirmée par les principes généraux qui gouvernent le régime de ces contrats* ».

¹²¹³ UBAUD-BERGERON M., *Ibid.*

¹²¹⁴ RICHER L., *La concession en débat*, LGDJ, coll. Systèmes Perspectives, 2014, p. 165.

qui font l'objet du contrat (...), soit dans ce droit accompagné d'un prix »¹²¹⁵ et que le marché porte quant à lui sur le paiement d'un prix¹²¹⁶, le droit interne reprend une répartition similaire fondée sur le mode de rémunération du partenaire : soit liée au résultat de l'exploitation de l'ouvrage ou du service confié¹²¹⁷, soit liée au paiement d'un prix¹²¹⁸.

L'un comme l'autre de ces ordres juridiques laisse cependant une place accrue à la prise en considération de l'objet du contrat, et donc laisse suggérer qu'il puisse être envisageable d'adopter à l'avenir une classification renouvelée des contrats administratifs et ce, pour deux raisons principales. D'une part, parce que l'opération économique envisagée par les parties transparaît dans la définition de l'objet de chacun de ces contrats et le choix des termes, à savoir : l'achat pour les marchés publics¹²¹⁹ et la coopération pour les concessions¹²²⁰, alors que l'objet des prestations est souvent identique pour les uns comme pour les autres signifiant bien que la divergence repose essentiellement sur la logique économique qui anime le contrat¹²²¹. D'autre part, de manière plus implicite encore, car le critère de la rémunération peut être appréhendé comme un indice révélant l'objet du contrat en tant que celui-ci exprime justement l'opération économique que les parties entendent retranscrire juridiquement et dont

¹²¹⁵ Article 5 de la directive du 26 février 2014, 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

¹²¹⁶ Article 2 de la directive du 26 février 2014, 2014/24/UE sur la passation des marchés publics. Il est effectivement prévu que les marchés publics sont « des contrats à titre onéreux » dans lesquels la contre partie correspond au paiement d'un prix préalablement fixé par les parties.

¹²¹⁷ Article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

¹²¹⁸ Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38.

¹²¹⁹ L'opération économique traduite juridiquement par les marchés publics apparaît effectivement comme une opération d'achat dans la mesure où le législateur, notamment, retient la qualification « d'acheteurs » pour désigner l'autorité administrative qui y recourt (article 2 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38). Il précise également que l'objet des marchés publics peut par exemple porter sur l'achat de produits ou encore de travaux et de prestations (article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38).

¹²²⁰ À l'inverse, les concessions sont présentées comme la traduction d'une opération de coopération dès lors que le législateur exprime clairement la volonté d'une action coordonnée d'acteurs économiques distincts ayant chacun un intérêt différent mais agissant au service d'un intérêt commun. Ainsi par exemple le contrat de concession permet-il de confier « l'exécution de travaux ou la gestion d'un service » à un partenaire (article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66) qui prend à sa charge une partie des risques liés à l'exploitation de l'activité mais demeure sous le contrôle de l'autorité administrative compétente qui fixe en partie les conditions d'exploitation (article 32 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66, en vertu duquel le concédant fixe « les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution »).

¹²²¹ Dans les deux catégories, l'objet des prestations est en effet identique et porte sur : « l'exécution, (...) la conception et l'exécution de travaux » ou encore « la réalisation de prestations de services » pour les marchés publics (article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38), et sur « l'exécution, (...) la conception et l'exécution de travaux » ou encore « la gestion d'un service » pour les concessions (article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66).

l'aménagement de la contrepartie constitue seulement une composante. Dès lors si le paiement d'un prix laisse envisager une opération économique d'échange, le partage du risque qui sous-tend la rémunération par les résultats de l'exploitation conduit davantage à l'organisation d'une opération économique de coopération, et ce peut importe l'objet de la prestation sur laquelle porte le contrat.

Ainsi ne convient-il donc pas de renoncer à la distinction marché/concession, mais plutôt de l'enrichir par la prise en compte plus globale de l'objet du contrat dont le critère de l'économie financière constitue seulement un des éléments. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de justice antérieurement à la transposition des directives du 26 février 2014 engageait d'ailleurs à adopter cette position dans la mesure où cette jurisprudence concordante des deux juridictions considérait que l'évaluation du montant nécessaire à caractériser une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation devait finalement servir à juger la répartition des risques financiers¹²²² ; autrement dit à évaluer le degré de coopération qui distinguait ainsi une concession d'un marché, lequel traduit à l'inverse une pure logique d'échange : faire, ne pas faire ou donner quelque chose en contrepartie d'un paiement convenu à l'avance par les parties. Ainsi le renouvellement de la distinction marché/concession auquel invite le concept d'externalisation administrative relève-t-il davantage de la méthode que du fond. Il serait effectivement question de ne plus considérer le critère de la rémunération comme exclusif, mais plutôt de l'envisager comme un indice de l'opération économique réalisée ; c'est-à-dire comme un critère subsidiaire par rapport à l'objet du contrat qui ne serait donc plus systématiquement déterminant¹²²³.

291.L'enrichissement théorique de cette distinction par l'objet de l'externalisation. Ainsi au-delà du discours du droit, le discours sur le droit développé par la doctrine souligne-t-il également un tel changement dans la conception de la distinction entre les marchés publics et

¹²²² Évoquant cette évolution, Marion Ubaud-Bergeron souligne en effet que « *la pratique contractuelle des rémunérations mixtes, c'est-à-dire reposant sur un paiement public et une rémunération liée à l'exploitation, a conduit le juge à substituer à une approche binaire prix/redevances, une approche s'attachant à l'analyse économique du contrat* », et donc finalement à une approche globalement dépassant la seule considération attachée au critère du mode de financement : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 143. Citons à titre d'exemples : pour le juge national : CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de Lambesc*, rec. p. 137, CE, 7 avril 1999, *Cne de Guilherand-Granges*, rec. p. 878 et CE, 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, rec. p. 434, et pour le juge de l'Union : CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A-SIA, Dekom SIA*, aff. C-348/10.

¹²²³ C'est d'ailleurs ce que relève Pierre Delvolvé lorsqu'il indique que « *les nouvelles dispositions conduisent à identifier les contrats de la commande publique en considération de la nature de leur objet et de la finalité de leur objet* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 202.

les concessions. Bien que ces formules contractuelles puissent parfois présenter un objet de la prestation similaire, un service ou un travail par exemple, elles s'opposent en effet fondamentalement en référence à l'opération économique qu'elles traduisent ; c'est-à-dire une logique échangiste pour les marchés publics, et une logique coopérative pour les concessions. C'est donc bien à titre principal sur l'objet du contrat qu'il conviendrait désormais de distinguer au mieux les contrats de la commande publique dans le cadre de la *summa divisio* opposants les marchés publics et les concessions. Ainsi, alors que Pierre Delvolvé semble indiquer que la distinction se détermine non pas à l'aune de l'objet mais du mode de rémunération et du partage des risques¹²²⁴, il convient de ne pas amalgamer les différentes acceptions de ce dernier au risque d'en perdre la substance. Certes, comme l'affirme à juste titre une majorité de la doctrine, l'objet des prestations est similaire pour tous les contrats de la commande publique¹²²⁵, mais cela ne doit pas détourner l'attention de l'objet du contrat qui, lui, porte sur l'opération économique poursuivie, laquelle diverge fortement entre les marchés et les concessions. Le mode de rémunération et le partage des risques précédemment évoqués traduisent d'ailleurs juridiquement cette divergence. Ils invitent donc d'autant plus à prendre en compte l'objet du contrat comme criterium principal de la détermination des champs respectifs du marché et de la concession au sein de la commande publique. Une orientation doctrinale manifestée notamment sous la plume de Laure Marcus lorsqu'elle prône l'application du critère de l'objet à la distinction des contrats de marché et des contrats de délégation¹²²⁶. Soulignant l'inanité d'une discrimination exclusivement à l'aune du critère de la rémunération, et de l'obstacle qu'il constitue à l'homogénéité conceptuelle des contrats de la commande publique, elle affirme qu'il serait « *plus pertinent d'utiliser le critère de l'objet (du contrat), non pour remettre en cause la distinction des marchés publics et des délégations de service public, mais pour la conforter en reconstruisant chaque catégorie autour d'un objet contractuel précisément défini* »¹²²⁷. Laissant de côté les théories invitant à une telle recombinaison à partir de la spécificité de l'objet de service public¹²²⁸ ou de l'objet de

¹²²⁴ Pierre Delvolvé affirme effectivement que « *marchés et concessions ne se distinguent pas essentiellement par leur objet (...). La distinction tient essentiellement au mode de rémunération et au risque d'exploitation* » : DELOLVÉ P., *op. cit.*, p. 204.

¹²²⁵ C'est d'ailleurs pour cette raison que Pierre Delvolvé écarte en partie l'intérêt d'une analyse d'un tel objet dans la mesure où il recouvre toujours « *pour les uns comme pour les autres, des travaux, fournitures ou services que le cocontractant est chargé de réaliser* » : DELVOLVÉ P., *Ibid.*

¹²²⁶ MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 416 et s.

¹²²⁷ MARCUS L., *op. cit.*, p. 444.

¹²²⁸ Cf. HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980.

commande publique¹²²⁹, Laure Marcus avance d'ailleurs l'argument civiliste de la prise en compte de l'objet du contrat¹²³⁰ ; c'est-à-dire de la structure de la relation contractuelle déterminée en fonction de l'opération économique réalisée par les parties. Il serait ainsi aisé de faire coïncider la classification théorique non seulement avec la pratique contractuelle¹²³¹, mais aussi et surtout avec la réalité économique de la « commande publique » qui ne s'épuise plus désormais dans une logique économique d'échange, laissant au passage regretter l'emploi de cette appellation alors que la logique coopérative y occupe une place consacrée à la fois par le droit positif et la doctrine¹²³². Aussi le concept d'externalisation administrative invite-t-il à poursuivre dans cette voie d'un renouvellement du clivage marché public/concession par la prise en compte de l'objet du contrat dans la mesure où il repose essentiellement sur un objet particulier manifestant typiquement l'expression d'une logique coopérative.

L'adoption d'une approche focalisée sur l'appréciation de l'objet du contrat incite en effet à évaluer finalement le degré de coopération institué entre les parties dans la relation contractuelle pour déterminer s'il s'agit d'un marché public ou d'une concession, et ce, notamment à partir de l'examen de la répartition des risques. Or, s'il est possible d'identifier en tant qu'objet contractuel type celui consistant à instaurer une « *coopération du cocontractant à l'exercice par une personne publique de ses compétences* »¹²³³, le concept

¹²²⁹ Cf. KALFLÈCHE Gr., *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, thèse dact., Paris II Panthéon-Assas, 2004.

¹²³⁰ Un argument d'ailleurs déjà suggéré par François Llorens lorsqu'il se demandait si « *une définition des délégations par leur seul objet ne lui serait pas préférable* » : LLORENS Fr., « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Liber amicorum Jean Waline. Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 318.

¹²³¹ Laure Marcus démontre effectivement que « *le fondement de la distinction des marchés publics et des délégations de service public sur ce critère permet de faire correspondre la représentation conceptuelle des contrats publics spéciaux avec la réalité de la pratique contractuelle dans le temps comme dans l'espace* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 471.

¹²³² Ainsi Laure Marcus rappelle-t-elle à la fois que « *l'échange de prestations est vraisemblablement l'objet le plus courant des contrats publics spéciaux. Il est d'abord celui des marchés publics par lesquels la personne publique acquiert les moyens nécessaires à l'exécution de ses missions en contrepartie du versement d'une rémunération* », mais aussi que, « *à l'opposé de l'objet d'échange de prestations, l'objet d'organisation caractérise les contrats publics de « co-administration »* » et surtout que « *entre ces deux objets foncièrement dissemblables des contrats publics s'insèrent d'autres types d'objets contractuels qui traduisent une collaboration plus ou moins poussées des parties (...) révèlent l'existence d'une échelle de collaboration des personnes publiques et privées dans les contrats publics* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 518 et 519. Elle précise également qu'il « *résulte de l'observation de la pratique contractuelle des personnes publiques que l'échelle des structures contractuelles se déploie du simple échange de prestations à l'administration conjointe, en passant par l'autorisation d'une activité privée, le soutien public d'une activité privée dans l'intérêt général, l'association d'une personne privée à une activité publique, la délégation d'une activité publique, la subordination du cocontractant à la personne publique, la coopération du cocontractant à l'exercice par la personne publique de ses compétences* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 520.

¹²³³ MARCUS L., *Ibid.*

d'externalisation administrative appelle intrinsèquement l'identification d'une espèce de contrats partageant un tel objet qui recouvrirait le champ de ses instruments contractuels. Ainsi est-il possible de suggérer l'intégration de l'ensemble des concessions à ce champ dans la mesure où elles présentent toute cet objet coopératif qui permet de dépasser les clivages apparus au sein des concessions et de confirmer la distinction entre ces dernières et les marchés publics présentant quant à eux un objet échangiste. En remettant en quelque sorte « l'église au milieu du village », le concept d'externalisation administrative apporte donc une clarification de la classification des contrats administratifs en confirmant l'intérêt attaché au remplacement de l'objet du contrat au centre des débats que la taxinomie traditionnelle avait pu faire émerger. Il est en l'occurrence possible de reconnaître derrière le critère du partage des risques autre chose qu'un simple déterminant choisi faute de mieux pour poser la ligne de partage entre le marché et la concession. Il révèle davantage une posture juridique prenant acte des analyses économiques dans la mesure où il constitue un indicateur avéré de la logique coopérative, ou non, instaurée et poursuivie par les cocontractants à travers la relation qui les unit¹²³⁴. Or, au-delà d'une similitude sémantique que d'aucuns pourraient considérer malheureuse, le marché public repose sur une logique d'échange qui ne suppose de la part du partenaire de l'administration aucune prise de risque économique et financier : il fournit une prestation en contrepartie de laquelle il perçoit une rémunération équivalente au service rendu.

À l'inverse, la concession engage chacun des contractants à prendre sa part de risque dans l'activité exploitée par les parties ; c'est-à-dire, d'un point de vue économique à organiser une véritable coopération destinée à créer des synergies entre les forces de chacun au service d'un intérêt commun par la satisfaction accessoire de leurs intérêts propres. De ce point de vue l'externalisation administrative incite au renforcement de la distinction entre le marché et la concession, mais invite cependant à en revoir les assises et tout particulièrement le critère. Aussi pourrait-elle dans une certaine mesure rebattre les cartes sur la question, et mettre sur la table une nouvelle distribution des instruments contractuels harmonisée par la prise en compte des logiques économiques qui les animent : d'un côté le marché et sa logique échangiste pure, de l'autre les formes juridiques d'externalisation animées d'une logique coopérative dont l'une des manifestations réside dans la concession à travers la répartition des risques

¹²³⁴ S'il on revient brièvement sur les trois principaux modes de gouvernance économique, il convient d'identifier : le simple recours à l'échange avec le marché économique, l'internalisation de la prestation au sein de l'entreprise, ou l'externalisation dans une logique de coopération approfondie avec le marché.

d'exploitation qui la caractérise en droit positif mais également d'autres formules contractuelles dès lors que l'objet du contrat correspond à une coopération économique. Aussi le concept d'externalisation administrative, du fait de son objet singulier irrigué d'une logique coopérative essentielle, offre-t-il un second souffle à la proposition doctrinale fréquemment avancée mais souvent refoulée d'une classification des outils contractuels en fonction de leur objet. Une classification qui permettrait d'éclairer plus facilement l'étendue du déploiement des instruments contractuels de l'externalisation administrative au domaine des concessions mais également au-delà.

Conclusion de section. L'action administrative apparaît au premier abord comme un bloc hétérogène d'activités et d'instruments juridiques divers et variés asservis à une finalité unique : la satisfaction de l'intérêt général. Elle se compose à la fois d'activités normatives et matérielles plus ou moins liées à l'exercice de la puissance publique. En amont, elle regroupe également, d'une part, l'ensemble des activités d'intérêt général prises en charge, directement ou indirectement, par une personne publique qui en définit le cadre. En aval, son accomplissement n'échappe pas, d'autre part, à ce constat de complexité s'exprimant alors à travers la palette fournie d'outils mis à leur disposition pour y parvenir. Avant même d'aborder cette question des instruments, le concept d'externalisation administrative implique une mise au clair des divergences entre les deux dimensions de la compétence. Il a pu être démontré en l'occurrence que seules les activités matérielles détachables de l'exercice de la puissance publique peuvent en principe faire l'objet de se mise en œuvre dans une logique de coopération pour l'accomplissement des compétences. Aussi est-il possible de déceler ici les prémisses de son déploiement dans la réalisation des activités matérielles d'intérêt général dans toute la diversité qui les caractérise. Se pose alors la question, dans un second temps, de l'appréhension de son déploiement dans le champ des instruments de l'action administrative. Là réside également le défi de la délimitation des contours de l'externalisation administrative, mais aussi les ferments des conditions de son opérationnalité en droit positif. Car ce n'est qu'au prix d'une recherche d'harmonie de cette action qu'elle apparaît, et, avec elle, une lecture unifiée et simplifiée de l'action publique ouvrant la voie à une identification précise des manifestations de l'externalisation en droit administratif parmi les diverses modalités et les multiples instruments juridiques de l'action administrative. Ainsi le concept d'externalisation administrative renvoie-t-il à l'analyse de l'objet du contrat, et, au-delà, des

actes administratifs¹²³⁵ qui en permettraient l'expression juridique afin d'en déduire l'étendue de son déploiement. Une prise en compte d'un objet singulier animé essentiellement d'une logique coopérative qui se confirme par l'examen des critères de l'externalisation administrative.

¹²³⁵ Évoquant la réflexion engagée auparavant par Philippe Cossalter, Laure Marcus rappelle effectivement que « la définition de la notion de délégation d'activité publique à partir d'un critère unique, l'objet de l'acte, conduit M. Cossalter à ne pas tenir compte de sa nature, contractuelle ou unilatérale » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 482. Ce dernier concluait d'ailleurs la démonstration de sa première partie par l'affirmation selon laquelle la délégation d'activité publique recouvre « l'ensemble des actes, contractuels ou unilatéraux, par lesquels une collectivité publique confie à un tiers avec lequel elle n'est engagée dans aucun rapport de subordination ou de coopération, le financement et la réalisation de prestations de travaux et de services constituant une activité publique, contre rémunération » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 429.

Section 2 : Un déploiement déduit des critères de l'externalisation administrative

292.L'unité des instruments de l'externalisation à l'aune de son objet coopératif. Une fois déblayé le champ de l'externalisation administrative à partir de la prise en compte de son objet, il apparaît que la mise en œuvre de ce concept se déploie bien au-delà des limites d'un domaine circonscrit tel que le service public, la police administrative ou encore la gestion des biens publics. Concept transdisciplinaire, il se présente donc également comme un concept transversal en droit administratif dans la mesure où son identification révèle un déploiement au sein de l'action administrative dans son ensemble. Nonobstant une restriction préalablement justifiée par l'indisponibilité stricte de la compétence normative, l'externalisation administrative concerne peu ou prou tous les secteurs de l'intervention publique. Il est cependant possible d'en conserver une vision unitaire dès lors que chacune de ses manifestations implique que soit justement saisi son objet ; c'est-à-dire l'instauration d'une relation de coopération aux fins de la réalisation par une personne distincte d'une activité matérielle relevant de la compétence d'une autorité administrative déterminée. Il convient alors de poursuivre dans cette voie afin de déterminer concrètement les instruments juridiques qui seraient susceptibles de permettre la concrétisation de la mise en œuvre d'une telle stratégie en droit administratif. Il a pu être observé précédemment que l'objet singulier de l'externalisation administrative avait d'ailleurs une incidence non négligeable sur la perception, à tout le moins théorique, des instruments de l'action administrative¹²³⁶. Appelé à devenir un élément central dans l'analyse des actes administratifs, l'objet offre en l'occurrence la possibilité d'une clarification considérable des outils juridiques disponibles dans le cadre de l'intervention des personnes publiques. Il l'est d'autant plus que la prise en compte des apports des sciences économiques, ou plus sûrement encore du droit civil, encourage sa consécration. Il permet alors notamment de reporter sur l'étude des actes juridiques la volonté de ceux qui les produisent ainsi que la finalité économique qu'ils poursuivent. Or les réflexions relatives à l'évolution des modes de gouvernance de l'économie ont mis au jour l'importance croissante de la logique coopérative, rendant *de facto* indispensable la reconnaissance de son expression juridique en droit civil comme en droit administratif. Dans la mesure où c'est justement à la détermination de celle-ci que conduit

¹²³⁶ Une perception qui trouve d'ailleurs un certain écho à la fois dans les transformations récentes et susceptibles d'advenir du droit positif, et dans les discours sur le droit élaborés par la doctrine. Il permet en l'occurrence de dépasser certains clivages traditionnels entre les actes administratifs ou au sein des diverses formes de concessions, ou encore d'appréhender sous un angle sensiblement différent certaines classifications pourtant admises de longue date.

l'identification des manifestations du concept d'externalisation administrative, l'appréhension de son objet singulier marqué par la logique coopérative s'impose en tant que facteur de cohérence de l'ensemble de ses instruments juridiques.

La démonstration menée tout au long de la partie précédente a également conduit à déduire de cet objet particulier trois critères, propres à faciliter la caractérisation du concept d'externalisation administrative. Ainsi le déploiement de celui-ci peut-il aussi bien être déduit de l'examen de ces derniers qu'induit des incidences de celui-là. D'autant qu'un tel objet appose son empreinte sur chacun des critères dans la mesure où, s'il traduit l'opération économique par laquelle une personne publique autorise une autre personne à participer de façon coopérative à la réalisation de sa compétence, ces critères découlent chacun d'un élément de cette opération. Alors que le critère organique impose la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, le critère fonctionnel repose quant à lui sur l'existence d'une habilitation à « faire agir » produite par l'autorité administrative au bénéfice de son partenaire, et le critère matériel¹²³⁷ sur l'importance centrale de la notion d'obligation dans l'élaboration et l'organisation de cette relation de coopération. L'approche ici adoptée implique néanmoins à ce stade de l'analyse de n'envisager que les critères organique et fonctionnel. Il s'agit en l'occurrence de parvenir à confirmer l'hypothèse d'un déploiement transversal de l'externalisation administrative présentant une unité certaine que l'examen de son objet a permis de suggérer. Pour ce faire, il convient de confronter les intuitions déduites de l'étude de cet objet¹²³⁸ aux exigences tirées de chacun de ces deux critères. Ce n'est qu'à l'issue de ce travail de sélection qu'il sera possible de dresser plus finement encore le tableau concret des manifestations juridiques de l'externalisation administrative en droit positif. Alors qu'il a déjà pu être proposé que certains outils traditionnels soient intégrés à ce champ instrumental, il est désormais temps de le confirmer et de détailler plus profondément le contenu de ce dernier au-delà des suggestions déjà faites dans la mesure où l'expression de l'externalisation administrative ne saurait en effet se réduire au contrat de concession sous peine de réduire à néant l'intérêt de promouvoir ce concept. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que son attrait relève également de l'unité même qui relie ces instruments juridiques différents grâce à leur objet commun. Il offre effectivement une vision systématique de

¹²³⁷ Bien que ce dernier soit plus profondément examiné dans le prochain Titre, il convient de l'évoquer ici brièvement avant de s'intéresser plus avant aux deux autres. Il participe en effet, au même titre que l'objet, à l'unité du champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative dès lors qu'il permet d'y associer aussi bien les actes unilatéraux que les actes contractuels, les uns comme les autres reposant indifféremment sur un lien obligationnel.

¹²³⁸ Et de ses répercussions sur les instruments juridiques propres à la mise en œuvre de l'action administrative.

l'intervention des personnes publiques dans un contexte marqué par l'émergence de la nouvelle gestion publique et de l'État-manager.

La réforme de l'État entreprise par vagues successives depuis la seconde moitié du XX^e siècle a effectivement donné naissance à de nombreuses modalités d'organisation de l'action administrative, brouillant ainsi un paysage qui, déjà, ne brillait pas par sa clarté. L'essai offert par Xavier Bezançon donne d'ailleurs un aperçu flagrant de ce « maelstrom » à travers l'histoire de la délégation de missions publiques, laquelle laisse entrevoir sans difficultés la multiplication ininterrompue des outils à disposition des autorités administratives au gré des évolutions de la société et des progrès techniques et scientifiques¹²³⁹. Aussi l'émergence de l'économie de marché a-t-elle profondément bouleversé leurs modes d'intervention, condamnés à changer sous peine de ne plus correspondre aux exigences nouvelles. Alors que Guylain Clamour démontrait en quoi la pérennité du droit public dépend désormais de sa faculté d'adaptation aux transformations de son environnement¹²⁴⁰, Philippe Cossalter précisait davantage encore l'impact des théories économiques sur la transposition de ces acclimations nécessaires aux préceptes du dogme libéral dominant¹²⁴¹. Ainsi les instruments

¹²³⁹ Il ajoutait en outre, rejoint en cela par Guylain Clamour et Philippe Cossalter, que les mutations économiques n'ont pas non plus laissé de marbre les personnes publiques et leurs modes de gestion. Au point d'ailleurs que l'histoire le conduisait à « examiner l'instabilité fort ancienne des modes de gestion et des « modes », régimes et formes juridiques, des contrats publics des origines historiques connues jusqu'à l'avènement de la cinquième République » : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, p. 253. Il soulignait également pour la période la plus récente de son étude que la conception du mode de gestion public « va beaucoup évoluer. Les contrats publics vont exprimer, ce qui est nouveau, un véritable choix entre la régie et la délégation, cette dernière n'étant pas naturelle comme au cours des époques précédentes » : BEZANÇON X., *op. cit.*, p. 381, conduisant peu à peu à une profonde « déstabilisation des concepts contractuels par l'évolution des modes de gestion depuis la seconde guerre mondiale » : BEZANÇON X., *op. cit.*, p. 429.

¹²⁴⁰ Il affirmait en effet que l'émergence des exigences concurrentielles en tant que préoccupation d'intérêt général engageait les personnes publiques à harmoniser leurs attitudes et leurs comportements à l'émergence d'une économie de marché de laquelle elles ne pouvaient plus s'extraire. Elles devaient notamment envisager de redéployer les modalités de leurs interventions « laissant ainsi apparaître une rénovation de la puissance publique » concomitamment à « une banalisation des personnes publiques, en qualité d'opérateurs, dans l'économie permettant d'envisager un principe de libre concurrence entre opérateurs publics et privés » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 447 et 448.

¹²⁴¹ Philippe Cossalter rappelait en effet que « la théorie des coûts de transaction permet à cet égard de nourrir la réflexion sur les similitudes pouvant exister entre gestion directe et délégations d'activités publiques. Dans son analyse des formes organisationnelles de la firme, Oliver Williamson établit une gradation, déjà évoquée, entre les formes organisationnelles. Entre la hiérarchie (la régie) et le marché viennent s'intercaler les formes hybrides ayant pour support des contrats relationnels » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 585. Aussi concluait-il alors que « les délégations d'activités publiques sont des contrats relationnels, qui s'opposent aux contrats transactionnels ayant pour paradigme l'accord discret ». Il poursuivait même en soulignant que « la distinction entre contrats classiques et contrats relationnels illustre les différences fondamentales de régime entre marchés publics et délégations d'activités publiques » : COSSALTER Ph., *op. cit.*, p. 586.

juridiques de l'intervention des personnes publiques se répartissent-ils autant au sein de l'administration que sur le marché, ou encore entre les deux, en écho aux trois modes de gouvernance évoqués par Oliver Williamson. Le concept d'externalisation administrative facilite alors dans une telle configuration l'action publique l'appréhension, par le discours sur le droit, des transformations de la posture des personnes publiques confrontées au développement de l'économie de marché, au rayonnement de l'idéologie néolibérale et à l'avènement d'une certaine forme d'impuissance publique dans le cadre d'un État-providence vieillissant, si ce n'est déjà failli. Aussi convient-il d'en tirer toutes les utilités par l'établissement d'un inventaire ordonné des multiples instruments juridiques de l'externalisation administrative qui permettra de dresser le « portrait-robot » de l'intervention publique post-moderne ; c'est-à-dire de la boîte à outil de la personne publique manager.

Annnonce de plan. Il est en effet possible de déceler dans l'action administrative une tendance à l'instauration de relations de coopération entre personnes publiques ou entre personnes publiques et privées aux moyens d'instruments juridiques classiques dont seul l'objet traduit finalement expressément ces mutations, lesquelles se retrouvent *in fine* dans le contenu obligationnel de l'acte. Il est alors adéquat de proposer une présentation des instruments juridiques de la coopération sur laquelle il s'agira de s'appuyer pour délayer par la suite sa structure obligationnelle singulière ; c'est-à-dire celle de la coopération en droit administratif en tant que « troisième voie » de l'action administrative. Ainsi convient-il d'identifier les modalités de l'organisation administrative interne, instruments juridiques hors marché (§1), et celles de l'organisation administrative externe, instruments juridiques dans le marché (§2), qui manifestent tout autant, si ce n'est plus, une nouvelle « *identité administrative* »¹²⁴² dont l'externalisation constitue la figure de proue.

§1 : Identification de l'externalisation parmi les instruments juridiques hors marché

293. Un déploiement symptomatique d'une nouvelle « *identité administrative* ». Alors que le discours contemporain sur le droit appréhende désormais l'ensemble des « *moyens qu'emploie la doctrine des publicistes pour penser – ou de pas le faire – la question de l'organisation administrative (...) comme relevant d'une seule et même identité administrative* », l'examen de cette organisation se doit d'intégrer les instruments de

¹²⁴² CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 151.

l'externalisation dont l'identification renseigne des évolutions de « *l'identité administrative* »¹²⁴³ telle qu'elle semble être renouvelée par l'inspiration apportée par les préceptes du *New Public Management*¹²⁴⁴. Les transformations contemporaines du droit administratif révèlent en effet l'émergence d'un cadre rénové issu de l'adoption par l'État d'une posture managériale. Ainsi faut-il aborder dans un premier temps, afin d'appréhender au mieux le déploiement concret de l'externalisation administrative, la mutation de l'organisation interne de l'administration à l'aune de cette nouvelle « *identité administrative* »¹²⁴⁵ dont il s'agit de présenter les linéaments afin de guider par la suite la présentation de son contenu¹²⁴⁶. Plus précisément encore, l'examen de l'organisation interne de l'administration invite à prendre en compte et à s'enrichir des apports venus de disciplines extra-juridiques telles que le management ou la sociologie des organisations, afin d'exposer plus clairement les enjeux qui la tiraillent autant que les règles qui en déterminent l'agencement. Or, quelle que soit l'approche retenue, s'impose toujours un élément invariant, à savoir celui d'une double division dictant l'orientation générale de cette organisation : celle d'une division fonctionnelle et d'une division territoriale, en vertu de laquelle s'opère une répartition stricte des tâches entre les personnes publiques évoquée précédemment¹²⁴⁷. Il semble toutefois aujourd'hui possible de nuancer, si ce n'est de remettre en cause, cette domination de l'organisation décentralisée sur l'identité administrative française et ce aux fins

¹²⁴³ CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 150.

¹²⁴⁴ Jacques Caillosse rappelle d'ailleurs que, face à la complexité croissante de cette organisation, toute présentation de l'administration engage nécessairement à une réflexion sur cette identité¹²⁴⁴ dès lors qu'elle expose les principes généraux qui y président. Alors que la présentation de l'organisation administrative suscite une « *réflexion, aussi implicite soit-elle, sur l'identité de ce que l'on désigne du nom d'« administration(s) »* », Jacques Caillosse insiste sur « *cette nécessité méthodologique : décrire les institutions administratives n'est jamais une activité innocente ; la représentation qu'on en donne est toujours le résultat d'un cadrage préalable, si par ce terme on entend tout à la fois des découpages et des montages intellectuels* » : CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 150 et 151.

¹²⁴⁵ Jacques Caillosse affirme effectivement qu'il est nécessaire, « *pour appréhender les principes de l'organisation administrative, (de) réinscrire cette dernière dans la réalité de son fonctionnement* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 151.

¹²⁴⁶ Il ajoute également que « *les règles de droit et autres principes juridiques trouvent en effet leur sens en situation, c'est-à-dire sur un terrain administratif où agissent des principes d'organisation qui finissent par trouver leurs propres mises en forme juridique* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 153.

¹²⁴⁷ Une orientation inscrite au fronton même de la V^e République dans la mesure où il y est affirmé que « *son organisation est décentralisée* » (Article 1^{er} de la Constitution). La pensée développée par Maurice Hauriou présentait d'ailleurs déjà la décentralisation comme « *une manière d'être de l'État* » (FOURNIÉ Fr., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 245, 2005, p. 87) tout autant que comme une relation entretenue entre ce dernier et « *un autrui par rapport à l'État* » (FOURNIÉ Fr., *op. cit.*, p. 318). Résumant l'œuvre de ce dernier sur cette question, Lucien Sfez affirmait, telle une sentence irrévocable, qu'« *est décentralisation tout phénomène consistant à répartir le pouvoir à la périphérie, quelle que soit cette périphérie* » : SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 71, 1966, p. 119.

notamment de promouvoir l'organisation externalisée qui en serait une forme d'avatar au temps du management mais qui ne saurait en aucun cas être confondue avec elle.

La période contemporaine se singularise d'ailleurs sur cette question par l'apparition d'une certaine rupture avec la traditionnelle opposition entre l'idéologie jacobine et l'idéologie girondine¹²⁴⁸. C'est alors au travers des questionnements nombreux sur le rôle de l'État et des personnes publiques qu'est apparue progressivement une voie médiane entre ces deux courants de philosophie politique en accord avec la reconnaissance d'un passage de la modernité à la post-modernité¹²⁴⁹. Hyppolyte Taine concevait en l'occurrence l'émergence de la France contemporaine à travers un rôle subsidiaire de l'État résumé dans la maxime selon laquelle « *il doit prendre garde d'abdiquer et prendre garde d'usurper* »¹²⁵⁰ dès lors que son intervention « *coûte un quart de plus et rapporte un quart de moins que si elle est conduite par un particulier* »¹²⁵¹. La notion de subsidiarité a ainsi peu à peu trouvé une place dans les débats relatifs à la répartition des compétences entre les autorités administratives, ainsi qu'entre la sphère publique et la sphère privée¹²⁵², et, par là, a pu contribuer à une modification des conceptions traditionnelles de l'organisation administrative. C'est d'ailleurs à ce titre que la subsidiarité fut présentée par Jean-Marie Pontier comme un élément d'architecture « *à côté de ces arcs-boutants et piliers que sont le principe de légalité, le principe de responsabilité* », et au même titre que ces « *astragales, claveaux, modillons dont la présence n'est pas immédiatement perceptible à l'œil, mais qui sont indispensables à l'édifices* »¹²⁵³ du droit administratif¹²⁵⁴. Ainsi la mise en œuvre de ce principe influence-t-elle

¹²⁴⁸ Alors que la première encourageait depuis la Révolution française à l'instauration d'une organisation centralisée du pouvoir politique, la seconde engageait à l'inverse à l'établissement d'une organisation fédérale prônant le développement des périphéries au détriment du centre bureaucratique.

¹²⁴⁹ Une voie médiane qui s'impose également comme « *une autre solution dans le combat entre l'État-providence et l'État libéral* » : DELSOL C., *L'État subsidiaire*, Archives Karéline, 2010, p. 11 (L'auteur précise alors que la notion de subsidiarité « *entend la difficulté de concilier la liberté d'autonomie et l'ordre juste* ») ; c'est-à-dire celle d'un État-manager monopolisant, dans le même esprit que celui de la République platonicienne, les talents de chacun au service de tous. Alexis de Tocqueville affirmait lui aussi que, « *conserver à l'individu le peu d'indépendance, de force, d'originalité qui lui restent ; le relever à côté de la société et le soutenir face à elle : tel me paraît être le premier objet du législateur dans l'âge où nous entrons* » : TOCQUEVILLE A. de, *De la démocratie en Amérique*, UGE, 1963, p. 367.

¹²⁵⁰ TAINÉ H., *Les origines de la France contemporaine*, vol. II, Robert Laffont, 1986, p. 569.

¹²⁵¹ TAINÉ H., *op. cit.*, p. 87.

¹²⁵² Aussi Chantal Delsol rappelle-t-elle que « *le principe ainsi défini vaut dans tous les domaines de la vie sociale où se pose un problème d'attribution des compétences. Il ne concerne pas seulement le rôle de l'État, mais le rôle de chaque autorité. N'importe quel groupe humain, à l'image de la société politique, peut intégrer l'idée de subsidiarité* » : DELSOL C., *op. cit.*, p. 209.

¹²⁵³ PONTIER J.-M., « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1515.

¹²⁵⁴ Il l'envisageait alors à part entière comme un « *principe, c'est-à-dire, ici, en tant qu'expression normative d'une certaine organisation, des rapports entre personnes* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 1519. Aussi est-ce en tant que tel qu'il le considérait comme incontournable à la compréhension de l'organisation administrative, et

logiquement l'organisation administrative et encourage la promotion d'instruments juridiques assurant une coopération des acteurs en fonction de leurs compétences propres et de leur domaine géographique d'intervention. Promoteur essentiel de la décentralisation, et ce notamment à travers la consécration de la liberté d'administration des collectivités territoriales et de la clause générale de compétence¹²⁵⁵, le principe de subsidiarité peut en effet influencer d'une autre façon l'organisation administrative jusqu'à conduire aujourd'hui à proposer une rénovation de l'identité administrative inspirant la « *réorganisation managériale de l'administration* »¹²⁵⁶.

Bien qu'elles puissent toutes être considérées comme des outils managériaux mis en œuvre dans le cadre de la réforme de l'État¹²⁵⁷, certaines modalités d'organisation administrative doivent en effet être distinguées et séparées du mouvement général de décentralisation qui guide depuis plus de trente ans les transformations de l'appareil public, que ce soit sous la forme territoriale ou fonctionnelle. Une distinction qui pourrait sembler superficielle tant l'organisation décentralisée et l'organisation externalisée paraissent toutes deux relever de l'idéologie de la subsidiarité. Une distinction qui passerait également pour artificielle sans l'emploi des critères organique et fonctionnel du concept d'externalisation administrative afin de concrétiser sur le terrain juridique cette rupture idéologique et théorique qu'il convient donc d'opérer entre la décentralisation et l'externalisation¹²⁵⁸. Ainsi est-il essentiel de

tout particulière de son organisation interne. Il précisait effectivement que « *s'il est un domaine d'application de la subsidiarité qui peut paraître privilégié en raison des origines de cette notion, c'est celui de l'organisation administrative* » : PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 1533. Et d'ajouter que, « *plus précisément, ce principe trouve à s'appliquer aux relations entre les organes centraux et les organes locaux, il commande, dans une mesure qui reste à vérifier, la décentralisation* ».

¹²⁵⁵ Formulée de façon à les autoriser « *à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* » : Article 72 de la Constitution.

¹²⁵⁶ CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 180.

¹²⁵⁷ Alors que Philippe Bezes soulignait de manière générale que les réformes de l'administration française accomplies depuis les années 1980 passaient notamment par un renforcement de la décentralisation et une « *réorganisation de l'État territorial (...) affichant le principe de subsidiarité et en défendant l'idée d'une plus grande autonomie des services* » : BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009, p. 459, Jean-David Dreyfus remarquait que « *dans le cadre de la réforme de l'État, plusieurs mouvements sont en cours : tout d'abord un réaménagement des relations entre l'administration et les usagers (...) aussi un volet interne, un processus de réorganisation des structures administratives qui vise à moderniser l'État* » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214 ;

¹²⁵⁸ Davantage que la décentralisation territoriale, la décentralisation fonctionnelle paraît d'ailleurs à ce point recouvrir l'externalisation que de nombreux éléments inviteraient à les confondre. Aussi Maurice Hauriou affirmait-il déjà que la décentralisation fonctionnelle reposait essentiellement sur l'application du principe de subsidiarité à une dimension fonctionnelle ; en d'autres termes, elle désignait les procédés par lesquels certaines fonctions étaient attribuées à des démembrements de l'État pour qu'ils les accomplissent (HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Sirey, 11^e éd., 1927, spéc. p. 245 et s). Ce n'est qu'au prix d'une analyse éclairée par les critères du concept d'externalisation administrative que leur séparation s'impose finalement. Et ce d'autant plus que cette forme de décentralisation semble avoir laissé le « champ libre » (voir sur ce point : EISENMANN Ch.,

parvenir à aménager ce faisant, au gré des instruments de l'action publique relevant de l'organisation administrative, une place à l'expression juridique de l'externalisation administrative. Une expression juridique qui s'intègre en particulier au fonctionnement interne de l'administration ; c'est-à-dire en dehors du champ des exigences de publicité et de mise en concurrence inhérentes au marché. Alors même qu'il comparait le droit administratif de son siècle « à ces cathédrales qui commencent à s'élever au XIII^e siècle, œuvre comme elles de la foi, d'une foi et de la raison »¹²⁵⁹, Jean-Marie Pontier s'intéressait notamment à un élément particulier de cette architecture : le principe de subsidiarité. Aujourd'hui encore ce principe demeure essentiel dans la détermination de l'organisation administrative interne. Mais il semble également devoir refléter une certaine évolution de l'identité administrative contemporaine au temps de l'émergence d'un État-manager désormais inséré à part entière dans une économie de marché installée. Aussi le concept d'externalisation administrative manifeste-t-il à travers les critères qui le caractérisent un changement de style et d'époque de l'organisation administrative comme la forme des arcs manifestait le passage de l'art roman à l'art gothique. Il convient donc dans un premier temps de procéder au moyen des critères organique et fonctionnel à l'exclusion logique des instruments traditionnels de l'organisation administrative interne (A), afin de présenter ensuite l'expression de l'externalisation à travers des instruments de coopération administrative interne (B).

A. L'exclusion des instruments traditionnels de l'organisation administrative interne

294. Une exclusion guidée par les critères organique et fonctionnel de l'externalisation.

Incarnation de l'État moderne et de l'administration française contemporaine, la décentralisation s'impose encore aujourd'hui comme l'un des arcs boutants de l'organisation administrative interne entendue comme l'agencement au sein de l'administration des pouvoirs et des compétences dont la réalisation donne corps à l'action administrative¹²⁶⁰. Elle est

Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale, LGDJ, 1948, spéc. p. 25 et s.) au déploiement de l'externalisation en demeurant « une simple affaire d'aménagement interne des corps administratifs » : BÉNOIT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 202.

¹²⁵⁹ PONTIER J.-M., *op. cit.*, p. 1515.

¹²⁶⁰ Ainsi Yves Gaudemet rappelle que l'un des points cardinaux de l'organisation administrative repose sur « le caractère des relations juridiques établies entre le pouvoir central d'une part et, d'autre part, la circonscription locale et les autorités qui la dirigent » : GAUDEMET Y., *Droit administratif*, LGDJ, coll. Manuel, 21^e éd., 2015, p. 201. Et, ajoute-t-il, « le droit français combine ici traditionnellement les deux techniques de la décentralisation et de la déconcentration ». Jacques Caillosse précise pour sa part que l'organisation administrative régit notamment l'agencement des pouvoirs, des compétences, des tâches, des missions et des fonctions que chaque structure administrative devra accomplir. Ainsi encadre-t-elle cet « agencement de structures qui ont été conçues et organisées en vue d'accomplir les fonctions administratives de l'État » :

initialement apparue comme un correctif nécessaire à apporter à la centralisation excessive du modèle bureaucratique français, principal vestige selon Alexis de Tocqueville de l'Ancien Régime¹²⁶¹, par l'application d'une certaine dose de subsidiarité « *impliquant une répartition naturelle des pouvoirs, entre l'échelon inférieur auquel revient une compétence naturelle pour toutes les affaires les plus géographiquement proches* »¹²⁶². Ainsi constitue-t-elle bien, à part entière, une modalité d'organisation interne de l'administration dès lors qu'elle contribue à répartir entre diverses autorités les pouvoirs et compétences indispensables à l'encadrement de la vie en société, à la conduite des individus et à la satisfaction de l'intérêt général¹²⁶³. Elle l'est d'ailleurs à tel point qu'elle entraîne dans son sillage, par l'autonomie qu'elle promeut au bénéfice de chaque collectivité, d'autres modes d'organisation contingents auxquels elles peuvent chacune décider au non de recourir, et qui s'inscrivent également dans ce sillon de la subsidiarité. Parmi ceux-ci, l'auto-prestation, ou « internalisation » de la prestation, apparaît par exemple comme un instrument de gestion des ressources consistant pour les personnes publiques à employer leurs propres services pour la satisfaction de besoins nécessaires à la bonne marche de l'administration¹²⁶⁴. Or, une telle modalité d'organisation de l'action administrative, inspirée du mode de gouvernance de l'économie par la firme, s'oppose frontalement à la logique de l'externalisation consistant justement à confier ces fonctions supports à d'autres personnes afin de décharger des services et de monopoliser leurs ressources et leurs moyens pour la réalisation d'activités relevant du « cœur de métier » des autorités publiques. Une contradiction qui paraît moins évidente entre l'externalisation et la

CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 159. La doctrine la considère d'ailleurs en tant que « *système d'organisation d'un pays dans lequel l'État n'est pas la seule personne à qui il incombe de prendre les décisions publiques nécessaires à l'administration du pays et à la vie sociale* » : MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Institutions administratives*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2015, p. 199.

¹²⁶¹ « *Je veux bien que la centralisation soit une belle conquête, je consens à ce que l'Europe nous l'envie, mais je soutiens que ce n'est point une conquête de la Révolution. C'est, au contraire, un produit de l'ancien régime, et, j'ajouterai, la seule portion de la constitution politique de l'ancien régime qui ait survécu à la Révolution* » : TOCQUEVILLE A. de, *L'Ancien régime et la Révolution*, Michel Lévy frères, 1856, p. 49.

¹²⁶² PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 285.

¹²⁶³ Ainsi est-il également admis qu'elle s'apparente à « *une modalité d'exercice de l'autorité à l'intérieur du système administratif* » : GUETTIER Ch., *Institutions administratives*, Dalloz, coll. Cours dalloz, 6^e éd., 2015, p. 245. Jacques Caillosse ajoute en outre que « *c'est dans la mise en opposition des notions de décentralisation et de déconcentration que se trouvent les bases d'une théorie juridique de l'organisation territoriale de l'administration* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 167.

¹²⁶⁴ Voir sur ce point : CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec. p. 280, et plus récemment : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505. Jean-Marc Sauvé rappelle d'ailleurs qu'il n'existe aucun obstacle à ce que « *les personnes publiques décident d'exercer elles-mêmes des prestations de nature économique, dès lors qu'elles le font exclusivement pour satisfaire les besoins découlant des missions qui leur sont confiées – et alors même que la décision d'internaliser ces prestations est susceptible d'affecter les activités privées de même nature* » : SAUVÉ J.-M., « Libérer, sécuriser et optimiser l'action économique des personnes publiques », Allocution du 30 juin 2015, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, p. 3.

décentralisation, bien au contraire, mais qui mérite tout autant d'être évaluée à l'aune des critères organique et fonctionnel.

L'exclusion de modalités traditionnelles de l'organisation administrative interne, telles que la décentralisation ou l'auto-prestation, du champ des instruments de l'externalisation administrative repose par conséquent sur leur confrontation avec ses critères organique et fonctionnel. Il apparaît en effet évident que, dès lors qu'ils ne correspondent ni l'un ni l'autre aux caractéristiques de ces modes d'agencement et de réalisation des compétences des personnes publiques, ils doivent nécessairement en être évincés. Aussi convient-il de rappeler brièvement le sens et la portée de ces deux critères avant de tâcher d'expliquer en quoi ils conduisent de la sorte à justifier la dissociation de l'externalisation administrative à la fois de la décentralisation et de l'internalisation. Intrinsèquement liés à l'objet singulier de ce concept animé d'une logique coopérative, tous deux retranscrivent chacun en droit administratif une spécificité inhérente à la transposition de l'externalisation dans la sphère administrative. Le critère organique d'une part, impose la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, dont l'une au moins est une personne publique disposant d'un titre de compétence, dans toute relation d'externalisation administrative¹²⁶⁵. Le critère fonctionnel d'autre part, repose quant à lui sur l'existence d'une norme d'habilitation à faire agir par laquelle une autorité administrative confie la réalisation d'une de ses compétences matérielles à une personne distincte en conservant néanmoins la titularité du titre à agir primaire et, conséquemment, en exerçant un certain contrôle sur l'intervention de son partenaire¹²⁶⁶. L'un comme l'autre, ces deux critères manifestent les particularismes d'un concept que la transposition en droit administratif rend singulier autant à l'égard de la notion originelle qu'à l'égard d'autres notions et outils traditionnels de l'action administrative. Il s'agit donc d'exclure du champ de l'externalisation administrative les instruments juridiques qui, à l'issue

¹²⁶⁵ Cela ne saura évidemment surprendre dans la mesure où son objet consiste pour une autorité administrative à confier à une autre personne la réalisation d'une compétence matérielle. De plus, animé d'une logique coopérative, tout instrument juridique de l'externalisation administrative repose essentiellement sur l'instauration d'une relation de coopération, laquelle implique toujours une pluralité d'acteurs. S'il est en effet très délicat de coopérer avec soi-même, un argument étymologique vient renforcer cet argument de bon sens. Dérivé du latin *co-operare*, la coopération implique l'idée d'œuvrer avec quelqu'un, de travailler ensemble à la réalisation d'un but commun.

¹²⁶⁶ À l'instar du précédent, ce second critère s'inscrit parfaitement dans la tentative ici entreprise d'une traduction de l'externalisation en droit administratif dès lors que l'habilitation y constitue le ferment de la coopération à venir, et que le maintien de la compétence de l'autorité administrative relève d'une exigence propre au droit public, et plus précisément de l'acclimatation de cet outil stratégique au principe d'indisponibilité.

de cette confrontation, ne semblent pas en mesure de satisfaire à l'un ou à l'autre de ces critères, voire à aucun des deux.

Il convient donc de distinguer l'externalisation administrative de la décentralisation dans la mesure où cette dernière, en tant que modalité de répartition des compétences entre les autorités administratives repose sur un transfert de compétence de l'État au bénéfice des collectivités locales en contradiction avec le critère fonctionnel dès lors que ce dernier suppose le maintien de la compétence de l'autorité administrative et l'édiction d'une habilitation à faire agir de la part de celle-ci. De même est-il possible de confirmer la divergence de l'externalisation et de l'internalisation sur le terrain du droit administratif alors que celle-ci ne remplit pas du tout les conditions imposées par le critère organique dans la mesure où l'auto-prestation implique nécessairement une réalisation interne de sa compétence par la personne publique ; c'est-à-dire par ses propres moyens sans qu'aucune relation juridique ne soit établie avec une personne juridique distincte. S'ils ont tous en commun de constituer une modalité d'organisation interne de l'administration en contribuant à promouvoir une logique singulière pour une réalisation toujours plus efficace de l'action administrative, chacun de ces instruments juridiques doit être scrupuleusement distingué et dissocié des autres en ce que, justement, ils révèlent *in fine* la mise en œuvre de stratégies différentes¹²⁶⁷. L'émergence d'une posture managériale récemment adoptée par les personnes publiques n'est par conséquent pas sans incidence sur les modalités d'organisation interne de l'administration. Si les instruments traditionnels perdurent évidemment, ils s'accompagnent néanmoins d'instruments nouveaux qu'il s'agit de bien dissocier¹²⁶⁸. Parmi ces modalités originales, l'externalisation administrative figure au premier plan et appelle une identification précise des instruments qui en permettent l'expression juridique. Pour ce faire, il apparaît indispensable de procéder tout d'abord négativement par l'exclusion de ceux qui ne participent pas de l'expression de cette identité nouvelle. Leur confrontation avec les critères propres à ce concept est d'ailleurs enrichissante sur ce point. Alors que la prise en compte du

¹²⁶⁷ Une telle exclusion conjointe de la décentralisation et de l'auto-prestation du champ que recouvre l'externalisation administrative permet donc de préciser encore davantage la nouvelle identité managériale de l'administration que ce concept traduit dans le sillon de la volonté aujourd'hui affirmée de « *faire advenir un État managérial* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 180. Et l'auteur de préciser alors par exemple que « *la LOLF et la RGPP agissent comme si les administrations publiques devaient répondre aux mêmes exigences que des entreprises opérant sur des marchés concurrentiels* », ouvrant ainsi une voie à la transposition des instruments stratégiques employés par ces dernières, telle que l'externalisation.

¹²⁶⁸ Aussi apparaît-il alors nécessaire de dessiner les contours de ces derniers dès lors que, « *informée par l'imaginaire managérial, la modernisation de l'État change de trajectoire : l'action publique cesse de pouvoir être pensée à partir des institutions existantes* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 181.

critère fonctionnel de l'externalisation administrative conduit à l'éviction de la décentralisation, laquelle est fondée sur un transfert de compétence et non sur une habilitation à « faire agir » (1), celle du critère organique conduit à celle de l'auto-prestation dans la mesure où elle implique une réalisation interne de la compétence sans l'intervention d'une personne juridique distincte de l'autorité administrative compétente (2).

1. L'éviction de la décentralisation fondée sur un transfert de la compétence

295.L'incompatibilité fonctionnelle du mécanisme juridique de la décentralisation. Alors que leurs logiques, irriguées toutes deux par le principe de subsidiarité, incitent à admettre leur convergence sur le plan organique¹²⁶⁹, leur dissociation relève principalement de la divergence fonctionnelle du mécanisme juridique sur lequel elles s'appuient. Tout repose en effet à titre principal, en matière de décentralisation, sur le mécanisme du transfert de compétences à l'issue duquel il est permis « à la personne décentralisée d'exercer plus librement qu'auparavant les compétences transférés »¹²⁷⁰. Alors qu'il confirme la compatibilité indiscutable de l'externalisation et de la décentralisation eu égard au critère organique¹²⁷¹, ce mécanisme fondamental impose cependant leur stricte dissociation en référence au critère fonctionnel. Du point de vue organique, l'organisation administrative décentralisée induit en l'occurrence une répartition des compétences entre l'État et les différentes collectivités territoriales reconnues et instaurées par le législateur ou la Constitution. L'un des éléments constitutifs de la décentralisation réside en outre dans la

¹²⁶⁹ Certains suggéraient en effet que la décentralisation pourrait avec le recul être appréhendée comme une forme d'externalisation appliquée à la sphère administrative, et plus particulièrement à l'organisation interne d'un État manager. Yves Mény affirmait par exemple que « la décentralisation n'est pas seulement garante de la liberté dans la démocratie, comme l'écrivait Tocqueville au XIX^e siècle ; elle est, assurent les managers du XX^e siècle, la condition première de la réussite économique et administrative » : MÉNY Y., *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 51, 1974, p. 22. Il ajoutait d'ailleurs que « le « management » pourrait être source de décentralisation et corrélativement de participation et de responsabilité » : MÉNY Y., *op. cit.*, p. 472.

¹²⁷⁰ TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2011, p. 95.

¹²⁷¹ Notons en l'occurrence que son irrigation par le principe de subsidiarité conduit une partie de la doctrine à appréhender la décentralisation comme une forme de coopération entre personnes publiques. Ainsi Arnaud Duranthon indique-t-il par exemple que les collectivités locales mettent de cette façon leur énergie et leurs ressources « au service d'une finalité qui ne trouve pas son origine première dans son seul effort rationnel, mais principalement dans une détermination reçue de l'extérieur » : DURANTHON A., *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2017, p. 180. Dans la même veine, Thiphaine Rombaults-Chabrol précise d'ailleurs que ce principe « s'étend bien au-delà d'un principe organique et son épanouissement fonctionnel » conduit à la considérer comme le ferment de la « liaison entre entités publiques agissant, le point de rencontre entre des intérêts parfois divergents » au service d'un intérêt général commun : ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016, p. 116. Animée ainsi d'une logique de coopération, la décentralisation serait donc au moins organiquement compatible avec l'externalisation administrative.

consécration, par le droit positif, d'autres personnes morales de droit public que l'État¹²⁷², et ce, qu'il s'agisse de personnes publiques corporatives ou fondatives. Alors qu'elle se définit ainsi à partir d'« *un transfert de compétences d'une personne ayant une compétence générale à une personne morale ayant une compétence spéciale* »¹²⁷³, l'assimilation de l'externalisation administrative et de la décentralisation sur le terrain organique paraît par conséquent difficilement réfutable. Cette définition contient toutefois le germe de leur dissociation sur le terrain fonctionnel dans la mesure où la décentralisation consiste effectivement en un transfert de compétences quand l'externalisation administrative impose au contraire le maintien de la compétence au profit de son détenteur initial qui en confie seulement au moyen d'une habilitation la réalisation à une personne distincte sur laquelle elle exerce en conséquence un certain contrôle et qui ne dispose jamais d'un titre à agir de façon autonome. Aussi un examen plus approfondi de ce mécanisme de transfert au cœur de l'organisation administrative décentralisée achève-t-il de convaincre de l'inéluctabilité de son exclusion du champ de l'externalisation administrative.

Il est en effet généralement admis que « *la décentralisation résulte de l'apparition d'une multiplicité de personnes morales de droit public qui concourent toutes à l'administration par leurs décisions* »¹²⁷⁴. Encore faut-il déterminer les limites de leur participation à la satisfaction de l'intérêt général, lesquelles découlent de la répartition des compétences aménagée par le droit objectif et retranscrite par le droit positif. C'est sur ce point particulier et essentiel que le mécanisme du transfert de compétences intervient pour préciser l'étendue de la sphère d'action de chaque collectivité territoriale agissant indépendamment dans le cadre de l'action administrative. Qu'elle soit alors territoriale ou fonctionnelle, la décentralisation induit toujours une répartition de compétences selon des critères géographiques¹²⁷⁵ ou liés à la

¹²⁷² Yves Gaudemet indique effectivement que figure parmi « *les éléments constitutifs de la décentralisation* », l'existence de personnes morales de droit public distinctes de l'État. Il affirme alors que, « *dans la technique juridique habituelle on exprime cette situation en disant que la collectivité décentralisée possède la personnalité morale* » : GAUDEMET Y., *Droit administratif*, LGDJ, coll. Manuel, 21^e éd., 2015, p. 203. Il rappelle en outre que « *la personnalité morale, qui, sur le plan juridique, consacre la décentralisation et qui a pour conséquence l'institution d'autorités administratives représentant la collectivité ou l'établissement décentralisé, est normalement conféré par la loi ou directement par la Constitution dans le cas des communes, des départements, des régions, des collectivités à statut particulier et des collectivités d'outre-mer* » : GAUDEMET Y., *op. cit.*, p. 204. Dominique Maillard Desgrées du Loû rappelle d'ailleurs qu'il y « *a juridiquement une décentralisation de l'administration dans un État dès qu'il y a une multiplicité de personnes morales fondées à intervenir en leur nom propre dans l'œuvre d'administration* » : MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Institutions administratives*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2015, p. 199.

¹²⁷³ TRUCHET D., *op. cit.*, p. 95.

¹²⁷⁴ MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *op. cit.*, p. 200 et 201.

¹²⁷⁵ En fonction notamment de la territorialisation de l'intérêt général et de la détermination de la population à satisfaire. L'organisation décentralisée de l'administration aboutit alors à l'instauration de « *personnes chargées*

détermination d'une tâche ponctuelle à effectuer¹²⁷⁶. L'une comme l'autre, ces deux formes de décentralisation engagent donc toujours un processus de transfert de compétences en vertu duquel l'autorité initialement compétente se dessaisit de son titre à agir au profit d'une autre personne juridique disposant d'une large autonomie dans sa mise en œuvre¹²⁷⁷ fondée notamment sur le principe de libre administration¹²⁷⁸. Il convient néanmoins d'indiquer plus clairement ce qu'il recouvre aux yeux de la doctrine afin de prendre la réelle mesure et la portée du transfert de compétences constitutif de l'organisation décentralisée de l'administration, et donc de préciser les conditions de sa dissociation eu égard à l'externalisation administrative. La théorie juridique de la décentralisation proposée par Jean-Bernard Auby apporte sur cette question un enrichissement conséquent et permet de spécifier cette modalité d'organisation interne de l'administration. Rappelant les réflexions menées en la matière par Charles Eisenmann¹²⁷⁹, il affirmait que la décentralisation supposait à la fois une structuration personnelle des compétences dans la mesure où chaque transfert facilite le rapprochement de leur exercice avec les populations bénéficiaires, ainsi qu'une forte autonomie des autorités locales¹²⁸⁰. Il persiste néanmoins une différence essentielle entre ces deux modes de gestion de l'action administrative eu égard au mécanisme juridique qui en favorise l'expression. Il s'avère effectivement que le mécanisme du transfert de compétences, et au-delà même la consécration par le droit positif de compétences propres à chaque collectivité en vertu de la répartition législative ou du principe de subsidiarité consacré par le Constitution, inscrit la décentralisation dans une démarche par laquelle les autorités locales s'émancipent de toute considération hiérarchique à l'égard du pouvoir central¹²⁸¹ et

d'assurer les besoins d'intérêt général les plus variés d'une collectivité humaine fixée sur un territoire » : MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *op. cit.*, p. 201.

¹²⁷⁶ Dans le cadre de la décentralisation, « certaines personnes publiques ne sont créées ou admises à administrer que pour remplir une fonction bien spécifique, pour l'accomplissement d'un service déterminé » : MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Ibid.*

¹²⁷⁷ Bertrand Faure rappelle d'ailleurs que le processus de décentralisation à l'œuvre de manière continue depuis le début des années 1980 ne saurait être appréhendé de manière réductrice comme « un simple réaménagement technique des compétences au sein de l'ordre administratif » dès lors que, d'une part, « une fonction administrative décentralisée dissociée de la fonction exécutive nationale prend consistance » et, d'autre part, car « la question des compétences décentralisées met en jeu l'existence concrète d'un pouvoir local » : FAURE B., *op. cit.*, p. 514.

¹²⁷⁸ Ce mécanisme s'appuie en outre sur deux articles de la Constitution qui l'évoquent explicitement. Alors que l'article 72-2 précise que « tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes », l'article 74 restreint pour sa part l'étendue des transferts au profit des collectivités ultramarines.

¹²⁷⁹ Cf., EISENMANN Ch., *Centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1948.

¹²⁸⁰ Ainsi relève-t-elle d'un « mode particulier de gestion des affaires administratives sur un registre proche du terrain », et ce, à l'instar de l'externalisation administrative : AUBY J.-B., *La décentralisation et le droit*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2006, p. 129.

¹²⁸¹ Malgré l'existence de la tutelle, Charles Eisenmann soulignait d'ailleurs déjà que « la *summa divisio* entre centralisation et décentralisation est l'absence de relations hiérarchiques entre organes centraux et locaux » :

soumettent leur action exclusivement au strict respect de la légalité en dehors de tout lien de subordination.

Alors que le concept d'externalisation administrative repose sur l'édition d'une norme d'habilitation dérivée par laquelle une personne publique confie la réalisation d'une compétence matérielle à une autre personne, laquelle norme constitue l'un des éléments de son critère fonctionnel, la notion de décentralisation s'exprime, quant à elle, à travers le mécanisme du transfert de compétence en vertu duquel une personne publique transmet sa compétence à une autre personne publique dans les conditions fixées par la loi et la Constitution. Or, si les agissements des partenaires d'une autorité administrative dans le cadre de l'externalisation demeurent sous la maîtrise et le contrôle de cette dernière, l'intervention d'une autorité décentralisée bénéficie du principe de libre administration et agit donc avec une autonomie certaine à l'égard de la personne publique initialement compétente¹²⁸². Un autre signe de cette autonomie peut également être découvert en-dehors du mécanisme principal du transfert. Il convient en l'occurrence d'ajouter que, à défaut d'un transfert identifiable de compétences de l'État au bénéfice de collectivités territoriales, l'intervention de ces dernières demeure déterminée à l'aune d'un titre à agir dont elles disposent au vu de l'intérêt public local que peut présenter leur action¹²⁸³. Aussi la notion largement répandue de compétences locales invite-t-elle à envisager tout autant ce cas de figure aux fins de confirmer l'exclusion de la décentralisation du champ de l'externalisation administrative. Cette extension de la sphère d'intervention des collectivités territoriales repose en effet sur la notion de clause générale de compétence en vertu de laquelle certaines d'entre elles disposent d'un titre à agir général pour régler leurs affaires locales. Bien que cette notion de clause générale de compétence paraisse aujourd'hui partiellement dépassée par la notion d'intérêt public local, dont la réalité fonctionnelle permet l'habilitation à agir au-delà de ce qui est « *anticipé ou simplement décrit par des critères juridiques objectifs statiques* »¹²⁸⁴, il est toujours possible d'affirmer que l'intervention des collectivités territoriales sur ce fondement s'éloigne tout

THALINEAU J., *Essai sur la centralisation et la décentralisation. Réflexions à partir de la théorie de Charles Eisenmann*, thèse dact., Université François Rabelais – Tours, 1994, p. 167.

¹²⁸² Gérard Marcou affirmait d'ailleurs sur ce point que, « *à partir du moment où l'intérêt local forme la substance légitime de la libre administration des collectivités locales, la légitimité du contrôle de l'État se trouve réduite au respect du contrôle de légalité* » semblable pour tous les pans de l'action administrative : MARCOU G., « Avant-propos », in *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales d'aujourd'hui*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, p. 2.

¹²⁸³ François-Xavier Fort souligne en effet que « *les communes se sont vues reconnaître la possibilité d'agir au-delà de leurs limites (...). La notion d'intérêt local constitue la justification de la dérogation* » : FORT F.-X., « Observations sur la notion de compétence locale », *JCP A*, juin 2014, n° 26, étude 2200.

¹²⁸⁴ ROMBAUTS-CHABROL T., *op. cit.*, p. 149.

autant, si ce n'est plus, de l'intervention des partenaires de l'administration dans le cadre d'une relation d'externalisation. D'une part, car ce mécanisme s'apparente plus ou moins directement à celui d'un transfert de compétences implicite décidé à l'aune du principe de subsidiarité. D'autre part, parce qu'il traduit concrètement une différence nette avec l'externalisation administrative dans la mesure où la collectivité territoriale agissant de manière autonome sur ce fondement dispose toujours d'un titre à agir qui lui est propre¹²⁸⁵, alors même que le critère fonctionnel de l'externalisation administrative suppose à l'inverse que le partenaire de l'administration ne puisse disposer ni même se prévaloir d'un tel titre et agisse toujours sous le contrôle de l'autorité compétente qui conserve la maîtrise de son intervention. Il prévoit en effet exclusivement une habilitation de la part de la personne publique compétente qui autorise une autre personne à participer à l'accomplissement d'activités matérielles sans laquelle elle ne saurait intervenir.

296.L'exclusion fonctionnelle subséquente de la décentralisation. Dans la mesure où le critère fonctionnel de l'externalisation administrative prévoit bien que l'autorité administrative habilite une autre personne à agir pour la réalisation d'une compétence dont elle demeure toujours titulaire, il exclut donc strictement tout transfert de compétence par ailleurs proscrit en vertu du principe d'indisponibilité. Ainsi tout instrument juridique relevant d'une organisation administrative décentralisée doit-il être exclu du champ instrumental de l'externalisation administrative. En l'occurrence, il en va de la sorte aussi bien pour la décentralisation territoriale que pour la décentralisation fonctionnelle. Il aurait pu effectivement être envisagé, au regard du seul critère organique, d'assimiler la première à une forme d'externalisation de certaines fonctions de l'État à destination des collectivités territoriales¹²⁸⁶. Mais les développements précédents confirment leur exclusion eu égard à ce critère fonctionnel dans la mesure où elle implique toujours « *un transfert des compétences*

¹²⁸⁵ Qu'il s'agisse de la clause générale de compétences ou d'un motif lié à l'intérêt public local, il existe en effet « *une véritable vocation générale des collectivités territoriales à intervenir (...). Bien plus qu'une habilitation législative, la vocation générale des collectivités locales recèle le principe même d'une volonté collective, celle de la communauté humaine qu'elles personnifient (...), les personnes morales de droit public que sont les collectivités territoriales sont, par la même et nécessairement, légitimes à prendre en charge les besoins sociaux du groupe destinataire des normes qu'elles émettent* » : ROMBAUTS-CHABROL T., *op. cit.*, p. 157.

¹²⁸⁶ Non seulement parce que ce critère organique ne préjuge pas du statut public ou privé du partenaire de l'autorité administrative compétente, mais aussi parce que cette forme de décentralisation exprime une logique coopérative et managériale consistant à améliorer l'efficacité de l'action administrative. Jean-Bernard Auby soulignait d'ailleurs que « *la vision de la décentralisation comme un aménagement de l'appareil administratif est en somme de caractère instrumental. Elle repose essentiellement sur l'idée selon laquelle le secret de la décentralisation est dans la recherche de l'efficacité administrative* » : AUBY J.-B., *La décentralisation et le droit*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2006, p. 129.

d'auto-administration »¹²⁸⁷. Une telle confusion aurait également été possible s'agissant de la décentralisation fonctionnelle, mais elle doit tout autant être écartée pour des raisons similaires et ce, malgré une confusion en apparence plus difficile à lever. Davantage rapprochée d'une idéologie managériale proche de l'externalisation¹²⁸⁸, cette forme contestée¹²⁸⁹ de décentralisation présente en effet une certaine proximité avec l'outil stratégique étudié qui se retrouve dans sa mise en œuvre juridique mais achoppe toujours sur les exigences du critère fonctionnel¹²⁹⁰. Elle repose en effet toujours sur le mécanisme du transfert de compétence dans la mesure où l'établissement créé est titulaire de la compétence nécessaire tant qu'il est en charge des missions confiées¹²⁹¹.

Il convient toutefois de réserver le cas particulier des établissements publics considérés comme des entreprises publiques. Certes, la logique qui les anime relève-t-elle en partie de la décentralisation fonctionnelle, mais quelques éléments invitent néanmoins à les appréhender distinctement, et ainsi à envisager leur intégration au champ des instruments de l'externalisation administrative. Dès 1968, le rapport Nora suggérait effectivement que les entreprises publiques devaient être traitées différemment des établissements publics dans la mesure où leur secteur est « *voué au rendement, à l'efficacité, à la responsabilité* »¹²⁹². Une différenciation confirmée en outre quelques années plus tard dans son rapport annuel par la

¹²⁸⁷ GUETTIER Ch., *Institutions administratives*, Dalloz, coll. Cours dalloz, 6^e éd., 2015, p. 252.

¹²⁸⁸ Dominique Maillard Desgrées du Loû souligne par exemple que « *la décentralisation fonctionnelle répond à des préoccupations d'efficacité, de technique financière ou autre* » : MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Institutions administratives*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2015, p. 201.

¹²⁸⁹ Reprenant les arguments avancés par le passé par Charles Eisenmann ainsi que par René Chapus, Christophe Guettier rappelle en effet qu'une partie de la doctrine n'envisage pas la décentralisation fonctionnelle autrement que comme « *une technique de gestion administrative qui a comme seul point commun avec la véritable décentralisation l'octroi de la personnalité morale de droit public à certaines entités* » : GUETTIER Ch., *op. cit.*, p. 260.

¹²⁹⁰ Elle consiste pour une autorité administrative compétente à créer un établissement public doté de la personnalité juridique afin de lui confier la gestion de certaines tâches et fonctions (Christophe Guettier la résume d'ailleurs comme « *un procédé consistant à octroyer à certains services publics la qualité de personne publique (...). Elle répond donc d'abord à un souci d'efficacité : assurer une répartition aussi satisfaisante que possible des fonctions au sein de l'Administration* » : GUETTIER Ch., *op. cit.*, p. 259). Elle se rattache donc bien en cela à la décentralisation autant qu'à l'externalisation d'un point de vue organique.

¹²⁹¹ Précisons que, bien qu'autonome, il demeure néanmoins soumis à un certain contrôle par la collectivité territoriale de tutelle qui l'a créé. L'exemple le plus flagrant de décentralisation fonctionnelle réside encore aujourd'hui dans la personnification de nombreux services publics gérés par des établissements publics. Dotés de la personnalité juridique, ils disposent en effet dès leur création d'une compétence strictement déterminée en vertu de laquelle ils peuvent agir dans le cadre qu'il leur est imposé, en respect du principe de spécialité auquel ils sont soumis. Pour les mêmes raisons que la décentralisation territoriale, la décentralisation fonctionnelle doit donc également être exclue du champ de l'externalisation administrative.

¹²⁹² Rapport Nora, La documentation française, 1968, p. 29. Le législateur avait d'ailleurs déjà envisagé de consacrer cette spécificité dans un projet de loi portant statut des entreprises publiques en 1948. Il prévoyait notamment, à son article 1^{er} que « *l'entreprise publique est un organisme doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, auquel l'État transfère, au nom de la Nation, la propriété ou la gérance d'une exploitation commerciale et industrielle* ».

section du rapport et des études du Conseil d'État¹²⁹³. Aussi le critère organique de l'externalisation administrative est-il rempli dans la mesure où la qualification d'entreprise publique implique entre autres l'existence d'une personnalité juridique distincte. Malgré un déclin perceptible, l'établissement public compose d'ailleurs toujours une part significative de la « catégorie » des entreprises publiques¹²⁹⁴ aux côtés de la société de droit privé. Toutefois, alors que le rattachement au concept étudié est à priori évident s'agissant des secondes, il est pertinent de préciser plus avant les conditions d'un rapprochement similaire des premiers. Alors que les établissements publics issus d'une volonté de décentralisation fonctionnelle, notamment au niveau local, reposent sur le mécanisme du transfert de compétences, les établissements publics envisagés comme des entreprises publiques, essentiellement au niveau national, fonctionnent davantage dans le cadre d'une relation instaurée entre eux et une autorité administrative compétente. Aussi les entreprises publiques ne disposent-elles pas d'une compétence précise pour exercer une activité déterminée, mais plutôt d'une compétence pour intervenir dans un certain domaine le plus souvent en coopération avec une personne publique¹²⁹⁵. Stéphane Braconnier souligne d'ailleurs le positionnement intermédiaire des établissements publics envisagés dans cette configuration « *à la frontière de la gestion directe et de la gestion déléguée (...) dans lesquels la collectivité publique, tout en gardant un lien étroit avec l'activité dont elle a la charge, décide d'octroyer une certaine autonomie en créant une structure ad hoc* »¹²⁹⁶. Il insiste par ailleurs sur la nécessaire distinction à opérer

¹²⁹³ Le rapport public de 1971 considérait notamment que certains établissements publics devaient préférablement être envisagés comme des entreprises publiques : voir notamment : CE, *La réforme des établissements publics*, Rapport annuel, La documentation française, 1971, p. 71. Bien qu'il affirme cependant que la catégorie d'entreprise publique « *n'est pas d'essence juridique* » et recouvre en fin de compte de nombreuses qualifications ayant toute en commun l'exercice d'une activité industrielle et commerciale : CE, *Les établissements publics nationaux*, Rapport annuel, La documentation française, 1985, p. 35. Il précisait en outre que l'on « *y trouve aussi bien des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte, qui sont des personnes morales de droit privé, que des établissements publics industriels et commerciaux qui, par définition, sont des personnes morales de droit public et cela sans qu'on puisse toujours rendre compte des raisons qui ont fait que telle ou telle entreprise, lors de son entrée dans le secteur public, a été rangée d'un côté ou de l'autre* ». Une diversité par ailleurs reconnue par le droit positif depuis le décret du 22 octobre 1984 instituant le répertoire des entreprises publiques et en vertu duquel sont considérées comme tel toutes « *les personnes morales de droit français exerçant une activité industrielle ou commerciale* ».

¹²⁹⁴ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux indiquent en l'occurrence que l'établissement public industriel et commercial « *constitue le support juridique classique de l'entreprise publique, qui connaît un déclin très marqué dans la période contemporaine* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 698.

¹²⁹⁵ Ainsi par exemple l'établissement public SNCF peut-il être considéré comme une entreprise publique engagée avec l'État dans une relation d'externalisation instaurée par le législateur en ce qui concerne la gestion du transport ferroviaire de voyageurs et l'entretien du réseau ferré. La loi du 4 août 2014 dispose effectivement que « *l'établissement public national industriel et commercial dénommée « SNCF Mobilités » a pour objet* » l'exploitation d'activités de service public ainsi que la gestion des gares sans préciser nullement qu'il s'agit là d'un transfert de compétences mais plutôt d'une délégation législative de la réalisation d'activités d'intérêt général comme cela a pu être précédemment démontré.

¹²⁹⁶ BRACONNIER St., *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis droit, 2015, p. 334 et 335.

entre l'établissement public ainsi envisagé et la régie personnalisée relevant davantage de la décentralisation fonctionnelle.

L'éviction de la décentralisation fonctionnelle conduit également à envisager le cas particulier de la coopération intercommunale aux moyens de laquelle les collectivités territoriales peuvent mutualiser la réalisation de leurs compétences ¹²⁹⁷ et coopérer ainsi à l'accomplissement de leurs missions. Titulaires dans chacune de ces deux hypothèses de décentralisation d'une compétence générale ou spéciale attribuée par transfert ou au nom de la satisfaction de l'intérêt public local, les collectivités territoriales et leurs groupements n'agissent donc pas dans le cadre d'une relation d'externalisation mais bien plutôt sur le fondement d'un titre à agir propre qui leur est reconnu par le droit positif. Manifeste pour les personnes publiques corporatives telles que les communes, les départements ou les régions, l'exclusion du champ de l'externalisation administrative est encore plus riche d'enseignements s'agissant des établissements publics de coopération intercommunale dont la dénomination même pouvait porter à confusion. Bien qu'ils soient présentés comme les instruments juridiques d'une forme de coopération institutionnelle qui, sous bien des aspects, se rapprocherait de l'externalisation administrative, il est indispensable de les en distinguer. Premièrement parce qu'ils reposent également sur le mécanisme du transfert de compétence comme le précise l'article L. 5211-5-1 du code général des collectivités territoriales en vertu duquel « *les statuts d'un établissement public de coopération intercommunale mentionnent notamment : (...) g) Les compétences transférées à l'établissement* ». Deuxièmement car il est en conséquence discutable, à l'instar de la décentralisation territoriale, que la relation juridique organisée puisse être considérée comme faisant intervenir des personnes distinctes. Le transfert de compétences dont bénéficie tout établissement public de coopération intercommunale conduit effectivement à la disparition des autorités administratives initialement compétentes qui s'effacent derrière le groupement de mutualisation créé. Ce dernier agit dès lors en son nom propre, poursuivant exclusivement l'intérêt général attaché aux compétences qui lui ont été transférées. Ainsi en va-t-il par exemple dans le cas des communautés urbaines qui « *sont substituées, pour l'exercice de leurs seules compétences, aux communes qui en font partie* » ¹²⁹⁸, ou encore dans celui de la communauté d'agglomération qui « *exerce de plein droit au lieu et place des communes membres les*

¹²⁹⁷ L'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales dispose effectivement que les « *collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération* ».

¹²⁹⁸ Article L. 5215-23 du code général des collectivités territoriales.

compétences »¹²⁹⁹ qui lui sont transférées. Le mécanisme du transfert de compétences, déterminant dans le cadre de la décentralisation, conduit donc à exclure ces différents outils du champ instrumental de l'externalisation administrative. Aussi le dernier exemple proposé invite-t-il d'ailleurs à remettre en cause la compatibilité même de la décentralisation avec le critère organique de l'externalisation administrative dès lors que la relation coopérative impliquant au moins deux personnes semble disparaître du fait de la reconnaissance de la compétence propre de chaque collectivité aussi bien que de chaque établissement public. Une conclusion qui incite alors à creuser plus loin les vicissitudes du critère organique de l'externalisation administrative eu égard à d'autres modalités d'organisation interne de l'administration » comme l'auto-prestation.

2. L'éviction de l'auto-prestation fondée sur la réalisation interne de la compétence

297. Une exclusion logique de l'auto-prestation au regard du critère organique. Mode de gestion à part entière adopté par les personnes publiques, l'auto-prestation s'oppose effectivement à l'externalisation administrative. Il convient en l'occurrence de relever tout d'abord la contradiction fondamentale des logiques économiques qui les animent respectivement. Souvent appréhendée en tant qu'« internalisation » de la satisfaction d'un besoin nécessaire à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, l'auto-prestation s'affilie en cela explicitement à la firme, en tant que mode de gouvernance évoqué précédemment. Au-delà même de l'absence des critères organique et fonctionnel qui sera évoquée par la suite, l'exclusion de l'auto-prestation s'explique surtout et avant tout par cette rupture stratégique entre, d'un côté, un instrument de gestion aux moyens des ressources internes d'une organisation et, de l'autre, un instrument de gestion coopératif aux moyens de ressources externes à l'organisation. L'auto-prestation correspond en effet peu ou prou à la transposition en droit administratif d'une stratégie d'intégration verticale ; c'est-à-dire d'une stratégie par laquelle « *l'organisation devient son propre fournisseur et/ou son propre client* »¹³⁰⁰ alors même que « *l'externalisation consiste à confier à des prestataires externes des activités auparavant réalisées en interne* »¹³⁰¹, soit le processus diamétralement opposé. Clairement donc, l'auto-prestation, ou « internalisation », et l'externalisation administrative relèvent chacune d'une stratégie managériale propre fondée sur une logique différente, voire

¹²⁹⁹ Article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales.

¹³⁰⁰ FRÉRY Fr. (coord.), *Stratégique*, Pearson, 10^e éd., 2014, p. 286.

¹³⁰¹ FRÉRY Fr. (coord.), *op. cit.*, p. 287.

même antagoniste. Bien que sa mise en œuvre dans la sphère publique ne poursuive pas des objectifs identiques¹³⁰², il n'en demeure pas moins qu'elle s'affilie cependant à l'intégration verticale au regard de la logique poursuivie à savoir l'intégration des activités accessoires et processus de production nécessaires à l'accomplissement de leurs activités principales¹³⁰³ ; autrement dit, à la réalisation de leurs compétences. Elle s'impose d'ailleurs ainsi en tant que mode de gestion et d'organisation à part entière de l'administration. Aussi est-il donc attendu de retrouver sur le plan juridique cet antagonisme stratégique.

Le rapprochement de l'auto-prestation à la stratégie d'intégration verticale, et donc son exclusion incidente du champ de l'externalisation administrative, se traduit d'ailleurs concrètement en droit positif, et ce tout particulièrement depuis les décisions *Bourrageas* et *Unipain*. Le juge administratif reconnaissait en effet dès 1936 qu'« aucune disposition législative ne fait obstacle à ce qu'une commune institue un service spécial chargé de grouper les achats de papier et de fourniture de bureau dont elle a besoin, ni à ce qu'elle fasse procéder par ses propres agents aux travaux d'imprimerie nécessaire au fonctionnement de ses services »¹³⁰⁴, à condition de restreindre ces prestations à ses seuls services sans les fournir sur le marché. Étendant cette possibilité à l'État, il confirmait par la suite la possibilité que tout autorité administrative « satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services »¹³⁰⁵. Plus récemment encore, dans un environnement davantage marqué par l'émergence d'un État-manager, le juge du Palais-Royal consacre cette stratégie d'organisation et de gestion des ressources par le rappel de l'inapplicabilité à celle-ci des

¹³⁰² Notons que bon nombre de raisons motivant la décision, pour une entreprise, de recourir à l'intégration verticale ne peuvent être partagées par les personnes publiques qui empruntent cette stratégie. Ainsi en va-t-il par exemple de l'objectif de « contrôler la filière et créer des barrières à l'entrée pour ses concurrents potentiels », ou encore de pouvoir « accéder à une ressource ou à un actif rare et spécifique et en priver ses concurrents » : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 7^e éd., 2016, p. 192.

¹³⁰³ Notons en outre que l'auto-prestation partage toutefois certaines raisons de sa mise en œuvre avec celles de l'intégration verticale. Ainsi en va-t-il par exemple de l'objectif de « renforcer ses performances dans son activité existante », ou bien de la volonté de « contrôler une activité en amont ou en aval qui crée de la valeur ajoutée » : DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Ibid.*

¹³⁰⁴ CE, sect., 26 juin 1930, *Bourrageas et Moullot*, Rec. p. 659. Il précisait en effet que, ce faisant, les communes ne sauraient en aucune façon « se charger de pourvoir aux besoins des établissements publics communaux, personnes morales distinctes ».

¹³⁰⁵ CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, rec. p. 280. Guy Braibant consacrait définitivement ce rapprochement dans le contexte administratif lorsqu'il réaffirmait, à l'occasion de ses conclusions prononcées sur l'arrêt *Unipain*, « cette faculté de vivre en circuit fermé, de pratiquer ce qu'on appelle en économie agricole l'auto-consommation » et ce notamment aux fins d'amélioration de l'efficacité des services et de la performance de l'action administrative : conclusions prononcées par Guy Braibant sur l'arrêt : CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, rec. p. 280 ; concl. BRAIBANT G., *AJDA*, 1970, p. 431. Il ajoutait en effet que, « en l'espèce, l'administration explique qu'elle a entendu améliorer la rentabilité des boulangeries militaires pour une production accrue ».

principales libertés économiques et des règles de concurrence¹³⁰⁶. Les conclusions prononcées à cette occasion par Julien Boucher enrichissent d'ailleurs la compréhension de cette modalité d'organisation de l'administration et de son action en considérant que l'auto-prestation, qu'elle que soit la nature de l'activité considérée, ne constitue pas une prestation économique dès lors qu'elle « revêt un caractère interne à une collectivité publique et, de ce fait, n'est pas offerte sur un marché »¹³⁰⁷. Aussi l'auto-prestation n'implique-t-elle en effet que des échanges internes à l'entreprise, sans qu'aucun lien ne soit tissé avec une personne juridique distincte, ou sans qu'aucune intervention sur un marché concurrentiel ne soit envisagée¹³⁰⁸.

Ainsi Julien Boucher marque-t-il explicitement l'exclusion proposée par la mise en évidence du « choix, par une collectivité publique, d'internaliser ou d'externaliser une prestation »¹³⁰⁹, sous-entendant par la même que le recours à l'une exclurait invariablement l'autre. L'État ou toute autre personne publique chargée de la réalisation d'une compétence matérielle peut donc se faire boulanger, photographe ou encore imprimeur ou restaurateur¹³¹⁰ pour les besoins du fonctionnement régulier de ces services et de l'accomplissement des missions qui lui incombent en ce qu'il décide d'internaliser la prestation en question. Mais, l'État ou toute personne publique chargée de la réalisation d'une telle compétence peut tout autant décider de confier la satisfaction de ces besoins nécessaires au bon fonctionnement du service à un boulanger professionnel, un photographe professionnel ou encore un imprimeur professionnel ou un professionnel de la restauration collective. Une alternative explicitement consacrée par la jurisprudence *Association pour la promotion de l'image* en vertu de laquelle il appartient aux personnes publiques accomplissant par elles-mêmes les missions de service public qui leur incombent « de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur

¹³⁰⁶ CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505.

¹³⁰⁷ Conclusions prononcées par Julien Boucher sur l'arrêt : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; concl. BOUCHER J., rec. p. 525.

¹³⁰⁸ Mattias Guyomar et Xavier Domino soulignent en l'occurrence la pertinence de la démonstration menée sur ce point par Julien Boucher afin de justifier le caractère interne de la prestation prise en charge par l'administration. Ils rappellent ainsi que, « certes, jusqu'à l'intervention du décret, la demande de passeport faisait automatiquement naître chez l'intéressé une demande (...). Pour autant, en faisant en sorte qu'une prise de vue puisse être réalisée directement par lui, l'État n'intervient en rien sur un marché : la meilleure preuve en est qu'il ne délivre aucune photographie d'identité, mais qu'il se borne à fournir un passeport au demandeur, ce qu'il a toujours fait » : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; chron. GUYOMAR M. et DOMINO X., *AJDA*, 2012, p. 37.

¹³⁰⁹ Conclusions prononcées par Julien Boucher sur l'arrêt : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; concl. BOUCHER J., rec. p. 526.

¹³¹⁰ CE, 15 février 1993, *Ministre de l'économie, des finances et du budget c/ Berjonneau et Sez*, rec. p. 32, ou encore CE, ass., 5 juillet 1985, *Ville d'Albi*, rec. p. 220.

sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci »¹³¹¹.

298. Une exclusion explicite de l'auto-prestation au regard du droit positif. Branche d'une alternative opposée, l'auto-prestation doit donc en toute logique, d'un point de vue juridique autant qu'économique et stratégique, être exclue du champ de l'externalisation administrative. La présentation de cette distinction excluante opérée explicitement¹³¹² par le juge administratif entre l'externalisation, le recours à un tiers, et l'internalisation, le recours à un service interne de l'administration, pour l'accomplissement de besoins inhérents à la bonne marche de l'action administrative exprime parfaitement le choix qui se pose dans les mêmes termes à l'entreprise en matière de gestion de ses ressources. Soit l'organisation décide d'intégrer la fourniture de ces fonctions supports et de l'accomplir par ses propres moyens, soit elle se concentre sur la réalisation de son « cœur de métier » et confie l'exécution de ces activités accessoires à un partenaire extérieur disponible sur la marché et spécialisé dans la production de ces tâches. De la même manière donc, l'administration adopte désormais, au vu de la jurisprudence, une posture managériale face à la satisfaction des besoins inhérents à son fonctionnement et induits par la réalisation de ses compétences. En cela, l'auto-prestation impose par conséquent l'exclusion d'une portion essentielle de l'externalisation administrative, celle portant directement sur la satisfaction de ces besoins¹³¹³. Par définition, elle exclu également l'autre portion, celle consistant à confier la satisfaction des besoins des administrés et donc la réalisation de compétences matérielles globales¹³¹⁴, à une personne

¹³¹¹ CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505.

¹³¹² La doctrine concède effectivement que l'affirmation du principe de cette alternative en matière de satisfaction des besoins inhérents au bon fonctionnement de l'administration, ou des activités d'intérêt général, est « nouvelle, ou plutôt, plus nouvellement explicite » : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; chron. GUYOMAR M. et DOMINO X., *AJDA*, 2012, p. 38.

¹³¹³ Il est d'ailleurs possible de retrouver cette présentation d'une alternative excluante entre faire soi-même et faire faire à une personne distincte dans d'autres décisions rendues par les juges du Palais Royal. Ainsi en va-t-il par exemple de l'arrêt *Syndicat national des industries d'information de santé* à l'occasion duquel ils considéraient « que les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins » et que, de fait, « elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics » : CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, rec. p. 76.

¹³¹⁴ Une portion au sujet de laquelle la distinction entre la régie et l'externalisation relève de l'association des jurisprudences *Ordre des avocats au barreau de Paris* et *Cne d'Aix-en-Provence* préalablement évoquées. Voir sur ce point notamment : CLAMOUR G., « Qui peut le plus peu le moins... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP A*, 2007, n° 44-45, étude 2286, p. 48 et s., spéc. p. 54. L'auteur distinguait effectivement la satisfaction des « besoins de la population » comme « l'intérêt public » de « la satisfaction des besoins propres ». Alors que la première laissait le choix entre la régie et l'externalisation (cf. notamment *Cne d'Aix-en-Provence*), la seconde autorisait explicitement l'internalisation ou l'externalisation. L'auteur remarque en outre, à l'occasion de son commentaire sous l'arrêt *Association pour la promotion de l'image* que ce dernier « constitue le pendant complémentaire de la jurisprudence OABP » : CE, ass., 26 octobre 2011,

distincte qui est intrinsèquement exclue de son objet mais relève du champ de la régie, elle-même évincée de l'externalisation administrative. Une exclusion qu'il est en outre possible de confirmer, dans le cas de l'auto-prestation comme de la régie, par l'examen successif des deux critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative.

En mettant ainsi concrètement en balance le recours à un tiers ou à aux propres services d'une personne publique compétente s'agissant de la satisfaction de ses propres besoins, à l'instar de l'opposition instaurée par le droit positif entre la gestion en régie et la gestion déléguée des activités de service public, le juge administratif indique clairement la différence organique fondamentale qui les oppose : alors que l'externalisation administrative impose par essence la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, l'auto-prestation suppose à contrario celle d'une seule et unique personne publique dès lors qu'il s'agit d'une mesure d'organisation interne de son fonctionnement¹³¹⁵. Plus implicite est la confirmation apportée à l'aune du critère fonctionnel de l'externalisation administrative. Elle demeure cependant la conséquence de cette différence organique fondamentale, et donc finalement aisément identifiable eu égard au caractère strictement et impérativement interne de l'organisation et de la transposition juridique de l'auto-prestation. Il est en effet possible de parvenir à une telle confirmation à l'aune du critère fonctionnel par le rappel de la portée de la solution *Association pour la promotion de l'image* en vertu de laquelle les personnes publiques disposent d'une liberté de choix « *de réaliser en interne des prestations ou des fournitures plutôt que de recourir à des tiers* »¹³¹⁶ pour la satisfaction de leurs besoins propres, à l'instar de la liberté dont elles jouissent pour la détermination des modes de gestion des services publics qui leur incombent¹³¹⁷. Il convient alors de souligner qu'une telle liberté trouve sa limite légitime au seuil du marché concurrentiel dans la mesure où elle n'existe qu'à la condition expresse, depuis 1930 et 1970, que la prestation demeure à finalité purement

Association pour la promotion de l'image et autres, rec. p. 505 ; note CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 30. Et d'ajouter également que « *OABP et API, tel est le duo jurisprudentiel auquel il convient à présent de se référer pour apprécier le principe de la concurrence publique* » : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; note CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 31.

¹³¹⁵ Guylain Clamour rappelle d'ailleurs la compétence du ministère de l'intérieur pour décider, dans le cadre du décret du 30 avril 2008 selon lequel dans le cadre de la procédure de délivrance des passeports, « *l'image numérisée de son visage (du demandeur lorsqu'il ne la fourni pas lui-même) est recueillie par la par la mise en œuvre de dispositifs techniques appropriés* », de l'organisation des moyens nécessaires à ces numérisation. Une compétence dont l'auteur souligne le fondement tiré « *de son pouvoir d'organisation du service* » tel que prévu depuis la jurisprudence *Jamart* : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; note CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 29.

¹³¹⁶ CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; note CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 30.

¹³¹⁷ Cf. à propos de cette liberté : CE, 18 mars 1988, *Loupias*, rec. p. 975.

interne¹³¹⁸. Il apparaît donc qu'il n'existe pas de norme d'habilitation par laquelle l'autorité administrative confierait la réalisation de sa compétence matérielle à une personne distincte. Seule une mesure d'organisation interne de la personne publique compétente décide et aménage la mise en œuvre juridique d'une stratégie d'auto-prestation. Il convient donc d'exclure du champ des instruments de l'externalisation administrative ceux relevant de l'auto-prestation dès lors qu'elle traduit une logique d'organisation interne, sans qu'aucune relation ne soit entretenue avec un tiers. Il se peut également, au croisement de la décentralisation et de l'auto-prestation, qu'une modalité d'organisation interne de l'administration soit également à exclure : la substitution d'action.

Le lien entre l'auto-prestation et la substitution apparaît assez facilement dans la mesure où la seconde est appréhendée comme une forme d'internalisation forcée¹³¹⁹ de la réalisation de la compétence d'une autorité administrative déterminée par les services d'une autre autorité dite de « tutelle »¹³²⁰, et ce, au stade de l'élaboration et de l'adoption d'une décision administrative. Envisagée en dehors de ses applications contentieuses, à l'instar de la

¹³¹⁸ Guylain Clamour précise dans son commentaire sous l'arrêt *Association pour la promotion de l'image*, que « les activités économiques destinées à satisfaire les besoins propres des personnes publiques doivent se cantonner à cet objectif purement interne sans jamais être proposées à des tiers, que ce soient d'autres personnes publiques ou des personnes privées » : CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; note CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 30.

¹³¹⁹ Et ce notamment parce que la substitution intervient quasi-exclusivement dans les relations entre personnes publiques, et n'engage donc en principe jamais un rapport ou une quelconque relation avec l'action ou l'intervention d'une personne privée, sauf éventuellement lorsque celle-ci intervient dans l'accomplissement d'une mission de service public ou plus largement d'intérêt général. Cela s'explique en grande partie par le fait que, au-delà de son fondement légal, « la compétence, même irrégulière, exercée par le substituant trouve toujours une source dans les fondements textuels de la compétence de l'autorité substituée » : PLESSIX B., « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, p. 588. Ce dernier ajoutait d'ailleurs que la substitution d'action se caractérise principalement « par le fait d'être un procédé coercitif interne à l'Administration » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 593, pour finalement en faire une caractéristique fondamentale dès lors que son « originalité réside dans le fait que ses destinataires, pour une fois, ne sont pas les particuliers » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 629.

¹³²⁰ Précisons d'emblée que le choix du terme « tutelle » n'est pas à prendre ici dans le sens juridique qui a longtemps eu cours dans le cadre de l'organisation administrative (notons d'ailleurs que Benoît Plessix s'attela à les distinguer strictement, affirmant par exemple la nécessité de « cesser de voir dans la substitution d'action un procédé de tutelle » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 598). Il s'agit davantage d'une autorité garante du respect du droit positif et des exigences inhérentes à l'intérêt général, et ce notamment en dehors de toute relation hiérarchique qu'un supérieur pourrait exercer sur son subordonné. Aussi René Chapus soulignait-il d'ailleurs que la substitution constituait une exception strictement encadrée au principe de l'autonomie des collectivités territoriales. De plus, il ajoutait que, même dans une relation de subordination, « le supérieur hiérarchique ne peut pas se substituer à son subordonné pour décider en ses lieux et places. Le lui permettre serait l'autoriser à exercer une compétence qui ne lui appartient pas » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 402. Sur l'usage de ce terme de « tutelle », René Chapus indiquait en outre qu'il « a souvent été critiqué en raison du fait qu'il inciterait regrettablement à considérer les institutions décentralisées et notamment les collectivités locales comme des « mineures » et des « incapables » au sens du droit civil » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 408. Mais de préciser finalement que « l'expression de tutelle sur les personnes est sans doute commode et comme telle elle peut être utilisée » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 409.

démarche adoptée par Benoît Plessix, la substitution s'impose comme une conséquence de la garantie indispensable du respect de la légalité et de la continuité de l'action administrative¹³²¹ face aux carences éventuelles d'une autorité compétente¹³²² : en matière de service public ou de maintien de l'ordre public par exemple. Elle est appréhendée dans ces conditions en tant que substitution d'action¹³²³ ; et se présente alors à part entière comme une notion autonome en matière d'organisation administrative interne ou de rapports entre personnes publiques dans la mesure où elle ne repose effectivement ni sur le mécanisme du transfert de compétences propre à la répartition ordonnancée dans le cadre de la décentralisation, ni sur celui d'une réalisation de la compétence par un service qui relève directement de l'autorité de la personne publique disposant du titre à agir. Au contraire, elle s'appuie à la fois sur le constat de l'inaction d'une autorité compétente à remplir les obligations dont elle a la charge¹³²⁴, et sur la nécessité d'y remédier sans porter une atteinte excessive à la répartition légale des compétences. Il n'en demeure pas moins que sa différenciation à l'égard de l'externalisation administrative découle principalement des mêmes raisons que celles précédemment évoquées à l'aune des critères organique et fonctionnel de cette dernière : d'une part, parce que l'autorité administrative de substitution intervient toujours en lieu et place de la personne publique compétente mettant à mal le critère

¹³²¹ Benoît Plessix indiquait d'ailleurs que « *le pouvoir de substitution d'action trouve sa raison d'être, non dans la nécessité d'obtenir l'obéissance des administrés, mais dans le droit d'obtenir le « fonctionnement normal du service », dans l'obligation de l'Administration d'assurer un tel fonctionnement, d'exercer ses compétences, de ne pas illégitimement paralyser l'action administrative dont l'exercice est sa seule raison d'être* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 592. Aussi avait-il pu être précisé plus tôt que le pouvoir de substitution s'exerce notamment « *en vertu du principe traditionnel de la continuité du service public il s'avère nécessaire d'en assurer le fonctionnement même contre la volonté de ceux qui en ont la charge s'il vient à être interrompu ; seule la substitution permet une action efficace et immédiate* » : VIGNES H., « Le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 1960, p. 760. Et d'ajouter que « *la nécessité de maintenir l'ordre public (...) justifie également et rend indispensable la mise en œuvre de ce procédé* ».

¹³²² Ludivine Clouzot rappelle en effet que « *le rapport entre les deux concepts est intrinsèque dans la mesure où le déclenchement de tout procédé de substitution fait écho au constat préalable de la carence d'une autorité administrative* » dans l'exercice d'une compétence obligatoire, liée : CLOUZOT L., *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 113, 2012, p. 80. Elle ajoute également que « *la carence apparaît ainsi comme un critère objectif préalable nécessaire à l'identification* », comme le précisait également Benoît Plessix : PLESSIX B., « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, p. 579 et s.

¹³²³ Il proposait alors la définition suivante de la substitution d'action envisagée comme « *une prérogative de puissance publique, un procédé de coercition interne à la puissance publique et de lutte contre sa propre inaction, ayant pour effet, en dehors de toute circonstance exceptionnelle, de perturber la répartition des compétences, en permettant à une autorité administrative d'agir en lieu et place d'une autre autorité, quelle qu'elle soit, déconcentrée ou décentralisée, dont le refus d'exercer la compétence liée qui lui est légalement dévolue est de nature à porter atteinte à la continuité de l'État et des services publics* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 612.

¹³²⁴ Benoît Plessix démontrait d'ailleurs que, « *avec la substitution, il s'agit de sauvegarder l'exercice des compétences administratives obligatoires. On est dès lors très loin des questions de répartition des compétences entre personnes publiques* » traitée par la notion de décentralisation fondée sur le transfert de compétences : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 597.

organique et, d'autre part, elle ne repose en aucune façon sur une habilitation à agir édictée par la seconde au bénéfice de la première contrairement au critère fonctionnel de l'externalisation administrative.

B. L'expression de l'externalisation à travers des instruments de coopération administrative interne

299. Le rapprochement par la coopération de l'externalisation administrative et de la mutualisation. Dans la sphère administrative, l'influence du *New public management* marque une prise en compte sans cesse accrue des exigences inhérentes à la performance et à la promotion d'une action publique plus efficace. Elle explique notamment l'emprunt, par les autorités administratives, d'une logique entrepreneuriale et des outils qu'elle nécessite parmi lesquels figure incontestablement l'externalisation. À ce titre, Fabien Bottini remarque que les réformes territoriales successives inhérentes au courant de décentralisation engagé depuis les années 1980 organisent chaque fois l'accomplissement d'avancées nouvelles en la matière, et ce, concomitamment à l'approfondissement d'une organisation décentralisée classique fondée sur la répartition légale des compétences par transfert. Une telle transformation se manifeste spécialement à travers le développement de procédés divers de mutualisation des moyens des collectivités publiques¹³²⁵ à côté de la traditionnelle coopération intercommunale. Il est d'ailleurs remarquable que le code général des collectivités territoriales comporte aujourd'hui une partie consacrée exclusivement à la coopération locale¹³²⁶. Une partie dans laquelle figurent à la fois la coopération intercommunale par des établissements publics et par d'autres instruments institutionnels et conventionnels au service d'une mutualisation des moyens. D'un procédé épars et circonscrit, prévu par exemple par la loi du 12 juillet 1985, celle-ci s'est en l'occurrence progressivement imposée comme une modalité de gestion à part entière codifiée sous de multiples formes¹³²⁷. Aussi exprime-t-elle désormais clairement l'adoption d'une démarche de coopération entre les collectivités qu'il ne saurait être question de négliger

¹³²⁵ Fabien Bottini relève entre autres que les multiples initiatives du législateur en matière de mutualisation, depuis les années 1980, « ont donné lieu à des formes très diverses de mutualisations qui ont été finalement entérinées » : BOTTINI F., « L'impact du *New public management* sur la réforme territoriale », *RFDA*, juillet-août 2015, p. 719.

¹³²⁶ Il s'agit en l'occurrence des articles L. 5111-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

¹³²⁷ Ainsi en va-t-il par exemple des conventions de mise à disposition prévues par l'article L. 5211-4-1, ou encore de la possibilité de création de services communs ainsi qu'en dispose l'article L. 5211-4-2 en vertu duquel les établissements publics de coopération intercommunale peuvent prendre en charge, en plus des compétences transférées, la réalisation d'activités pour le compte d'un ensemble de collectivités compétentes qui le décident. Alors que ces établissements sont en principe exclus du champ de l'externalisation, il serait néanmoins envisageable de les y intégrer dans le cadre de cette hypothèse bien précise.

tant elle occupe une fonction première dans le maillage des territoires. Mise en évidence sous la forme des établissements publics de coopération intercommunale, elle adopte aujourd'hui de nouveaux procédés davantage conformes aux critères de l'externalisation administrative telles que les différentes modalités de coopération horizontale interservices organisées par le législateur¹³²⁸. Il convient d'ailleurs de rappeler que leur prise en considération au titre des modalités d'organisation interne de l'administration se justifie notamment au regard de leur exclusion, par le droit positif et sous l'influence du droit de l'Union européenne, du marché concurrentiel et des exigences particulières y afférant en termes de procédure, que ce procédé de mutualisation « *prenne la forme d'une structure dédiée ou se résume à une prestation directe* »¹³²⁹ entre les collectivités. Ces formes de mutualisation apparaissent en conséquence clairement comme des « *coopérations ayant pour but l'organisation du service* »¹³³⁰ et la délivrance d'une véritable prestation de service en interne dans la sphère administrative.

Alors que des instruments juridiques tels que la décentralisation ou l'auto-prestation doivent être exclus du champ de l'externalisation administrative dans la mesure où ils ne satisfont aucun de ses critères organique et fonctionnel, les outils rénovés de mutualisation dont il sera question ici appellent un jugement d'une tout autre portée dès lors qu'ils sont animés d'une logique coopérative semblable à la sienne. Toutefois, il ne sera pas question ici de revenir sur l'exclusion de la coopération institutionnelle instaurée au moyen des établissements publics de coopération intercommunale fonctionnant principalement sur un mécanisme de transfert de compétences. Il s'agira plutôt de s'intéresser à la coopération inhérente aux diverses modalités de mutualisation des moyens humains et financiers des collectivités publiques empruntant soit un mécanisme de partage des compétences dont la proximité avec la logique de coopération n'est pas délicate à démontrer, soit un mécanisme contractuel et institutionnel par lequel la réalisation d'une compétence matérielle est confiée à un organisme dédié¹³³¹. Il

¹³²⁸ Il en va notamment ainsi pour les conventions de mise à disposition prévues à l'alinéa 3 de l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales en vertu duquel « *des conventions qui ont pour objet la réalisation de prestations de services peuvent être conclues entre les départements, les régions, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes* ».

¹³²⁹ Fabien Bottini précise effectivement à propos de la mutualisation que « *le juge communautaire a finalement encouragé le recours au procédé tant il n'a pas vocation de marché (...), qu'il prenne la forme d'une structure dédiée ou se résume à une prestation directe entre elles* » : BOTTINI F., *op. cit.*, p. 720.

¹³³⁰ CHARMASSON Ch., *La mutualisation des compétences et des moyens entre personnes morales de droit public*, thèse dact., Université Montpellier I, 2012, p. 95. Et l'auteur d'ajouter que le législateur a effectivement établie une frontière « *entre le champ de la commande publique, et celui de l'organisation des services des entités publiques* », ce qui témoigne de sa volonté « *de protéger le second champ des intrusions du premier et préserver la libre administration des collectivités territoriales* ».

¹³³¹ Une telle référence à la logique coopérative se retrouve d'ailleurs explicitement dans le premier instrument étudié : la coopération publique, lequel figure d'ailleurs au rang des motifs du projet de loi de modernisation de

convient également de souligner en conséquence la détermination du législateur à maintenir au même titre la protection accordée par le droit positif à la seconde hypothèse de coopération par mutualisation, certes plus discrète, qui sera évoquée : la prestation intégrée¹³³² ; un second instrument juridique qu'il s'agit alors bien de ne pas confondre avec l'auto-prestation. Les évolutions récentes du droit positif ne laissent d'ailleurs planer aucun doute sur la rénovation par le législateur de ces différents instruments juridiques acclimatés à l'épreuve du management et à la logique coopérative. Elles invitent par conséquent à admettre leur inclusion dans le champ instrumental de l'externalisation administrative.

Un lien avec l'externalisation qui transparait par exemple des bénéfices attendus de la mutualisation dans la mesure où elle permet de parvenir à des économies d'échelles, à des gains de performance et à un recentrement sur des activités essentielles¹³³³, mais qu'il convient cependant de confirmer juridiquement par la confrontation de ces procédés aux critères de l'externalisation administrative. En dehors des hypothèses d'application des préceptes du *New public management* dans le cadre de la réforme territoriale présentant un lien direct avec la répartition ou la détermination des compétences des collectivités publiques,

l'action publique territoriale. Il était en effet rappelé la nécessité d'une meilleure coordination des différents acteurs intervenant dans le cadre de l'action publique territoriale, et notamment l'instauration d'une certaine « clarté entre l'État et les collectivités territoriales et entre les collectivités territoriales elles-mêmes dans l'exercice de leurs compétences respectives » : Exposé des motifs du projet de loi présenté en première lecture devant le Sénat le 10 avril 2013, projet de loi n° 495 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des compétences. Un objectif qu'il est également possible de retrouver dans la transposition en droit interne des directives marchés et concessions : Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38 et ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66. Ces deux ordonnances comportent effectivement certaines dispositions à travers lesquelles transparait nettement la volonté de préserver ces formes singulières de coopération prévues par le code général des collectivités territoriales. Une volonté qu'il est aisé d'identifier dès l'article 4 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 en vertu duquel « les autorités concédantes sont libre de (...) choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques » suggérant alors la possibilité d'un rapprochement des deux derniers.

¹³³² Contentons-nous à ce stade de rappeler simplement que la prestation intégrée, ou prestation « in house », et la coopération publique relèvent toutes deux, dans le cadre de l'ordonnance du 29 janvier 2016, des exclusions des exigences de publicité et de mise en concurrence préalable applicables au secteur public.

¹³³³ Le rapport d'information n° 495, du 25 mai 2010, présente d'ailleurs la mutualisation comme « un précieux outil d'optimisation des dépenses locales » autorisant notamment la préservation par les collectivités territoriales de « marges de manœuvre (qui peuvent être) redéployées pour améliorer les services existants » : Rapport d'information n° 495 (2009-2010) d'Alain Lambert, Yves Détraigne, Jacques Mézard et Bruno Sido, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales, déposé le 25 mai 2010, p. 9. Il est alors bien question d'instruments de coopération hors-marché (Notamment parce que leur exclusion du marché concurrentiel a pu être confirmée et réaffirmée récemment par le législateur : pour la coopération publique (ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66) et pour les prestations intégrées (loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales) dont l'utilisation révèle une réadaptation aux exigences de l'action administrative et de la performance dans le cadre de la réforme engagée par un État-manager pour l'émergence d'une nouvelle gestion publique prenant en compte les impératifs de coopération dictés par la limitation des moyens des collectivités locales.

il est ainsi aisé d'identifier au sein de cette tendance l'émergence ou la modernisation d'instruments juridiques liés à la réalisation coopérative des compétences matérielles par l'adoption de stratégies de mutualisation¹³³⁴. Aussi est-il naturel d'envisager leur inclusion dans le champ instrumental de l'externalisation administrative dès lors que, par exemple, la coopération publique est fondée sur un mécanisme de partage de la compétence compatible avec le critère fonctionnel de ce concept (1), et que la prestation intégrée porte quant à elle sur l'organisation d'une réalisation de la compétence d'une autorité administrative par une ressource extérieure laissant supposer une compatibilité certaine avec son critère organique (2).

1. L'inclusion de la coopération publique fondée sur un partage de la compétence

300. Une inclusion logique de la coopération publique au regard du critère fonctionnel.

Animée d'une logique de coopération entre personnes publiques, et d'un souci de performance de l'action administrative, la mutualisation des moyens et compétences des collectivités territoriales constitue une sincère invitation à la réflexion sur son intégration dans le champ instrumental de l'externalisation administrative. Considérée comme une modalité d'organisation interne de l'administration fondée sur la liberté d'organisation des personnes publiques au même titre que l'auto-prestation, la mutualisation se distingue en effet des précédentes en ce qu'elle implique toujours l'intervention de personnes juridiques distinctes et repose sur un mécanisme juridique différent du transfert de compétences par lequel une personne publique intervient sur le long terme en lieu et place d'une autre autorité administrative dessaisie de son titre à agir. Ainsi semble-t-elle présenter une conformité certaine à l'égard des critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative. Il convient néanmoins d'en apporter la démonstration afin d'emporter la conviction, et ce plus spécialement s'agissant du second, apparemment moins évidente. Certes les procédés de mutualisation offrent-ils *prima facie* à l'observateur une sensation d'étroite proximité avec cette stratégie gestionnaire, il s'agit néanmoins de le démontrer.

D'une part, mutualisation poursuit effectivement une finalité semblable d'efficacité et d'efficience adaptée au contexte de la décentralisation multipliant les acteurs et les niveaux de

¹³³⁴ Fabien Bottini considère d'ailleurs que ces « préceptes permettent en effet de redonner leurs cohérences aux mesures prises, outre des économies en simplifiant le « millefeuille » administratif et en restreignant la clause générale de compétence, pour accroître le rendement des administrations locales en libérant leur action et en renforçant la mutualisation de leurs moyens » : BOTTINI F., *op. cit.*, p. 717.

compétences qui souvent se chevauchent et accentuent l'émiettement territorial. D'autre part, elle est animée d'une même logique essentielle : la coopération, par laquelle différents opérateurs agissent pour la satisfaction d'un intérêt commun. Il est d'ailleurs question dans ce cas d'une mise en commun des moyens de chaque collectivité locale compétente afin d'assurer une satisfaction de l'intérêt de la communauté au moindre coût, et à une qualité améliorée. Il s'agit toutefois d'opérer d'emblée une première restriction du périmètre de la mutualisation pris ici pour objet d'étude et d'exclure la coopération institutionnelle au moyen de laquelle les collectivités intègrent des établissements publics de coopération intercommunale de projet ou de gestion en abandonnant de façon plus ou moins définitive et prédéterminée leurs propres compétences¹³³⁵. Qu'elles soient dites approfondies ou souples¹³³⁶, ces structures institutionnelles de coopération et de mutualisation des moyens reposent toujours en effet sur un mécanisme de transfert de compétences qui les rapprochent de la décentralisation¹³³⁷. Elles incitent par conséquent à les rejeter en-dehors du champ de l'externalisation administrative¹³³⁸. Aussi convient-il de se focaliser désormais sur une

¹³³⁵ Ainsi par exemple l'article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales dispose-t-il, à propos de l'intercommunalité de projet, dite aussi « approfondie », que « *la communauté d'agglomération exerce de plein droit au lieu et place des communes membres les compétences suivantes (...)* » qui lui sont transférées soit en vertu de la loi, soit en conformité avec ce qu'elle prévoit de la volonté des collectivités qui en sont membres lorsqu'il s'agit d'une intercommunalité de gestion, ou dite « souple », à l'instar des syndicats de communes. Alors que ces derniers associent « *des communes en vue d'œuvres ou de service d'intérêt communal* », selon les termes de l'article L. 5212-1, l'article L. 5212-16 évoque « *la liste des compétences que le syndicat peut exercer et les conditions dans lesquelles chaque commune membre transfère au syndicat tout ou partie de ses compétences que celui-ci est habilitée à exercer* ».

¹³³⁶ Autrement dénommées formes associatives et formes fédératives. Il est en effet admis que l'on peut distinguer « *deux types d'intercommunalité ; la forme souple (dite associative) et la forme approfondie (dite fédérative. Les syndicats de communes relèvent de la première à travers une intercommunalité de gestion, les communautés (de communes, d'agglomérations et urbaines) ainsi que les métropoles relèvent de la seconde à travers l'intercommunalité de projet* » : FERSTENBERG J., PRIET Fr. et QUILICHINI P., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. Hypercours, 2^e éd., 2016, p. 176.

¹³³⁷ De plus, l'évolution perceptible de ces structures de coopération intercommunale paraît devoir les rapprocher définitivement de la décentralisation dans la mesure où la loi du 16 décembre 2010 et la loi du 27 janvier 2014 invitent d'une part à une démocratisation renforcée de leur fonctionnement, notamment par l'adoption de la désignation des conseillers communautaires par l'élection, et donc, d'autre part à leur mutation en collectivité territoriale à part entière.

¹³³⁸ La fait que ces établissements traduisent aujourd'hui une logique de projet en faveur d'un intérêt unique (Bertrand Faure affirme en outre que « *le principe de spécialité (pour l'établissement public territorial) n'est plus aussi contraignant : il est corrigé par la polyvalence de l'établissement (...)* et par un impératif de projet dotant l'établissement de regroupement d'une faculté à généraliser son pouvoir » : FAURE B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2011 et 4^e éd., 2016, p. 364. Et d'ajouter que « *l'apparente hétérogénéité des attributions qu'il exerce trouve sa synthèse dans la promotion d'un intérêt d'établissement, sous-partie de l'intérêt public local* ») et non plus une logique de gestion mutuelle où l'intérêt de chaque membre demeure et se concilie avec les autres au service d'un intérêt commun, propre à la coopération, renforce également cette exclusion et évoque d'ailleurs davantage une internalisation.

mutualisation davantage émancipée de la décentralisation : la coopération publique conventionnelle¹³³⁹.

Entendue comme « *la mise en place, temporaire ou pérenne, d'une logistique commune à deux ou plusieurs personnes morales* »¹³⁴⁰, la mutualisation apparaît ainsi, en tant que modalité d'organisation administrative interne, comme un réceptacle juridique particulièrement adapté à la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation dès lors qu'elle encourage de la même façon une réalisation coopérative des compétences matérielles des personnes publiques. La confrontation avec les critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative devrait d'ailleurs le confirmer. Aussi est-il nécessaire, pour y parvenir, de présenter le mécanisme juridique sur lequel repose cette forme conventionnelle de mutualisation des moyens et compétences des collectivités territoriales. Celui-ci se trouve parfaitement évoqué par les parlementaires lorsque, l'opposant au transfert de compétences, ils affirment que, « *en cas de mutualisation, il y a partage d'une « ressource »* »¹³⁴¹. En ce qu'elle emprunte le vocable du management, cette présentation de la mutualisation en tant que stratégie gestionnaire, incite donc au rapprochement avec l'externalisation administrative. Une invitation qu'il s'agit dès lors de confirmer sur le plan juridique en précisant les modalités de ce partage sur lequel repose la coopération publique qui fonde la mutualisation conventionnelle¹³⁴². Destinée à permettre une action conjointe et coordonnée des collectivités locales dans le cadre, notamment, des compétences partagées, c'est-à-dire des domaines dans lesquels chaque échelon territorial dispose d'un titre à agir¹³⁴³, la mutualisation encourage ces dernières à coopérer à la réalisation d'une œuvre commune. C'est d'ailleurs ainsi que les

¹³³⁹ La doctrine s'accorde d'ailleurs pour admettre que « *les EPCI ne sont pas la seule forme de coopération entre communes. Il existe également des mécanismes de coopération contractuelle* » : FERSTENBERG J., PRIET Fr. et QUILICHINI P., *op. cit.*, p. 217. Jean-François Sestier ajoute par ailleurs que, « *loin de se poser en termes de concurrence, le choix entre coopération contractuelle et coopération institutionnelle relève de la complémentarité* » dès lors qu'elles reposent sur des logiques et des mécanismes juridiques différents : SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 857.

¹³⁴⁰ Rapport d'information n° 495 (2009-2010) d'Alain Lambert, Yves Détraigne, Jacques Mézard et Bruno Sido, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales, déposé le 25 mai 2010, p. 9.

¹³⁴¹ Rapport d'information n° 495 (2009-2010) d'Alain Lambert, Yves Détraigne, Jacques Mézard et Bruno Sido, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales, déposé le 25 mai 2010, p. 9.

¹³⁴² C'est bien en effet sur ce terrain que se place la mutualisation, et donc la coopération publique envisagée dans sa dimension horizontale ; c'est-à-dire entre collectivités locales de même niveau et indépendantes les unes des autres par le moyen de l'instrument conventionnel.

¹³⁴³ Il s'agit entre autres, de domaines dans lesquels la répartition légale des compétences prévoit un partage en fonction de l'emprise territoriale du service mis en œuvre par chaque collectivité : par exemple : le transport, la culture, les équipements, la sécurité ou encore le tourisme et la voirie. Dans ces différents domaines, chaque échelon territorial est effectivement habilité par la loi à intervenir. Une situation de partage qui conduit alors à un enchevêtrement des compétences et amplifie les doublons.

parlementaires ont entendu entreprendre leur état des lieux de la mutualisation entre collectivités territoriales sous le signe de la coopération publique conventionnelle¹³⁴⁴, et à partir de là du lien existant entre cette dernière et l'externalisation administrative¹³⁴⁵. Une démarche que la jurisprudence *Cne de Veyrier-du-Lac* vient confirmer par la consécration de la coopération conventionnelle entre personnes publiques.

301. Une inclusion explicite de la coopération publique au regard du droit positif. Alors que l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales encadre la conclusion de conventions d'entente entre personnes publiques afin de favoriser la mutualisation de leurs moyens, par exemple pour « *conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune* », les juges du Palais-Royal précisent à cette occasion ses conditions de mise en œuvre ainsi que son objet en vertu duquel elle est « *conclue à des fins de coopération entre personnes publiques* »¹³⁴⁶. Avant de s'intéresser plus avant à ces conditions qui la confirment, il convient de préciser le sens à accorder à la coopération dont il serait ici question afin de déterminer la mesure exacte dans laquelle cette forme de mutualisation pourrait être intégrée au champ de l'externalisation administrative en tant que manifestation de l'instauration de relations de coopération public-public. Pour ce faire, les juges du plateau du Kirchberg ont instauré deux critères d'identification d'une telle relation¹³⁴⁷ la distinguant de celle issue d'une convention de délégation de service public ou d'un marché public, ainsi qu'à l'instauration d'une coopération institutionnelle. D'une part, une telle convention de coopération publique doit prévoir une participation conjointe des parties et des obligations

¹³⁴⁴ Ils précisent effectivement, en préalable à leur étude, que « *toute référence à la mutualisation dans le cadre du présent rapport doit être entendue au sens de mutualisation par voie conventionnelle* » : Rapport d'information n° 495 (2009-2010) d'Alain Lambert, Yves Détraigne, Jacques Mézard et Bruno Sido, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales, déposé le 25 mai 2010, p. 11.

¹³⁴⁵ Ce rapport rendu par la délégation sénatoriale aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation encourage effectivement à approfondir l'analyse des relations entretenues par cette dernière et la logique coopérative qui se situe également au cœur de l'essence stratégique de l'externalisation administrative.

¹³⁴⁶ CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18. Le juge administratif précise également qu'une telle convention d'entente, traduction juridique d'une stratégie de mutualisation, « *doit ainsi permettre à la commune de Veyrier-du-Lac, qui met à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures, de bénéficier des installations plus performantes de l'agglomération* », elle-même également compétente en matière de distribution d'eau sur son propre territoire.

¹³⁴⁷ CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, rec. p. 4747. Il était alors question de la mise à disposition par les services de la voirie de la ville de Hambourg d'une certaine capacité de traitement des déchets en vue de leur valorisation au bénéfice de quatre Landkreise. Ce faisant, la Cour relevait « *que le contrat passé entre les services de la voirie de la ville de Hambourg et le Landkreise concernés doit être analysé comme l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et qu'il comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets* ». Et d'ajouter alors que ce contrat organisait notamment la construction et l'exploitation, par la ville de Hambourg, « *d'une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables grâce aux apports des déchets des Landkreise voisins* ».

mutuelles des partenaires contractuels. D'autre part, elle doit poursuivre la réalisation d'un objectif d'intérêt public commun, distinct de l'intérêt public propre à chacune des parties à la convention. Mais au-delà de ces critères, ce qu'il faut retenir c'est le mécanisme juridique au moyen duquel des collectivités territoriales organisent entre elles¹³⁴⁸ pour la réalisation de leurs compétences propres par l'une d'entre elles au service de leur intérêt commun ; autrement dit dans le cadre d'une externalisation administrative prenant la forme d'une mutualisation interne des moyens par une convention d'entente, une convention de prestation de service ou encore de coopération. Bien que conclues exclusivement dans la sphère administrative¹³⁴⁹, ces conventions comportent en effet toujours une habilitation au bénéfice de l'une des collectivités à entreprendre l'accomplissement d'une compétence identique partagée par l'ensemble des signataires¹³⁵⁰. Ainsi est-il possible de confirmer la satisfaction du critère organique imposant la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, et de celle du critère fonctionnel en vertu duquel doit pouvoir être identifiée l'existence d'une telle norme d'habilitation dérivée par laquelle une autorité administrative confie la réalisation de l'une de ses compétences matérielles à une autre personne tout en en conservant la maîtrise.

Il est en outre admis par le droit positif autant que par la doctrine que la mutualisation conventionnelle repose sur un partage des compétences ; c'est-à-dire que chaque collectivité dispose d'un titre à agir mais consent, par la conclusion d'une convention, à ce qu'il soit accompli par une seule d'entre elles. Ainsi est-il possible d'identifier là-aussi une forme d'habilitation de la part des autorités administratives par laquelle elles confient la réalisation d'une de leur compétence matérielle à une autre autorité disposant également d'un titre à agir

¹³⁴⁸ L'avocat général Jan Mazak rappelait en effet dans ses conclusions sur la décision *Commission c/ Allemagne* qu'un tel contrat de coopération concernerait « *uniquement les relations internes de l'organisation étatique dans le cadre de l'accomplissement de missions publiques* » : conclusions de Jan Mazak sur la décision : CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, rec. p. 4747.

¹³⁴⁹ Alors que la Cour de justice précisait que dans une telle hypothèse de coopération contractuelle « *ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une personne privée* » (CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, rec. p. 4747), le Conseil d'État réaffirme cette restriction en indiquant que « *la convention litigieuse (a été conclue) à des fins de coopération entre personnes publiques dans le cadre de relation qui ne sont pas celles du marché* » (CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18).

¹³⁵⁰ Ainsi par exemple, « *l'objet de l'entente doit non seulement entrer dans les attributions des conseils mais intéresser « à la fois » leurs communes, établissements publics de coopération intercommunale, syndicats mixtes, départements respectifs* » : BÉNOIT J., « Les conventions de coopération », *Encyclopédie des Collectivités Locales*, 2013, fasc. 1112. De même, les conventions de prestations de services prévues par l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales portent sur l'engagement d'une collectivité compétente « *à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences* » ou encore, selon l'article L. 5111-1-1 à assurer « *en commun une compétence reconnue par la loi ou transférée à leurs signataires* ».

pour la réalisation d'une activité de service public ou la gestion d'un bien public, voire même pour l'accomplissement d'une mission matérielle de police. Mise à part la détention par chacun d'une compétence matérielle, ce procédé juridique de mutualisation s'apparente donc à une forme d'externalisation dans la mesure où le critère fonctionnel est satisfait dès lors que, si chaque collectivité signataire d'une convention de coopération publique est bénéficiaire d'un titre à agir, elles habilitent toujours par cette convention l'une d'entre elles à intervenir dans l'intérêt commun à toutes et avec le soutien de chacune¹³⁵¹, tout en conservant la pleine maîtrise par la conservation de leur compétence. Il existe donc toujours une forme d'habilitation au cœur de chacun de ces contrats de coopération entre personnes publiques dans la mesure où leur objet réside dans la réalisation d'une compétence dont chacune bénéficie mais qu'une seule exécute au bénéfice de toutes. C'est en outre au titre des « *autres formes de coopération intercommunale* » que le code général des collectivités territoriales aborde la question de ces mutualisations sous la forme de conventions d'entente ou de coopération alors que « *la répartition des compétences cloisonnées (...) peut défavoriser la performance de l'action publique* »¹³⁵². Aussi les exemples de la gestion des transports en commun, des déchets ou encore de la distribution de l'eau sont-ils particulièrement caractéristiques d'une telle coopération publique rendue nécessaire par l'entrecroisement et le chevauchement territorial des compétences et auxquels la mutualisation offre une solution qui se rapproche étroitement de l'externalisation administrative au point de pouvoir être considérée comme une forme d'expression juridique de cette dernière. C'est d'ailleurs en matière de gestion des déchets et de distribution de l'eau que la jurisprudence, à travers les affaires *Commission c/ Allemagne* et *Cne de Veyrier-du-Lac* devaient donner lieu à une consécration de cette modalité de coopération contractuelle, confirmant par la même occasion l'intégration de cette dernière dans le champ instrumental de l'externalisation administrative eu égard à leur logique économique.

Cette inclusion peut effectivement être confirmée par la prise en compte de la logique économique commune qui irrigue à la fois la mutualisation et l'externalisation administrative.

¹³⁵¹ Il est en outre possible d'en apporter un argument supplémentaire à l'aune des travaux menés par Jean-David Dreyfus sur les contrats entre personnes publiques. Il proposait effectivement une typologie de ces contrats selon leur objet et l'intensité du transfert de compétences auquel ils procèdent (Il affirmait en effet qu'il était « *possible de bâtir une échelle de degré de dévolution de compétences réalisée par voie conventionnelle* » : DREYFUS J.-D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 1997, p. 213). Ainsi était-il possible de distinguer selon lui les contrats sans objet dévolatif, ceux à objet dévolatif partiel, ou encore ceux à objet dévolatif total.

¹³⁵² SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 857.

Le traitement particulier réservé par le droit positif aux modalités conventionnelles de mutualisation entre personnes publiques révèle en l'occurrence une telle communauté de logique économique ; c'est-à-dire une logique de coopération typique des modes hybrides de gouvernance. Alors que leur exclusion du régime commun de passation des contrats de la commande publique, en particulier leur exonération de l'obligation de respecter les exigences de publicité et de mise en concurrence préalable, traduit leur éviction des modalités d'organisation interne de l'administration par le marché¹³⁵³, elle révèle également leur rattachement à l'externalisation administrative en référence à la logique économique qu'elles révèlent et retranscrivent dans le langage juridique¹³⁵⁴. L'évolution du droit positif en la matière renseigne en effet sur le ressort logique et économique du mécanisme juridique commun sur lequel leurs instruments juridiques réciproques fonctionnent, à savoir : le partage de compétences de chacun au bénéfice d'un intérêt commun¹³⁵⁵. Un constat qu'il est également possible d'établir à la lecture de la jurisprudence du Conseil d'État. Les juges du Palais-Royal adoptent effectivement depuis la décision *Cne de Veyrier-du-Lac* une posture analogue à celles des juges du plateau du Kirchberg : à savoir que la coopération publique ayant pour finalité l'organisation d'une mutualisation conventionnelle entre collectivités publiques doit être préservée des exigences propres au marché concurrentiel, et ce pour des motifs différents de ceux justifiant la dérogation au titre de l'auto-prestation¹³⁵⁶. Ainsi apparaît-il clairement que, dotées d'une logique économique distincte de l'échange ou de

¹³⁵³ La Commission confirmait en effet que « *les deux formes (verticale et horizontale) de coopération public-public constituent pour les pouvoirs adjudicateurs deux moyens, accessibles dans les mêmes conditions, d'organiser l'exécution de leurs missions de service public en-dehors du champ d'application du droit de l'UE sur les marchés publics* » : Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »), 4 octobre 2011, SEC(2011) 1169 final, p. 16. Et d'ajouter alors que « *s'il existe structurellement deux types différents de coopération public-public ne relevant pas du droit de l'UE sur les marchés publics, ils ont néanmoins plusieurs caractéristiques en commun* » dont l'exclusion des règles inhérentes au bon fonctionnement du marché concurrentiel.

¹³⁵⁴ Gabriel Eckert précise d'ailleurs qu'il s'agit là d'une différenciation de logique opérée par le droit positif « *entre les mécanismes juridiques de coopération public-public et le droit du marché* » : ECKERT G., « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 617. Ce dernier met effectivement en lumière « *le glissement opéré par le juge administratif des règles de la « coopération public-public » vers la volonté de « protection de la sphère économique publique contre le marché* » ».

¹³⁵⁵ Seront ainsi considérés par exemple comme des instruments juridiques de l'externalisation administrative : les conventions d'entente définies aux articles L. 5221-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, les conventions de prestation de services de l'article L. 5111-1 dudit code, ou encore les conventions de mutualisation de services définies aux articles L. 5211-4-1 et suivants.

¹³⁵⁶ Éclairée par les conclusions contraires prononcées par Bertrand Dacosta (CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18 ; concl. DACOSTA B., rec. p. 18 et s.), cette décision reconnaît en matière d'organisation interne de l'administration l'existence de ces trois modalités principales animées chacune par une logique économique propre au service de la réalisation de ces missions d'intérêt général : le recours au marché concurrentiel en vertu d'une logique d'échange, le recours à ses propres services en vertu d'une logique d'internalisation et le recours à une mutualisation des moyens en vertu d'une logique de coopération.

l'internalisation, les diverses formules de mutualisation conventionnelle traduisent en droit administratif une logique coopérative apportant un argument supplémentaire en faveur de leur intégration dans le champ instrumental de l'externalisation administrative¹³⁵⁷. Une expression spécifique de l'externalisation administrative à laquelle contribue également une autre pratique gestionnaire récemment enrichie par le droit positif et exemptée des exigences de publicité et de mise en concurrence : la prestation intégrée.

2. L'inclusion de la prestation intégrée fondée sur la réalisation externe de la compétence

302. Une intégration suggérée par sa logique économique singulière de coopération. Il vient d'être démontré que l'exclusion des procédés juridiques de mutualisation conventionnelle du champ d'application des règles de la commande publique inhérentes au recours au marché par les personnes publiques constituait un indice de leur intégration au champ de l'externalisation administrative dans la mesure où elle révèle une communauté de logique fondée sur la coopération économique. Or, il est important de souligner l'existence d'une dérogation sensiblement identique invoquée par les juges du plateau du Kirchberg et par ceux du Palais-Royal au bénéfice d'une autre pratique gestionnaire animée d'une logique similaire de coopération, et servant même parfois de vecteur de mutualisation : le recours par les collectivités publiques à une prestation intégrée pour la satisfaction de leurs besoins et la réalisation de leurs compétences matérielles¹³⁵⁸. Ainsi l'inclusion des procédés juridiques relevant d'une stratégie de prestation intégrée dans le champ des instruments de l'externalisation administrative, pour surprenante qu'elle soit, acquiert-elle néanmoins une profondeur théorique accrue par l'argument déployé auparavant en matière de mutualisation

¹³⁵⁷ Les commentaires de la doctrine à propos de cette consécration d'une coopération publique hors concurrence achèvent d'ailleurs d'emporter la conviction sur ce point. Philippe Terneyre en fait d'ailleurs état en lien étroit avec les logiques économiques : TERNEYRE Ph., « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA*, 2014, p. 407 et s. De même, Gabriel Eckert souligne également « *cette volonté de fonder le régime de la coopération public-public (...), sur un raisonnement économique – l'absence de relation de marché* » : ECKERT G., *op. cit.*, p. 624 et 625. Et d'ajouter en outre que cette coopération « *s'inscrit dans une volonté d'améliorer l'efficacité de l'action publique en recourant à la mutualisation des moyens ou à l'individualisation des services* » : ECKERT G., *op. cit.*, p. 629, à l'instar de toute stratégie d'externalisation, et ce également en matière administrative.

¹³⁵⁸ Il convient d'ailleurs de rétablir la réalité des faits juridiques, ainsi que l'ordre des choses : la préservation des pratiques liées à la prestation intégrée dans la sphère administrative des règles de la commande publique est intervenue avant celle de la mutualisation, préfigurant et inspirant ainsi dans une certaine mesure cette dernière. Bien que cela soit établi aussi bien dans le droit positif que dans la doctrine, il est apparu toutefois plus aisé de présenter la démonstration à venir à la lumière des développements précédents ayant mis en lumière cette prise de conscience par la jurisprudence de la nécessité de prendre en compte juridiquement ces différences de logiques économiques animant les instruments de l'organisation administrative interne, ainsi que de leurs incidences sur les divers régimes qui s'y appliquent.

conventionnelle¹³⁵⁹. Une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence que le législateur a d'ailleurs récemment réaffirmée à l'occasion de la transposition des directives marchés et concessions, et que la doctrine justifie en outre de longue date en référence « à la liberté d'organisation et de choix du mode de gestion des personnes publiques (...) lorsqu'elles choisissent de créer une entité dédiée, qui, bien que juridiquement distincte d'elles, ne s'en dissocient pas d'un point de vue administratif et fonctionnel »¹³⁶⁰.

Avant d'en venir à l'obstacle majeur à son intégration dans le champ de l'externalisation administrative soulevé par cette pratique gestionnaire, eu égard aux exigences de son critère organique que suggère cette définition de la prestation intégrée, il convient tout d'abord de s'appuyer sur la démonstration précédemment menée pour parvenir à convaincre de la pertinence de l'hypothèse ici soutenue. Il s'agit donc de remonter tout d'abord à la reconnaissance de cette exception par le juge de Luxembourg afin de présenter les ferments économiques et juridiques ayant permis sa consécration. Ce dernier affirmait en effet dans la décision *Teckal* que ces règles étaient applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique, excepté « dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause (son cocontractant) un contrôle analogue à celui qu'elle sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »¹³⁶¹. Le juge de l'Union admettait alors que la conclusion par une collectivité publique d'un contrat avec un opérateur dédié devait être exemptée du respect des règles de publicité et de mise en concurrence dans la mesure où cette opération s'apparentait à un contrat avec soi-même n'impliquant pas, par définition, l'intervention d'un opérateur économique¹³⁶². Outre le fait qu'apparaisse à travers cette première justification l'obstacle organique évoqué, il est ici question de révéler tout d'abord la logique économique qui justifie finalement une telle solution, ainsi que les implications juridiques qu'elle suscite s'agissant de cette pratique aujourd'hui reconnue sous l'appellation de quasi-régie.

¹³⁵⁹ À savoir celui de la consécration de la spécificité de leur logique économique fondée sur la coopération publique à travers leur exclusion du champ d'application des règles de la commande publique.

¹³⁶⁰ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 208.

¹³⁶¹ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. p. 8121.

¹³⁶² La Cour de justice insistait d'ailleurs dans l'exposé de sa décision sur cet argument décisif en affirmant que « la directive 93/36/CE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non » : CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. p. 8121. Ainsi devait-elle effectivement écarter l'argument juridique selon lequel le contrat litigieux ne saurait recevoir la qualification de contrat du fait de l'absence concrète d'une « convention entre deux personnes distinctes ».

Au-delà de l'argument juridique lié à l'exception des contrats avec soi-même¹³⁶³, le « in house », ou prestation intégrée, repose en effet sur une logique économique de coopération singulière qui, à l'instar de la mutualisation conventionnelle, se place en-dehors du marché concurrentiel et de ses règles dans la mesure où cette coopération relève en premier lieu du fonctionnement interne de l'administration. C'est alors cette voie qu'il s'agit d'emprunter pour éclairer l'exclusion des règles de la commande publique, ainsi que les conditions strictes qui l'encadrent. Partant d'une analogie avec « *le cas où le pouvoir adjudicateur recourt à ses propres ressources pour la fourniture des produits (ou services) qu'il souhaite* »¹³⁶⁴ ; c'est-à-dire avec l'auto-prestation, les juges du plateau du Kirchberg engageaient l'élaboration d'une exception particulière aux exigences de publicité et de mise en concurrence dans laquelle un partenaire distinct d'une autorité administrative doit être considéré comme un de ses services du fait du contrôle analogue qu'elle exerce sur lui et de l'influence qu'elle exerce sur les décisions qu'il peut adopter¹³⁶⁵. Ainsi était-il possible de traiter juridiquement cette relation contractuelle de la même façon que le recours à l'auto-prestation. Il convient toutefois de bien distinguer, au même titre que pour la mutualisation conventionnelle, la pratique de l'auto-

¹³⁶³ Un argument juridique que la Cour de justice avait employé sur les recommandations de l'avocat général Georges Cosmas. Ce dernier avait effectivement affirmé, dans ses conclusions, que « *la directive s'applique, d'une part, lorsqu'il existe un concours de volontés entre deux personnes différentes (...) et, d'autre part, lorsque la relation réciproque créée consiste dans la fourniture d'un produit en échange d'une rétribution financière* » et qu'en outre « *il faut que le cocontractant du pouvoir adjudicateur (...), ait effectivement la qualité de tiers par rapport à ce pouvoir, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une personne distincte de celui-ci* ». Aussi excluait-il donc l'application des règles de la commande publique lorsque le pouvoir adjudicateur est considéré avoir conclu un contrat avec lui-même du fait du contrôle et de l'influence qu'il exerce sur son partenaire : CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. p. 8121 ; concl. COSMAS G., rec. p. 8123 et s.

¹³⁶⁴ Conclusions prononcées par Georges Cosmas sur l'arrêt : CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. p. 8121 ; concl. COSMAS G., rec. p. 8123 et s.

¹³⁶⁵ La jurisprudence postérieure à la décision *Teckal* devait d'ailleurs confirmer ce raisonnement en précisant les conditions de ce contrôle et de cette influence. L'arrêt *Parking Brixen* précisait en l'occurrence que ces indices avaient pour fonction de donner le sentiment que le pouvoir adjudicateur disposait d'une parfaite maîtrise de son partenaire au point que celui-ci, totalement dépendant (Les conditions ainsi fixées par le juge de l'Union devaient effectivement permettre d'identifier clairement une situation contractuelle dans laquelle le pouvoir adjudicateur exerce sur son partenaire une « *influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* » : CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, rec. p. 8585), ne puisse être considéré autrement que comme un de ses services. Une argumentation éclairée en outre par les conclusions prononcées à cette occasion par l'avocat général Juliane Kokott, laquelle s'interrogeait sur l'application à l'espèce de l'exception développée par l'arrêt *Teckal* dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur « *fait exécuter des prestations par des organismes qu'il contrôle lui-même* » : CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, rec. p. 8585 ; concl. KOKOTT J., rec. p. 8588 et s. Elle affirmait alors que tel devait être le cas lorsque, « *même si les deux parties à une opération juridique ont chacune une personnalité juridique formellement propre, la transaction peut néanmoins être exceptionnellement assimilée à un marché interne* » lorsque le pouvoir adjudicateur est par exemple « *à tout moment effectivement en mesure de faire valoir en totalité ses objectifs d'intérêt général* » ; c'est-à-dire qu'il est possible de considérer ce partenaire comme un service interne du pouvoir adjudicateur, soumis à son pouvoir hiérarchique.

prestation et la quasi-régie¹³⁶⁶. L'emploi de ce terme y incite d'ailleurs, tant il marque différence certaine entre la prestation intégrée et l'auto-prestation. La première n'a effectivement que l'apparence de la seconde, mais son essence demeure foncièrement bien différente : celle-ci reposant sur une logique d'internalisation, et celle-là sur une logique de coopération. Il est d'ailleurs instructif de rappeler ici le rapprochement de la prestation intégrée et de la coopération publique relevé par Jean-François Sestier à l'occasion de l'adoption des directives marchés et concessions en 2014. Il affirme effectivement qu'une lecture de ces textes révèle que « *les trois directives régissent (...) les exceptions fondées sur une relation « in house » ou une coopération « public/public », en des termes largement identiques* »¹³⁶⁷. Encore faut-il prouver qu'une telle évolution textuelle traduit en droit une convergence de logique économique¹³⁶⁸.

L'ordonnance du 29 janvier 2016, de même que celle du 23 juillet 2015 relative aux marchés¹³⁶⁹, procède en l'occurrence à un regroupement des modalités contractuelles d'organisation interne de l'administration au titre des exceptions aux règles de la commande publique « *applicables aux relations internes au secteur public* »¹³⁷⁰. Première de ces dérogations, la quasi-régie est alors définie comme une situation contractuelle dans laquelle le pouvoir adjudicateur recourt, pour la satisfaction de ses besoins ou la réalisation d'une compétence matérielle, à une personne juridique distincte qui peut être considérée de la même

¹³⁶⁶ Sophie Nicinski réaffirme d'ailleurs, à l'aune de la transposition des directives marchés et concessions, que l'exception de la quasi-régie impose « *toutefois (d') établir une distinction entre la satisfaction de ses propres besoins par un pouvoir adjudicateur (...), et la situation dans laquelle le pouvoir adjudicateur s'adresse à une entité distincte avec laquelle il conclut un contrat, mais qui est tellement proche de lui, que la relation bénéficiera de l'exception « in house »* » : NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2016, p. 575.

¹³⁶⁷ SESTIER J.-Fr., « Les nouvelles dispositions relatives aux relations « in house » et aux coopérations « public/public » », *BJCP*, 2014, n° 94, p. 170.

¹³⁶⁸ Jean-François Sestier peut d'ailleurs donner l'impression d'en douter lorsqu'il précise que si « *les directives ont formellement regroupé les deux exceptions (...), en ce que ces exceptions correspondent à des environnements juridiques différents, elles méritent néanmoins de continuer à être distinguées* » : SESTIER J.-Fr., *op. cit.*, p. 171.

¹³⁶⁹ De la même façon, alors qu'une section est également consacrée aux « *exclusions applicables aux relations internes au secteur public* », l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38 reprend l'exception élaborée par le juge de Luxembourg. Sophie Nicinski souligne d'ailleurs qu'un « *pouvoir adjudicateur doit pouvoir s'adresser à des entités qui sont sous son étroite dépendance, considérées comme son prolongement administratif, en dehors des règles du droit des marchés publics* » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 575. Et d'ajouter en outre que dans ses conditions, « *même si un contrat est conclu, l'étroitesse des liens entre les deux entités peut conduire à faire abstraction des règles de la commande publique* ».

¹³⁷⁰ Section 4 du chapitre 2 du titre 1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

façon que l'un de ses services¹³⁷¹. Il apparaît donc clairement que l'assimilation de la prestation intégrée à l'auto-prestation relève davantage de la fiction juridique que de la traduction en droit d'une réalité économique et juridique concrète¹³⁷². Le droit positif suggère et consacre notamment l'existence d'une coopération évidente associant de multiples acteurs à la réalisation de la compétence matérielle d'une autorité administrative. En outre, la configuration juridique de la relation envisagée présente parfaitement les caractéristiques d'un mode de gouvernance hybride à savoir : le recours à un opérateur extérieur pour la réalisation d'une prestation dans des conditions analogues à son accomplissement au moyen de ses propres ressources. Il est donc logique de suggérer l'hypothèse d'une intégration de la prestation intégrée dans le champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative au vu d'une telle exclusion des règles imposées par le marché concurrentiel¹³⁷³. Bien que la doctrine ne reconnaisse généralement qu'un seul point commun à ces différentes modalités de coopération publique consistant justement en « *l'absence d'application des règles de publicité et de mise en concurrence* »¹³⁷⁴, il est toutefois permis d'en proposer un autre : celui d'une logique économique similaire, la coopération, laquelle justifierait alors leur intégration conjointe dans le champ instrumental de l'externalisation administrative. Il convient cependant d'en apporter une confirmation sur le plan juridique, et tout particulièrement au regard du critère organique de l'externalisation administrative qui pourrait paraître *prima facie* insatisfait.

303. Une intégration surprenante au regard des exigences du critère organique. Le nouvel agencement du droit positif en matière de relations contractuelles « *entre entités du secteur public* » révèle effectivement une apparente opposition entre la coopération publique conventionnelle relevant de la mutualisation et la coopération publique supposée irriguer la

¹³⁷¹ C'est-à-dire lorsque le pouvoir adjudicateur exerce sur elle « *un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* » : article 16 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

¹³⁷² Ainsi le législateur ne laisse-t-il par exemple aucun doute sur la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes dans le cadre de la quasi-régie.

¹³⁷³ Jean-François Sestier souligne d'ailleurs, avec le recul, le caractère « *exceptionnel* » (Ce dernier remarque en effet après l'adoption par le Parlement et le Conseil européens des directives marchés et concessions, que « *la naissance de l'exception « in house » relève sinon du miracle tout au moins du prodige (...) au nom d'une analyse plus pragmatique que juridique* » : SESTIER J.-Fr., *op. cit.*, p. 171) de cette dérogation, admise en-dehors de tout texte en vertu d'une prise en compte de la logique économique des affaires, à une règle pourtant essentielle pour l'instauration d'un marché uniquement animé fondamentalement d'une logique concurrentielle. C'est en l'occurrence sur la substitution de la logique de coopération en lieu et place de cette dernière que se fonde la dérogation admise par le juge, et désormais confirmée et codifiée par le législateur pour l'ensemble des contrats de la commande publique.

¹³⁷⁴ BRENET Fr., « *L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives* », *AJDA*, 2014, p. 850.

pratique des prestations intégrées¹³⁷⁵. C'est donc *a priori* en partie en contradiction avec la doctrine majoritaire qu'il est ici proposé de les rassembler sous la bannière unique de la logique économique de coopération ; autrement dit, de les réunir au sein de l'ensemble formé par les divers modes de gouvernance hybrides. Il convient toutefois de préciser que la démarche entreprise ne s'apparente pas à un « cavalier seul » dans la mesure où cette même doctrine majoritaire note çà et là des points de convergences entre ces exceptions que la nouvelle mouture des directives marchés et concessions, de même que leur transposition en droit français, renforce ou à tout le moins révèle. Des points de rencontre entre la mutualisation conventionnelle et la quasi-régie qu'il est tout à fait possible d'interpréter comme autant d'indices de leur communauté de logique économique, et au-delà comme une traduction de cette dernière en droit administratif dans le cadre de l'organisation interne de l'administration. Ainsi Guylain Clamour conclue-t-il sa démonstration, initiée sous le signe de la dissonance, par une note d'harmonie en affirmant que ces hypothèses de dérogation aux règles de la commande publique s'orientent « *vers une logique de partenariats* »¹³⁷⁶ ; c'est-à-dire de coopération publique au sein même de l'organisation administrative¹³⁷⁷. Aussi cette spécificité est-elle justement à mettre au crédit d'une consécration en droit administratif de la logique économique de coopération en tant qu'elle anime désormais de plus en plus les modalités récentes d'organisation interne de l'administration.

La dérogation ainsi admise au titre de la pratique des prestations intégrées recèle d'ailleurs une justification intrinsèquement liée à la logique coopérative empruntée également par les procédés contractuels de mutualisation¹³⁷⁸. Ainsi offre-t-elle, au même titre que la mutualisation conventionnelle, une illustration de la traduction juridique d'une logique coopérative en droit administratif, et à travers elle une expression nette d'une forme

¹³⁷⁵ Aussi Guylain Clamour met-il en évidence « *la dialectique in house / coopérations (...) transcendée par une dualité de régimes opposant in house, dans une conception étendue, et coopération horizontale* » : CLAMOUR G., « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, n° 6, juin 2014, dossier 6. Et d'ajouter « *que, malgré cette articulation des régimes, coopérations verticale et horizontale sont les deux faces d'une même médaille de partenariat public-public, contrastant avec une approche in house en cela qu'elles conduisent à passer « d'un rapport « mère-fille » ou « fille-mère » à un rapport entre structures sœurs* » ».

¹³⁷⁶ CLAMOUR G., « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, n° 6, juin 2014, dossier 6. L'auteur souligne également l'émergence d'une convergence certaine des conditions autorisant l'application de ces diverses exceptions.

¹³⁷⁷ Willy Zimmer relève quant à lui que la « philosophie » de ces dérogations doit être inscrite dans le sillon « *de la reconnaissance d'une certaine spécificité des relations contractuelles au sein du secteur public* » : ZIMMER W., « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP*, n° 10, octobre 2015, dossier 4.

¹³⁷⁸ C'est en outre à cette référence commune que fait implicitement référence Willy Zimmer afin « *de fonder cet ensemble de dispositions sur des objectifs clairement identifiés et de leur conférer une certaine cohérence* » : ZIMMER W., « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP*, n° 10, octobre 2015, dossier 4.

d'externalisation administrative¹³⁷⁹. Dès lors deux éléments peuvent en être déduits : d'une part, comme évoqué précédemment, la prestation intégrée aussi bien que la mutualisation conventionnelle participent de la traduction juridique d'une logique économique de coopération entre personnes publiques obéissant à des impératifs managériaux d'efficacité et d'efficience de l'action administrative qui modifient les modalités d'organisation interne de l'administration ; et, d'autre part, bien que considérée en apparence comme une forme d'auto-prestation, la prestation intégrée doit davantage être envisagée comme la prise en compte par le droit d'un « entre soi » administratif étranger à toute ambition de marché et de profit et dans lequel les autorités publiques nouent des relations de coopération qu'il ne serait pas pertinent ni cohérent de soumettre aux exigences concurrentielles. Aussi ne serait-il finalement pas approprié de réduire la quasi-régie à une relation à une seule personne juridique recourant à ses propres services pour la réalisation de ses compétences matérielles. Il convient plutôt de l'appréhender selon sa nature véritable : celle d'une relation juridique à plusieurs mais demeurant toujours au sein de l'administration. Seule une telle approche autorise alors à contourner l'écueil du critère organique et à intégrer en conséquence la prestation intégrée dans le champ des instruments de l'externalisation administrative.

Il est vrai que, à la différence de la mutualisation conventionnelle expressément distinguée de l'auto-prestation par la jurisprudence de la cour de Luxembourg, l'exception du « in house » emprunte une argumentation selon laquelle la dérogation dont elle bénéficie se justifierait essentiellement par l'effacement fonctionnel du partenaire de l'administration considérée comme un prestataire interne à ses services et en conséquence duquel la présence de deux volontés et de deux partenaires au moins ne serait plus satisfaite pour permettre la qualification de contrat. L'option consistant à voir dans ces relations de quasi-régie une forme « d'entre soi » dans laquelle les règles du marché et de la concurrence n'auraient pas leur place paraît néanmoins d'autant plus séduisante qu'elle retranscrit de manière plus fidèle la réalité du mécanisme. Elle permet notamment de rendre compte d'une véritable coopération traduite en droit administratif dès lors qu'une telle logique impose toujours la présence de plusieurs personnes juridiques distinctes alors que l'auto-prestation retranscrit quant à elle une logique d'internalisation propre aux modes de gouvernances par la firme. De « contrat avec

¹³⁷⁹ Il apparaît d'ailleurs aux yeux de la doctrine, et à la lecture des directives de 2014 confirmée par celle de leur transposition en droit interne, que le législateur ait voulu délimiter et préserver « *un espace de relations internes propres au secteur public qui est exclu du champ d'application de l'ordonnance car non concerné par les considérations économiques et n'obéissant qu'à des considérations d'intérêt public* » se matérialisant par la réalisation d'un œuvre commune : ZIMMER W., « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP*, n° 10, octobre 2015, dossier 4.

soi-même »¹³⁸⁰ destiné à organiser une internalisation de la réalisation de la compétence, il convient donc de démontrer pourquoi la prestation intégrée doit être considérée désormais comme un contrat « entre soi » destiné à organiser une coopération interne à l'administration pour la réalisation de la compétence ; c'est-à-dire finalement à permettre une forme particulière d'externalisation intégrée au sein de l'administration. Il n'en demeure pas moins que les outils permettant l'expression d'une prestation intégrée présentent une spécificité juridique irréductible sur le plan organique¹³⁸¹. Une spécificité qui pose irrémédiablement question au regard du critère organique de l'externalisation administrative.

L'approche retenue présente donc une certaine originalité en ce qu'elle détache la prestation intégrée de l'auto-prestation¹³⁸² pour la rapprocher de la mutualisation conventionnelle, et donc de la logique coopérative pour finalement permettre son intégration dans le champ instrumental de l'externalisation administrative. Elle n'est cependant pas « forcée », et la quasi-régie ne s'en trouve pas nécessairement dénaturée, bien au contraire. Il s'agit effectivement de se détacher de la fiction juridique et de ses conséquences pour se rapprocher de la nature réelle du mécanisme juridique et de la logique économique qui l'anime. Certes les apparences de cette fiction invitent-elles à traiter indistinctement l'auto-prestation et la prestation intégrée dans la mesure où la justification de leur exclusion du champ d'application des règles de la commande publique repose sur un argument identique : l'absence de plusieurs personnes juridiques dans la relation entretenue. C'est cependant sur ce point qu'une telle appréhension conduit à une dénaturation, au moins économique, de la quasi-régie traitée alors comme une forme d'internalisation et non de coopération. Seule une prise en compte de la réalité organique du procédé révèle cette nature logique ainsi que la compatibilité de la prestation intégrée avec le critère organique de l'externalisation administrative. Si le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son partenaire est tel qu'il conduit à un effacement du second et à son intégration fonctionnelle au sein du premier, il n'en perd pas pour autant sa

¹³⁸⁰ Il s'agit là de rappeler la démonstration proposée par Pierre Delvolvé selon laquelle « *le contrat-maison s'apparente à un contrat avec soi-même, c'est-à-dire que ce n'est pas vraiment un contrat* » : DELVOLVÉ P., « Marchés publics : des « contrats-maisons », *RDUE*, 2002, p. 55.

¹³⁸¹ Considérés comme des contrats entre personnes publiques, les contrats « in house » ont donc également « *ceci de particulier qu'ils se caractérisent moins par leur objet spécifique (...), que par leur seul élément organique, car ils organisent les rapports contractuels entre deux ou plusieurs personnes publiques* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 181.

¹³⁸² Dans le sens contraire, à l'instar de nombreux auteurs, Willy Zimmer considère que l'exception admise au titre des contrats « in house » correspond finalement « *à l'hypothèse de l'autoprestation, c'est-à-dire des contrats ayant pour objet des prestations qui, quoique effectuées par une entité juridiquement distincte du bénéficiaire, son considérées comme quasi internes* » ; autrement dit, préfère faire prévaloir l'apparence fonctionnelle sur la réalité juridique formelle de la relation contractuelle : ZIMMER W., « Marchés publics », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016.

consistance organique de personne juridique à part entière. Levant le voile fonctionnel qui en perturbe l'appréhension, la démarche proposée ici permet de reconsidérer le mécanisme de la quasi-régie justement comme une « presque régie » : c'est-à-dire, comme une régie seulement fonctionnelle dans la mesure où persiste toujours la présence de plusieurs partenaires contractuels distincts. Il s'agit d'ailleurs pour une partie des commentateurs d'identifier en effet une relation contractuelle non pas avec « soi-même » mais plutôt « avec une entité dépendante »¹³⁸³ mais néanmoins différente¹³⁸⁴.

L'hypothèse défendue ici rapproche donc la prestation intégrée de l'externalisation administrative telle qu'elle est envisagée dans la présente étude. Qu'elle soit de nature publique ou privée¹³⁸⁵, la personne juridique partenaire contractuel de l'autorité administrative s'efface en effet toujours fonctionnellement au sein du pouvoir adjudicateur dès lors que les caractéristiques du contrôle et de l'influence qu'il exerce sur elle « permettent fondamentalement de l'assimiler à un (de ses) service(s) »¹³⁸⁶. À l'instar de l'externalisation administrative, la quasi-régie appréhendée à la lumière de sa réalité organique concerne cependant toujours deux personnes juridiques distinctes ou plus dont l'une au moins est une personne publique disposant d'une compétence matérielle qu'elle doit réaliser, et qu'elle

¹³⁸³ UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 207.

¹³⁸⁴ Marion Ubaud-Bergeron rappelle en effet, à la lumière de la jurisprudence et des évolutions récentes du droit positif, que la liberté d'organisation des personnes publiques impose une dérogation aux règles de la commande publique lorsqu'une autorité administrative décide « de créer une entité dédiée, qui, bien que juridiquement distincte (...), ne s'en dissocie pas d'un point de vue administratif et fonctionnel, ce qui explique l'appellation de quasi-régie » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 208. Et Laurent Richer de préciser en outre que doivent échapper aux règles de la commande publique « les prestations fournies dans le cadre de relations « interorganiques » par un « opérateur interne » » (RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 388) soulignant la contradiction apparente du rapport unissant, dans la cadre d'une prestation intégrée, deux personnes juridiques formellement distinctes mais fonctionnellement réunies en une seule. Laurent Richer ajoute effectivement que « pour cela il est nécessaire que le prestataire ne puisse être qualifié de « tiers », ce qui résulte d'un double test de dépendance à la fois administrative et économique », mais en aucune façon d'une réalité juridique formelle : RICHER L., *Ibid.*

¹³⁸⁵ Il convient en outre de souligner que les transformations récentes du droit positif imposent de constater une telle extension du domaine d'application de l'exception du « in house » aux relations entre l'administration et des opérateurs économiques privés placés de manière déterminante sous son influence. Aussi Guylain Clamour relève-t-il, au-delà de l'admission par le juge de l'Union de l'application de cette exception à des sociétés de droit privé détenues intégralement par des personnes publiques (cf. par exemple : CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SRL c/ Commune Di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, rec. p. 8127). Le juge de Luxembourg admettait effectivement que rien ne s'oppose « à l'attribution directe d'un marché public de services à une société par actions à capital entièrement public dès lors que la collectivité publique qui est le pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent », que les nouvelles directives et leurs transpositions en droit interne autorisent désormais à l'appliquer également sous conditions à une « entité dédiée (qui) puisse comporter, d'une part, des formes légalement requises de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage et, d'autre part, des participations indirectes de capitaux privés » : CLAMOUR G., « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, n° 6, juin 2014, dossier 6.

¹³⁸⁶ COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 409.

décide d'accomplir par la mise en œuvre d'une logique de coopération. Son intégration dans le champ des instruments juridiques exprimant en droit administratif l'emploi de cet outil stratégique de gestion dans le cadre de l'organisation interne de l'administration est par conséquent tout à fait envisageable. Il conduit alors à envisager de la sorte les diverses relations contractuelles de partenariat entretenues par des autorités administratives avec d'autres personnes publiques, ainsi que des personnes privées, placées sous leur étroite surveillance¹³⁸⁷ ainsi que des partenariats institutionnels dès lors que la pratique des prestations intégrées s'y ouvre explicitement depuis la jurisprudence *SNISS*¹³⁸⁸. L'expression de l'externalisation administrative ne saurait toutefois se réduire à ces applications dans le cadre de l'organisation interne de l'administration. Il est effectivement possible de l'identifier, de manière d'ailleurs plus naturelle, parmi les instruments juridiques du marché.

§2 : *Identification de l'externalisation parmi les instruments juridiques du marché*

304. Un déploiement symptomatique d'une nouvelle « gouvernance administrative ». Il a pu être précédemment démontré que l'externalisation administrative s'exprimait silencieusement et insidieusement dans le cadre de l'organisation interne de l'administration ; c'est-à-dire au sein de la sphère administrative sous la forme d'une coopération publique encouragée par la consécration d'un État-manager. Mais cette nouvelle « gouvernance administrative » ne saurait être réduite à la seule réorganisation interne des relations entre personnes publiques. Elle s'exprime aussi, et surtout, par un rapport rénové au marché et aux opérateurs économiques, publics autant que privés, qui y proposent leurs services. L'appréhension du champ instrumental de l'externalisation administrative ne peut donc faire l'économie d'une démarche également concentrée sur ces outils. Elle semble même devoir s'imposer dès lors qu'ils s'apparentent naturellement à l'externalisation telle qu'elle est employée dans le monde

¹³⁸⁷ Ainsi en va-t-il par exemple de certains groupements d'intérêt public, ou encore plus récemment des sociétés publiques locales permettant aux collectivités publiques d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence propres aux contrats dans la mesure où le procédé de la prestation intégrée que ces instruments juridiques permettent d'organiser impliquent l'exercice d'un certain contrôle et d'une influence telle qu'ils y invitent nécessairement. Un procédé mis en œuvre essentiellement aux fins de favoriser le recours à un organisme tiers afin que des personnes publiques compétentes « *décident de créer et de gérer ensemble un service public* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

¹³⁸⁸ Les juges du Conseil d'État considéraient alors effectivement que « *si plusieurs collectivités décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin (...) un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public* » si les conditions posées par l'application de l'exception du « *in house* » sont satisfaites : CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, rec. p. 76.

de l'entreprise¹³⁸⁹. Des rapports juridiques « post-modernes »¹³⁹⁰ s'installent donc dans le cadre de l'action administrative dont il s'agit de déterminer les formes d'expression, et ainsi dégager plus précisément encore les contours des instruments juridiques de l'externalisation administrative. Il suffit d'ailleurs de souligner la transformation progressive de l'idéologie économique dominante depuis les années 1970 jusqu'à aujourd'hui pour prendre davantage la mesure de l'émergence d'un contexte favorablement au développement de ces relations de coopération nouvelles entre les personnes publiques et les opérateurs économiques présents sur le marché. Alors que le keynésianisme posait fortement son empreinte à l'aune de cette période charnière en encourageant les politiques économiques volontaristes fondées sur la demande et l'intervention directe des personnes publiques, l'évolution postérieure devait le conduire à disparaître pour un temps au profit d'un libéralisme inspiré davantage des théories professées par Friedrich Hayek. Une mutation affirmée par laquelle « les clefs du royaume » et de l'économie étaient désormais confiées à un marché dominant, et laissaient à l'État un rôle social et garant seulement de son bon équilibre concurrentiel. La décennie en cours révèle cependant une inflexion nouvelle dans cette histoire de la politique économique et de son incidence sur le rapport entretenu par les autorités administratives et les acteurs du marché.

Marquée par la renaissance du néo-libéralisme issu du colloque Lipmann, cette mutation conduit à adopter une voie médiane empruntant à la fois à l'un et à l'autre de ces courants et favorise outre la consécration de l'État-manager une idéologie économique associant l'interventionnisme keynésien et le libéralisme. Il s'agit alors d'encourager le développement de l'économie et de la croissance par une stimulation publique du marché. Or l'un des vecteurs principaux d'une telle orientation réside essentiellement dans une relation de coopération entre l'autorité administrative qui incite et l'opérateur économique qui exécute. C'est en l'occurrence la figure de l'État partenaire¹³⁹¹ qui est parfois évoquée par la doctrine

¹³⁸⁹ C'est-à-dire comme un mode de gouvernance hybride fondé essentiellement sur une logique de coopération avec le marché, et non d'échange ou d'internalisation, et impliquant ainsi à titre principal une relation étroite et singulière entre ce dernier et les autorités administratives pour la réalisation de leurs compétences matérielles.

¹³⁹⁰ Guylain Clamour soulignait d'ailleurs que la « post-modernité » impliquait nécessairement une telle coopération des autorités administratives et des opérateurs économiques dans la mesure où elle se caractérise entre autre par une « *multiplicité complexe* (dans laquelle) *l'intérêt général n'est plus frontalement opposé aux intérêts privés* » et qui conduit l'État à « *s'appuyer sur eux pour mettre en marche l'intérêt général* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 224. Et d'ajouter en outre que, « *en remettant les fils de l'articulation sur le métier, ressort un tissu régénéré par l'importance accordée subsidiairement à l'intérêt privé dans la réalisation de l'intérêt général sans que la prévalence de l'intérêt public ne soit écartée* ».

¹³⁹¹ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux rappellent en effet que « *l'État, les collectivités territoriales ou d'autres acteurs publics, sans renoncer totalement à la prise en charge directe de certaines activités économiques, qui demeure parfois opportune, privilégient de plus en plus fréquemment une gestion*

pour rendre compte d'une telle évolution de la relation entre la sphère administrative et la sphère économique. Aussi favorise-t-elle par conséquent deux modes de gouvernance : par le marché et surtout par les mécanismes hybrides telle que l'externalisation. La nouvelle « gouvernance administrative » évoquée au titre de la transformation des modalités d'organisation interne de l'administration sous l'influence des préceptes du *New Public Management* s'abouche donc également d'une dimension « externe » s'exprimant alors à travers ces relations diverses et renouvelées avec le marché¹³⁹². L'examen des instruments juridiques susceptibles de contribuer à l'expression de cette seconde branche de l'externalisation administrative fournit également l'occasion de préciser les contours d'une telle « gouvernance administrative » dont il est encore aujourd'hui délicat de saisir précisément le sens et la portée. Une occasion de contribuer ici à « *l'esquisse d'un nouveau mode de relations entre l'État, l'action publique et l'économie* »¹³⁹³ après avoir procédé à celle de la gestion interne de l'administration sous le signe d'une influence exercée par le monde de l'entreprise et les préceptes du management.

Cette seconde branche de l'externalisation administrative s'émancipe néanmoins des constatations précédentes, sans renier pour autant la logique fondamentale sur laquelle elles reposent. C'est bien en effet à partir de l'identification d'une véritable traduction juridique de la coopération, et des critères particuliers qu'elle impose sur le plan organique et fonctionnel, qu'il convient de poursuivre sur ce terrain la détermination du contenu du champ de l'externalisation administrative. Alors que la logique inhérente au recours traditionnel au marché par les personnes publiques relève encore classiquement de l'échange, sous la forme contractuelle ou encore par l'intermédiaire de la privatisation d'entreprises ou d'activités auparavant gérées par des autorités administratives, la logique coopérative qui anime l'externalisation se retrouve quant à elle à travers de nombreux outils juridiques, nouveaux ou renouvelés, mis à la disposition des personnes publiques. Il s'agit alors de s'assurer de leur compatibilité avec les critères de l'externalisation administrative afin de confirmer leur intégration à son champ instrumental lorsqu'il est question des rapports entre les autorités publiques compétentes et le marché. L'emploi des critères organique et fonctionnel pour la

partenariale » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 25.

¹³⁹² La doctrine s'accorde en outre à reconnaître désormais que, « *moins qu'un reflux quantitatif, il s'agit d'un renouvellement qualitatif, certes largement contraint mais pleinement assumé par l'État, de plus en plus secondé en cela par ses démembrements territoriaux ou spécialisés (...). Les méthodes à travers lesquelles la puissance publique encadre et oriente les comportements des acteurs économiques (...) ne sont plus les mêmes qu'autrefois* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 191.

¹³⁹³ COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 29.

détermination de ces instruments juridiques, contractuels et unilatéraux, s'impose donc également ici comme une nécessité inévitable tant l'externalisation administrative s'exprime juridiquement sous des formes multiples lorsqu'elle opère au moyen d'un recours à des opérateurs économiques¹³⁹⁴. Soumis aux règles de la concurrence et aux exigences propres à la commande publique dans la mesure où ils s'étendent en dehors de la sphère administrative, ces instruments juridiques présentent d'ailleurs certaines similitudes. Pour autant, ils conservent toujours de nombreuses divergences et particularités selon leur objet, leur régime, voire même leur fonctionnement. Aussi leur identification en tant que forme d'expression de l'externalisation administrative est-elle d'autant plus délicate et complexe. Une difficulté qui peut toutefois se résoudre par leur confrontation aux critères organique et fonctionnel afin de distinguer ceux qui en relèvent de ceux qui doivent en être exclus. Une telle confrontation conduit en toute logique à l'exclusion des instruments traditionnels de l'action administrative (A) présentant une essence échangiste ou un objet incompatible avec celui de l'externalisation. Elle invite néanmoins à déceler son expression juridique à travers des instruments rénovés (B) qui prennent en compte l'essence coopérative et l'objet singulier de l'externalisation administrative.

A. L'exclusion logique des instruments traditionnels de l'action administrative

305. La conséquence du recul de la démarche traditionnelle dans un État-manager. La doctrine contemporaine souligne désormais invariablement le net retrait de l'intervention traditionnelle des personnes publiques dans l'économie. Elle admet cependant ne pas vouloir y déceler un déclin de leur intervention, ni même du droit qui l'encadre, dans la mesure où la finalité poursuivie demeure focalisée sur la satisfaction de l'intérêt général. L'analyse la plus récente privilégie effectivement la prise en compte d'un changement de logique que cette évolution révèle, et d'une mutation des modalités juridiques qu'elle entraîne¹³⁹⁵. Suggéré par

¹³⁹⁴ Quoi qu'il en soit, ces instruments juridiques qu'il convient d'examiner à l'aune des critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative présentent de nombreux points communs en termes de logique ou encore d'émergence et de valorisation récentes dans la palette proposée par le législateur. Il est d'ailleurs désormais admis que si « *une coopération entre les différents acteurs, dont la complémentarité est soulignée, est de plus en plus souvent recherchée à travers divers instruments juridiques* » dans le cadre de l'action administrative, il ne fait pas non plus de doute quant au fait que ces instruments « *ont en commun de participer à l'émergence d'une démarche partenariale dont le principe n'est pas neuf mais dont la revendication et la généralisation sont des traits distinctifs de la présence publique contemporaine dans l'économie* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 349.

¹³⁹⁵ Ainsi Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux témoignent-ils parfaitement de cette analyse lorsqu'ils affirment notamment que, loin de révéler « *un recul de l'État et de l'intérêt général qu'il incarne (...)* l'observation attentive des nouvelles méthodes d'action publique montre qu'il en va rarement ainsi (...), sous peine de laisser

Sébastien Bernard et confirmé par Guylain Clamour, le constat posé à l'aune du XXI^e siècle par René Chapus n'a peut-être ainsi jamais connu un écho aussi fort que durant la décennie écoulée¹³⁹⁶. La transformation des pratiques stratégiques des entreprises n'est d'ailleurs pas restée sans influence sur la démarche adoptée par les autorités administratives dans la mise en œuvre de leurs compétences matérielles au service de l'intérêt général. Certes les modalités traditionnelles empruntant aux outils classiques de la gouvernance économique, logique d'échange ou logique d'internalisation, ne sont pas abandonnées. Mais il convient désormais de ne plus se détourner d'une tendance lourde dont les incidences ont souvent pu être négligées : celle de la consécration d'une démarche managériale fondée sur une logique coopérative à travers laquelle il est possible de souligner l'émergence de l'externalisation administrative en-dehors de la sphère interne propre à l'administration. Reste alors à préciser les instruments juridiques relevant d'une telle transformation des modalités d'intervention et des relations entretenues par les personnes publiques avec les opérateurs économiques présents sur le marché alors que d'autres, plus traditionnels, restent apparemment inchangés et contestés du fait du décalage qui semblent s'installer entre leur existence en droit administratif et la pratique des autorités publiques.

En se focalisant sur la seconde facette de l'administration évoquée par René Chapus, il est plus que concevable d'envisager la banalisation des opérateurs publics, longtemps redoutée par la doctrine, comme un indice révélateur de l'évolution des relations entre les autorités administratives et le marché et non comme un symbole de leur effacement. Placées sous les auspices de la coopération, ces relations se manifestent désormais à travers l'utilisation d'instruments juridiques rénovés, mais impliquent également qu'un certain nombre d'autres en soient exclus tant ils ne correspondent pas à cette logique économique qui les anime. La transformation en cause des modalités d'intervention publique dans l'économie est en effet également animée d'une logique coopérative. Bien qu'ils demeurent présents et employés par les personnes publiques, les outils classiques inspirés d'une logique d'échange avec le marché se présentent donc, d'une part, comme les reliques d'une attitude traditionnelle qui ne peut et ne doit pas être confondue avec celle correspondant à la mise en œuvre de l'externalisation

se dévoyer les nouveaux instruments de l'action publique (...), l'intérêt général demeurant la finalité unique et indépassable de l'action publique, au-delà de la variété des méthodes déployées à cette fin » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 189 et 190.

¹³⁹⁶ Il n'est en effet plus contesté que, si elle se présente comme une « *puissance publique agissant selon les modes de la gestion publique ; elle est aussi une institution agissant comme on se comporte dans le secteur privé, selon les modes de la gestion privée* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 45.

administrative. Il ne faut pas non plus oublier, d'autre part, que certains des rapports noués entre les autorités publiques et le marché ont pu un temps être marqués d'une certaine forme de renoncement, et ce notamment à partir des privatisations engagées au milieu des années 1980 et des prémisses de l'ouverture à la concurrence qui y est concomitante et qui poursuivait davantage comme objectif l'instauration d'une concurrence pleine et entière entre les opérateurs privés. Dans un cas comme dans l'autre, l'attitude des pouvoirs publics révèle davantage une démarche institutionnelle de renoncement à l'exercice d'une compétence que de volonté de participer en coopération à sa réalisation¹³⁹⁷. Aussi est-il possible d'envisager les conséquences de cette mutation des modalités de l'intervention publique à la fois en matière contractuelle, par la relégation de la logique d'échange qui animait auparavant la commande publique, mais également en matière d'encadrement des conduites des opérateurs économiques sur le marché, par l'abandon de la contrainte ou du renoncement qui participaient initialement à l'accompagnement de l'ouverture à la concurrence de secteurs économiques auparavant monopolistiques. Dès lors, l'éviction du champ instrumental de l'externalisation administrative des formes contractuelles séculaires d'intervention publique dans l'économie fondées sur une logique d'échange (1) se complète par celle de formes institutionnelles plus récentes fondées sur une logique d'abandon de la compétence (2).

1. L'éviction des formes contractuelles séculaires fondées sur une logique d'échange

306.L'exclusion fonctionnelle des contrats fondés sur une logique d'échange : l'exemple du marché public. S'agissant de cette première exclusion envisagée à l'aune du critère fonctionnel de l'externalisation administrative, il convient de rappeler certaines précisions apportées durant la première partie de la démonstration proposée. Alors qu'elle se fonde essentiellement sur une logique de coopération, propre et inhérente aux modes de gouvernance hybride, l'externalisation administrative s'oppose par conséquent à l'admission en son sein de procédés juridiques reposant sur une logique différente, et tout particulièrement sur une logique d'échange. Si elles peuvent parfois être confondues tant elles se ressemblent, ou du moins qu'elles sont présentées de telle sorte qu'il puisse y avoir lieu à confusion, les diverses formes contractuelles d'intervention publique reliant les autorités administratives aux opérateurs économiques présents sur le marché peuvent en effet être rangées en catégories

¹³⁹⁷ Un abandon de la compétence qui, s'il pourrait sembler se rapprocher de l'externalisation en ce qu'il résulte en partie d'une volonté de la puissance publique de se recentrer sur son « cœur de métier », doit en être strictement distingué dès lors qu'il se traduit par une perte de maîtrise de l'activité délaissée.

distinctes selon la logique économique qui les anime. Il ne serait d'ailleurs pas si surprenant de procéder de la sorte tant il a pu être rappelé auparavant que la prise en compte de cette dernière par une partie de la doctrine civiliste contribuait aujourd'hui à la classification des contrats en fonction de leur objet, et plus spécialement de leur économie¹³⁹⁸, laquelle représente finalement l'expression juridique de l'opération économique envisagée par les parties¹³⁹⁹. Or, il s'avère que la doctrine majoritaire ne semble pas encore convaincue de la pertinence d'une telle approche de l'analyse contractuelle en droit administratif. Il ne serait pourtant pas incongru de retrouver ici les avantages soulignés là en droit civil, et ce à plus forte raison alors que l'emprise de l'économie paraît devoir s'y exercer d'une façon similaire. Elle l'est d'ailleurs d'autant plus en ce qui concerne l'identification de l'expression juridique de l'externalisation administrative, alors que le critère fonctionnel y occupe une place prépondérante et que l'influence de l'économie tend justement à promouvoir cette dimension fonctionnelle du contrat¹⁴⁰⁰.

La référence et la prise en compte de l'économie du contrat, traduction en droit de sa fonction économique, ont en l'occurrence autorisé la doctrine civiliste à envisager une classification nouvelle des contrats dans la mesure où ils ne sont « *jamais que le reflet juridique d'une opération économique* »¹⁴⁰¹. C'est ainsi que Suzanne Lequette propose par exemple une transposition au niveau contractuel de la distinction des modes de gouvernance : le marché, la firme et l'intermédiaire, à laquelle correspond selon elle une typologie inédite lui associant respectivement : le contrat-permutation, le contrat-concentration et le contrat-

¹³⁹⁸ Ainsi Sébastien Pimont affirmait-il par exemple que « *l'économie du contrat est une structure de droits et d'obligations ordonnées dans le but de réaliser une opération économique* » : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, p. 161. Et l'auteur d'ajouter que ces éléments peuvent même être confondus dès lors que « *d'un côté, il y a l'opération juridique ou l'équilibre économique que veulent réaliser les parties (l'objet du contrat) ; de l'autre, il y a, une structure fonctionnelle d'effets de droit. Dans les deux cas, il est question d'avoir une vision globale du contrat, une approche synthétique et non plus analytique ; une vision économique qui dépasse une vision purement juridique* » : PIMONT S., *op. cit.*, p. 175.

¹³⁹⁹ Ainsi existe-t-il une économie propre à la relation d'échange, une économie propre à l'intégration et une économie propre à la relation de coopération qui se répercute nécessairement sur la structure du contrat.

¹⁴⁰⁰ Sur ce point l'étude offerte par Sébastien Pimont ne peut qu'encourager à poursuivre ses travaux sur les terres du droit administratif dès lors qu'il affirmait notamment que, « *lorsqu'il est nécessaire de désigner l'opération globale que doit réaliser le contrat, le recours à la notion d'économie du contrat semble devoir s'imposer* » alors qu'elle vise « *la structure des effets juridiques que doit réaliser le contrat et la manière d'ordonner cette structure* » afin de parvenir à l'organisation de l'opération économique recherchée, et de la relation juridique qui en découle : PIMONT S., *op. cit.*, p. 181.

¹⁴⁰¹ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 7 et 8. Notons également l'opinion concordante émise par Philippe Stoffel-Munck lorsqu'il engageait la doctrine à revoir son appréciation sur le contrat qui, « *avant d'être du droit, est avant tout la réalisation d'une opération économique* » : STOFFEL-MUNCK Ph., *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 128.

coopération¹⁴⁰². Or, c'est bien la logique économique qui transpire à travers ces trois catégories contractuelles : la logique d'échange, la logique d'intégration et la logique de coopération¹⁴⁰³. Il est donc raisonnable de proposer, fort d'une telle caution apportée par les avancées de la doctrine civiliste, une prise en compte équivalente de la fonction économique du contrat pour la détermination d'une taxinomie nouvelle des contrats administratifs. Loin de poursuivre un objectif aussi ambitieux de relecture globale du champ contractuel¹⁴⁰⁴, l'étude ici menée en tire cependant les conséquences théoriques concernant tout particulièrement le contenu du champ instrumental de l'externalisation administrative. Aussi la première à s'imposer est-elle inévitablement celle de l'exclusion irrémédiable des contrats poursuivant une logique d'échange, confortée en outre par la confrontation de ces différents contrats avec le critère fonctionnel de l'externalisation administrative. Au-delà de la différence fondamentale opposant la logique de coopération et la logique d'échange, la divergence se poursuit en effet à ce niveau dès lors que si l'habilitation dérivée caractéristique de l'externalisation administrative exprime en la matière cette volonté de coopérer avec une personne juridique distincte à la réalisation d'une compétence matérielle, l'échange n'emporte en aucune manière une telle volonté et n'impose en aucune façon une quelconque habilitation mais seulement un équilibre des prestations¹⁴⁰⁵. L'exemple symbolique offert par la catégorie des marchés publics permet d'ailleurs d'illustrer et de corroborer en même temps l'hypothèse de cette exclusion, et cela sans se défaire du droit en vigueur. Il convient néanmoins de confronter préalablement la traduction juridique de la logique d'échange au critère fonctionnel de l'externalisation administrative avant de procéder à la consolidation de ce postulat à partir d'un examen concret du droit positif et des critères de qualification des marchés publics. Suzanne Lequette démontre en l'occurrence que les contrats relevant de la

¹⁴⁰² Suzanne Lequette précise alors l'optique retenue pour sa démonstration et propose « *d'établir une typologie qui va au-delà du modèle contractuel échangiste en distinguant selon que le contrat remplit une fonction de permutation, de concentration et enfin à mi-chemin entre les deux, de coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁰³ Il convient d'ajouter que l'approche adoptée par Suzanne Lequette repose essentiellement sur une prise de conscience de la consécration des modes de gouvernance hybride en sciences économiques dont elle tire les conséquences juridiques (Aussi rappelle-t-elle qu'il « *apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11) pour démontrer que s'il « *existe une réalité juridique propre à la coopération, reflet d'une opération économique spécifique (...), émergerait entre le contrat-échange et le contrat-organisation une troisième figure : le « contrat-coopération* » » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 15 et 16.

¹⁴⁰⁴ Pour une telle étude voir notamment : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 337 et s.

¹⁴⁰⁵ Ainsi cet équilibre strict remplace-t-il l'habilitation en tant que critère fonctionnel des contrats de type échangiste. Un critère fonctionnel d'ailleurs mis en évidence par Suzanne Lequette lorsqu'elle indique que « *l'échange économique organise une permutation et par là-même un jeu à somme nulle au cours duquel chacun perd ce que l'autre gagne* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 51.

catégorie du contrat-coopération « *présentent un caractère hybride* » et « *se distinguent structurellement aussi bien de la matrice échangiste que de la matrice sociétaire* »¹⁴⁰⁶. Il serait donc, selon cette classification civiliste, *a priori* proscrit qu'un contrat de type échangiste puisse être envisagé comme un instrument juridique au service d'une opération d'externalisation animée d'une logique coopérative¹⁴⁰⁷.

Mais l'externalisation administrative ne saurait davantage admettre des contrats étrangers à la logique de coopération dans la mesure où ils ne seraient pas compatibles avec la structure imposée par le modèle du contrat-coopération, ainsi qu'avec les critères qu'il instaure. Au-delà même d'une telle divergence structurelle, il existe donc une profonde rupture fonctionnelle qui en est à l'origine et s'exprime notamment à travers le critère correspondant. Alors que le contrat-échange poursuit une fonction économique de permutation et se structure autour d'obligations réciproques de donner ou de faire et d'une contrepartie équivalente à la prestation rendue qui en constitue le critère fonctionnel à l'instar du modèle du contrat de vente¹⁴⁰⁸, le contrat-coopération remplit une fonction économique singulière permettant une conciliation des intérêts des parties au service de la réalisation d'un intérêt commun¹⁴⁰⁹ qui induit notamment l'absence d'un équilibre des prestations et impose une répartition des rôles entre les parties distribués notamment au regard du caractère instrumental ou final de chaque prestation¹⁴¹⁰. Une structure dont découle en l'occurrence le critère fonctionnel précisé durant les développements précédents : la présence d'une habilitation à faire agir une personne juridique distincte dans le cadre de la réalisation de la compétence matérielle d'une autorité administrative¹⁴¹¹. L'identification du contrat-coopération suggérée par Suzanne Lequette est

¹⁴⁰⁶ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89. Et d'ajouter en outre que, « *parce qu'ils expriment une réalité économique originale, notre hypothèse est qu'ils relèvent d'un nouveau modèle contractuel* ».

¹⁴⁰⁷ Ainsi a-t-il été démontré que le contrat d'entreprise ne devait pas être considéré comme tel alors qu'une partie de la doctrine avait pu céder à cette tentation.

¹⁴⁰⁸ Le nouvel article 1582 du Code civil dispose effectivement que « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Aussi repose-t-elle donc bien sur un strict équilibre économique entre les prestations dues par chacune des parties. Il est aisé d'y déceler une structure juridique et obligationnelle symétrique caractéristique du contrat-échange et de la logique de permutation qui l'anime.

¹⁴⁰⁹ Ainsi Suzanne Lequette précise-t-elle que, « *s'agissant de l'opération de coopération, on a pu s'en faire une première idée en remarquant qu'elle organisait non la permutation de deux valeurs, ni l'affectation de valeurs à une entreprise commune mais plutôt la mise en relation des actifs complémentaires des parties dans le cadre d'un projet commun* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 133.

¹⁴¹⁰ Rappelons en effet que l'économie du contrat-coopération repose notamment sur « *l'engrenage d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale (qui) permet de traduire cette figure économique au plan de l'analyse juridique. Le prestataire instrumental transfère une valeur au prestataire final afin qu'il puisse l'exploiter de manière à réaliser des bénéfices et à lui verser une rémunération proportionnelle* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 137.

¹⁴¹¹ Alors qu'elle semblerait pourtant en être la plus proche par comparaison avec la logique d'intégration qui se disqualifie systématiquement eu égard au critère organique, la logique d'échange doit donc également être exclue du champ des instruments contractuels de l'externalisation administrative dès lors qu'elle ne permet en

alors d'un secours inestimable pour la détermination de ces instruments contractuels qui ne sauraient en aucune façon retranscrire en droit administratif la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. Les développements de la partie précédente ont effectivement permis d'appréhender, dans le cadre de l'externalisation administrative, l'habilitation dérivée comme une prestation instrumentale exécutée par l'autorité publique compétente au profit de son partenaire afin qu'il accomplisse la prestation finale qui lui incombe : à savoir la réalisation de la compétence matérielle¹⁴¹². Ainsi n'y a-t-il donc aucune place pour un quelconque instrument contractuel relevant du modèle du contrat-échange dans la mesure où aucun de ces contrats ne présente une quelconque habilitation, mais seulement une obligation de faire ou de donner et sa contrepartie : l'obligation de payer, et ne semble par conséquent pas compatible avec le critère fonctionnel de l'externalisation administrative.

Le prise en compte de la fonction économique du contrat, qui dicte à ce dernier sa structure juridique, a en outre déjà été proposée par Laure Marcus afin d'envisager une classification inédite des contrats administratifs fondée sur leur objet¹⁴¹³. Elle poursuit d'ailleurs sa démonstration par la confrontation de sa proposition avec la distinction encore en vigueur en droit positif, la *summa divisio* de la commande publique : l'opposition entre les marchés publics et la délégation de service public. Sans pour autant remettre en cause sa pertinence et sa justesse, Laure Marcus conteste néanmoins celles du critère retenu jusque-là par le législateur, le juge et la doctrine : le critère de la rémunération, et, en arrière-plan, celui de la répartition du risque financier. Certes, ce dernier relève-t-il toujours dans une certaine mesure de la logique économique retenue par l'autorité administrative, achat public ou délégation, mais celle-ci ne semble pas non plus dominer la réflexion ni la qualification. Elle souligne notamment que « *le critère de la rémunération ne rend pas compte de l'objet du contrat* »¹⁴¹⁴ ; c'est-à-dire de l'opération économique dont le contrat constitue la traduction juridique. Ainsi encourage-t-elle davantage à prendre en compte sa fonction économique afin de procéder à sa classification au sein des catégories existantes. Or, sur ce point, il apparaît

aucune façon de retranscrire en droit une opération économique de coopération et s'éloigne par conséquent de son critère fonctionnel.

¹⁴¹² C'est d'ailleurs de cette façon que le critère fonctionnel préalablement présenté constitue un élément essentiel de la structure du contrat-coopération, et donc de la structure des contrats de mise en œuvre d'une telle stratégie en droit administratif.

¹⁴¹³ Elle affirme notamment qu'une telle classification autorise « *le rapprochement de ces distinctions propres au droit des contrats publics avec celle du contrat-échange et du contrat-organisation née dans la doctrine civiliste (et) établit la pertinence de l'identification de l'objet du contrat à la structure de la relation des parties* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 408.

¹⁴¹⁴ MARCUS L., *op. cit.*, p. 429.

explicitement que la logique de permutation est incompatible avec la logique de coopération, ce qui confirme donc que les contrats ayant pour objet la réalisation d'opérations économiques d'échange doivent systématiquement être écartés du champ des instruments de l'externalisation administrative. Alors que les premiers organisent juridiquement un échange équilibré de valeur, un jeu à somme nulle, les seconds assurent une articulation singulière des prestations où il n'est plus possible que l'un perde ce que l'autre gagne mais plutôt que chacun perde quelque chose au service de l'enrichissement de l'intérêt commun. Ainsi en va-t-il par exemple pour le marché public en ce qu'il s'impose dans le cadre de la commande publique comme le modèle-type du contrat-permutation.

L'adoption d'une telle focale centrée sur l'économie du contrat renvoie alors l'observateur à une exclusion inévitable du champ de l'externalisation administrative des instruments contractuels relevant d'une logique économique d'échange dès lors qu'ils paraissent « disqualifiés » au regard du critère fonctionnel. Il apparaît en effet que ces contrats ne comportent aucune habilitation de l'une des parties par l'autorité administrative compétente¹⁴¹⁵. La typologie contractuelle élaborée par une partie de la doctrine civiliste trouve donc également à s'appliquer, au moins en partie, en droit administratif. Elle facilite alors la détermination du contenu juridique de l'externalisation administrative dès lors qu'elle justifie aisément l'exclusion de formes contractuelles nécessairement « disqualifiées » au regard des critères organique (contrat-concentration ou organisation) et fonctionnel (contrat-permutation ou échange). Une exclusion que corrobore d'ailleurs l'exemple symbolique du marché public dont le critère de la rémunération, contesté par Laure Marcus et une partie de la doctrine, exprime *in fine* la spécificité de sa fonction économique. À l'instar de la figure de proue de la catégorie du contrat-échange que constitue le contrat de vente, le marché public est clairement présenté en droit positif comme un contrat conclu « à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs (...), pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »¹⁴¹⁶. Tout autant que son appartenance à la catégorie du contrat-échange,

¹⁴¹⁵ Figure d'ailleurs à la place une structure singulière des obligations fondée sur leur réciprocité et destinée à organiser en droit la réalisation d'une opération d'échange économique. Ainsi le contrat-échange, ou contrat-permutation, se caractérise-t-il fonctionnellement par la réciprocité des prestations et des obligations : l'une des parties s'engage à donner ou à faire quelque chose, et l'autre à lui fournir une contre-prestation équivalente (le paiement d'un prix, ou encore la livraison d'une chose de valeur économique égale).

¹⁴¹⁶ Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38. Le juge administratif ajoute d'ailleurs, confirmant le parallèle avec la vente, que ce caractère onéreux des marchés publics implique notamment un équilibre économique strict entre la prestation offerte et le prix payé. Le juge administratif retient en effet la qualification de marché public notamment au regard de la rémunération du cocontractant, laquelle doit correspondre à « la contrepartie du service rendu » : exemple : CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, rec. p. 114.

l'exclusion des marchés publics du champ instrumental de l'externalisation administrative est une évidence au regard de sa fonction économique, et donc du critère fonctionnel de ce concept. Alors que l'externalisation administrative impose toujours la présence d'une habilitation à participer à la réalisation d'une compétence matérielle de l'autorité publique contractante, le marché public se caractérise par son caractère onéreux et la réciprocité des prestations de chacun¹⁴¹⁷. Le critère fonctionnel de l'externalisation permet en outre de confirmer l'exclusion d'une seconde catégorie de contrats animés d'une logique d'échange mais fonctionnant surtout à partir du mécanisme juridique de la représentation : le mandat.

307.L'exclusion fonctionnelle des contrats fondés sur une logique de représentation :

l'exemple du mandat. De même que pour le marché public, l'exclusion du contrat de mandat appelle un certain nombre de précisions et de remarques enrichies par l'inspiration qu'il est possible de puiser dans les réflexions menées par la doctrine civiliste. Alors que le premier se rapproche sensiblement du modèle du contrat de vente, le second ne fait pas non plus de secret de sa filiation avec son équivalent codifié à l'article 1984 du Code civil selon lequel « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Dans cette définition résident d'ailleurs tout à la fois le mécanisme et la logique qui irriguent et structurent ce procédé contractuel, ainsi que les ferments de sa différenciation nette à l'égard des instruments de l'externalisation administrative. S'agissant du mécanisme juridique révélé par le contrat de mandat, il est effectivement question de la représentation entendue comme le fait pour une personne d'agir « au nom et pour le compte » d'une autre¹⁴¹⁸. La définition apportée par le

¹⁴¹⁷ Un critère onéreux « *rempli, d'une part, car la personne publique s'engage sur ce paiement en contrepartie des prestations attendues de l'entreprise et, d'autre part, car il y a (...) une équivalence entre ces prestations et le montant dû par la personne publique* », UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 144. Voir dans le même sens : RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 413 et s.

¹⁴¹⁸ Distincte en cela de la pratique de la substitution déjà évoquée en ce qu'elle autorise une autorité administrative à agir « en lieu et place » d'une autre autorité également compétente, la pratique de la représentation engage néanmoins *in fine* à poser un constat similaire s'agissant de la réalisation de la compétence. Alors qu'il précisait que la substitution d'action ne saurait en aucune façon se confondre avec le mécanisme de la représentation, Benoît Plessix ajoutait que cette dernière « *est l'instrument juridique permettant de rendre présente (re-présenter) une personne à un acte juridique auquel elle ne veut pas ou ne peut pas être partie* » : PLESSIX B., « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, p. 610. Aussi le juge autant que la doctrine ont-ils d'ailleurs un temps considéré le mandat administratif à l'aune de la substitution, sans toutefois les confondre, dans la mesure où dans les deux cas il s'agit toujours de permettre à une personne juridique d'agir à la place d'une personne publique dans la réalisation des missions qui lui incombent. Commentant la jurisprudence *Peyrot*, Bernard Touret soulignait par exemple cette posture duale en précisant que « *la notion de substitution a prévalu sur celle du mandat : la personne privée accomplit des actes juridiques dans l'intérêt de la personne publique sans qu'il y ait entre les deux un lien de représentation* » : TOURET B., « Le régime juridique des concessions d'autoroutes », *AJDA*, 1972, p. 379 et 380. Notons également que Claude Lasry convoquait lui aussi la notion de substitution dans ses

Code civil est en outre dépourvue de toute ambiguïté sur ce point lorsqu'elle précise explicitement que tout mandat procède finalement à un transfert de pouvoir, et donc de compétence, d'une personne juridique vers une autre. La première confirmation de l'exclusion du contrat de mandat du champ instrumental de l'externalisation administrative résulte en l'occurrence des développements de la partie précédente¹⁴¹⁹ ayant conduit à ne pas l'envisager comme un vecteur juridique de l'externalisation en droit civil dès lors qu'il repose sur une telle logique de représentation bien différente de la logique économique de coopération¹⁴²⁰. La logique de représentation sur laquelle se fonde le contrat de mandat incite également à ne pas l'envisager à l'aune de l'externalisation mais bien plutôt d'une autre modalité d'intervention des personnes publiques et de réalisation de leurs compétences qui n'emprunte pas son essence à la logique coopérative¹⁴²¹. Comme pour la prestation intégrée, le mécanisme juridique de la représentation au cœur du mandat repose en effet sur une fiction juridique qui impose la confusion des personnes du mandant et du mandataire. Agissant « au nom et pour le compte » du premier, le second s'efface au profit de ce dernier qui est considéré comme étant le seul à avoir pris les décisions et actes juridiques adoptés dans le cadre de la mission confiée¹⁴²².

conclusions prononcées sur cette même affaire afin de convaincre de la présence d'un mandat. Il suggérait effectivement que « *la concession dans les conditions où elle a été accordée, a eu pour objet et pour effet de substituer la société d'économie mixte à l'État pour la construction et l'exploitation d'un ouvrage public* » et constitue donc un mandat : conclusions prononcées par Claude Lasry sur l'arrêt : TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, rec. p. 787 ; concl. LASRY Cl., rec. p. 787 et s. Il existe d'ailleurs une différence nette entre la représentation du mandat et le mécanisme de la substitution qui se manifeste de deux façons : d'une part dans la durée de l'opération (la substitution d'action étant ponctuelle à la différence du mandat) et, d'autre part, l'expression d'une volonté pour leur mise en œuvre respective (alors que le mandat résulte de la rencontre de volontés du mandant et du mandataire, la substitution d'action s'impose au substitué du fait même de son inaction).

¹⁴¹⁹ Cf. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴²⁰ Alors que cette dernière repose sur la poursuite par plusieurs personnes juridiques distinctes, animées chacune d'un intérêt propre, d'un intérêt commun à la satisfaction duquel elles apportent leur contribution, la première comme la substitution implique la disparation ou l'effacement juridique du mandataire au profit de la personne et de l'intérêt du mandant. Le nouvel article 1154 du Code civil réaffirme d'ailleurs cette particularité de la représentation dès lors qu'il dispose que « *lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu responsable de l'engagement ainsi contracté* ».

¹⁴²¹ Car, si en droit civil le mandat sous toutes ses formes est essentiellement fondé à partir de la logique de représentation telle que codifiée aujourd'hui aux nouveaux articles 1153 et s. du Code civil, son pendant administratif n'est pas non plus en reste et conserve au-delà des adaptations nécessaires à sa transposition une telle logique étrangère à la coopération.

¹⁴²² Bien qu'elles soient présentées comme strictement distinctes les unes des autres, les règles générales applicables à la représentation et les règles applicables au contrat de mandat révèlent en outre une filiation évidente des secondes à l'égard des premières. Les règles récemment codifiées à propos de la représentation en général n'apportent d'ailleurs aucune innovation notable au régime du contrat de mandat. La confirmation est donc apportée une fois de plus par le législateur que, « *conformément à la tradition française, (...) le mandat était la forme la plus parfaite de représentation* » : DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G*, n° 20-21, 16 mai 2016, libres propos 580. Alors qu'il rappelle bel et bien que l'intégration de ce corpus général applicable à la représentation à l'occasion de la réforme du droit des obligations repose notamment sur la distinction de « *la réglementation du contrat de mandat et celle de la représentation* »,

Cette fiction juridique sur laquelle reposent à la fois cette logique et le mandat impose par conséquent d'écarter d'emblée l'hypothèse d'une compatibilité potentielle avec le critère organique de l'externalisation administrative. Elle impose en effet de ne concevoir le mandataire que comme un intermédiaire de l'action du mandant auquel toutes les interventions juridiques sont finalement imputées dans la mesure où le premier respecte les limites de son pouvoir. Alors que le critère organique de l'externalisation administrative réside dans la présence d'au moins deux personnes juridiques distinctes, la relation unissant le mandataire au mandant impose l'effacement du premier derrière la personnalité juridique du second. Il est toutefois utile d'analyser également le sort du critère fonctionnel, ne serait-ce que pour enrichir ses contours à la suite de sa rencontre avec le mandat et de manière plus générale avec la logique de représentation, laquelle ne saurait être confondue avec la coopération. À la différence du marché public, l'incompatibilité du mandat à l'égard du critère fonctionnel de l'externalisation administrative apparaît moins évidente, si ce n'est même inopportune au premier abord eu égard au mécanisme de représentation sur lequel il repose¹⁴²³. Comme le rappelle la codification récente, la représentation en droit civil engage néanmoins un mécanisme de transfert temporaire de compétences du mandant au bénéficiaire du mandataire qui agit toujours pour le compte du premier¹⁴²⁴ et non l'édiction d'une habilitation. En l'occurrence, il n'en va pas différemment en droit administratif comme le démontrait par exemple Marguerite Canedo.

Philippe Didier précise également que, « *pour l'essentiel, les nouvelles dispositions sont une reprise des règles qui figurent aujourd'hui dans le Code civil au titre du mandat* » : DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G*, n° 20-21, 16 mai 2016, libres propos 580. Guillaume Wicker et Nicolas Ferrier affirment pour leur part que le projet de réforme du droit des obligations poursuit en cette matière un objectif clair « *qui est d'instituer un droit commun de la représentation, de sorte que celui-ci transforme le mandat et la représentation légale en espèces d'un genre plus large : la représentation* » : WICKER G. et FERRIER N., « La représentation », *JCP G*, supplément au numéro 21 spécial projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 25 mai 2015, p. 28.

¹⁴²³ Il y est effectivement question de permettre à un tiers d'exercer pendant une certaine durée les pouvoirs dévolus à une autorité administrative ; en d'autres termes d'habiliter une personne juridique distincte à participer à l'exercice de la compétence d'une personne publique.

¹⁴²⁴ Alors que le nouvel article 1153 du Code civil dispose effectivement que « *le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés* », le nouvel article 1159 indique également que ce mécanisme de représentation « *dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant* ». Bien que, selon les termes de son second alinéa « *la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits* », il n'en demeure pas moins que le mandat repose également sur un tel transfert de pouvoirs, et donc de compétences. L'article 1994 du Code civil ne laisse d'ailleurs aucun doute sur l'existence d'un tel transfert similaire à celui utilisé dans le cadre de la substitution lorsqu'il dispose que dans certaines circonstances « *le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion* ».

C'est en effet en se fondant sur l'acquis civiliste qu'elle élaborait précisément la notion et les contours du mandat administratif¹⁴²⁵ à partir de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*. Elle le présentait alors comme un instrument acclimaté aux spécificités du droit administratif, soulignant notamment l'aménagement partiel de l'effacement de la personnalité juridique du mandataire¹⁴²⁶ par la consécration de la reconnaissance de sa responsabilité dans le cadre de son action¹⁴²⁷, tout en démontrant néanmoins le maintien d'une logique de représentation assurant de sa différence vis-à-vis de la concession ou encore d'autres formes de délégation. La doctrine ne manqua pas, surtout, de souligner, à partir de la décision *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, l'importance du « critère « relationnel » » du mandat identifié à partir « des liens unissant une personne publique à une personne privée (par) des rapports de représentation »¹⁴²⁸. Certains diront d'ailleurs, et ont même affirmé, que le mandat administratif exprimait juridiquement une forme particulièrement complète de représentation dans son étendue autant que dans sa mise en œuvre à travers laquelle il est toujours possible

¹⁴²⁵ Aussi ne devait-elle d'ailleurs pas s'en cacher, affirmant que si « le mandat est une institution purement privée, qui puise ses sources anciennes dans le droit romain et qui est traditionnellement identifiée au droit civil (...), malgré cette nature intrinsèquement « civiliste », le mandat a bel et bien été « transplanté » en droit administratif, et cela de façon explicite » : CANEDO M., *Le mandat administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 216, 2001, p. 7. Elle procédait en conséquence à une recension des réflexions et des travaux civilistes sur la question avant de démontrer par la suite « que non seulement le concept de mandat, concept d'essence pourtant purement privée, a bel et bien été « transplanté » en droit administratif, mais que cette « greffe a en outre pleinement réussi » : CANEDO M., *op. cit.*, p. 5, comme en témoigne notamment la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, rec. p. 787, ou plus récemment, bien qu'elle en réduise la portée, la jurisprudence *Autoroutes du Sud de la France* : TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984.

¹⁴²⁶ Elle précisait en effet que le juge administratif avait notamment présenté « la règle de la responsabilité directe du « mandataire » privé devant la juridiction administrative » comme « une nouvelle dérogation au régime du mandat « civiliste » » justifiée pour une large part eu égard aux intérêts de la personne publique, aux spécificités du régime qui lui est applicable et de l'intérêt général poursuivi : CANEDO M., *op. cit.*, p. 642.

¹⁴²⁷ Les juges du Palais Royal devaient effectivement considérer que, « si la société anonyme Bureau Veritas agit, comme le prévoit le cahier des charges communes du 30 octobre 1937, aux lieu et place de l'État sous son contrôle, elle a une personnalité juridique propre ainsi qu'une existence effective ; que, par suite, et quels que soient les liens qui l'unissent à l'État, les fautes qu'elle commet dans l'exercice de sa mission de service public ne peuvent engager que sa propre responsabilité, la responsabilité de l'État ne pouvant être engagée, à l'égard des victimes, qu'à titre subsidiaire, au cas où elle serait insolvable » : CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Veritas et autres*, rec. p. 134. Contournant l'obstacle imposée par l'irresponsabilité alors admise de l'administration du fait d'autrui, cette spécificité inhérente aux exigences administratives n'en préservait effectivement pas moins l'essence du mandat à travers la mise en avant de son effet caractéristique : le transfert ponctuel de la compétence, et du pouvoir normatif, d'une personne publique au profit de son représentant agissant exclusivement pour son compte. La jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine* exprimait d'ailleurs sans ambages les contours de ce mécanisme singulier de représentation fondé sur un transfert de la compétence de la personne publique. Le juge administratif rappelait en effet que, au vue des faits de l'espèce, « pour la construction de ces voies, la société d'équipement agissait non pas pour son compte propre, ni en sa qualité de concessionnaire mais pour le compte des collectivités publiques auxquelles les voies devaient être remises » : CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, rec. p. 326.

¹⁴²⁸ CANEDO M., *op. cit.*, p. 219.

de déceler une assimilation du mandataire à son mandant¹⁴²⁹. Autant qu'à l'égard du critère organique, une telle conception du mandat administratif conduit au constat de son incompatibilité vis-à-vis du critère fonctionnel dès lors qu'il repose effectivement sur un véritable « *transfert* (qui constitue) *la traduction d'une représentation qui va très loin dans sa concrétisation* »¹⁴³⁰ et qui conduit en outre à une incarnation du mandant par le mandataire¹⁴³¹. Pas question ici pour l'autorité administrative, représentée par son mandataire, de lui octroyer une habilitation à participer à la réalisation de sa compétence matérielle, mais plutôt de lui en transférer temporairement l'exercice en son nom et pour son compte¹⁴³².

Cette double incompatibilité du mécanisme de la représentation avec les critères de l'externalisation administrative n'est par ailleurs pas le seul argument en faveur d'une telle exclusion du mandat administratif fondée sur le constat d'une rupture avec la logique coopérative. Celle-ci trouve aussi une confirmation dans l'intégration par la doctrine civiliste du contrat de mandat à la catégorie du contrat-échange¹⁴³³. Aussi cela ne peut-il qu'abonder dans le sens des développements précédents relatifs à son exclusion du champ instrumental de

¹⁴²⁹ Ainsi Marguerite Canedo relevait-elle qu'en matière de travaux publics il est toujours possible d'identifier « un « *transfert* » au « *mandataire* » de la *qualité de maître de l'ouvrage, qualité dont le « mandant* » est le véritable titulaire » : CANEDO M., *op. cit.*, p. 586.

¹⁴³⁰ CANEDO M., *op. cit.*, p. 588.

¹⁴³¹ Marguerite Canedo rappelait en effet que « *la mandataire, quel qu'il soit – « administratif » ou « civiliste » - incarne bien le mandant* » : CANEDO M., *Ibid.* Elle ajoutait également que « *le « mandat administratif » ne fait que reprendre la logique qui inspire le mandat du droit civil, mais en la poussant jusqu'au bout et surtout en la concrétisant : tout mandataire qui agit « pour le compte », « aux lieu et place » d'autrui, agit bien, dans une certaine mesure, comme s'il était le mandant lui-même* » : CANEDO M., *op. cit.*, p. 589.

¹⁴³² Bien qu'elle en réduise considérablement la portée en imposant le respect « *de conditions particulières* » (TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984) indispensables à sa qualification par le juge, la jurisprudence récente *Autoroutes du Sud de la France* rappelle telle une antienne cette essence particulière propre au mandat administratif et justifiant pleinement, au regard autant du critère organique que fonctionnel, son exclusion du champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative. Il est d'ailleurs relevé que la jurisprudence du Tribunal des conflits, ainsi que celle du Conseil d'État, éloignent invariablement le procédé du mandat de la concession dans la mesure où il est désormais admis que le concessionnaire d'une personne publique agit toujours pour son propre compte dans ses relations avec les usagers du service public dont il est en charge de la gestion : voir par exemple : TC, 9 juillet 2012, *Cie générale des eaux*, rec. p. 653. Le Tribunal des conflits considère en effet à cette occasion que « *cette convention ayant le caractère d'une concession, la société CEO a agit pour son propre compte et non pour celui de la personne publique* ».

¹⁴³³ La classification inédite proposée par Suzanne Lequette à partir des modes de gouvernance de l'économie engage en effet à poursuivre dans cette voie alors qu'elle affirme sans fard et sans détour que, malgré l'interdiction de principe d'une rémunération relevant aujourd'hui davantage de la pétition de d'une prohibition réelle exhalant « *le parfum d'une règle surannée* » (MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2012, p. 291), « *le mandat est un contrat-permutation : il organise l'échange d'un service – la conclusion d'un acte juridique par le mandataire au nom et pour le compte du mandant – en contrepartie du paiement par ce dernier d'une somme d'argent* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 190.

l'externalisation administrative dès lors qu'il se rapproche ainsi du louage de service¹⁴³⁴. Irrigué par la logique de représentation, et rangé parmi les contrats relevant de la catégorie du contrat-échange, le contrat de mandat n'est donc pas un instrument de l'externalisation. Une conclusion qui est finalement confirmée par l'évolution récente de la jurisprudence administrative dans le sens d'une restriction du champ d'application du mandat en droit administratif au bénéfice du déploiement des instruments juridiques de l'externalisation administrative. De même, la consécration par le législateur et le pouvoir réglementaire des conventions de mandat en matière d'encaissement des créances publiques invite à une conclusion analogue. Alors que Guylain Clamour s'interroge sur leur intégration dans le champ instrumental de l'externalisation administrative, à laquelle les apparences encouragent *prima facie*¹⁴³⁵, il semble préférable de les en dissocier strictement dans la mesure où ces conventions demeurent conclues par l'autorité administrative compétente afin « *d'assurer l'encaissement au nom et pour le compte* »¹⁴³⁶ de celle-ci et non à titre explicite d'y coopérer¹⁴³⁷. Cette exclusion du mandat du champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative renvoie alors à une autre éviction : celles des formes institutionnelles fondées sur un abandon des compétences par les personnes publiques au profit des opérateurs économiques présents sur le marché.

2. L'éviction des formes institutionnelles éculées fondées sur un abandon de compétence

308.L'exclusion fonctionnelle des pratiques de privatisation. Il a pu arriver par le passé que la doctrine appréhende la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en droit administratif

¹⁴³⁴ Dont il était jusque-là séparé justement par ce principe aujourd'hui dépassé de gratuité. Pascal Puig souligne d'ailleurs que, bien après qu'il eu été admis que le mandataire puisse être rémunéré par le mandant, Domat demeurerait convaincu qu'il demeurerait conclu à titre gratuit dans la mesure où « *si on convenait de quelque salaire, ce serait une espèce de louage, où celui qui agirait pour un autre donnerait pour un prix l'usage de son industrie, et de son travail ; mais la récompense qui se donne sans convention, et par honneur pour reconnaître un bon office, est d'un autre genre, et ne change pas la nature de la procuration* » : cité par Pascal Puig : PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2015, p. 637 et 638.

¹⁴³⁵ Il précise effectivement que « *si l'externalisation de l'exécution des recettes fait désormais clairement partie de la boîte à outils de droit public, reste encore à déterminer si et dans quelle mesure la conclusion d'une convention de mandat relève du champ de la commande publique* » : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

¹⁴³⁶ Article L. 1611-7-1 du code général des collectivités territoriales.

¹⁴³⁷ Notons que Guylain Clamour souligne néanmoins que « *la renaissance des conventions de mandat et l'avènement des clauses d'externalisation d'encaissement des recettes sont de nature à enrichir significativement la pratique des futurs marchés de partenariats comme des simples marchés et concessions de services* »¹⁴³⁷, distinguant alors clairement l'une et l'autre de ces modalités de réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques : CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

sous l'angle de la privatisation¹⁴³⁸. Or, s'il est vrai qu'elle peut entraîner en la matière une « privatisation » des règles juridiques applicables à l'action administrative, elle ne saurait en aucune façon être assimilée à cette notion aux contours précisément déterminés par le droit positif et le discours sur le droit¹⁴³⁹. Aussi convient-il de revenir sur cette confusion afin de confirmer par la suite l'éviction de toute modalité de privatisation du champ de l'externalisation administrative eu égard à ses critères organique et fonctionnel. Ce n'est en l'occurrence pas sans argument que le rapprochement de l'externalisation et de la privatisation a pu être un temps suggéré. Cette posture s'expliquait notamment par un courant de pensée alors prépondérant dans les réflexions menées et qui consistait pour l'essentiel à identifier une banalisation du droit applicable à l'action des personnes publiques imposée par la recherche de performance. Or, quoi de mieux pour échapper à un carcan composé de règles inadaptées à une telle orientation managériale que de tâcher de s'y soustraire par l'imitation des règles du droit privé, ou encore par le développement d'une action directement soumise à ces dernières¹⁴⁴⁰. Ainsi la privatisation des structures organiques publiques poursuivaient-elles cet objectif à travers la transformation de leur statut en personnes morales de droit privé incluses dans le champ d'application du droit des affaires¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁸ Il s'agit en effet d'une confusion relevant du passé comme le précise par exemple Christophe Roux qui, traitant distinctement l'une et l'autre, ne semble admettre que le fait qu'il n'y ait peut-être « *qu'un pas pour considérer que l'externalisation conduit à une privatisation rampante du droit des biens publics* », mais ne puisse en rien y être assimilée : ROUX Ch., *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 290, 2015, p. 590.

¹⁴³⁹ Retenons par exemple la définition proposée par Nicolas Thirion en vertu de laquelle la privatisation devrait être présentée « *comme l'opération par laquelle le contrôle exercé, directement ou indirectement, par les pouvoirs publics sur une organisation de moyens humains, matériels et immatériels, conçue en vue d'exercer, à titre exclusif ou principal, une activité économique, est transféré au secteur privé* » : THIRION N., *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, LGDJ, 2002, p. 338 et 339.

¹⁴⁴⁰ Jacques Caillosse soulignait d'ailleurs cette tendance doctrinale en vogue à la fin des années 1990 et consistant à opposer le droit public et la performance comme s'il n'était finalement pas possible de les concilier l'un et l'autre : CAILLOSSE J., « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195 et s. Si certains auteurs s'interrogeaient alors sur l'intérêt pour l'administration de se délester « *des instruments du droit public pour soumettre certaines de ses activités à un régime juridique de droit privé* » : THIRION N., *op. cit.*, p. 2, d'autres se demandaient même si l'administration ne devait finalement pas « *s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité* » : CAILLOSSE J., « L'administration française ne doit-elle pas s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité », *Politiques et management public*, vol. 7, n° 2, 1989, p. 163.

¹⁴⁴¹ Nicolas Thirion rappelait également que, « *selon un postulat assez communément répandu, les agents économiques privés seraient davantage enclins à satisfaire de telles préoccupations et, de fait, y parviendraient plus aisément, par la force des choses en quelque sorte, que leurs homologues publics* » : THIRION N., *op. cit.*, p. 2.

Dès lors la délégation d'une activité à une personne privée¹⁴⁴², aussi bien que la privatisation de la structure en charge de sa réalisation¹⁴⁴³, poursuivaient un objectif similaire de rentabilité par la soumission de cette intervention à un régime juridique davantage composé de règles de droit privé mieux à même d'assurer sa satisfaction. Il apparaissait alors naturel pour une partie de la doctrine de comprendre et d'intégrer la stratégie d'externalisation en droit administratif au regard de cette tendance à la privatisation¹⁴⁴⁴, limitant ainsi en grande partie ce phénomène au recours à un partenaire privé. Cette réduction excessive n'apparaît pas toutefois comme l'inconvénient principal d'une telle attitude. Elle conduisait surtout à une profonde dénaturation de l'externalisation dans la mesure où la privatisation n'est pas irriguée par une logique coopérative, mais bien plutôt par une logique de renoncement à l'exercice d'une compétence retranscrite en droit administratif à travers un mécanisme de transfert¹⁴⁴⁵. Excluant les « *fausses privatisations* », Pierre Delvolvé concentrait en effet son attention sur la signification liée à « *la sortie d'une entreprise du secteur public* »¹⁴⁴⁶. Ainsi mettait-il en évidence le mécanisme central à l'œuvre dans le procédé juridique de privatisation, lequel traduisait en droit la logique de renoncement inhérente à ce dernier, dès lors qu'il ne devait être identifié « *que lorsqu'elle (l'entreprise publique) est transférée du secteur public au secteur privé* »¹⁴⁴⁷. Cette hypothèse appelle néanmoins un approfondissement quant aux

¹⁴⁴² Il rappelait par exemple, en s'appuyant sur les travaux effectués par Christophe Mondou, que « *la délégation de service public peut donc constituer une forme d'éviction du droit administratif sous l'effet de la recherche de rentabilité* » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 62, tout en rappelant également que « *la privatisation du régime juridique des activités publiques est apparue comme un facteur de compétitivité de ces dernières* ».

¹⁴⁴³ L'auteur établissait alors une « *liaison entre la recherche de la rentabilité des entreprises publiques et le phénomène de privatisation de leur capital* », évoquant tour à tour « *le cas d'une ouverture à des actionnaires privés minoritaires* » et surtout celui « *du véritable transfert au secteur privé, (dans lequel) l'éviction du droit public atteint son ultime stade puisque l'entreprise est transférée au secteur privé* » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁴⁴ Citons à ce titre l'une des premières études de fond consacrée à l'externalisation, et animée d'une volonté de l'appréhender comme un élément à part entière du droit administratif, celle apportée par Jean-David Dreyfus. Ce dernier considérait alors utile de « *se demander si l'externalisation ne serait pas un simple avatar de la privatisation* » pour finalement juger que « *si l'on s'en tient à l'aspect matériel, il s'agit très certainement d'une privatisation, l'activité étant prise en charge par le secteur privé* » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1215.

¹⁴⁴⁵ Ce que concédait d'ailleurs déjà Jean-David Dreyfus lorsqu'il précisait que, bien que similaire du point de vue matériel, en ce qui concerne l'externalisation « *il n'y a pas à proprement parler de privatisation organique car on ne transfère pas une « entreprise » au secteur privé* » : DREYFUS J.-D., *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p. 748.

¹⁴⁴⁷ DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 749. Comme l'établissaient d'ailleurs les lois de 1986 (Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social) et de 1993 (Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation), la privatisation devait donc exister en droit administratif comme une opération de transfert d'une entreprise du secteur public au secteur privé par un cession de part sociale ou de sa propriété.

rapports qu'elle pourrait révéler entre la privatisation ainsi entendue et l'externalisation administrative telle qu'il est ici proposé de l'appréhender¹⁴⁴⁸.

La traduction juridique de cette divergence de logique s'apparente en l'occurrence à celle précédemment soulignée entre la décentralisation et l'externalisation. Elle se répercute donc sur le critère fonctionnel dès lors que, si la première repose sur un transfert de compétence, la seconde s'organise autour d'une norme d'habilitation par laquelle une autorité administrative autorise une personne juridique distincte à participer à la réalisation d'une compétence matérielle dont elle conserve cependant toujours la maîtrise. De la même façon, la définition de la privatisation proposée progressivement par le droit positif et systématisée par la doctrine se réfère également davantage à l'idée d'un transfert, manifesté principalement par un transfert de propriété¹⁴⁴⁹, que d'une habilitation. Aussi a-t-il pu être démontré lors des développements précédents que le droit de propriété emportait nécessairement avec lui une compétence qui encadre strictement la gestion de l'objet de ce droit¹⁴⁵⁰ et habilite la personne publique à accomplir les exigences inhérentes à l'intérêt général¹⁴⁵¹. Dès lors tout transfert vers le secteur privé d'une propriété publique induit irrémédiablement celui de la compétence qui y attrait¹⁴⁵². Ainsi le critère fonctionnel de l'externalisation administrative ne peut-il être satisfait s'agissant de la privatisation. Transfert du contrôle de l'entreprise pour certains¹⁴⁵³,

¹⁴⁴⁸ À travers le renoncement à un contrôle sur une activité économique et à l'exercice d'une compétence que cette définition suppose, la privatisation s'impose en effet d'une part comme une modalité d'intervention des personnes publiques sur le marché qui serait bien animée d'une logique économique différente de la coopération irriguant le concept d'externalisation administrative. Elle apparaît d'autre part comme un procédé juridique doté d'un régime propre traduisant en droit cette logique aux moyens de la notion de transfert.

¹⁴⁴⁹ Prenant appui sur l'article 9 du préambule de la Constitution de 1946, les juges de la rue de Montpensier encadrèrent effectivement les politiques de privatisation du secteur public au regard de l'interdiction du transfert au secteur privé de « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait* ». Confortant cette lecture, l'article 34 de la Constitution de 1958 attribue pour sa part au seul législateur la possibilité de procéder, dans le respect de cette limite imposée par le Conseil constitutionnel, aux « *transferts de propriétés d'entreprises du secteur public au secteur privé* ».

¹⁴⁵⁰ Argumentant dans ce sens, Benoît Schmatz démontre d'ailleurs que « *la compétence comprend immédiatement un but déterminé assigné à l'exercice du droit de propriété de la personne* » : SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016, p. 199.

¹⁴⁵¹ Benoît Schmatz ajoute également que « *la compétence est ce Code génétique de la personnalité publique et qu'une personne publique n'agit en qualité de propriétaire que dans le cadre de sa compétence qui est, par définition, une habilitation à agir dans l'intérêt général* » : SCHMALTZ B., *Ibid.*

¹⁴⁵² Alors que « *les patrimoines publics, prolongements des personnes publiques, sont inévitablement des instruments de réalisation de l'intérêt général* » nécessaires à l'exercice de leurs compétences et auxquelles ils sont étroitement liés, la privatisation fondée sur le transfert de la propriété publique au profit du secteur privé entraîne le transfert de la compétence qui y est associée : CHAMARD-HEIM C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 33, 2004, p. 669.

¹⁴⁵³ Cela est particulièrement vrai lorsque la privatisation s'effectue par la transmission des droits sociaux à une autre personne ; c'est-à-dire par « *la cession de titres ou de droits liés d'une manière ou d'une autre au capital existant ; l'augmentation de capital contre apports en numéraire, accompagnée de la renonciation des*

transfert pur et simple de sa propriété pour d'autres, la privatisation s'oppose en effet quoi qu'il en soit à la logique de coopération de l'externalisation administrative ainsi qu'à son critère fonctionnel impliquant une habilitation et le maintien de la compétence de l'autorité administrative ainsi que de son pouvoir de contrôle sur son partenaire. Outre le fait que le transfert de la propriété au profit d'une personne privée implique celui de la compétence qui encadre son exercice par une personne publique, la disparition du pouvoir de contrôle dont elle dispose sur cette activité conduit tout autant à rejeter vigoureusement l'hypothèse d'une intégration de la privatisation dans le champ des instruments de l'externalisation administrative¹⁴⁵⁴. Or, le droit positif associe toujours le transfert de la propriété d'une entreprise publique inhérent à toute privatisation, à un transfert du contrôle public exercé sur les activités de celle-ci¹⁴⁵⁵. Aussi finalement le propos ici défendu rejoint-il celui avancé par Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux selon lequel « *la tendance à la privatisation rejoint un mouvement, distinct, d'externalisation des activités traditionnellement prises en charge par les personnes publiques* »¹⁴⁵⁶. Il en va d'ailleurs de même pour ce qui concerne certaines pratiques liées à l'ouverture « simple » à la concurrence d'anciens secteurs économiques auparavant monopolistiques. S'ils résultent tous d'une posture nouvelle adoptée par les personnes publiques, il convient effectivement de les distinguer tant ils expriment juridiquement des logiques économiques différentes.

309.L'exclusion fonctionnelle des pratiques d'ouverture « simple » à la concurrence. Il s'agit alors d'adopter une certaine hauteur de vue afin de replacer plus justement cette tendance dans le courant plus vaste d'ouverture à la concurrence de l'économie engendré par la construction d'un marché unique à l'échelle européenne et l'adoption en interne d'une politique économique davantage inspirée par le néo-libéralisme¹⁴⁵⁷. Outre les motivations

actionnaires publics à leur droit préférentiel de souscription, et l'augmentation de capital contre apports en nature d'actionnaires privés » : THIRION N., *op. cit.*, p. 504.

¹⁴⁵⁴ Il ne faut effectivement pas perdre de vue le fait que son critère fonctionnel impose également, du fait du maintien de la compétence de la personne publique, un certain contrôle de la part de celle-ci sur l'activité dont l'accomplissement est confié par l'habilitation à une personne juridique distincte.

¹⁴⁵⁵ Anémone Cartier-Bresson estime effectivement « *préférable (...) de réserver le terme « privatisation » aux hypothèses de perte de contrôle par l'État* » sur une entreprise du secteur public transférée au secteur privé : CARTIER-BRESSON A., *L'État actionnaire*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 264, 2010, p. 58.

¹⁴⁵⁶ COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 239. Deux tendances qu'il s'agit donc de ne pas confondre bien qu'elles aillent dans le même sens de la recherche de performance de l'action administrative.

¹⁴⁵⁷ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux ne manquent d'ailleurs pas de souligner sur ce point une motivation de nature politique qu'il convient de ne pas négliger pour appréhender au mieux les motivations du recours, par les autorités publiques, au procédé de privations. Ainsi rappellent-ils que « *les gouvernements libéraux se sont rapidement engagés dans la voie de privatisations systématiques que l'on pourrait qualifier d'idéologiques, tout comme les nationalisations avaient pu l'être pour des gouvernements interventionnistes* » : COLSON J.-Ph. et

financières du recours par les autorités publiques à la privatisation, il n'est plus discutable aujourd'hui de souligner l'importance jouée par la contrainte imposée juridiquement par le droit de l'Union européenne tant elle a conduit à la mise en œuvre de ce procédé afin d'assurer une juste et égale concurrence sur les marchés entre les opérateurs économiques publics et privés¹⁴⁵⁸. Malgré l'inscription originelle dans les traités d'un principe de neutralité du droit de l'Union s'agissant des régimes de propriété et des modes de gestion retenus et organisés par les États membres¹⁴⁵⁹, l'élaboration progressive du marché commun a conduit ces derniers à ouvrir à la concurrence des pans entiers de leur économie auparavant pris en charge par des monopoles publics¹⁴⁶⁰. Une attitude des autorités administratives qui révèle alors une évolution des modalités de leur intervention et de la réalisation de leurs compétences bien au-delà de la seule mise en œuvre des privatisations qui n'en est finalement qu'une conséquence.

IDOUX P., *op. cit.*, p. 245. Ce n'est en outre pas un hasard si les premières vagues ont déferlé massivement sur les côtes à la suite de la chute du gouvernement Allende, et sur les conseils des *chicago boys*.

¹⁴⁵⁸ Michael Karpenschif affirmait par exemple que « *la privatisation reste perçue comme le gage d'une réelle pénétration des règles de la concurrence dans les économies nationales et d'une totale acceptation du marché par les autorités publiques* » : KARPENSCHIF M., « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous la surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 98.

¹⁴⁵⁹ L'article 345 du TFUE (ancien article 295 du TCE) dispose effectivement que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* », et au-delà de la propriété des modes de gestion organisés par les autorités administratives. Philippe Cossalter rappelait en effet que « *la lecture combinée des articles 86 et 295 du traité CE garantit la libre détermination des modalités de gestion : l'État est libre de déterminer le niveau des obligations de service public qu'il impose à une activité et de déterminer la forme qu'adoptera l'opérateur du service* » : COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007, p. 445. Soulignons en outre que le Vie rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence réaffirmait sans hésitation cette liberté des États membres « *de déterminer l'étendue, la composition et l'organisation interne de leur secteur public* » : Commission européenne, *Vie rapport sur la politique de concurrence*, point 273.

¹⁴⁶⁰ Benoît Delaunay, comme une grande partie de la doctrine, ne manquait d'ailleurs pas de souligner le détournement progressif par les institutions de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice de ce principe inscrit depuis l'origine dans le droit primaire. Ainsi affirmait-il par exemple qu'il était nécessaire de prendre en compte le fait « *que la neutralité défendue par l'article 295 CE se trouve dénaturée par le mouvement suivant : en mettant en cause les structures de nature publique, le droit communautaire œuvre pour une transformation de celles-ci en structures de nature privée* » : DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », *RJEP*, n° 668, octobre 2009, étude 11. Ainsi en est-il allé pendant plusieurs décennies en matière d'énergie, de transport, de communication, autant de secteurs économiques associés dans l'imaginaire collectif à des entreprises ou groupes publics chargés de l'accomplissement du « service public à la française » : EDF et GDF, la SNCF, ou encore la Poste et France Télécom. Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux rappellent en l'occurrence que, « *au début des années 2000, le secteur industriel public se caractérise par un noyau dur, formé essentiellement par les grands établissements publics, souvent gestionnaires de services publics en réseaux : EDF-GDF, SNCF, RFF, La poste* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 250, avant de préciser qu'à partir de 2002 sont mises en œuvre « *certaines privatisations affectant des entreprises que l'on pouvait croire vouées à demeurer dans le secteur public en raison notamment du caractère essentiel du réseau qu'elles possèdent pour la prestation de diverses activités de service public ou d'approvisionnement énergétique* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 251. Citons dans la même veine les sociétés intervenant dans le secteur de la défense ou encore dans celui de la construction et de l'exploitation des autoroutes.

Il apparaît en effet clairement que les mouvements de privatisations ont emprunté un tournant significatif d'un point de vue idéologique à partir de la fin des années 1990. Alors qu'elles correspondaient jusqu'alors à un programme politique national clairement défini par le législateur, elles se sont progressivement imposées comme les conséquences directes de l'élaboration d'un marché concurrentiel commun dans le cadre de l'Union européenne¹⁴⁶¹. Fustigeant leurs avantages structurels et financiers susceptibles de perturber le libre jeu de la concurrence avec les opérateurs économiques privés, la Commission européenne a effectivement combattu de longue lutte le secteur public¹⁴⁶². Ainsi les nombreuses privatisations décidées par les gouvernements français successifs à partir de la seconde moitié des années 1990 ont-elles largement contribué à l'ouverture à la concurrence de nombreux secteurs de l'économie. De surcroît, il n'est plus contestable aujourd'hui qu'elles aient participé à un bouleversement plus global des modalités de réalisation par les autorités administratives de certaines de leurs missions d'intérêt général ; c'est-à-dire de la réalisation de certaines de leurs compétences matérielles. C'est alors à partir de ce constat qu'il convient de développer plus avant la présentation d'une de ces modalités : l'ouverture « simple » à la concurrence de la réalisation d'activités d'intérêt général ; en d'autres termes, l'acception ultime à donner à la fin du monopole exercé par les personnes publiques sur la satisfaction des besoins de la population¹⁴⁶³, et donc à la place désormais accordée à l'intervention du secteur marchand¹⁴⁶⁴. Symptomatique de cette évolution, l'application contemporaine de la liberté du commerce et de l'industrie confirme définitivement la consécration de cette forme de prise en

¹⁴⁶¹ Ainsi Christophe Roux insiste-t-il sur la nécessité de ne « *pas oublier combien ce processus (la privatisation) a été associé au mouvement de démonopolisation et de libéralisation sectorielle, ce dernier renouvelant l'appréhension juridique des entreprises publiques (...), jusqu'à encourager leur alignement statutaire sur le modèle des entreprises privées* » : ROUX Ch., *op. cit.*, p. 591 et 592.

¹⁴⁶² Jurisprudences de la Cour de justice et documents de la Commission à l'appui, Christophe Roux ne manque d'ailleurs pas de mettre en évidence la politique de cette dernière et affirme qu'elle aurait grandement « *contribué à la privatisation structurelle et capitaliste des entreprises publiques réduisant de facto le champ même de l'appropriation publique et de la propriété publique* » : ROUX Ch., *op. cit.*, p. 601. Associant ces décisions de privatisation à la libéralisation de l'économie organisée par le droit de l'Union, Antonino Abate soulignait d'ailleurs que la privatisation participe de l'ouverture à la concurrence « *en développant en même temps l'interpénétration des marchés par de nouveaux établissements, les mouvements de capitaux et la concurrence effective* » : ABATE A., « Droit communautaire, privatisations, déréglementations », *RMUE*, 3/1994, p. 11. Voir dans le même sens : EHLERMANN C.-D., « Libéralisation et privatisation », *RMUE*, 3/1994, p. 5 et s.

¹⁴⁶³ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux relèvent en l'occurrence que « *la chose mérite particulièrement d'être soulignée lorsque ces nouveaux instruments (de l'action publique et de la satisfaction de l'intérêt général) minorent la place apparente des méthodes classiques de la puissance publique pour faire une place non négligeable aux acteurs du secteur privé et à l'expression de leurs intérêts* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 189.

¹⁴⁶⁴ Il s'agit effectivement d'y voir, selon un courant désormais majoritaire dans la doctrine, la manifestation non d'un « *reflux quantitatif* », mais plutôt l'expression « *d'un renouvellement qualitatif, certes largement contraint mais pleinement assumé par l'État* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 191.

main de la satisfaction de l'intérêt général par le secteur privé à travers notamment cette forme « simple » d'ouverture à la concurrence¹⁴⁶⁵.

Didier Trucher exprimait d'ailleurs parfaitement cette tendance lorsqu'il soulignait que « *le marché s'impose à l'État en le contraignant à une abstention* »¹⁴⁶⁶ afin de préserver l'intervention des opérateurs économiques¹⁴⁶⁷. Aussi ne faut-il pas distinguer ces deux mouvements de privatisation et de libéralisation finalement inextricablement liés depuis plus de vingt ans. Il convient alors de poursuivre, sur le terrain de l'ouverture « simple » à la concurrence, la conclusion apportée auparavant s'agissant de l'exclusion de la privatisation du champ des instruments de l'externalisation administrative. Bien qu'elle le manifeste de manière implicite, l'ouverture « simple » à la concurrence traduit effectivement dans une certaine mesure un transfert de la compétence matérielle d'une personne publique en direction du marché dès lors que les opérateurs qui y exercent leurs activités sont par la suite chargés de sa réalisation en dehors de toute directive de la part des autorités administratives auparavant compétente. C'est donc une fois de plus sur une incompatibilité de logique qu'achoppe la possibilité d'assimiler cette modalité d'intervention publique à une forme d'externalisation et qui se répercute au niveau de l'examen de son critère fonctionnel. Il convient alors de ne pas confondre cette stratégie avec le concept d'externalisation administrative pour deux raisons principales. D'une part, car la logique qui les anime n'est pas comparable dès lors que l'une

¹⁴⁶⁵ Émanée de son application originelle par le Conseil d'État, celle-ci se présente en effet désormais comme l'affirmation du maintien d'une certaine prévalence du secteur privé et du jeu de la concurrence propre au marché dans le cadre de la réalisation des activités économiques de service public. Ainsi les personnes publiques, « *pour intervenir sur un marché, (...) doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* » : CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272. L'ouverture « simple » à la concurrence d'un secteur économique répond donc à la nécessité de laisser en principe à l'initiative privée, ou du moins au marché, la prise en charge d'une partie de la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi par exemple, à la suite de la privatisation d'Air France, le transport aérien de voyageur est-il désormais assuré pleinement selon les règles du marché et sans que les autorités publiques ne puissent imposer d'exigences particulières. Nous aurions également pu évoquer l'exemple particulièrement éclairant et significatif que constitue la privatisation de TF1 ayant conduit à l'émergence de la première chaîne privée gratuite en Europe et soumise simplement aux exigences communes imposées par le CSA en référence au pluralisme notamment.

¹⁴⁶⁶ TRUCHET D., « État et marché », *ADP*, 1996, t. 40, p. 320.

¹⁴⁶⁷ Guylain Clamour ajoutait à cela l'observation d'une dissociation du service public et des personnes publiques conséquent « *du mouvement bien connu de privatisation (et) de celui de libéralisation ayant substantiellement supprimé les gestions monopolistiques pour faire pénétrer les activités concernées dans le marché concurrentiel* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 460. Il rappelait également au soutien de son observation les propos avancés par Michèle Voisset selon lesquels « *ce que l'on appelle le service public « à la française » n'est plus. Il n'est plus dans les faits dans le secteur des services publics industriels et commerciaux (...) compte tenu du respect des règles de concurrence dans l'ordre interne, communautaire et international auquel nous sommes engagés, des démonopolisations et des privatisations et ouvertures de capital en cours ou à venir que ce respect implique* » : VOISSET M., « Le service public autrement », in *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF, coll. Droit et société, 1999, p. 209.

repose sur la coopération avec le marché, et l'autre sur un « transfert » de la compétence en direction du marché. D'autre part, car il n'existe finalement pas de compatibilité avec les critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative¹⁴⁶⁸. Il s'agit néanmoins de préciser que ce processus d'ouverture « simple » à la concurrence ne constitue qu'une hypothèse isolée dans un contexte marqué par une volonté des pouvoirs publics d'encadrer plus précisément l'intervention des particuliers. C'est en l'occurrence dans cette direction qu'il convient de rechercher l'expression de l'externalisation administrative à travers des instruments rénovés de recours au marché dans une logique coopérative.

B. L'expression de l'externalisation à travers des instruments rénovés

310. La conséquence de la promotion d'une démarche coopérative par l'État-manager. À

contre-courant de cette attitude libérale des autorités administratives à son égard, il est admis que de manière plus générale « *le marché peut également constituer un formidable atout de développement et de soutien aux missions des personnes publiques* »¹⁴⁶⁹ ; c'est-à-dire un véritable partenaire à intégrer à des relations de coopération dans le cadre de la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques¹⁴⁷⁰. La privatisation elle-même n'a d'ailleurs que rarement donné lieu à une intervention de l'initiative privée dans la satisfaction de l'intérêt général dégagée de toute contrainte de la part des personnes publiques, et ce exclusivement dans des secteurs considérés comme non essentiels par les autorités administratives¹⁴⁷¹. Une évolution qui se retrouve notamment en matière d'ouverture à la

¹⁴⁶⁸ S'agissant du second notamment, l'adoption d'une logique de transfert conduit l'ouverture « simple » à la concurrence à ne pas reposer sur l'existence d'une norme d'habilitation autorisant un opérateur économique à participer à la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique mais plutôt sur un abandon de celle-ci au profit du marché qui se charge ensuite d'assurer la satisfaction de l'intérêt général.

¹⁴⁶⁹ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 463.

¹⁴⁷⁰ L'ouverture à la concurrence initiée sur l'impulsion du droit de l'Union européenne, marquée par le consensus de Bruxelles, ne saurait d'ailleurs se réduire au processus évoqué précédemment, ni même à la privatisation des entreprises publiques largement minoritaire au sein de la palette des outils de l'action administrative.

¹⁴⁷¹ L'exemple évoqué de la privatisation d'Air France ou de celle de TF1 est sur ce point particulièrement éclairant en effet. Alors que l'activité de transport aérien de voyageurs ne semble pas constituer une activité de service public majeure de même que celle d'une chaîne pourtant principale dans le monde de l'audiovisuel, le gouvernement de l'époque procéda en l'occurrence à une privatisation sans contrepartie typique d'une privatisation opérée dans un esprit de libéralisation, et donc d'ouverture « simple » à la concurrence. Sébastien Bernard soulignait en outre que la plupart des privatisations engagées par les gouvernements français successifs étaient empreintes d'un certain dirigisme opéré par les autorités publiques : Ainsi rappelait-il que « *les modalités du retrait de l'État ne témoignent pas d'une très grande confiance aux théories néo-libérales et aux lois du marché* » : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 113. Au point d'ailleurs que Michel Bazex soulignait ce constat par

concurrence d'autres secteurs pour lesquels il n'est plus question que les autorités administratives ne puissent plus disposer d'instruments leur permettant de conduire et d'organiser l'intervention des opérateurs économiques. Il s'agit donc là de la prise en compte de la nécessité d'adopter une voie médiane entre l'interventionnisme dirigiste et le libre jeu du marché ; autrement dit, une démarche coopérative associant personnes publiques compétentes et personnes privées pour une satisfaction efficace des besoins d'intérêt général de la population. Aussi est-ce sur cette voie que la doctrine administrativiste a finalement pris son parti de se diriger afin de rendre compte d'une telle transformation des rapports entre les autorités administratives et le marché dès lors qu'elle a pu constater que, « *qu'il s'agisse de partenariat ou de régulation, il s'agit presque davantage d'utiliser (d'instrumentaliser ?) le jeu des acteurs sur le marché que de se résoudre à les « laisser faire »* »¹⁴⁷².

C'est en l'occurrence dans ce contexte d'apparition d'une logique coopérative prise en compte par les personnes publiques dans leurs relations avec les acteurs du marché que le recours au contrat a pu trouver un second souffle. Loin d'être amené à disparaître, le contrat administratif devait en effet se renouveler pour partie afin de compenser l'évolution économique que le droit qui l'encadre avait jusque-là ignoré¹⁴⁷³ à la différence de son pendant civiliste. Il s'agissait alors de réduire la fracture progressivement dessinée entre la pratique des autorités administratives et le droit applicable, alors que face à l'immobilisme du second, la première ne manquait pas d'employer des montages contractuels inédits traduisant une fonction économique et une logique que les formules traditionnelles ne permettaient pas d'accomplir, ou du moins que partiellement et de manière peu satisfaisante. Une telle rénovation a finalement eu lieu progressivement par vagues législatives successives avec comme point d'orgue les ordonnances de transposition des directives marchés et concessions du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 à partir desquelles la typologie des contrats publics semble désormais mieux à même de répondre aux exigences du monde des affaires, et tout particulièrement à l'instauration de rapports de coopération entre les autorités administratives et les opérateurs économiques pour la réalisation des compétences matérielles incombant aux premières. Il convient également de souligner que le droit des contrats publics n'est pas la

une provocante et paradoxale interrogation : « *la privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ?* » : BAZEX M., « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme », *RFDA*, 1994, p. 286.

¹⁴⁷² COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 192.

¹⁴⁷³ Stéphane Braconnier souligne en effet que le droit des contrats administratifs a longtemps ignoré « *assez largement (...) les questions relatives à la fonction économique du contrat, par exemple celles afférentes à l'optimisation du choix du modèle de contrat en vue de la réalisation d'une opération* » : BRACONNIER St., *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis droit, 2015, p. 11.

seule branche du droit administratif ayant pu bénéficier d'une volonté du législateur de laisser une place à la coopération aux côtés des instruments juridiques traditionnels de mise en œuvre de l'action publique. Une transformation qu'il s'agit donc d'envisager sous l'angle de l'évolution idéologique inhérente à la consécration de la post-modernité et qui conduit à une appréhension originale de l'intérêt général et des moyens de son accomplissement irrigués par exemple par le souci de « *renoncer à la centralité des commandements pour assurer le couplage avec les systèmes sociaux régulés* »¹⁴⁷⁴ ou encore l'emploi « *d'instruments d'incitation, d'orientation, de conseil ou de négociation auxquels s'ajoutent des mécanismes de type marché* »¹⁴⁷⁵. De même, l'émergence et la consécration de la régulation encouragent également à rechercher au-delà de l'instrument contractuel l'expression de l'externalisation administrative en lien avec le marché. Une fois acquise à la conception syncrétique de l'intérêt général portée par Guylain Clamour, la doctrine administrativiste reconnaît d'ailleurs sans difficulté la nécessité d'une articulation de ce dernier avec les intérêts des particuliers, et notamment celui des opérateurs économiques¹⁴⁷⁶. Il n'est donc pas surprenant de poursuivre l'identification de l'expression juridique de l'externalisation administrative par l'inclusion de formes contractuelles renouvelées fondées sur une logique de coopération (1), ainsi que de celle de formes juridiques nouvelles fondées sur le maintien de la compétence au profit de la personne publique (2) et inspirée des techniques de régulation du marché.

1. L'inclusion de formes contractuelles renouvelées fondées sur une logique coopérative

311. Une expression en droit positif à travers les diverses formes de concessions. Quoique toujours sujette à la critique, la typologie des contrats de la commande publique organisée par les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 renvoie l'image d'un ordre établi

¹⁴⁷⁴ MORAND Ch.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 26, 1999, p. 209.

¹⁴⁷⁵ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 224.

¹⁴⁷⁶ Aussi concède-t-elle également qu'à « *la structure linéaire et bien ordonnée du droit moderne succède (...) des formes complexes de réalisation des fins d'intérêt général* » (CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 220) parmi lesquelles figure désormais en première place les modalités de réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques animées d'une logique de coopération. Une logique que l'auteur pressentait d'ailleurs déjà à travers le développement des « *partenariats public-privé dont l'un des avantages avancés consiste à rationaliser et prévoir finement les risques technologiques et commerciaux* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 221. Une logique par la suite confirmée par Étienne Muller selon lequel « *le terme de partenariat (...) renvoie à l'idée d'un rapport d'étroite collaboration, instaurée entre des entités distinctes qui conservent leur autonomie les unes par rapport aux autres* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 21.

autour de la dichotomie traditionnelle opposant les marchés publics et les concessions¹⁴⁷⁷. Aussi l'exclusion des premiers du champ instrumental de l'externalisation administrative incite-t-elle à envisager *a contrario* l'inclusion des concessions dès lors que le parti pris retenu ne repose pas sur une recherche « hors les murs » de ses formes d'expression juridique. Il est toutefois concevable de tempérer au préalable cette éviction des marchés publics fondée sur une divergence de logique, et ce, tout particulièrement au regard de l'ordonnance du 23 juillet 2015, afin d'envisager à titre exceptionnel à travers les marchés publics la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative selon la fonction économique que leur structure révèle *in fine*. C'est tout spécialement à travers le critère fortement débattu du transfert du risque¹⁴⁷⁸ qu'il est possible de démontrer l'intérêt certain qu'il y aurait à rechercher dans cette catégorie « échangiste » une forme de manifestation juridique de l'externalisation administrative. Il convient pour ce faire de l'appréhender au-delà des considérations strictement financières liées à la rémunération¹⁴⁷⁹. Il présente en effet une ambivalence, éclairée par la jurisprudence¹⁴⁸⁰, dont l'un des aspects autoriserait un tel rapprochement dans la mesure où il recouvre également l'idée d'une répartition homogène des obligations et responsabilités entre les parties au contrat en vue d'une opération économique déterminée. Il s'agit donc de ne pas écarter définitivement de l'externalisation administrative toute forme de marché public dès lors que le paiement d'un prix ne s'y exprime pas toujours sous une forme univoque et s'apparente parfois davantage à une habilitation à se rémunérer par les recettes tirées de l'exploitation d'une activité, ou encore que l'objet de certains marchés exprime une forme de convergence avec les critères de l'externalisation administrative¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁷ La doctrine rappelle d'ailleurs qu'à « *partir du moule de la concession et du marché public, ont été créés de nombreux avatars plus ou moins réussis, censés mieux correspondre aux besoins exprimés des collectivités publiques et donc, aux réalités financières et économiques* » : SYMCHOWICZ N. et PROOT Ph., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, Le Moniteur, coll. Essentiels Experts, 3^e éd., 2012, p. 9.

¹⁴⁷⁸ Pour une étude fouillée du critère du risque voir : PEZ Th., *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 274, 2013.

¹⁴⁷⁹ Rappelons en effet qu'une partie de la doctrine s'accorde désormais pour reconnaître, à l'instar de Laure Marcus, que la difficulté liée à « *l'hétérogénéité des catégories contractuelles est la conséquence de la place qui est faite aux modalités de rémunération du cocontractant dans la distinction des marchés publics, d'un côté, et des délégations de service public ou concessions de service ou de travaux, de l'autre* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 429.

¹⁴⁸⁰ Les juges du Palais-Royal ont effectivement considéré, notamment à partir de la décision *Département de la Vendée*, que l'existence d'une rémunération consistant au paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur au bénéficiaire du marché n'était pas nécessairement exclusif d'une concession dans la mesure où ce prix est déterminé en fonction des performances et des résultats de l'exploitation de l'activité qu'il accomplit : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, rec. p. 805.

¹⁴⁸¹ Dans le cadre d'une réflexion menée à la suite des travaux de Thomas Pez, Laure Marcus démontre d'ailleurs que « *la distinction des marchés publics et des délégations de service public doit être maintenue et*

Alors qu'il se situe « *au confluent de la théorie des obligations et de l'analyse économique* »¹⁴⁸², le risque peut en effet conduire à révéler l'objet du contrat ; c'est-à-dire l'agencement particulier des obligations qui permet au mieux de traduire l'opération économique souhaitée par les parties. Un tel constat conduit par conséquent à poser deux conclusions : d'une part, la distinction instaurée par le droit positif ne repose pas pleinement sur la différence de logiques économiques qui irriguent ces deux espèces contractuelles. D'autre part, l'acception essentiellement financière du risque a conduit à exclure *de facto* certains marchés publics du champ des instruments de l'externalisation administrative alors qu'ils auraient mérité d'y être intégrés, ou du moins que la question soit soulevée¹⁴⁸³. Il est donc possible d'admettre que certains contrats envisagés comme des marchés publics par le droit positif manifestent exceptionnellement l'expression juridique de l'externalisation administrative. Cela est particulièrement envisageable lorsque la modalité de rémunération révèle un réel partage des risques caractéristique de la coopération économique, ou encore lorsqu'il n'est pas prévu explicitement le paiement d'un prix déterminé à l'avance par les parties comme par exemple les marchés publics dont la rémunération est fondée sur l'existence d'un prix négatif qui pourraient être davantage appréhendés comme des concessions¹⁴⁸⁴. L'octroi par une autorité administrative compétente du droit d'exploiter les retombées financières d'une activité ne peut en effet être envisagé comme une prestation équivalente à celle du cocontractant, mais plutôt comme l'autorisation d'exploiter une activité d'intérêt général ; c'est-à-dire comme une habilitation délivrée par l'autorité administrative à son partenaire afin qu'il accomplisse une activité dont elle était initialement responsable. Il est alors aisé de retrouver là le critère fonctionnel de l'externalisation administrative dans la mesure où cette autorisation correspond à l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation

fondée sur une définition fine et précise de leurs objets respectifs, qui traduisent la structure des relations des parties » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 471.

¹⁴⁸² PEZ Th., *op. cit.*, p. 865.

¹⁴⁸³ Aussi Stéphane Braconnier suggère-t-il dès 2014, avant même la transposition en droit interne, qu'il soit parfois admis qu'un « *contrat pourra échapper à la catégorie à laquelle il appartient et basculer dans l'autre catégorie* » : BRACONNIER St., *op. cit.*, p. 839. Et d'ajouter d'ailleurs quelques lignes plus loin que « *la redistribution des catégories, dans le sens d'une simplification, devra intégrer l'idée selon laquelle l'appartenance d'un contrat à une catégorie, n'exclut pas qu'il puisse, à la faveur de la répartition du risque opéré par les parties, glisser vers l'autre catégorie* ».

¹⁴⁸⁴ Et ce, notamment, dans la mesure où, lorsque la rémunération est assurée par un abandon de recette d'exploitation par la personne publique, il est possible d'identifier une « *absence totale de relation entre les éléments qui déterminent le prix et la contre-prestation pour la collectivité publique ; cette absence de relation incite à s'interroger sérieusement sur l'existence d'une opération d'achat et il a été avancé par Alain Menemenis que la relation est plutôt de type concessif, même si l'objet n'est pas la gestion d'un service public* » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 415.

de la compétence matérielle d'une personne publique¹⁴⁸⁵. Ainsi serait-il possible de distinguer exceptionnellement parmi les marchés publics des contrats qui, malgré leur modalité de rémunération, répondent aux critères de l'externalisation administrative et pourraient donc être appréhendés comme des instruments de celle-ci.

Alors qu'au sein de la catégorie des marchés publics l'identification d'une expression juridique de l'externalisation administrative confine à l'exception dans la mesure où ces derniers reposent essentiellement sur une logique d'échange confortée par la consécration de l'aspect financier du critère qui les distingue, celle-ci s'impose comme un principe logique s'agissant de la catégorie antagoniste des concessions. Aucun obstacle ne semble effectivement être dressé par le droit positif afin d'empêcher un tel rapprochement. Le régime juridique commun de ces contrats, renouvelé par l'ordonnance du 29 janvier 2016, confirme bien au contraire à lui seul la compatibilité des diverses formes de concession avec les critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative. Il permet également de déceler clairement une structure obligationnelle conforme à son critère matériel, et par conséquent révélatrice de la logique économique de coopération qui les anime. Il est pourtant notable de remarquer qu'un tel rapprochement n'affleure en aucune manière dans le discours sur le droit. Il convient donc, d'une part, de mettre en évidence cette convergence flagrante entre le mode de rémunération caractéristique des concessions et la fonction économique de l'externalisation administrative qui se répercute sur son critère fonctionnel¹⁴⁸⁶. Une prise en compte en tant qu'*instrumentum* contractuel de l'externalisation administrative que leur objet ne peut de plus pas démentir dès lors que la concession de travaux porte, d'autre part, « *soit sur la réalisation, soit la conception et la réalisation, (...) d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante* », et que la concession de service porte quant à elle sur « *la gestion d'un service* »¹⁴⁸⁷. Mais bien plus qu'une similitude d'objet, c'est bien le contenu juridique des concessions qui permet de les appréhender de manière certaine comme telle. Alors que les marchés publics affichent expressément une fonction économique qui impose leur affiliation générale au modèle du contrat-échange, de nombreux éléments de ce

¹⁴⁸⁵ Ils prévoient également toujours un droit de regard de la personne publique compétente sur l'intervention de son cocontractant, renforçant encore davantage l'idée d'une compatibilité de certains marchés publics avec le critère fonctionnel de l'externalisation administrative en vertu duquel l'autorité administrative en conservant sa compétence peut contrôler l'action de son partenaire et veiller à ce qu'il satisfasse au mieux les exigences d'intérêt général.

¹⁴⁸⁶ Outre la réaffirmation de la ligne de crête séparant les marchés et les concessions, une telle délimitation du champ des secondes renvoie alors inévitablement ces dernières à une telle expression juridique.

¹⁴⁸⁷ Article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

régime commun¹⁴⁸⁸ invitent à contrario à consacrer les secondes comme une composante élémentaire du modèle du contrat-coopération en droit administratif.

Quoi que contestable¹⁴⁸⁹, l'emploi du critère du risque au-delà de son strict aspect financier n'en demeure pas moins la source principale d'une confirmation évidente de l'identification des contrats de concession en tant qu'instrument juridique de choix pour l'externalisation administrative. L'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 détermine effectivement le périmètre des contrats de concession en fonction de l'identification du transfert d'un « *risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* »¹⁴⁹⁰. Il prescrit par conséquent que la rémunération du cocontractant d'une personne publique soit assurée à titre principal en fonction des résultats de l'exploitation de l'activité qui lui est concédée. Ce faisant, tout contrat de concession respecte *de jure* le critère fonctionnel de l'externalisation administrative dès lors qu'il repose fondamentalement sur l'autorisation, délivrée par l'autorité administrative à son partenaire, d'exercer une activité qui relève en principe de sa compétence exclusive. Dès lors que la rémunération du cocontractant dépend par conséquent d'une telle habilitation qui lui permet de participer à la réalisation de la compétence matérielle de la personne publique avec laquelle il contracte, c'est bien en premier lieu cette autorisation et non la rémunération en elle-même qui valide la compatibilité de la concession avec le critère fonctionnel de l'externalisation administrative. La formulation retenue par le législateur, traditionnellement admise par la jurisprudence¹⁴⁹¹ et la doctrine¹⁴⁹²,

¹⁴⁸⁸ François Llorens et Pierre Soler-Couteaux rappellent d'ailleurs que l'un des traits les plus marquants de la réforme engagée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 réside « *dans l'uniformisation du droit des concessions sous le signe de laquelle s'ouvre la nouvelle ère* » des concessions en droit interne : LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Contrats de concession : nouvelle donne », *CMP*, n° 3, Mars 2016, repère 3. Et de relever également « *l'extension du régime des concessions à l'ensemble des contrats présentant ce caractère, qu'ils aient pour objet la gestion d'un service public ou celle d'un simple service ; l'exécution de travaux publics ou de travaux privés* ».

¹⁴⁸⁹ Et il ne saurait être ici question de revenir sur la critique portée dans les développements précédents à ce critère du risque dès lors qu'il confirme ici l'hypothèse défendue. Il s'agit simplement de prendre acte du droit positif et de constater que, lorsqu'il est question des contrats de concession, le critère du risque confirme leur prise en compte en tant qu'instrument contractuel de l'externalisation administrative. C'est d'ailleurs là une preuve supplémentaire des lacunes soulignées auparavant dans la mesure où il ne permet pas une appréhension homogène de l'ensemble des manifestations juridiques de l'externalisation administrative.

¹⁴⁹⁰ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

¹⁴⁹¹ Dès sa solution de principe posée par la décision *Préfet des Bouches du Rhône*, le Conseil d'État devait effectivement adopter cette attitude face à la question de la qualification de délégation de service public ou de marché public. Il affirmait en effet que les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 ne devait pas avoir pour effet de faire échapper aux règles régissant la passation des marchés publics « *tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » : CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, rec. p. 137. La lecture des

faisant référence au « *droit d'exploiter l'ouvrage ou le service* » ne laisse pas de place au doute quant à la présence centrale d'une telle habilitation, source d'un droit subjectif pour le partenaire de l'administration, dans tout procédé concessif¹⁴⁹³.

312. Une expression logique à travers les diverses formes de concessions. Au-delà de renvoyer à un mode de rémunération singulier, le critère du risque révèle en outre la logique profondément coopérative qui irrigue tout contrat de concession ainsi que l'agencement des obligations qu'elle induit nécessairement. Bien que des auteurs aient pu pointer du doigt le défaut majeur de ce critère, soulignant qu'il ne permettait pas de prendre en compte l'élément essentiel de tout contrat : sa logique économique¹⁴⁹⁴, il est néanmoins possible d'y remédier en proposant une telle analyse économique et juridique du contrat de concession, seule à même d'apporter une confirmation susceptible de démontrer la pertinence d'une assimilation de ce dernier à un mode d'expression de l'externalisation administrative eu égard à ses critères organique et fonctionnel. Cette démarche se doit tout d'abord d'emprunter brièvement les chemins de l'histoire, lesquels révèlent en l'occurrence que la coopération a de longue date inspiré l'intervention des personnes publiques dans le cadre de la satisfaction de l'intérêt

conclusions prononcées à l'occasion par Christophe Chantepy éclaire davantage encore cette posture jurisprudentielle lorsqu'il précisait que « *l'existence d'une rémunération peu ou prou liée aux résultats de l'exploitation du service (autorisée par le contrat) est une condition de l'existence d'une délégation de service public* » : CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, rec. p. 137 ; concl. CHANTEPY Ch., *RFDA*, 1996, p. 715 et s.

¹⁴⁹² Marion Ubaud-Bergeron rappelle par exemple que, « *historiquement, la logique du système concessif repose sur une rémunération du concessionnaire par l'exploitation du service ou de l'ouvrage (...), la contrepartie nécessaire de ce contrat repose dans le droit qui lui est laissé d'exploiter l'ouvrage et le service en se rémunérant auprès des usagers : la rémunération par l'exploitation est ainsi un élément fondamental de la concession, qui la distingue du marché où le paiement provient directement du prix payé par la personne* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 173.

¹⁴⁹³ Et si, comme le précisent Laurent Richer et François Lichère, « *le droit d'exploiter et le prix sont donc la contrepartie non de l'activité mais du risque assumé par l'exploitant* » du point de vue financier de la rémunération, il s'avère que, du point de vue de la structure des obligations et de l'économie du contrat, le droit d'exploiter l'ouvrage révèle surtout la logique de coopération qui anime ces contrats et en vertu de laquelle l'autorité administrative compétente fournit une prestation accessoire à son partenaire en l'habilitant à participer à la réalisation de sa compétence matérielle qui constitue pour celui-ci la prestation finale de la relation contractuelle : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 595. La doctrine souligne d'ailleurs désormais que « *l'acte d'habilitation que préfèrent de plus en plus fréquemment les personnes publiques responsables du service est ainsi l'acte contractuel* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 658. Laurent Richer ajoute, en outre que « *la concession est à la fois une habilitation et la loi des parties au contrat* » : RICHER L., *La concession en débat*, LGDJ, coll. Systèmes Perspectives, 2014, p. 59.

¹⁴⁹⁴ Outre les réflexions critiques précédemment évoquées menées par Laure Marcus ou Thomas Pez, Laurent Richer et François Lichère rappellent également qu'une juste qualification des contrats, et la classification opérante qui y attrait, nécessitent « *une appréciation globale du contrat (qui) correspondrait à la logique économique du contrat ; mais, ce n'est, malheureusement, pas celui qui a prévalu, puisque la jurisprudence, puis la loi, ont préféré ajouter un critère tiré de la rémunération* » qui n'en rend finalement compte que de manière incidente et implicite : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 580.

général, et ce notamment par la voie contractuelle¹⁴⁹⁵. La loi du 29 janvier 1993, abrogée et remplacée par l'ordonnance du 29 janvier 2016, consacrait d'ailleurs l'objet du procédé concessif en vertu duquel une autorité administrative compétente organise le transfert temporaire de la gestion opérationnelle d'un service public¹⁴⁹⁶, ou d'une activité d'intérêt général, sur laquelle elle s'assure néanmoins de conserver un contrôle. De plus, l'agencement des obligations caractéristique du contrat de concession renvoie immanquablement au modèle du contrat-coopération, et donc à l'expression juridique de l'externalisation administrative. En l'occurrence, les obligations pesant sur la concessionnaire portent sur la prestation d'un service destinée à assurer le bon accomplissement de la compétence matérielle du concédant, celui-ci en contrepartie accorde à ce dernier une habilitation exclusive à exercer cette activité de laquelle il pourra alors tirer sa rémunération tout en participant à la satisfaction de l'intérêt général¹⁴⁹⁷. Une organisation en apparence parfaitement superposable à la définition et aux caractéristiques de l'externalisation administrative et de la traduction juridique de la logique coopérative. Mais qu'en est-il derrière les apparences ?

C'est bien en fonction de la contrepartie de la prestation prévue par les concessions qu'il est possible d'identifier la logique coopérative. Laurent Richer rappelle sur ce point que le droit d'exploiter le service ou l'ouvrage « *ne renvoie pas seulement aux modalités de rémunération du concessionnaire, elle correspond à ce qui fait l'essence de la concession* »¹⁴⁹⁸ ; une

¹⁴⁹⁵ Pierre Chardenet exprimait d'ailleurs dès 1916 une opinion en ce sens en arguant du fait que la concession désignait « *le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou ceux qui bénéficient du service public* » : conclusions prononcées par Pierre Chardenet sur l'arrêt : CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125 ; concl. CHARDENET P., D. 1916.3.25. Une opinion consacrée en outre par cette même décision alors que les juges du Conseil d'État considéraient que « *le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées* » : CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125.

¹⁴⁹⁶ Les juges du Palais-Royal n'envisagent d'ailleurs pas autrement la délégation de service public, laquelle doit comporter pour « *objet de confier à ce cocontractant la gestion d'un service public* » : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, rec. p. 1001.

¹⁴⁹⁷ Participant au projet doctrinal d'élaboration d'une Constitution administrative de la France, Laurent Richer résume d'ailleurs cette économie de la concession à travers l'article 18 suivant : « *Une personne publique peut déléguer la responsabilité d'une activité d'intérêt général relevant de ses attributions à une personne privée ou publique par un acte de concession* » : RICHER L., « Article 18. La concession », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012, p. 281. L'auteur ajoute en l'occurrence que la concession « *est soumise à un régime d'ensemble, qui est en harmonie avec la logique économique de ce contrat. On peut dire que la notion de concession est le reflet d'un concept, alors que la DSP n'est qu'une notion* » : RICHER L., *op. cit.*, p. 282.

¹⁴⁹⁸ RICHER L., *La concession en débat*, LGDJ, coll. Systèmes Perspectives, 2014, p. 57. Il ajoute en outre que « *l'acte de concession est un acte attributif du droit de mettre en valeur une richesse, un gisement de valeur à la place de la puissance publique* ».

essence coopérative¹⁴⁹⁹. C'est en l'occurrence faute d'avoir pris la réelle mesure de cette essence qu'il est permis de souligner les lacunes d'une analyse doctrinale partielle du phénomène concessif empêchant d'y voir clairement une forme d'expression de l'externalisation administrative. La définition apportée par cette même doctrine à partir du régime juridique du procédé concessif correspond toutefois, en tout point, à sa définition et à ses critères organique et fonctionnel ; c'est-à-dire qu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes juridiques distinctes, dont l'une est une personne publique disposant d'une compétence matérielle, par lequel celle-ci habilite son partenaire à accomplir cette compétence sous son contrôle¹⁵⁰⁰. C'est aussi à partir de l'agencement et de la structure des obligations qui en découlent, et que son régime juridique organise, qu'une telle convergence avec les critères organique et fonctionnel se confirme à la lumière du critère matériel car si « *le concessionnaire assume une part significative du risque de l'activité* », « *dans toutes concessions doivent être garantis le contrôle par la personne publique concédante* »¹⁵⁰¹ sur le bon accomplissement de l'activité. Plus encore, le partage des risques dont il est alors question procède d'une articulation des prestations en vertu de laquelle le concédant accorde au concessionnaire une habilitation à accomplir une mission d'intérêt général, et met à sa disposition les moyens juridiques et matériels pour y parvenir, prestation instrumentale, qui permet, de la part du second, la réalisation de la compétence matérielle du premier, prestation finale. D'un bout à l'autre du contrat de concession, qu'il soit de travaux ou de service, il est donc possible de repérer des points communs avec le concept d'externalisation administrative qui autorisent à considérer celui-ci comme un instrument juridique de celui-là.

Qu'il soit donc permis de considérer, à l'instar de suggestions discrètes de la part de la doctrine, que la concession constitue à part entière, sur le terrain économique autant que juridique, un « *procédé d'externalisation d'activités publiques* » par lequel les autorités administratives peuvent « *faire exploiter les activités de service public ou les ouvrages publics* (si ce n'est plus) *sans avoir à mobiliser leurs moyens financiers, humains et*

¹⁴⁹⁹ Et ce même Laurent Richer de rappeler l'élaboration par une partie de la doctrine d'une « *certaine représentation juridique de la concession comme contrat d'intérêt commun* » : RICHER L., *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁰⁰ Laurent Richer et François Lichère définissent d'ailleurs ainsi la concession comme un contrat conclu « *par la collectivité publique compétente soit avec une personne privée, soit avec une personne publique* » ayant « *pour objet de confier une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique* » alors que celle-ci « *conserve un service public à raison des sujétions imposées* » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 571.

¹⁵⁰¹ RICHER L., « Article 18. La concession », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012, p. 281.

techniques propres »¹⁵⁰² afin de mieux les concentrer pour la mise en œuvre de leurs pouvoirs normatifs lorsque cela est nécessaire. Ainsi le transfert total ou partiel du risque d'exploitation, qui assure finalement un partage des responsabilités caractéristiques d'une logique de coopération, est-il à la fois l'élément permettant la discrimination des marchés et des concessions et celui déterminant pour l'intégration des secondes dans le champ des instruments juridiques de l'externalisation administrative. Il aboutit en effet à un partage qui s'organise autour d'une répartition des rôles et des obligations¹⁵⁰³ spécifiquement définie qui correspond à celle imposée dans le cadre de l'externalisation administrative : le partenaire de l'autorité administrative compétente participe à la réalisation de sa compétence matérielle et exécute cette prestation finale qui n'est rendue possible que par l'habilitation dont il bénéficie qui constitue quant à elle une prestation instrumentale fournie par le concédant qui demeure également responsable du contrôle du respect des exigences d'intérêt général et de la qualité du service rendu. Le critère du risque apporte donc, dans son acception large, un argument décisif en faveur de l'hypothèse ici avancée. Il serait cependant une nouvelle fois réducteur de circonscrire l'*instrumentum* de l'externalisation administrative à cette seule expression contractuelle à travers la concession, par principe, et le marché public, par exception. Il est en effet possible de distinguer une telle manifestation de ce concept en dehors des divers contrats à la disposition des personnes publiques. Aussi convient-il d'observer les outils unilatéraux et institutionnels dont elles usent parfois au service de leurs interventions en faveur de l'intérêt général.

2. L'inclusion de formes juridiques nouvelles fondées sur le maintien de la compétence

313. Une expression à travers diverses formes d'habilitations unilatérales. Parfois confondues ou confrontées à leur pendant contractuel qui compose en apparence « *le noyau dur des relations de collaboration économique* »¹⁵⁰⁴, les habilitations unilatérales constituent toutefois à n'en pas douter un vecteur d'expression juridique essentiel de l'externalisation administrative. Bien qu'elles passent le plus souvent inaperçues en droit positif aussi bien

¹⁵⁰² UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 165.

¹⁵⁰³ Le considérant 14 de la directive du 26 février 2014 relative aux concessions précise d'ailleurs que « *les contrats de concession induisent des engagements mutuellement contraignant, en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, lesquelles exigences ont force exécutoire* ».

¹⁵⁰⁴ NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2016, p. 505. Et d'ajouter qu'à travers ces relations de collaboration, l'administration « *recherche des partenaires en vue de satisfaire ses propres besoins en biens et prestations de service, ou en vue de satisfaire la demande de la population qu'elle administre* ».

qu'au regard de la doctrine, leur utilité et leur fonction émergent aujourd'hui avec une acuité renforcée dans le contexte de l'avènement d'une posture régulatrice des personnes publiques caractéristique de l'avènement de la post-modernité¹⁵⁰⁵. Les moyens à la disposition des personnes publiques ont effectivement évolué en la matière et, s'ils ne sont pas tous nouveaux dans leur consécration juridique, au moins le sont-ils dans leur utilisation désormais animée d'un souci de pragmatisme par lequel il est recherché au sens large une satisfaction optimale de l'intérêt général par une monopolisation minimale des ressources de l'appareil administratif¹⁵⁰⁶. Or, figure bel et bien parmi ces moyens juridiques un procédé de coopération depuis longtemps employé mais pour autant négligé : l'habilitation unilatérale. Cette dernière permet en l'occurrence d'autoriser l'intervention de partenaires dans la sphère administrative en imposant des obligations particulières destinées à assurer le respect des exigences du service public, de l'ordre public, ou toute autre composante de l'intérêt général qui s'apparentent en temps normal à des « externalités »¹⁵⁰⁷ pour les opérateurs économiques. Il n'est pas toutefois inédit de retrouver dans le discours sur le droit une prise en compte de cet instrument juridique en tant que modalité de gestion par les autorités administratives de la réalisation de leurs compétences matérielles¹⁵⁰⁸, et ce bien avant l'apparition d'une posture régulatrice¹⁵⁰⁹, empruntant aux méthodes de collaboration économique par lesquelles une personne publique habilite un opérateur à développer une activité économique.

¹⁵⁰⁵ Rappelant notamment les travaux et réflexions menés par Jacques Chevallier, Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux soulignent d'ailleurs que l'émergence de la posture régulatrice adoptée par l'État et les personnes publiques constitue finalement « une manifestation de l'émergence, plus générale, de ce que Jacques Chevallier nomme l'État post-moderne et marquée, selon les termes évocateurs choisis par cet auteur, par la tendance au remplacement de l'État-pilote par un État-stratège » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 435.

¹⁵⁰⁶ Il est effectivement admis que les modes d'encadrement traditionnels de l'action administrative « s'accompagnent de nouvelles méthodes de régulation, utilisées pour établir et maintenir les équilibres souhaités entre les diverses composantes de l'intérêt général et le caractère généralement privé des acteurs privés intervenant sur des marchés concurrentiels » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 435. Et ces derniers d'ajouter que, « au sens large, réguler continue de signifier avant tout, en droit, encadrer les conduites en ajustant au mieux les divers intérêts en présence pour assurer l'ordre social et le bien-être optimal des membres de la collectivité » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 443.

¹⁵⁰⁷ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux définissent effectivement ainsi, à l'instar de la littérature économique, « les finalités qui ne sont pas en principe directement et spontanément prises en charge par les opérateurs économiques » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 445.

¹⁵⁰⁸ Il est d'ailleurs courant d'observer dans les manuels que l'habilitation peut être appréhendée comme la manifestation de la volonté d'une personne publique « responsable du service public d'en transférer la gestion (...) – c'est-à-dire de confier l'exercice de ses compétences dans un ou deux niveaux de gestion » à une autre personne juridique distincte alors même qu'en l'absence d'un tel acte « aucune autre personne que celle qui est responsable du service public n'est juridiquement fondée à assurer la gestion de ce dernier » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 628.

¹⁵⁰⁹ Bien qu'il en soulignât la discrétion au cours du XIX^e siècle, Jean-Paul Négrin ne manquait pas de mettre en évidence l'importance de l'habilitation unilatérale dans le cadre de l'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Il affirmait alors que durant cette première période « le procédé unilatéral est délaissé au profit de la technique conventionnelle », et tout particulièrement celle de la concession, alors que la période suivante devait finalement aboutir au constat suivant selon lequel « avec le développement de

De Jean-Paul Négrin à François Sabiani pour les années 1970 à François Brenet pour la décennie actuelle, les contributions à la détermination d'un régime juridique propre aux habilitations unilatérales à la participation à l'action publique ne font effectivement pas défaut¹⁵¹⁰. Il manque cependant toujours une analyse contemporaine éclairée par l'émergence du concept d'externalisation administrative pour parvenir à en prendre la juste mesure à l'aune de la consécration d'un rapport renouvelé de la sphère publique et du marché¹⁵¹¹. Qu'il s'agisse d'un mécanisme juridique employé dans le cadre d'une stratégie partenariale ou dans celui d'une stratégie de régulation, l'habilitation unilatérale est désormais révélatrice de cette nouvelle posture de l'État manager dans la mesure où elle implique toujours que l'autorité administrative compétente demeure titulaire « *du pouvoir normatif classique* »¹⁵¹² dont l'exercice constitue son « cœur de métier » et sur lequel elle peut alors concentrer ses ressources en redéployant la mise en œuvre de ses moyens par le recours au marché. Elle n'est cependant que très rarement appréhendée sous cet angle comme un instrument juridique de gestion de la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques alors qu'elle exprime cette même coopération économique qui anime la logique concessive. Il est d'ailleurs aisé d'en apporter la démonstration par la confrontation de la théorie générale de l'habilitation en droit administratif avec les critères de l'externalisation administrative.

l'interventionnisme étatique, le procédé de l'habilitation unilatérale prend une extension telle qu'il n'est plus possible d'en nier l'existence » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 77 et 79.

¹⁵¹⁰ Il est en outre possible d'en déceler l'importance dans la jurisprudence dès la seconde moitié du 20^e siècle, par exemple dans l'arrêt *Radio-Atlantique* à l'occasion duquel les juges du Palais Royal consacraient la possibilité pour une personne publique titulaire d'une compétence matérielle de confier à une personne privée l'exploitation d'un service public au moyen d'une autorisation d'utiliser le domaine public hertzien assortie d'un cahier des charges qui devait en fixer les objectifs et les limites : CE, 6 février 1948, *Radio-Atlantique*, rec. p. 65. Un constat identique peut aussi être posé à partir de l'observation de la législation depuis les années 1920, laquelle comportait déjà de telles habilitations à destination de personnes de droit privé à participer sous conditions à la satisfaction de l'intérêt général, telle par exemple l'ordonnance n° 45-2062 du 8 septembre 1945. Présentée comme « *le texte le plus riche du point de vue des différents types d'habilitation* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 65 (note 60), cette ordonnance envisageait par exemple au titre des habilitations, au côté de la concession, les procédés juridiques « *de l'autorisation ou de la permission de voirie* » : ordonnance n° 45-2062 du 8 septembre 1945 pour la reconstruction des immeubles, installations, outillages et stocks affectés à un service public. Citons alors, pêle-mêle, la gestion des caisses de sécurité sociale ou encore les fédérations sportives, de chasse et de pêche.

¹⁵¹¹ Non seulement l'habilitation a pu souffrir d'une désaffection certaine de la part de la doctrine (François Sabiani concédait d'ailleurs dès 1977 à propos de l'habilitation à gérer un service public « *qu'il n'est pas facile de déterminer la signification d'une technique qui, pour familière qu'elle soit, n'en demeure pas moins mal connue* » : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4), mais elle apparaît aujourd'hui encore davantage méconnue que son acception traditionnelle partielle se double d'un décalage avec la réalité de son emploi par les autorités administratives.

¹⁵¹² COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 347.

Condition impérative de l'intervention des personnes privées dans la sphère administrative¹⁵¹³, l'habilitation apparaissait auparavant comme un instrument dont le seul but était « *d'assurer le contrôle public de ces interventions* »¹⁵¹⁴ dans la mesure où la personne publique demeurait « *la source d'une activité économique pour l'opérateur* »¹⁵¹⁵. Mais elle n'est pas que cela, et son utilisation présente désormais une dimension plus « active » de la part des personnes publiques compétentes qui enjoint à envisager davantage encore l'habilitation sous l'angle de la coopération¹⁵¹⁶, et donc à suggérer sa compatibilité certaine avec les critères de l'externalisation administrative. S'agissant tout d'abord du critère organique, elle s'impose logiquement dès lors qu'il existe toujours au moins deux personnes juridiques distinctes, l'habilitant et l'habilité, dont l'une au moins est une personne publique compétente. Concernant ensuite le critère fonctionnel, la démonstration, quoique plus complexe, n'en demeure pas moins également évidente dans la mesure où l'acte unilatéral dont il est question est présenté explicitement comme une habilitation. Il ne faut toutefois pas s'en tenir aux qualifications conférées par le droit positif ou la doctrine pour considérer comme satisfait un critère si déterminant pour la l'argumentation ici avancée. Néanmoins, derrière l'appellation d'habilitation c'est bien fonctionnellement le même procédé qu'il convient de déceler à travers l'habilitation unilatérale et le concept d'externalisation administrative. La structure juridique de l'agrément mise au jour par Christine Bertrand apporte d'ailleurs sur cette question des enseignements décisifs qu'il s'agit de rappeler avant de procéder à leur généralisation à l'ensemble des habilitations unilatérales, ou à tout le moins à la grande majorité d'entre elles.

¹⁵¹³ Jean-Paul Négrin démontrait d'ailleurs que, s'agissant de l'intervention des personnes privées dans l'action administrative, « *l'exigence d'une habilitation préalable* » est une « *condition d'évidence* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 51.

¹⁵¹⁴ SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 5.

¹⁵¹⁵ NICINSKI S., *op. cit.*, p. 511.

¹⁵¹⁶ Alors qu'auparavant l'habilitation était en effet principalement envisagée comme cette exigence préalable sans laquelle « *la personne habilitée à exploiter l'activité (...) ne pourrait pas l'exercer par elle-même, sans l'intervention d'une personne publique habilitante* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 629, elle révèle aujourd'hui cette volonté de la personne publique habilitant de confier à une autre personne juridique la réalisation d'une de ses compétences, à ses conditions et dans le sens qu'elle entend, en lui faisant bénéficier de ressources publiques et en lui imposant concomitamment des exigences inhérentes à l'intérêt général. Ainsi Christine Bertrand démontrait-elle par exemple que l'agrément se caractérise, en tant qu'habilitation unilatérale, par l'instauration d'une relation de coopération dès lors que « *l'administration vise à associer une personne à une activité d'intérêt général. Mais pour que l'intérêt général soit respecté et assuré, il est nécessaire qu'une collaboration se mette en place entre l'administration et l'agréé* » : BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999, p. 60. Sophie Nicinski démontre en outre que l'activité économique d'intérêt général est alors « *exploitée grâce à un mécanisme particulier de collaboration, impliquant des actions de la part de la personne publique et de l'opérateur économique pour mener à bien un projet, une opération ou une mission : la personne publique (...) confie l'exploitation d'une mission sous son contrôle, ou constitue une structure dédiée avec un opérateur économique pour mener à bien un projet* » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 511.

Celle-ci plaçait en effet au cœur de son analyse de l'agrément en droit public une caractéristique tout à fait singulière en apparence pour un acte unilatéral : la collaboration des parties. Soulignant la finalité de cet instrument juridique destiné à permettre qu'une « *personne privée participe à une mission (d'intérêt général) que lui confie l'administration* », elle démontrait finalement que la collaboration de celle-ci constituait un de ses traits essentiels dans la mesure où la personne publique compétente « *cherche à obtenir un certain comportement, ce qui conduit à accorder des avantages ayant pour contrepartie certaines obligations* »¹⁵¹⁷. Ainsi Christine Bertrand renforçait-elle l'acception traditionnelle de l'habilitation tout en participant de sa mutation d'une simple autorisation indispensable à l'exercice d'une activité à un acte de coopération entre l'administration, garante de l'intérêt général, et d'autres personnes animées d'intérêts particuliers. Une collaboration qui n'excluait d'ailleurs pas, dans sa réflexion, le maintien d'un contrôle de l'autorité administrative compétente sur l'intervention de son partenaire, mais qui en était au contraire consubstantielle dans la mesure où il permettait d'assurer la bonne conduite de la relation instaurée et la satisfaction de l'intérêt général¹⁵¹⁸. Il convient par conséquent d'en déduire une réelle convergence entre le régime juridique de l'agrément et le critère fonctionnel de l'externalisation administrative qu'il est possible d'étendre à d'autres formes d'habilitation unilatérale employées dans le cadre de la réalisation des compétences matérielles détenues par les personnes publiques¹⁵¹⁹.

Qu'il s'agisse de Jean-Paul Négrin ou de François Sabiani, aucun ne limitait effectivement la prise en compte de l'habilitation unilatérale à celle de l'agrément. Ils décelaient même, l'un comme l'autre, les rouages de l'habilitation au sein même d'actes administratifs différents, et notamment de l'autorisation administrative. Plus récente, la réflexion menée par François

¹⁵¹⁷ BERTRAND Ch., *op. cit.*, p. 67.

¹⁵¹⁸ Aussi Christine Bertrand assurait-elle que si « *l'agrément se caractérise par l'existence d'une collaboration (...) ce critère n'est pas suffisant pour le définir. L'administration est amenée à exercer un contrôle sur la façon dont cette collaboration est mise en oeuvre* » : BERTRAND Ch., *op. cit.*, p. 77. Ainsi l'agrément en droit public devait-il apparaître sur le plan économique et juridique comme un instrument de coopération, et par conséquent comme une forme d'expression de l'externalisation administrative avec laquelle il partage un même critère fonctionnel. S'agissant du second élément, il est également permis d'y déceler aujourd'hui, à la lumière du modèle du contrat-coopération, l'expression de la logique coopérative à travers la structure des obligations qui la caractérise.

¹⁵¹⁹ Sophie Nicinski affirme effectivement que « *tantôt l'habilitation peut consister en une véritable dévolution d'une mission, impliquant un degré d'engagement et de responsabilité de l'opérateur, tantôt l'habilitation se limitera à confier la réalisation d'une prestation sous l'étroite maîtrise de la collectivité publique* » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 512.

Brenet¹⁵²⁰ confirme elle aussi la pertinence d'une telle généralisation au regard du *vade mecum* de la gestion des services publics élaboré par le Conseil d'État à l'occasion de sa décision *Cne d'Aix-en-Provence*¹⁵²¹. La doctrine en relevait en outre déjà l'expression en droit positif qu'il s'agisse de l'agrément¹⁵²² ou de l'autorisation¹⁵²³. Les juges du Palais-Royal eux-mêmes n'avaient pas attendu le XXI^e siècle pour laisser entendre que l'autorisation administrative pourrait être appréhendée comme une habilitation à la réalisation d'une compétence matérielle d'une personne publique¹⁵²⁴. Dès lors, la convergence de l'agrément et des autorisations administratives sur la question de la collaboration confirmait la compatibilité de ces deux instruments juridiques avec le critère fonctionnel de l'externalisation administrative. Cela est en l'occurrence le cas lorsqu'il est question des autorisations d'occupation du domaine public¹⁵²⁵, des autorisations d'exploitation d'une activité économique, ou encore des agréments parfois indispensables à l'exercice d'une telle activité dans un secteur concurrentiel soumis à la régulation par une personne publique¹⁵²⁶.

314. Une expression à travers les formes institutionnelles liées à l'ouverture « régulée » à la concurrence. Contrairement à ce qui a pu être suggéré auparavant à propos de l'ouverture

¹⁵²⁰ BRENET Fr., « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, p. 1435 et s.

¹⁵²¹ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155. Les juges du Palais Royal considéraient en effet que si les collectivités publiques responsables d'un service public « peuvent (...) décider de confier sa gestion à un tiers », elles « peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat » pour y parvenir suggérant donc l'habilitation unilatérale comme un instrument juridique de gestion de la réalisation du service public sans limiter leur constat aux seuls agréments.

¹⁵²² TRICOT B., « L'agrément administratif des institutions privées », *Dalloz*, chron. VII, p. 25 et s., ou encore : GOERGEL J., « L'agrément administratif », *AJDA*, 1962, p. 467 et s.

¹⁵²³ La doctrine employait alors à l'occasion la notion « d'autorisation conditionnée » : voir par exemple : CHENOT B., *Organisation économique de l'État*, Sirey, 2^e éd., 1965, p. 286 et s., ou encore : DE LAUBADÈRE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, tome III, LGDJ, 1966, p. 73 et s. et JOLLY P., *Les entreprises d'intérêt public et l'usage de la permission*, thèse dact., Nancy, 1923, p. 61 et s.

¹⁵²⁴ Voir par exemple : CE, 13 janvier 1933, *Mironneau*. Arrêt à l'occasion duquel Pierre Laroque remarquait que le « service public peut être organisé et fonctionner sous un régime d'autorisation » : CE, 13 janvier 1933, *Mironneau* ; note LAROQUE P., *S*, 1933.III.42.

¹⁵²⁵ Rappelons que la prise en compte par le code général de la propriété des personnes publiques des exigences de rentabilité favorise désormais l'exploitation économique du domaine public notamment par les occupations privatives, lesquelles ne sont possibles qu'une fois obtenue une habilitation déterminée. Il n'est alors pas illogique de les ranger parmi les habilitations unilatérales exprimant une logique coopérative dans la mesure où, d'une part, « nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique » (article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques) et que, d'autre part, cette autorisation concilie l'intérêt général à l'intérêt du particulier et confère à l'un comme à l'autre des obligations dans leur intérêt commun ; la réalisation de la compétence matérielle de gestion de ce bien.

¹⁵²⁶ C'est notamment au travers de sa mission de contrôle de l'accès au marché et de son fonctionnement que la régulation conduit les personnes publiques à recourir au procédé de l'habilitation unilatérale pour associer et encadrer la participation des opérateurs économiques à la satisfaction de l'intérêt général. Qu'il s'agisse du législateur, du pouvoir réglementaire ou du pouvoir de décision individuelle reconnu à toute autorité administrative compétente, l'habilitation apparaît en effet comme un instrument essentiel de cette démarche régulatrice dont la logique repose indéniablement sur l'organisation d'une relation de coopération entre la sphère publique et le marché.

dite « simple » à la concurrence, l'ouverture « régulée » paraît devoir être rattachée au concept d'externalisation administrative dès lors qu'elle suppose un contrôle de la personne publique sur le bon fonctionnement du marché ouvert à la concurrence et traduit finalement une volonté de collaboration de l'administration avec le marché. De même que la multiplication des domaines dans lesquels elle trouve à déployer¹⁵²⁷, la coopération économique étend en effet son influence sur la boîte à outils des autorités administratives et ce, aussi bien dans la forme, les instruments juridiques employés, que sur le fond, la méthode et la logique qui les animent. Ceci étant dit, il s'agit d'explorer une voie jusqu'alors seulement effleurée : celle de la coopération institutionnelle dont l'émergence doit en grande partie sa fortune au développement conséquent et concomitant de la régulation du marché concurrentiel. Certes « *la collaboration contractuelle est assez largement connue, identifiée à l'aide du concept de commande publique* »¹⁵²⁸ bien qu'il faille souligner que la doctrine reste pourtant sourde aux réflexions menées par les économistes et les civilistes sur la traduction juridique de la coopération économique. Certes est-il également admis « *qu'une collaboration économique entre une personne publique et un opérateur économique (...) peut résulter d'une habilitation unilatérale* »¹⁵²⁹ sans pour autant que cette même doctrine ne songe à l'appréhender d'un point de vue global et systémique en lien avec la coopération contractuelle comme si, finalement, il s'agissait de deux réalités distinctes qui ne sauraient être appréhendées conjointement¹⁵³⁰.

Il n'en demeure pas moins qu'une occasion est ici donnée de parfaire l'appréhension par le droit administratif de la coopération économique, et notamment de l'identification de ce qui en constituerait la traduction juridique, à travers l'étude du concept d'externalisation administrative. Dès lors que celui-ci s'impose à l'observateur comme une réalité de la

¹⁵²⁷ Sophie Nicinski ne fait d'ailleurs pas mystère de cette transformation de l'action publique, et précise sans fard que les méthode de collaboration économique entre l'administration et le marché sont désormais transversales et reposent sur un socle commun dans lequel il est possible d'identifier au premier chef « *la séparation des différentes fonctions susceptibles d'être confiées à un opérateur (conception, réalisation, transformation, exploitation et financement d'équipements publics, ou gestion et financement de services* » : NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2016, p. 509.

¹⁵²⁸ NICINSKI S., *op. cit.*, p. 515.

¹⁵²⁹ NICINSKI S., *Ibid.*

¹⁵³⁰ Quelques réflexions sont néanmoins menées dans une autre direction, et ce tout particulièrement du fait des transformations récentes et conséquentes du droit positif, qu'il s'agisse de la loi ou de la jurisprudence. Sophie Nicinski souligne par exemple que le régime juridique de la collaboration économique, au-delà des clivages traditionnels, est encore à un « *état embryonnaire* » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 531 et s. Une démarche que l'on retrouve déjà dans les travaux, limités à la sphère contractuelle, conduits par Laure Marcus (MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, spéc. p. 337 et s.) ou encore ceux, plus généraux, proposés par Philippe Cossalter (COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007).

pratique des personnes publiques qu'il ne peut plus ignorer, il convient d'en tirer tous les enseignements. Or, figure parmi ceux-ci celui d'un champ instrumental particulièrement vaste dépassant la taxinomie traditionnelle des outils de l'action publique. S'il a pu être démontré en effet que l'expression juridique de l'externalisation administrative se retrouvait aussi bien dans l'action contractuelle que dans l'action unilatérale des personnes publiques, il convient de préciser que cette méthode contemporaine animée d'une logique coopérative se manifeste également à la croisée de ces deux modalités d'interventions publiques ; c'est-à-dire sous la forme institutionnelle¹⁵³¹.

Il est alors possible d'envisager une coopération fondée sur un *instrumentum* prenant la forme d'une habilitation unilatérale ou contractuelle, mais qui participerait *in fine* à l'organisation d'une forme institutionnelle à l'instar de l'ouverture « régulée » à la concurrence. Si les développements précédents ont permis en effet d'éclairer et de démontrer le rattachement d'un pan entier des instruments mis à la disposition des autorités administratives par le droit de la commande publique au champ de l'externalisation administrative, il n'a jusqu'alors pas été question d'y intégrer ces formes particulières, bien au contraire. Il convient par conséquent d'y revenir afin d'envisager sous un autre angle, et à propos d'un autre objet, l'hypothèse de l'existence d'une forme juridique institutionnelle d'externalisation administrative. Elle a en outre pu être effleurée auparavant lors de l'examen des procédés concessifs, ou encore plus nettement de celui des habilitations unilatérales qui participent irrémédiablement de cette expression dans la mesure où chacun des ces outils contribue à l'organisation en droit d'une relation institutionnelle de coopération entre une personne publique et une autre personne distincte, une relation fondée sur la notion d'obligation dont la source est : soit un contrat, soit un acte unilatéral, soit la loi¹⁵³². Évidente, s'agissant de ces derniers dès lors que l'obligation est explicitement employée pour instaurer un rapport de coopération, l'affiliation des formes institutionnelles d'ouverture « régulée » à la concurrence à l'externalisation administrative peut être envisagée en toute logique et sans difficulté tant elle emprunte les mêmes voies juridiques. Enracinée dans la posture de l'État régulateur, cette manifestation contemporaine de l'interventionnisme public rend finalement compte des incidences de « *l'instauration d'une économie ouverte (qui) le prive de ses moyens d'action classiques et lui interdit toute possibilité de définition d'un projet volontariste de*

¹⁵³¹ Il est d'ailleurs admis que « *le fondement de la collaboration n'est pas nécessairement contractuel et peut être institutionnel* » : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 511.

¹⁵³² Ou encore la faute dès lors qu'elle crée une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle, mais ce n'est pas ici le sens de notre propos.

développement »¹⁵³³ par l'emploi d'une méthode directe¹⁵³⁴. Préférant désormais l'incitation et la coopération au commandement et à la contrainte, les autorités administratives encadrent et orientent plus qu'elles ne dirigent le bon déroulement des activités économiques notamment dans le cadre de la régulation sectorielle.

C'est justement à travers l'étude de cette dernière qu'il est aujourd'hui possible de déceler dans la régulation une forme d'expression juridique de l'externalisation administrative, et plus particulièrement lorsque « *la régulation correspondrait à un moyen dynamique de passage sectoriel d'un système monopolistique à un système concurrentiel* »¹⁵³⁵. C'est alors bien par l'étude des formes institutionnelles d'ouverture « régulée » à la concurrence qu'il est possible de dresser des ponts entre la régulation et l'externalisation administrative lorsqu'il s'agit d'assurer et d'accompagner « *la construction de secteurs dans lesquels la concurrence pénètre et qu'elle ne gouverne pas seule* »¹⁵³⁶ ; autrement dit, entre la régulation sectorielle et l'externalisation administrative sans pour autant évidemment prôner leur assimilation ou leur confusion. L'exigence d'une telle régulation de secteurs économiques autrefois monopolistiques renvoie d'ailleurs à la nécessaire conciliation entre l'intérêt concurrentiel des opérateurs économiques et l'intérêt attaché à la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques. Bien qu'il ne soit pas question de tâcher de convaincre de la nécessité de traiter indistinctement l'externalisation administrative et la régulation sectorielle, il est tout autant irrémédiable de constater des convergences certaines entre ce concept émergent et une notion consacrée par le droit positif. En premier lieu, parce qu'elles recouvrent toutes deux une méthode, inspirée de la coopération économique, par laquelle les autorités administratives parviennent à associer des opérateurs à la réalisation de leurs compétences matérielles. La régulation sectorielle poursuit donc de la sorte une finalité proche de celle de l'externalisation lorsqu'elle leur impose justement la prise en charge d'activités et d'intérêts qui relèvent de la responsabilité initiale des autorités administratives compétentes¹⁵³⁷.

¹⁵³³ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 2003, p. 55.

¹⁵³⁴ L'auteur ajoute effectivement que « *la logique concurrentielle qui commande le fonctionnement des activités productives pousse au démantèlement d'un secteur public dont la justification ne relève plus de l'évidence* » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

¹⁵³⁵ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 651.

¹⁵³⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 15.

¹⁵³⁷ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux rappellent effectivement que l'une des finalités de la régulation sectorielle consiste, pour les autorités publiques compétentes à « *imposer aux entreprises d'un secteur d'activité donné la prise en considération de finalités non économiques, dans un contexte de transition entre monopole et concurrence* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 445. Ils soulignent en outre que « *la détermination de*

En second lieu, parce que les modalités d'organisation et de mise en œuvre de la régulation sectorielle et de l'externalisation administrative présentent indéniablement une certaine similitude autant du point de vue du critère fonctionnel de la seconde que de son critère matériel. C'est bien en effet au moyen de l'obligation que les personnes publiques compétentes habilitent les opérateurs économiques à exercer de telles activités dans les conditions qu'elles ont préalablement retenues afin d'assurer la continuité de la satisfaction de l'intérêt général après la disparition de l'opérateur public auparavant monopolistique. En outre, il ne s'agit pas simplement d'imposer à ces opérateurs des obligations inhérentes aux exigences particulières de l'intérêt général, mais également d'assurer un mécanisme particulier de compensation de ces charges qui leur permette de satisfaire également leur intérêt particulier¹⁵³⁸ à l'instar de la répartition des risques caractéristiques du procédé concessif. Il s'agit là en l'occurrence d'un des points cardinaux de la régulation sectorielle lié au financement des obligations de service public, ou plus largement d'intérêt général. Celui-ci consiste parfois en une compensation par le versement d'une subvention¹⁵³⁹ qui la rapprocherait d'une logique d'achat si elle n'était pas assumée par les opérateurs concurrents en due proportion des coûts induits par les activités imposées¹⁵⁴⁰. Il est également organisé parfois à partir de l'attribution de « *certaines droits exclusifs ou spéciaux sur tout ou partie d'un marché (...) de façon à générer des bénéfices suffisants pour compenser les charges qui lui sont imposées par ailleurs* »¹⁵⁴¹. Dans un cas comme dans l'autre, c'est *in fine* toujours la mise en œuvre d'une méthode coopérative qui transparaît alors de la régulation sectorielle. Un financement fondé sur le partage des risques et lié à une habilitation à exercer une activité

la nature et de la teneur des externalités qui doivent être imposées aux entreprises intervenant dans un secteur d'activité donné relève du pouvoir normatif classique » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 446.

¹⁵³⁸ La doctrine s'accorde en l'occurrence sur le fait que « *l'ouverture à la concurrence d'un secteur d'activité dans le respect des obligations d'intérêt général imposées en vertu des choix politiques du moment est donc affaire de dosage subtil entre égalité formelle de traitement des opérateurs concurrents et discrimination compensatoire liée à la prise en considération des charges et avantages de l'opérateur historique – ce que l'on désigne généralement par l'expression « régulation asymétrique »* » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *op. cit.*, p. 447.

¹⁵³⁹ Ce qui est, par exemple, le cas s'agissant de l'organisation par le législateur français d'un financement de la réalisation du service universel postal par l'instauration d'un « *fonds de compensation du service universel postal (...) (qui) assure le financement des coûts nets liés aux obligations de service universel* » selon l'article L. 2-2 du code des postes et des communications électroniques.

¹⁵⁴⁰ Soulignons effectivement qu'en matière postale, le fonds de péréquation précédemment évoqué est alimenté par les contributions des opérateurs concurrents autorisés à intervenir sur ce secteur d'activités sans avoir à remplir les obligations liées au service universel. Il est en outre précisé que « *la contribution de chaque prestataire au fonds est calculée au pro rata du nombre d'envois postaux qu'il achemine* (l'opérateur en charge du service universel) *dans le champ du service universel* » : article L. 2-2 du code des postes et des télécommunications.

¹⁵⁴¹ COLSON J.-Ph., *op. cit.*, p. 453.

d'intérêt général qui contribue d'ailleurs à part entière, selon le droit positif et notamment celui de l'Union européenne¹⁵⁴², à l'organisation de la régulation sectorielle qui peut dès lors être considérée comme une forme institutionnelle d'externalisation administrative. Et ce d'autant plus qu'elle recouvre des cas de figure déjà évoqués comme des exemples typiques d'externalisation administrative. Ainsi l'identification de cette forme d'expression juridique institutionnelle de l'externalisation est-elle finalement bien plus simple qu'elle ne semblait l'être avant que la question ne soit évoquée. Qu'il s'agisse des cas dans lesquels une mission d'intérêt général est confiée par contrat à un opérateur économique en contrepartie de compensations qui lui permettent d'exploiter ces activités dans un marché concurrentiel, ou bien des situations dans lesquelles l'accès à une activité économique est soumise à une autorisation ou un agrément par l'intermédiaire duquel il est imposé aux opérateurs d'assurer la réalisation de certaines compétences matérielles des personnes publiques¹⁵⁴³ en contrepartie du droit d'en retirer les bénéfices.

Conclusion de section. L'appréhension de l'expression juridique de l'externalisation administrative en arrière-plan des situations d'ouvertures « régulées » à la concurrence de secteurs d'activité économique achève de dresser une vision d'ensemble harmonieuse du champ de ses instruments plutôt que d'une manifestation de plus qui prendrait place dans un maelstrom indéterminé. Déduit dans un premier temps de son essence coopérative, de son inspiration stratégique et de son irrigation par les préceptes du *New Public Management*, l'objet de l'externalisation administrative incite en effet à appréhender son champ instrumental de manière transversale au-delà des clivages instaurés par la typologie des actes administratifs et des différents pans de l'action administrative. Il engage en effet à cet égard à la présenter comme une modalité coopérative de réalisation de la compétence matérielle des autorités administratives par une personne distincte s'exprimant de diverses façons. Mais plus qu'une simple déduction, ce déploiement transversal de l'externalisation parmi les instruments juridiques de l'action administrative du fait de cet objet se révèle être une réalité bien ancrée dans le droit positif. Il est en l'occurrence possible de relever, essentiellement à partir de ses critères organique et fonctionnel, que nombre d'instruments de la « boîte à

¹⁵⁴² Ainsi l'article 106 § 2 du TFUE dispose-t-il, après avoir proscrit de la part des autorités publiques toute « mesure contraire aux règles des traités », que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général (...) sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

¹⁵⁴³ Voir pour quelques illustrations : la régulation sectorielle de la réalisation du service universel des communications électroniques (articles L. 35-2 et L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques), celle du secteur de l'énergie ou celle encore en gestation du transport ferroviaire.

outils » mise à la disposition des personnes publiques par le droit sont désormais utilisés au service de la mise en œuvre de ce mode de gestion des ressources issu du monde de l'entreprise. Certes en est-il pour lesquels il n'est pas permis de s'y résoudre dans la mesure où ni la présence de deux personnes juridiques distinctes, ni l'existence d'une norme d'habilitation dérivée au profit d'une personne juridique à participer à la réalisation d'une compétence matérielle conservée par une autorité administrative ne peut être observée. Il en est toutefois qui semblent au contraire parfaitement s'y conformer au point qu'il convienne de les intégrer au champ de l'externalisation administrative qu'il soit alors de nature unilatérale ou contractuelle, voire même institutionnel. Un champ qui recouvre par conséquent l'ensemble des instruments juridiques instaurés par le droit positif dont l'objet est d'organiser la réalisation de la compétence matérielle d'une autorité administrative par une personne juridique distincte et qui s'exprime par une habilitation, quelle qu'en soit la forme, par laquelle la seconde peut participer à l'action administrative alors que la première conserve sa compétence et contrôle le bon accomplissement des exigences de l'intérêt général dont elle assure, en principe à titre exclusif, la satisfaction.

Conclusion de Chapitre

Il est désormais possible de dresser concrètement les traits saillants du portrait de l'externalisation administrative jusqu'à en identifier les manifestations les plus concrètes et opérationnelles en droit positif. Certes, l'argumentation proposée démontre-t-elle qu'il n'existe pas d'instruments juridiques nouveaux dédiés exclusivement à l'expression de ce concept élaboré au cours de la partie précédente afin notamment d'éclairer et de faciliter la compréhension des mutations contemporaines de l'action administrative. Mais est-ce seulement souhaitable alors que les personnes publiques disposent déjà d'une palette d'outils large, au point même qu'il soit aujourd'hui nécessaire de la simplifier¹⁵⁴⁴ ? Dès lors il convient davantage d'admettre que, sans tirer excessivement les instruments juridiques traditionnels de l'action administrative au-delà des domaines pour lesquels ils ont été initialement conçus et ce au risque de les dénaturer profondément, la détermination d'un champ harmonieux de l'externalisation administrative participe de la prise de conscience

¹⁵⁴⁴ Une simplification vers laquelle tendent indéniablement les directives marchés et concessions du 26 février 2014 ainsi que les ordonnances du 23 juillet 2015 sur les marchés et du 29 janvier 2016 sur les concessions. Soulignons d'ailleurs que la transposition par ordonnances des directives en question repose sur la loi d'habilitation n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

qu'un outil, et encore plus lorsqu'il émerge de l'esprit humain, évolue au gré de l'utilisation qui en est faite. De la même façon qu'un médicament peut voir son utilité modifiée par son emploi¹⁵⁴⁵, la concession, l'autorisation administrative, ou d'autres instruments peuvent également être considérés désormais comme une forme d'expression juridique de l'externalisation administrative sans perdre leur nature, mais simplement par la prise de conscience d'une finalité renouvelée attachée à leur mise en œuvre. Il s'agit donc d'admettre une telle évolution, non pas des instruments juridiques à la disposition des personnes publiques, mais plutôt de la méthode qui guide leur emploi dans le cadre de l'action administrative et que le concept proposé permet de mettre en lumière.

C'est en l'occurrence une méthode coopérative de réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques que révèle la confirmation de l'ancrage de l'externalisation administrative dans le droit positif. Il convient d'ailleurs de souligner que cette méthode pouvait déjà être appréhendée à travers les réflexions et travaux menés à partir des années 2000 sur la notion de partenariat. Bien que cette dernière ait été finalement associée à un instrument juridique en particulier, le contrat de partenariat devenu marché de partenariat, elle conservait néanmoins une dimension plus large recouvrant d'autres instruments traditionnels tels que la concession, le marché public, ou encore l'association des uns et des autres dans des montages contractuels complexes destinés à organiser une relation économique particulière¹⁵⁴⁶. Elle ne permettait pas toutefois de pousser jusqu'à son terme la traduction en droit administratif d'une logique consacrée par les économistes et les civilistes : la coopération¹⁵⁴⁷. Or, le concept d'externalisation administrative, dont l'essence est principalement coopérative, invite à s'atteler à cette tâche de transposition d'une méthode jusqu'alors peu étudiée, et donc à rechercher l'élément qui en permet l'expression.

¹⁵⁴⁵ Ainsi par exemple « la médiation » a-t-il pu être un temps utilisé comme un coupe-faim alors même qu'il avait initialement été conçu comme un antidiabétique.

¹⁵⁴⁶ Rappelons par exemple l'affirmation d'Étienne Muller pour qui « l'analyse microéconomique permet de mettre en lumière un second aspect fondamental de la notion de partenariat public-privé, qui est de constituer un type spécifique d'échanges économiques entre les personnes publiques (...) et des opérateurs économiques, généralement issus du secteur privé » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 359. Et d'ajouter que la notion de partenariat invite la doctrine à prendre conscience de l'émergence « de ce que les économistes appellent des « formes hybrides de gouvernance » ; en d'autres termes de la coopération économique.

¹⁵⁴⁷ Le travail présenté par Étienne Muller constitue sur ce point l'expression la plus avancée de la pensée doctrinale relative à la traduction de la coopération économique en droit administratif. Délaissant les réflexions menées en la matière par les civilistes sur le contrat-coopération, il ne permet pas de prendre la réelle mesure de son identité probable dans la sphère administrative. Il démontre d'ailleurs l'existence d'une divergence entre l'externalisation et le partenariat sur cette question pour finalement suggérer l'élaboration d'un régime juridique commun aux instruments du partenariat public-privé circonscrit aux instruments contractuels : cf. MULLER É., *op. cit.*, p. 420 et s.

Auparavant négligée par la doctrine, l'habilitation s'impose en l'occurrence à travers ce prisme nouveau comme un élément essentiel lorsqu'il est présent dans un acte administratif quel qu'il soit. Critère fonctionnel déterminant du concept d'externalisation administrative, il autorise alors à distinguer parmi les instruments juridiques traditionnels ceux qui relèvent d'une logique d'échange ou d'auto-prestation et ceux qui traduisent une logique de coopération. Par là, il autorise également à réunir ceux qui partagent cette même logique coopérative dans la mesure où l'habilitation dérivée consiste à assurer non pas le transfert d'une compétence mais bien « *l'attribution d'une mission publique* »¹⁵⁴⁸ à une personne distincte de l'autorité administrative compétente. Elle constitue alors une prestation instrumentale utile à l'accomplissement d'une prestation finale portant sur la réalisation par un tiers d'une compétence matérielle dévoilant ainsi l'aboutissement juridique d'une méthode animée d'une logique de coopération. Une concrétisation qu'il convient alors de confirmer à l'aune du critère matériel de l'externalisation administrative : une structure obligationnelle inspirée du modèle du contrat contrat-coopération.

Conclusion de Titre

Alors que Jacques Caillosse soulignait à l'aube des années 1990 que la modernisation administrative participait aux « *grandes manœuvres (qui) se déroulent pour la recomposition du paysage juridique* »¹⁵⁴⁹, il convient de préciser le sens de ces manœuvres à l'aune de l'émergence du concept d'externalisation administrative. Il est notamment possible de déceler à travers le mouvement antagoniste de repliement et de déploiement de celui-ci dans la réalisation de la compétence des personnes publiques, l'adoption d'une nouvelle méthode employée par ces dernières pour la satisfaction de l'intérêt général : la coopération. Largement inspirée de la logique économique correspondante, cette méthode révèle en effet le tropisme contemporain de l'organisation de la sphère publique consistant à emprunter ses outils au monde de l'entreprise et du management stratégique. Pourvoyeur de la décentralisation ou de l'évaluation au nom d'une amélioration de l'efficacité de l'action administrative, le courant du *New Public Management* emporte désormais avec lui un nouvel

¹⁵⁴⁸ MULLER É., *op. cit.*, p. 421. Une caractéristique fonctionnelle de l'habilitation que les réflexions menées par Étienne Muller à propos des partenariats public-privé permettent de révéler et invitent à approfondir dans le cadre plus général de l'externalisation administrative dont les partenariats ne constituent, selon lui, qu'une forme d'expression. Il précise en effet que, « *dans la mesure où le « partenaire » de la personne publique est, par définition, une personne distincte de celle-ci, un acte d'habilitation est toujours nécessaire* ».

¹⁵⁴⁹ CAILLOSSE J., « La modernisation de l'État. Variations sur le modèle juridique d'administration », *AJDA*, 1991, p. 760.

instrument de gestion des ressources sur les rives du droit administratif. Un instrument fondé sur cette méthode jusque-là peu employée, ou du moins pas explicitement ni pleinement par les personnes publiques : la coopération en-dehors et avec le marché. Déjà effleurée par les réflexions suscitées par la consécration en droit positif de la notion de partenariat, celle-ci semble être parfaitement intégrée par le concept émergeant d'externalisation administrative dont l'essence coopérative ne fait pas de doute. Une nouvelle méthode d'autant plus pertinente aujourd'hui que cette dernière prend désormais place dans une économie de marché de plus en plus ouverte à la concurrence, et alors que le respect de la concurrence est appréhendé comme une composant de l'intérêt général¹⁵⁵⁰. Aussi est-il temps, alors qu'« *un changement de topographie juridique n'est jamais une affaire innocente* »¹⁵⁵¹ mais plutôt un constat dont il convient de se saisir, d'appréhender la coopération pour ce qu'elle est désormais en droit administratif ; autrement dit, à travers l'étude du déploiement de l'externalisation administrative et de ses conséquences sur l'appréhension des instruments juridiques à la disposition des personnes publiques autant d'un point de vue externe, par le réajustement de leur finalité, que d'un point de vue interne, par le réarrangement des obligations qui les composent.

Le concept d'externalisation administrative ne peut en effet être appréhendé exclusivement comme un outil stratégique de gestion des ressources que les personnes publiques auraient adopté dans un souci d'amélioration de leur performance, et incidemment de leur légitimité. Le double mouvement précédemment évoqué de repliement face aux compétences normatives et de déploiement pour la réalisation des compétences matérielles exprime d'ailleurs la convergence de la tendance générale de l'intervention des autorités administratives et de la finalité stratégique de l'externalisation destinée à faciliter le recentrement des organisations qui y recourent sur leur « cœur de métier ». Confiant sous leur contrôle la seconde à des opérateurs économiques, les personnes publiques s'emploient alors davantage à l'exercice de leurs pouvoirs normatifs de maintien de l'ordre public et d'encadrement des comportements. Sans remettre en cause l'existence des instruments juridiques classiques à la disposition des personnes publiques pour la mise en œuvre de leurs compétences matérielles, la prise en compte du concept d'externalisation administrative permet au contraire d'en éclairer

¹⁵⁵⁰ Guylain Clamour affirmait en effet que « voir en la concurrence une exigence d'intérêt général renouvelle considérablement les analyses sur la place et le rôle du droit public en économie de marché » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 44, entraînant par conséquent des questionnements sur les méthodes et les modalités de l'intervention des personnes publiques en économie de marché.

¹⁵⁵¹ CAILLOSSE J., « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 99.

l'utilisation renouvelée à l'aune de l'adoption de cette méthode inspirée par la logique de coopération. Car l'émergence d'un concept nouveau ne répond pas uniquement à la soif créative d'une doctrine avide d'abstraction, elle exprime par le biais des instruments qu'il recouvre une transformation idéologique et finaliste¹⁵⁵² qu'il convient de mesurer et d'intégrer au système juridique en présence. Elle n'engage toutefois pas à une recomposition totale mais plutôt à une adaptation progressive parfois sous l'influence de transformations extérieures¹⁵⁵³. Ainsi le concept d'externalisation administrative ne correspond-il pas à l'identique à la notion d'externalisation propre à la stratégie d'entreprise comme en témoigne par exemple son objet singulier, la réalisation de la compétence d'une personne publique, ou encore son périmètre, circonscrit en principe à la réalisation de la compétence matérielle. Il s'avère en outre que son déploiement limité se manifeste à travers l'emploi des outils existants compatibles avec la traduction juridique de cette logique et non par l'apparition ou la consécration d'instruments nouveaux. La détermination de son champ d'application particulier, ainsi que l'identification de ses manifestations en droit positif révèlent finalement que le concept d'externalisation administrative désigne une nouvelle méthode d'action inspirée par une logique économique de coopération dont la traduction juridique précise les éléments caractéristiques à travers un objet singulier et trois critères distinctifs : organique, fonctionnel et matériel.

Alors que par son objet singulier, la réalisation d'une compétence matérielle d'une personne publique par une personne distincte, l'externalisation administrative recouvre un champ d'application excluant par principe la réalisation d'une compétence normative, ses critères organique et fonctionnel favorisent pour leur part la détermination de son champ instrumental parmi la « boîte à outils » mise à la disposition des autorités administratives par le droit positif. Ainsi permettent-ils respectivement d'en exclure les pratiques telles que la décentralisation ou encore l'auto-prestation aussi bien que les instruments tels que le marché public ou la privatisation. Ils conduisent concomitamment à y intégrer aussi bien des actes administratifs contractuels qu'unilatéraux, ou encore des pratiques liées à la régulation. À l'issue de la détermination d'une typologie des instruments de l'externalisation administrative, il apparaît au premier abord une impression frappante d'hétérogénéité

¹⁵⁵² Jacques Chevallier soulignait d'ailleurs à ce propos que « *les concepts juridiques sont, par essence même, chargés, pétris, d'idéologie : par-delà leur fonction instrumentale, ils véhiculent nécessairement un ensemble de représentations établissant le bien fondé de l'ordre social et politique* » : CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'intérêt général*, vol. 2, PUF, 1979, p. 3.

¹⁵⁵³ Ainsi Roger Latournerie ne manquait pas de rappeler que « *le droit administratif ne s'est pas posé en s'opposant mais en proposant des fins particulières et en y adaptant les notions qu'il recevait d'ailleurs* » : LATOURNERIE R., « L'humanisme juridique et l'acte de volonté », *RDP*, 1948, p. 146.

dépasant les clivages classiquement instaurés par le droit positif entre les actes administratifs et au sein même de catégories spécifiques. La confrontation de l'état actuel du droit positif avec l'objet et les critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative engage effectivement à retenir, en tant qu'expression juridique de ce concept émergeant, à la fois les contrats de concession, les marchés de partenariat, les autorisations administratives (d'occupation du domaine public ou d'exercice d'une activité économique), les agréments ainsi que les diverses formes d'association au service public. Des pratiques et instruments qu'il est toutefois possible d'harmoniser à l'aune de ces éléments caractéristiques de l'externalisation administrative. Une harmonisation qu'il est par ailleurs possible de poursuivre et d'approfondir encore davantage par l'emploi et l'analyse de son critère matériel : le recours à l'obligation. Ainsi par exemple, alors qu'un courant doctrinal suggère de distinguer nettement l'externalisation de l'association au service public, la démonstration précédemment menée invite à dépasser cette barrière en s'appuyant à la fois sur leur objet similaire et leur compatibilité sur le plan des critères organique et fonctionnel de l'externalisation administrative. Un autre argument conforte également cette position : celui du critère matériel. Il est effectivement admis que l'association au service public repose fondamentalement sur la détermination d'obligations de service public imposant au partenaire de l'administration un comportement qu'il n'aurait pas adopté de lui-même¹⁵⁵⁴. Une charge par ailleurs compensée, en amont, par une habilitation à participer à l'accomplissement d'une activité d'intérêt général et, en aval, par des moyens accordés par la personne publique compétente. À travers ce rapprochement avec l'externalisation, il apparaît nettement que celle-ci conduit nécessairement à approfondir l'examen du contenu obligationnel de ses instruments juridiques précédemment découverts et, au-delà, des implications qu'il pourrait avoir sur le droit administratif en général, lequel a longtemps été rétif, si ce n'est opposé, à l'élaboration d'une théorie générale des obligations. Plus qu'une question de moyens, c'est finalement une question de méthode qui permet au mieux de rendre compte du déploiement juridique de l'externalisation en droit administratif. Une méthode coopérative désormais adoptée par les personnes publiques et qui s'exprime tout particulièrement, à la lumière du modèle civiliste du contrat-coopération, à travers la notion d'obligation.

¹⁵⁵⁴ Étienne Muller affirme en effet que l'association d'un opérateur économique privé au service public relève « de la soumission d'activités privées à des obligations de service public » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 339. Et d'ajouter que dans cette hypothèse d'association « la puissance publique définit (...) un certain nombre de missions de service public qu'elle soumet à des obligations précises, puis organise plusieurs degrés de collaboration à ces missions des opérateurs intervenant sur le secteur », ne cachant donc pas la communauté d'objets avec l'externalisation administrative, ni la compatibilité de cette modalité d'organisation des activités d'intérêt général avec son critère matériel reposant sur la notion d'obligation.

Titre 2 : L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative

*« Il n'y a peut-être pas de plus beau mot
dans le langage juridique que celui d'obligation,
c'est-à-dire un mot qui implique l'existence
d'un lien entre deux ou plusieurs personnes »*

DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, T. 44, 2000, p. 43.

315. Une instrumentalisation au service de la réalisation de la compétence. Comme le suggérait Roland Drago, la notion d'obligation constitue le maillon élémentaire de tout système juridique en ce qu'elle s'impose comme le ciment des relations entretenues par chaque sujet de droit. Hans Kelsen démontrait qu'elle était aussi, au-delà même des relations interindividuelles, un fondement essentiel de la théorie juridique dans la mesure où elle constitue la pièce maîtresse de l'organisation des conduites humaines dans un système où chaque norme tire sa validité de la norme supérieure et ce, en cascade, jusqu'à l'obligation qui en constitue le plus petit dénominateur, l'unité de base¹⁵⁵⁵ ; c'est dire que « *l'obligation n'est pas quelque chose de différent de la norme, l'obligation est la norme dans sa relation avec le sujet dont le comportement est commandé* »¹⁵⁵⁶ en vue d'une finalité déterminée. Qu'il s'agisse alors d'une attitude consentie à l'égard d'un tiers en contrepartie d'un bénéfice attendu, ou même d'une conduite imposée par une autorité investie de la puissance publique, l'obligation est un élément indispensable à la vie juridique tout comme la cellule est un élément indissociable du vivant au point qu'il soit difficilement concevable qu'elle n'ait « *pu pénétrer le droit public* »¹⁵⁵⁷ malgré les efforts longtemps déployés pour l'en écarter, ou du moins en donner l'impression¹⁵⁵⁸. Le changement de focale envisagé dans l'étude du concept d'externalisation administrative – de la réalisation de la compétence matérielle par un tiers à

¹⁵⁵⁵ Ainsi Hans Kelsen démontrait-il par exemple que « *dire qu'une norme commande un certain comportement équivaut à dire qu'une norme oblige à un certain comportement* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 175.

¹⁵⁵⁶ KELSEN H., *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ Roland Drago ne manquait pas de souligner que « *la notion d'obligation occupe une telle place dans le tréfonds de la théorie juridique qu'on voit mal comment elle n'aurait pu pénétrer le droit public* » : DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, T. 44, 2000, p. 44.

¹⁵⁵⁸ Rappelons d'ores et déjà que, mises à part les contributions apportées par Joseph Barthélemy à l'aube du XX^e siècle dans le cadre de la Revue de droit public qui affleuraient sensiblement ce sujet et sur lesquelles nous reviendrons, c'est à Marcel Waline que l'on doit aujourd'hui reconnaître une certaine paternité au mouvement doctrinal ayant poussé dans le sens d'une « *transposition de la théorie générale des obligations en droit administratif* » alors qu'elle n'avait jusqu'à lui « *fait l'objet d'aucune étude d'ensemble* » : WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1950, p. 612.

l'instrumentalisation de l'obligation au service de cette finalité – constitue donc une étape logique du raisonnement mené jusque-là à propos de la mise en œuvre de ce concept issu du monde de l'entreprise. Car si la compétence se situe en amont à l'origine de tout processus d'externalisation engagé par une personne publique avec pour objet la réalisation de sa compétence matérielle, l'obligation s'impose en aval en ce qu'elle constitue le vecteur juridique employé pour y parvenir.

Le point de bascule de l'une à l'autre se situe plus précisément au niveau de l'analyse de l'habilitation autour de laquelle se cristallise toute relation d'externalisation en droit administratif, et ce, quel qu'en soit l'*instrumentum*. Élément cardinal de son critère fonctionnel, elle se trouve au cœur de son critère matériel selon lequel toute relation d'externalisation administrative présente un agencement singulier d'obligations complémentaires destiné à organiser et à assurer la pérennité de la coopération recherchée. Ainsi l'habilitation constitue-t-elle un pont entre le fonctionnel et le matériel ; c'est-à-dire entre la fonction d'habilitation essentielle à l'expression juridique de l'externalisation en droit administratif et sa traduction matérielle à travers l'obligation. En effet, d'un côté l'autorité administrative s'oblige à exécuter une prestation instrumentale consistant à investir¹⁵⁵⁹ une personne juridique distincte afin qu'elle puisse participer à la réalisation d'une de ses compétences matérielles. De l'autre, cette dernière s'oblige à accomplir une prestation finale au service de l'intérêt général¹⁵⁶⁰. Auparavant considérée comme un instrument de garantie de sa satisfaction lorsqu'elle était prise en charge par une personne privée¹⁵⁶¹, l'habilitation exprimerait désormais, à la lumière du concept d'externalisation administrative et du modèle civiliste du contrat-coopération, une posture dynamique des personnes publiques liée à l'adoption d'un mode coopératif de réalisation de leurs compétences matérielles. Une posture à laquelle il convient par conséquent d'associer une fonction normative singulière dans la

¹⁵⁵⁹ Salim Ziani rappelle en effet que l'habilitation dérivée par laquelle une personne publique autorise une autre personne juridique à intervenir dans la réalisation de sa compétence peut être envisagée comme « *un moyen d'investiture (...) par le biais d'un acte, qu'il soit un contrat, une autorisation ou permission accompagnée d'obligations de service public* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 75 et 100.

¹⁵⁶⁰ Ajoutons qu'il a été démontré que l'hétérogénéité apparente de son champ d'application cède la place à une remarquable homogénéité du fait de la convergence de chacun des instruments employés avec l'objet, les critères organique et fonctionnel de ce concept, du fait justement de l'existence d'une norme d'habilitation dont les développements de la première partie ont pu apporter la preuve de son importance.

¹⁵⁶¹ Soit qu'elle permette « *d'éviter l'intervention intempestive des personnes privées dans l'action administrative et de s'assurer que cette intervention est conforme à l'intérêt général* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 50 ; soit qu'elle s'impose « *comme l'instrument du contrôle public de l'intervention privée* » : SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4.

mesure où l'habilitation indispensable à la mise en œuvre de cette méthode s'exprime par une instrumentalisation des obligations au service de la réalisation des compétences.

Il convient donc de s'arrêter à présent sur l'étude du critère matériel de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire sur l'examen du contenu obligationnel qui le singularise et qui s'inscrit dans le prolongement du modèle du contrat-coopération proposée par Suzanne Lequette. Caractéristique de la prise en compte de la logique coopérative par le droit, ce modèle civiliste renseigne le droit administratif sur la façon dont il pourrait en tenir compte alors même que ce concept incite justement à se pencher sur cette question. Il s'agit par conséquent de s'en inspirer afin de déterminer la fonction normative singulière que le concept d'externalisation administrative confère à l'obligation dans chaque acte juridique qui en sert l'expression. Émerge alors une nouvelle appréciation de la notion d'obligation en droit administratif qui pourrait finalement contribuer à l'approfondissement de la démarche engagée par Marcel Waline en faveur de l'élaboration d'une extension « *de la théorie générale des obligations en droit administratif* »¹⁵⁶². Aussi convient-il de poursuivre la démonstration menée auparavant selon laquelle l'homogénéité des instruments de l'externalisation administrative réside notamment dans l'importance accordée à la notion d'obligation et à son instrumentalisation dictée par la logique coopérative qui l'anime et l'habilitation qui en permet l'expression. Ainsi faut-il souligner l'instrumentalisation évidente de l'obligation qui en découle dès lors que sa fonction n'exprime plus ce qui était jusqu'alors entendu comme son attribution principale désignant de manière restrictive les obligations à la charge des autorités administratives à l'égard des administrés¹⁵⁶³ ou du devoir qu'elles leur imposaient. L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative en tant que norme d'habilitation exprime donc un tropisme ancien et récurrent de la doctrine publiciste, mais resté pour autant le plus souvent marginal : la volonté de développer dans une

¹⁵⁶² WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1950, p. 612, et plus généralement : WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1950, p. 555 et s.

¹⁵⁶³ Évoquons tout simplement l'une des premières références doctrinales à la notion d'obligation à mettre au crédit de Joseph Barthélemy qui développait alors une nouvelle vision du droit administratif fidèle à celle élaborée par Rodolphe Dareste. Il suggérait en effet de l'envisager « *comme l'organisation des droits et des obligations de l'État* » ; en d'autres de termes de réduire la fonction et la signification de la notion d'obligation aux seuls créances détenues par les particuliers à l'encontre de l'administration : leurs droits publics subjectifs : BARTHÉLEMY J., « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 506. C'est en outre cette acception restreinte de la notion d'obligation en droit administratif qu'il proposait d'approfondir par l'étude dans les moindres détails de l'obligation de faire ou de ne pas faire à la charge des personnes publiques. Une acception restreinte que rappelait également Benoît Plessix et qu'il remplaçait néanmoins dans une perspective objectiviste assurant que l'obligation en droit administratif pose essentiellement le problème de son « *extinction, c'est-à-dire le paiement des prestations attendues* » dans le cadre d'un lien de droit instauré entre une personne publique et un tiers : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 292.

certaine mesure une théorie générale des obligations en droit administratif qui serait une émanation singulière de la théorie générale conçue et enrichie en droit civil. Le déploiement de l'externalisation parmi les modalités et les outils traditionnels de l'action administrative renvoie en l'occurrence au constat de la nécessité de poursuivre une telle réflexion. Car si elle s'exprime juridiquement à travers le recours à des instruments déjà éprouvés, il n'en demeure pas moins que son essence coopérative conduit à l'identification d'un critère matériel singulier inhérent à la notion d'obligation.

316. Une instrumentalisation dévoilant un rapprochement des conceptions de l'obligation. Il

est important de préciser que le concept d'externalisation administrative ainsi observé invite à procéder à un rapprochement utile de la conception de l'obligation traditionnellement retenue par la doctrine administrativiste avec la conception progressivement élaborée par la doctrine civiliste. Ainsi une telle instrumentalisation de l'obligation révèle-t-elle la possibilité d'un renouvellement de cette conception. La démarche entreprise appelle donc à s'ouvrir aux enrichissements apportés par les travaux civilistes dont il serait contreproductif de se passer. À l'instar de la conceptualisation de l'externalisation administrative, l'appréhension de la rénovation de la fonction normative de la notion d'obligation en droit administratif qu'elle implique ne peut pas s'en priver. D'une part, parce que ce concept repose en partie sur un critère matériel largement inspiré des travaux de Suzanne Lequette sur le développement du modèle du contrat-coopération. D'autre part, car la décennie passée a fait apparaître une doctrine civiliste loin d'être sclérosée en la matière comme le démontre l'effervescence causée par la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁵⁶⁴, mais aussi et surtout la réflexion conduite à partir de la retentissante contribution apportée au débat par Pascal Ancel au crépuscule des années 1990¹⁵⁶⁵ jusqu'au travail déterminant mené par Grégoire Forest dans son *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*¹⁵⁶⁶. Alimentée par les transformations du droit positif et par la théorie du droit, cette impulsion doctrinale invite désormais à dépasser la conception civiliste classique de l'obligation appréhendée jusque-là essentiellement du point

¹⁵⁶⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

¹⁵⁶⁵ Il devait en effet bousculer le cadre doctrinal jusqu'alors partagé en droit civil en proposant une « distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 810.

¹⁵⁶⁶ Alors que le premier réengageait les auteurs à envisager « que la force obligatoire résulte de la création par le contrat d'une nouvelle norme juridique » (ANCEL P., *op. cit.*, p. 771), le second démontre par une argumentation marquée de l'évidence le caractère binaire de l'obligation partagée entre sa dimension de « norme objective imposant l'exécution » et l'adoption d'un comportement et sa dimension de « droit subjectif à l'exécution » et à l'adoption du comportement prévu : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 174.

de vue de la dette et de la créance¹⁵⁶⁷ ; c'est-à-dire des effets de l'engagement réciproque et subjectif des parties au contrat¹⁵⁶⁸, pour lui préférer une conception néo-classique fondée sur sa dualité en tant que norme objective de comportement et source de droit subjectif¹⁵⁶⁹. Inspirée des travaux conduits par Hans Kelsen¹⁵⁷⁰, la doctrine contemporaine prône en effet l'émergence d'un nouveau courant de pensée fondé sur l'identification de l'obligation comme une norme juridique à l'origine de liens subjectifs mais aussi d'effets objectifs. Une conception destinée à embrasser d'autres hypothèses comportementales¹⁵⁷¹ que le simple échange telles que le transfert ou la création d'un droit, ou encore l'habilitation¹⁵⁷².

La correction ainsi apportée à la conception classique de l'obligation et à sa fonction normative peut en l'occurrence alimenter utilement les réflexions qui y attirent en droit administratif. Elle peut notamment être riche d'enseignements pour percevoir l'instrumentalisation de l'obligation en tant que norme d'habilitation ; c'est-à-dire, comme une norme juridique de comportement qui dévoile un renouvellement certain de la fonction normative de l'obligation tel qu'identifié en droit civil. Le concept d'externalisation administrative impose donc de constater, sur le terrain de l'obligation, un point de convergence entre le droit civil et le droit administratif. C'est d'ailleurs en cela qu'il apporte une dynamique nouvelle à l'étude de l'obligation administrative et incite à rapprocher sa conception traditionnelle en tant que lien de droit objectif, issue du droit romain, de la conception néo-classique développée par la doctrine civiliste. Bien que les définitions de

¹⁵⁶⁷ Pascal Ancel contestait d'ailleurs ouvertement cette conception de l'obligation affirmant que « *cette présentation (...), qui assimile l'obligatoire et l'obligationnel nous semble extrêmement réductrice, du moins si, comme les définitions reproduites le laissent supposer, on donne au terme « obligation » son sens technique, celui d'un rapport entre un créancier et un débiteur* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 772.

¹⁵⁶⁸ Regrettant que la force obligatoire soit encore réduite à la seule prise en compte « *des obligations qui lient les contractants* » (ANCEL P., *op. cit.*, p. 771. Il contestait notamment que, « *pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat* »), Pascal Ancel explorait par exemple une voie nouvelle susceptible d'élargir la conception doctrinale traditionnelle de la notion d'obligation en accentuant notamment sa fonction normative et sa dimension objective.

¹⁵⁶⁹ Grégoire Forest affirme que la signification et la fonction de l'obligation en droit privé peuvent être résumées « *en une phrase : l'obligation est le droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 209.

¹⁵⁷⁰ Il est en effet impossible de ne pas déceler dans la démonstration portée par Pascal Ancel les traces de la pensée de Hans Kelsen. Alors qu'il invitait à dépasser l'acception de l'obligation réduite à un rapport de créancier à débiteur pour envisager qu'elle puisse servir de fondement à d'autres situations juridiques, le maître de l'école de Vienne avait de son côté largement défriché ce cheminement en envisageant les différentes fonctions de la norme juridique : voir : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 125 et s.

¹⁵⁷¹ Que la seule création d'un « *rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 774.

¹⁵⁷² Le rapprochement de l'obligation et de la norme juridique encourageait par conséquent à poursuivre cette rénovation des fonctions de la première pour admettre finalement qu'elle puisse « *conférer le pouvoir à un individu de poser et d'appliquer des normes* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 133.

l'obligation en droit administratif soient rares, elles existent néanmoins et conduisaient jusque-là à en retenir une conception en apparence objective éloignée de la conception civiliste classique comme le rappelait Benoît Plessix en insistant sur son effet contraignant, lié à sa reconnaissance par l'ordre juridique¹⁵⁷³. Ludivine Clouzot précise en outre que le droit administratif, de manière générale, n'emploie pas la notion « *d'obligation au sens civiliste du terme, mais (...) au sens de devoir, de nécessité imposée au souverain dans son action* »¹⁵⁷⁴, ou au citoyen dans sa conduite. L'étude du concept d'externalisation administrative conduit cependant à remettre en cause cette conception ainsi que le rejet de la conception civiliste, et ce, d'autant plus que celle-ci admet désormais l'association d'une dimension subjective et objective au sein de l'obligation. Une association qu'il est en effet possible de déceler également dans le cadre de l'instrumentalisation de l'obligation comme norme d'habilitation indispensable à la réalisation coopérative d'une compétence matérielle.

Cela incite par conséquent à mettre en lumière l'évolution de sa fonction normative à l'aune de l'importance acquise par la fonction habilitante¹⁵⁷⁵. Aussi, l'examen de l'instrumentalisation de l'obligation dont il sera ici question est-il justifié par la nécessité impérieuse de donner corps à une telle norme, et d'en tirer les conséquences juridiques à la fois sur l'identification des formes d'externalisation et pour l'appréhension du régime juridique des instruments employés pour sa mise en œuvre. Il s'agit par conséquent d'éclairer cette hypothèse d'une instrumentalisation de l'obligation employée comme une norme d'habilitation afin d'organiser une relation subjective de coopération et d'assurer l'encadrement objectif des conduites humaines. Cette finalisation de l'obligation laisse effectivement transparaître l'émergence d'une fonction normative nouvelle de l'obligation administrative assignée à l'encadrement d'une habilitation. Loin d'être originales prises séparément, ces deux notions d'obligation et d'habilitation présentent un attrait particulier

¹⁵⁷³ Il démontrait que « *l'obligation administrative est un lien de droit par l'effet duquel l'Administration ou un administré se trouve contraint à la nécessité d'exécuter une prestation* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 284. Soulignons que Charles Forger souligne encore récemment cette conception apparemment objective de l'obligation administrative lorsqu'il indique que « *l'obligation en droit public est plus proche de la conception romaine, fondée sur la contrainte, que de celle moderne du droit civil dans lequel débiteur et créancier sont dans un rapport égalitaire* » : FROGER Ch., *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 145, 2015, p. 27.

¹⁵⁷⁴ CLOUZOT L., *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 113, 2012, p. 70.

¹⁵⁷⁵ Conséquence de l'objet singulier adossé à ce concept, à savoir la réalisation par un tiers de la compétence matérielle d'une personne publique, l'habilitation constitue effectivement le rouage essentiel de sa transposition juridique en ce qu'elle autorise une personne dénuée de tout titre à agir reconnu par le droit objectif à intervenir dans un domaine par principe exclusivement réservé aux autorités administratives investies.

lorsqu'elles s'unissent, et plus précisément quand la première devient le vecteur juridique de la seconde ; autrement dit, lorsque l'obligation acquiert une fonction normative habilitante. Aussi l'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative conduit-elle à constater un tel attelage fonctionnel tirant avec lui une signification originale de l'obligation révélée par sa fonction habilitante et inspirée par la conception néo-classique développée par des auteurs civilistes. Contrairement à ce qu'enseignait apparemment sa conception traditionnelle, l'obligation administrative ne désignerait plus seulement un devoir objectif issu d'un lien de droit consacré par l'ordre juridique, mais plutôt, comme en droit civil, un rapport de droit subjectif unissant un débiteur à son créancier dans lequel s'exprime également une norme objective de comportement. Il convient par conséquent de saisir cette instrumentalisation de l'obligation par le concept d'externalisation administrative dans la mesure où elle éclaire non seulement les conditions de sa concrétisation juridique, mais aussi le renouvellement possible de la fonction normative de l'obligation en droit administratif et la signification duale qui y attrait. Il s'agit alors d'étudier plus précisément les circonstances de l'émergence d'une telle conception de l'obligation dans le cadre du concept d'externalisation administrative, et donc de tâcher d'apporter une pierre supplémentaire à cet édifice encore en chantier que serait la théorie générale de l'obligation en droit administratif pour mieux en éprouver par la suite l'utilité par sa confrontation avec le droit positif.

Annnonce de plan. Alors que la spécificité de l'objet de l'externalisation administrative, la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique par un tiers, a permis la détermination des contours de ce concept émergent et de son champ instrumental en droit positif, il convient de prendre la mesure des incidences de la présence essentielle d'une norme d'habilitation, point commun de ses instruments d'expression. C'est effectivement au nom de celle-ci, et des nécessités inhérentes à sa traduction juridique, qu'il est possible de mettre en évidence l'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative. Une instrumentalisation dont il s'agit de déterminer le sens avant d'en tirer les conséquences. Ainsi faut-il tout d'abord appréhender la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative (chapitre 1), avant d'en évoquer par la suite les conséquences sur le régime juridique de sa mise en œuvre (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'appréhension de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative

« *Quelque chose n'est une « fin » que dans la relation avec quelque chose d'autre comme « moyen »* »

KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 13.

317. Une finalisation habilitante déduite de l'instrumentalisation de l'obligation.

Symptomatique du déploiement du finalisme, l'émergence du concept d'externalisation administrative illustre cette volonté des pouvoirs publics d'adapter les règles et les outils dont ils disposent à l'évolution des finalités qu'ils poursuivent¹⁵⁷⁶. Ainsi en va-t-il par exemple lorsque, soucieuse d'instaurer une relation de coopération pour la réalisation d'une de ses compétences matérielles, une autorité administrative recourt à cet outil de gestion directement emprunté au management stratégique. Pour autant, elle ne correspond pas à une finalisation « simple » consistant à employer un instrument juridique traditionnel au service d'un objectif existant, mais plutôt à celui d'une finalité issue d'un champ disciplinaire étranger qui repose sur une logique coopérative encore inexplorée. La mise en œuvre de l'externalisation administrative invite par conséquent à un réajustement des instruments utilisés ainsi que des angles d'approches qui permettent de les éclairer ; en d'autres termes, à prendre la mesure de l'adaptation nécessaire des moyens employés à la transformation des fins poursuivies. À ce titre, l'instrumentalisation de l'obligation sur laquelle elle repose implique de prendre en compte cette finalisation¹⁵⁷⁷ nouvelle d'une notion déjà éprouvée malgré sa discrétion dans la doctrine. Il convient alors de s'atteler à associer l'examen de l'obligation à la recherche de la

¹⁵⁷⁶ Boris Tardivel ajoutait d'ailleurs que « *les techniques finalistes participent du mouvement de rationalisation de l'action publique* » : TARDIVEL B., *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, thèse dact., Université Montpellier I, 2002, p. 147, suggérant, par la même occasion, que le finalisme relevait donc d'un mouvement de réforme plus vaste de la sphère administrative influencé par les préceptes du *New Public Management*, le rapprochant ainsi implicitement mais nécessairement des racines du concept d'externalisation administrative. Un rapprochement qui ne peut qu'être renforcé par les propos tenus par Jacques Chevallier et Danièle Lochak pour qui le finalisme est indissociable d'une démarche de recherche d'efficacité dès lors qu'il consiste en partie pour la personne publique à s'assurer « *que la fixation de ces objectifs résulte d'un choix éclairé, et que les moyens qu'elle utilise pour y parvenir sont adéquats – bref, qu'elle agit avec le maximum d'efficacité en vue d'un intérêt général quelle a bien su discerner* » : CHEVALLIER J. et LOSCHAK D., « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, octobre-décembre 1982, p. 683.

¹⁵⁷⁷ François Brunet rappelle en effet que « *aucun instrument ne se suffit à lui-même : il vaut pour ce qu'il sert à réaliser, et c'est d'ailleurs parce qu'il sert à réaliser quelque chose qu'il est qualifié d'instrument* » : BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 259.

finalité qui lui est attribuée afin d'en percevoir les spécificités¹⁵⁷⁸. Une finalisation qui prend tout son sens, à la fois du point de vue de la science économique à travers l'influence de la logique économique, et du point de vue de la théorie du droit, à partir de l'analyse de la normativité juridique¹⁵⁷⁹.

Du point de vue de la science économique tout d'abord, l'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative induit inévitablement une finalisation particulière dès lors qu'instrumentaliser une chose consiste à l'employer comme un moyen au service d'une finalité qui peut ne pas avoir été initialement prévue pour cet outil. Or la finalité en question ne pouvait être envisagée, quel que soit l'instrument juridique employé pour la mise en œuvre de l'externalisation. Elle entraîne donc des répercussions structurelles que l'analyse économique permet de déceler¹⁵⁸⁰. Au-delà de son intérêt en matière de dépassement de la taxinomie des actes administratifs par la prise en compte de leur finalité économique (contrat-échange, contrat-organisation ou contrat-coopération) ; ce point de vue encourage en effet à prendre la mesure de l'influence exercée par la logique de coopération sur la notion d'obligation au sein même du concept d'externalisation administrative. Il s'agit alors d'évaluer la coopération à l'œuvre dans le cadre de l'externalisation à l'aune de l'obligation qui en permet l'expression juridique¹⁵⁸¹. En second lieu, du point de vue de la théorie du droit : les réflexions conduites par Hans Kelsen évoquaient elles aussi l'influence des finalités poursuivies sur les moyens normatifs empruntés pour y parvenir¹⁵⁸², et donc *in fine* sur la

¹⁵⁷⁸ Il ajoute que « *seul le sens et donc les finalités permettent de saisir de quoi il est véritablement question* » lorsqu'une technique nouvelle est employée en droit, ou bien qu'une technique est employée dans un cadre inédit comme cela semble devoir être le cas de l'obligation en matière d'externalisation administrative : BRUNET Fr., *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ Un travail mené récemment, avec justesse et précision, par François Brunet pour qui « *il faut montrer que la normativité juridique est bien un moyen en vue d'une fin, avant de mettre en lumière la diversité des fonctions normatives du droit ainsi conçu* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 261.

¹⁵⁸⁰ Le recours à l'analyse économique dans le cadre de la science du droit permet « *de déterminer les structures institutionnelles que commande la recherche de l'efficacité des échanges* » : MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p. 377. Ey d'ajouter que l'analyse économique suggère d'ailleurs que, s'agissant de ces instruments, « *leur régime juridique ne saurait être indifférent aux prescriptions de la nouvelle économie institutionnelle concernant les échanges économiques « spécifiques » ou « semi-spécifiques »* » alors que le concept d'externalisation administrative représente justement l'émergence potentielle de ces échanges dans la sphère du droit administratif.

¹⁵⁸¹ Et ce faisant de prolonger à l'échelle de l'obligation le constat posé par Daniel Labetoulle selon lequel les contrats administratifs subissent nécessairement les répercussions liées à une transformation des relations entretenues par l'administration et ses partenaires et « *entre lesquels doivent exister des rapports réciproques de franche collaboration* » : CE, sect., 5 novembre 1982, *Sté Propétrol*, rec. p. 381 ; concl. LABETOULLE D., *AJDA*, 1983, p. 259.

¹⁵⁸² Ainsi Denys de Béchillon soulignait-il par exemple que, « *avec l'école de Vienne, le contrat devient un « acte juridique » comme les autres, une technique d'élaboration du droit (...), il édicte une proposition normative : telle chose doit ou ne doit pas être, tel événement doit ou ne doit pas survenir. Ainsi le contrat engendre une règle juridique intimement comparable à celle qui résulte directement de la loi, du règlement, ou*

détermination des fonctions normatives. Une réflexion dont la doctrine contemporaine, publiciste et civiliste, n'a pas manqué de s'emparer afin d'approfondir la rénovation de la théorie juridique à l'aune de la remise en cause de l'action normative classique¹⁵⁸³. La citation mise en exergue renvoie d'ailleurs à cette idée selon laquelle, si la fin justifie les moyens dans le sens commun, elle participe également de leur détermination et du sens de leur utilisation en droit. Elle rappelle en outre le lien indéfectible unissant la fin aux moyens qu'elle emploie car si les seconds n'existent qu'au service de la première, celle-ci ne peut se concrétiser sans l'intervention de ceux-là¹⁵⁸⁴. De la sorte, l'obligation est bien finalisée en tant que moyen par l'externalisation administrative qui lui confère un objectif précis : organiser la coopération pour la réalisation d'une compétence matérielle. Une finalité imposée qui induit alors l'émergence d'une fonction particulière de l'obligation : la fonction normative habilitante. Celle-ci est en effet indispensable à la concrétisation juridique de ce concept dans la mesure où elle en constitue l'instrument principal en donnant corps à l'habilitation d'un tiers à l'exercice d'une compétence.

Ainsi la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative doit-elle être appréhendée comme une conséquence de son instrumentalisation au service d'un objectif déterminé : à savoir, assurer l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation de la compétence d'une personne publique dans le cadre de la mise en œuvre d'une logique économique de coopération. L'obligation ne peut donc être analysée indépendamment de la prise en compte des spécificités de l'externalisation administrative de la même façon qu'un droit finalisé ne peut « être qu'un droit conséquent vis-à-vis des objectifs qui l'animent et lui donnent sens »¹⁵⁸⁵. Cela conduit par conséquent à réinvestir le champ théorique de l'obligation en droit administratif envisagée à la fois sous un angle objectif renouvelé en tant que norme juridique et non plus de devoir général d'obéissance et subjectif en tant que lien de droit entre un créancier et son débiteur. Il s'agit effectivement d'appréhender l'obligation à

de l'acte administratif individuel : une norme de droit objectif » : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 16.

¹⁵⁸³ La section du Rapport et des Études rappelait que « l'État contemporain recherche (désormais) l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la « coproduction » ou la « coconstruction » de la norme publique et de l'action publique » : EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, La documentation française, Conseil d'État, coll. Étude annuelle 2008, vol. 59, 2008, p. 15.

¹⁵⁸⁴ Ce lien était d'ailleurs déjà mis en évidence sur le plan philosophique par Emmanuel Kant lorsqu'il avançait la proposition selon laquelle : « qui veut la fin veut aussi (en tant que la raison a sur ses actions une influence décisive) les moyens d'y arriver qui sont indispensablement nécessaires, et qui sont en son pouvoir » : KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, 2004, p. 123.

¹⁵⁸⁵ TARDIVEL B., *op. cit.*, p. 196.

partir de la finalité habilitante qui lui est attribuée¹⁵⁸⁶. Ainsi finalisée, l'obligation endosse donc indiscutablement une fonction normative duale différente de celle qui lui est traditionnellement attribuée à partir de sa dimension objective due à l'influence de la conception romaniste de l'obligation sur le droit administratif. Il s'agit alors d'une fonction normative dont la signification découle de l'observation des outils d'expression de l'externalisation en droit administratif et renvoie à ses deux dimensions ; autrement dit, d'une fonction normative d'habilitation à la fois subjective, pour l'instauration d'un lien de droit entre deux sujets distincts, et objective, pour l'encadrement du comportement habilité. L'instrumentalisation constatée de l'obligation en tant que norme d'habilitation incite donc à s'intéresser plus précisément à l'analyse de la finalisation qu'elle induit et à l'émergence de cette fonction normative duale mise en évidence au sein de l'externalisation administrative.

318. Une finalisation révélatrice d'une fonction normative duale de l'obligation. La prise en compte d'une telle instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative conduit à un dépassement de la conception de sa fonction traditionnellement retenue par la doctrine : à savoir l'instauration stricte d'un lien de droit objectif entre un créancier et un débiteur en vertu duquel le second se trouve contraint par l'ordre juridique à exécuter une prestation au profit du premier. Éclairée par les travaux conduits par Hans Kelsen, elle invite en effet à appréhender une évolution de cette fonction normative dès lors que l'obligation poursuit, dans le cadre de la mise en œuvre de ce concept émergent, une finalité singulière à vocation habilitante. Dans la mesure où elle y est employée pour servir de norme d'habilitation dérivée destinée à organiser la traduction juridique d'une relation de coopération pour la réalisation d'une compétence matérielle, l'obligation présente une fonction duale déterminable à l'aune de cette finalité : une fonction normative habilitante¹⁵⁸⁷ présentant une signification de norme objective de comportement dictée par la volonté d'un individu¹⁵⁸⁸. Aussi s'exprime-t-elle toujours à travers le contenu d'un rapport de droit à la fois

¹⁵⁸⁶ Mais aussi comme une norme de comportement adaptée à la finalité qui lui est attribuée par la volonté de la personne qui l'emploie. Le propos développé par Hans Kelsen est sur ce point encore particulièrement éclairant et enrichissant. Il affirmait effectivement que si la norme désigne généralement un commandement ou un ordre, « *commander n'est pas cependant l'unique fonction d'une norme ; habiliter, permettre, abroger sont aussi des fonctions de la norme* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 1.

¹⁵⁸⁷ Alors qu'il était déjà admis que « *la fonction spécifique d'une norme est le commandement d'un certain comportement* » selon Hans Kelsen, ce dernier précisait néanmoins que « *commander n'est pas (son) unique fonction (...), elle peut aussi habiliter un certain comportement* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 125 et 126.

¹⁵⁸⁸ Hans Kelsen démontrait en effet que par le devoir-être qu'elle exprime, « *la norme est la signification d'une volonté, d'un acte de volonté (...) qui est dirigé vers le comportement d'autrui (...) dont la signification est qu'une autre personne doit se comporter d'une manière déterminée* » à l'aune de la volonté exprimée : KELSEN H., *op. cit.*, p. 2.

objectif, car intégré à l'ordonnement juridique, et subjectif, car reliant deux personnes juridiques distinctes. Elle manifeste donc bien une fonction normative duale en ce qu'elle édicte une norme juridique objective, la norme d'habilitation, dans le cadre d'un lien de droit à la fois objectif et subjectif¹⁵⁸⁹. Il reste que « *les mécanismes de finalisation de l'action publique rejaillissent sur la normativité elle-même* »¹⁵⁹⁰, ce qui amène nécessairement à approfondir l'étude de cette finalisation de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative afin d'identifier plus nettement cette fonction normative duale et d'en préciser la signification correspondante.

Autant dire que cette finalisation ne peut pas être réduite à la seule expression de la réforme de l'action publique par l'instrumentalisation des moyens mis à la disposition des autorités administratives par le droit positif. Elle induit également une démarche de connaissance qui conduit à percevoir l'objet juridique retenu à partir de l'examen de la finalité qu'il poursuit et d'en déduire ainsi sa fonction¹⁵⁹¹. Il n'est d'ailleurs pas rare de retrouver cette démarche tout au long de l'histoire de la doctrine administrativiste, soit sous l'appellation de finalisme, soit sous celle de la téléologie¹⁵⁹². Une telle attitude devait cependant céder le pas face à l'accroissement considérable des moyens et de l'importance de la technique dans la science du droit. Délaissant l'appréciation des instruments juridiques par la prise en compte de leur finalité, la détermination de leur régime juridique résultait principalement de l'observation de

¹⁵⁸⁹ Cette fonction normative dictée par une finalité habilitante ne doit pas surprendre dans la mesure où elle s'impose généralement à travers « *l'existence d'une visée, d'une intention normative* » (BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 171) propre à la finalité poursuivie et que l'obligation exprime parfaitement au sein de l'externalisation administrative lorsqu'elle apparaît comme une norme d'habilitation dérivée indispensable à la mise en œuvre juridique de ce concept.

¹⁵⁹⁰ TARDIVEL B., *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, thèse dact., Université Montpellier I, 2002, p. 234. Dès lors, si le concept d'externalisation administrative relève de cette finalisation de l'action publique, l'obligation qui en permet l'expression juridique subit en toute logique elle aussi cette finalisation.

¹⁵⁹¹ François Brunet rappelle en effet que « *c'est parce que le droit est une construction humaine que la science juridique doit chercher à comprendre les fondements et la raison d'être de cette construction* », et ce tout particulièrement à partir de l'examen de leurs finalités : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁹² Dans cette optique, le juriste allemand Rudolf von Jhering invitait par exemple à envisager le droit exclusivement comme un moyen mis au service d'une fin déterminée dans la mesure où « *rien n'existe que par le but, et en vue du but ; le droit tout entier n'est qu'une unique création du but* » : JHERING R., *L'évolution du droit*, Paris, 1901, p. 291. Et d'ajouter que la recherche de celle-ci « *constitue l'objectif le plus élevé de la science juridique* » à l'aune duquel se mesure l'édifice étudié. De même Charles Eisenmann appréhendait-il pour sa part la connaissance de la norme juridique sous l'angle de son but afin de déterminer sa « *fonction-fin* » ; c'est-à-dire sa fonction juridique. Il considérait effectivement que les auteurs de la norme « *font l'acte normateur afin d'atteindre ce but, afin qu'il devienne réalité* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, T. I, LGDJ, 1982-1983, p. 504 et 505.

leurs effets en omettant la plupart du temps d'en présenter les causes¹⁵⁹³ à travers l'examen de leur fonction. La connaissance doctrinale de l'obligation en droit administratif est d'ailleurs symptomatique de cette posture technique ayant conduit à négliger la prise en compte de ses fonctions, et donc à passer « à côté d'une analyse originale de l'obligation en matière administrative »¹⁵⁹⁴ dépassant la conception romaniste. Alors que l'étude ici entreprise s'est déjà écartée de cette approche exclusivement « existentialiste » pour s'engager sur un terrain plus essentialiste incitant à appréhender les causes afin de mieux percevoir la portée de leurs effets¹⁵⁹⁵, il convient de poursuivre sur cette voie et de déduire de cette finalisation les traits généraux de la fonction normative duale de l'obligation¹⁵⁹⁶ révélée par le concept d'externalisation administrative.

Il s'agira également de poursuivre par la constatation de la signification qui en découle afin d'identifier ses manifestations potentielles¹⁵⁹⁷. Alors que la fonction¹⁵⁹⁸ désigne en effet le « rôle caractéristique que joue une chose dans l'ensemble dont elle fait partie »¹⁵⁹⁹, sa signification lui donne son sens et permet par la suite de saisir ses conséquences. Or, si le concept d'externalisation administrative est appréhendé comme un ensemble conceptuel à la

¹⁵⁹³ Or, comme le précise François Brunet, « le « fonctionnel » n'est pas l'absence de sens ou de rigueur : au contraire, c'est l'adaptation d'une rigueur conceptuelle afin de le rendre compatible avec les finalités que se donne le droit » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 265.

¹⁵⁹⁴ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 283.

¹⁵⁹⁵ C'est bel et bien parce que l'externalisation administrative a une essence coopérative que son objet et ses critères ont pu être ainsi conceptualisés autour de la compétence matérielle et de l'existence d'une norme d'habilitation dérivée portée par l'obligation. Notons que Charles-Albert Morand militait lui aussi pour une réorientation en ce sens des réflexions doctrinales. Il considérait en effet que l'émergence d'un droit néo-moderne engageait nécessairement la doctrine dans une ère nouvelle où marquée par un « changement radical de la structure juridique » dans la mesure où « la norme juridique et son application au cas particulier se superpose (à) une structure managériale triphasée comportant des objectifs, des moyens et l'évaluation des résultats » : MORAND Ch.-Al., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 26, 1999, p. 13.

¹⁵⁹⁶ À l'instar de François Brunet, la doctrine admet désormais qu'« il faut donc chercher la fonction du droit dans le droit lui-même, c'est-à-dire avant tout dans ses finalités » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 265.

¹⁵⁹⁷ Cette finalisation de l'obligation révèle en effet sa fonction normative duale qui s'éclaire davantage encore par l'analyse de sa signification dans la mesure où la fonction normative « doit donc s'apprécier pour ce qu'elle est : la force du modèle, c'est-à-dire la force du sens exprimé par la norme (sa signification concrète) et la force de référence que constitue cette norme (son identification en tant que telle) » : GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 201.

¹⁵⁹⁸ Notons qu'il aurait été possible de substituer aux termes de fonction-signification ceux de « fonction-objet »-« fonction-fin » dans la mesure où la première désignerait l'utilité d'une chose et la seconde l'intention poursuivie à travers son utilisation. Pour autant le choix ici arrêté se justifie en tout premier lieu eu égard à l'exigence de clarté du propos qui en serait ressorti encore plus confus. Néanmoins la précisions est importante dès lors qu'elle éclaire l'un et l'autre des termes retenus par rapport aux nombres réflexions menées sur ce terrain par la doctrine : voir par exemple : TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 125, 1977.

¹⁵⁹⁹ EISENMANN Ch., *Cours de doctorat 1949-1950*, T. II, LGDJ, 1983, p. 15.

concrétisation duquel participent d'autres éléments sans lesquels il demeurerait dans l'abstraction, l'obligation est nécessairement finalisée en ce qu'elle contribue à son expression juridique sous la forme d'une norme d'habilitation. Sa finalisation confirme alors à la fois la fonction habilitante qu'elle acquiert en vertu de cette finalité, et à travers elle la signification normative duale qui en découle au-delà des seuls effets du rapport de droit dans lequel elle se coule. Son instrumentalisation en tant que norme d'habilitation dérivée invite par conséquent à retrouver dans l'obligation ce qu'Hans Kelsen y avait déjà décelé et ce que la doctrine civiliste s'attèle à ressaisir¹⁶⁰⁰ : une norme de comportement insérée dans une relation subjective.

Annonce de plan. L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative incite derechef à appréhender les tenants et les aboutissants de sa finalisation. Rattachée dans le cadre de la mise en œuvre de ce concept à une finalité particulière dictée par son essence coopérative, la notion d'obligation semble s'écarter de l'emploi qui lui était jusque-là traditionnellement réservé par la doctrine dans la mesure où elle ne désignerait plus exclusivement un rapport de droit objectif entre l'administration et un administré. Une fois renversée par ses propres tenants, « *la vieille lecture civiliste de la distinction du droit objectif et du droit subjectif* »¹⁶⁰¹ il est en l'occurrence d'autant plus aisé de concevoir leur réunion au sein de l'obligation, et de les envisager comme l'avant et l'envers d'une même médaille à l'instar de la doctrine civiliste. Il s'agit toutefois d'en justifier ici la convergence à travers la découverte d'une fonction normative singulière que l'externalisation administrative attribue à l'obligation en vertu de laquelle celle-ci sert de support non seulement à l'instauration d'un lien de droit mais aussi à l'édition d'une norme de comportement dans la mesure où l'habilitation est bien à la fois l'un et l'autre afin d'autoriser la réalisation d'une compétence matérielle par un tiers. L'obligation présente par conséquent une fonction normative duale propre à son emploi au sein du concept d'externalisation administrative en tant que norme d'habilitation (section 1). Une identification qui conduit alors à préciser sa signification duale correspondante, à la fois subjective en tant que lien de droit composé d'un faisceau de droits et d'engagements, et objective en tant que norme de comportement (section 2).

¹⁶⁰⁰ Sous la plume d'auteurs s'inscrivant dans le sillon tracé par Pascal Ancel lorsqu'il relevait que « *les contestations qui ont pu être formulées contre la théorie normativiste tiennent d'abord à ce que, dans la conception de Kelsen, l'affirmation que le contrat est un acte créateur de normes se substitue à la présentation traditionnelle du contrat producteur de droits subjectifs* », mais soutenait pour sa part à l'instar d'autres auteurs que « *l'essentiel (...) est de poser que l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits, mais que, plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droit, de règles juridiques* » et donc de normes juridiques : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 775.

¹⁶⁰¹ DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 15.

Section 1 : L'identification de la fonction normative duale de l'obligation

319. Un renouvellement latent de la fonction normative de l'obligation. Demeurée longtemps réticente à l'idée d'engager une réflexion théorique d'ensemble sur la notion d'obligation¹⁶⁰², la doctrine administrativiste en retenait traditionnellement une conception étendue en tant que devoir, largement inspirée de celle élaborée par les romanistes en vertu de laquelle l'obligation est un lien de droit par lequel un individu, le débiteur, est contraint de fournir une prestation à un autre, le créancier, selon les règles fixées par l'ordre juridique¹⁶⁰³. Elle désignait par conséquent un lien de droit objectif par son intégration dans l'ordonnement juridique et associé ainsi à une sanction assurant son caractère contraignant. Elle restait de ce fait en retrait de la conception classique proposée par les civilistes, sur le fondement du dogme de l'autonomie de la volonté, qui la considéraient pour leur part comme un lien de droit subjectif en vertu duquel une personne, le débiteur, s'engage à faire, ne pas faire ou donner quelque chose à une autre personne, le créancier, qui peut exiger de ce dernier qu'il s'exécute¹⁶⁰⁴. La doctrine administrativiste concentrait toutefois paradoxalement son attention sur l'appréciation technique des effets des obligations en termes de création de droits subjectifs¹⁶⁰⁵ dont le respect était garanti par l'ordre juridique et non de l'obligation en elle-

¹⁶⁰² Benoît Plessix rappelait d'ailleurs cette réticence de la doctrine à engager une telle réflexion évoquant alors diverses justifications à cette « *passivité de la doctrine universitaire* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 275, et certaines difficultés rencontrées par les quelques démarches néanmoins menées dans ce sens. Il précisait alors que si « *l'absence d'une conception unitaire et cohérente de l'obligation administrative est une lacune souvent dénoncée* » : BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, t. II, thèse dact., Paris II Panthéon-Assas, 1979, p. 117, l'explication était bien plus complexe et nuancée dans la mesure où divers facteurs ont pu finalement ainsi conduire la doctrine publiciste à passer « *à côté d'une analyse originale de l'obligation en matière administrative* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283.

¹⁶⁰³ Les *Institutes* de Justinien retenaient effectivement la définition suivante de l'obligation : « *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civilitatis jura* » : JUSTINIEN, *Institutes*, III, 13.

¹⁶⁰⁴ Conformément à l'acception historique de l'obligation retenue par les civilistes et professée encore aujourd'hui de manière générale dans les manuels selon laquelle l'obligation est un « *lien de droit par lequel une personne (le créancier) peut exiger quelque chose d'une autre (le débiteur)* » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012. L'auteur dresse alors pêle-mêle un inventaire à la Prévert des ouvrages modernes retenant cette définition classique de l'obligation. Citons par exemple : FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Les obligations*, vol. 1 – *L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, p. 5, ou encore : TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, p. 1.

¹⁶⁰⁵ Ainsi Marcel Waline avançait-il les prémices d'une théorie générale des obligations en droit administratif à l'aune notamment de l'intégration d'éléments issus du droit civil tels que : « *la théorie de la cause, celle des conditions potestatives, celle des vices du consentement, celle des stipulations pour autrui et celle des sanctions des obligations* », sans aborder explicitement celles relatives à sa fonction en droit administratif : WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1950, p. 631.

même en tant que norme juridique¹⁶⁰⁶, comme le font désormais les auteurs civilistes¹⁶⁰⁷. Bien que fondée sur une conception objective, la fonction de l'obligation semblait reposer par conséquent sur l'admission sous-jacente de l'existence d'un lien de droit subjectif instauré entre deux individus et composé d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques dont il s'agissait d'appréhender les conséquences techniques et pratiques. Elle négligeait néanmoins ce dernier pour proposer une théorie objective lacunaire de l'obligation en tant que rapport de droit¹⁶⁰⁸ complétée ponctuellement par des emprunts techniques au régime instauré par le droit civil¹⁶⁰⁹. Il manquait alors cette logique d'ensemble propre à toute théorie qui lui confère sa cohérence à partir d'une fonction déterminée¹⁶¹⁰.

Elle ignorait en effet un aspect essentiel en se désintéressant de la détermination de la, ou des, fonction(s) de l'obligation en droit administratif. Ainsi omettait-elle l'analyse nécessaire de la part respective de l'objectif et du subjectif dans l'obligation ; c'est-à-dire celle du lien de droit au cœur de sa fonction encore floue. Il convient toutefois de souligner qu'une partie de la doctrine rejette toujours une telle conception de l'obligation en tant que devoir objectif¹⁶¹¹

¹⁶⁰⁶ Cette posture s'explique notamment par une réaction autonomiste face à l'influence exercée par le droit civil à travers la conception classique de l'obligation reposant sur la prise en compte déterminante de sa dimension subjective *a priori* incompatible avec la dimension principalement objective de l'exercice de la puissance publique. De plus, la doctrine administrativiste et plus généralement publiciste opposa longtemps par tradition le droit objectif et le droit subjectif affirmant que se trouvait « *ici la norme, la loi, la contrainte, la puissance publique ; là, l'autonomie de la volonté, le sujet, la situation juridique, le contrat* » : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15.

¹⁶⁰⁷ Aussi Pascal Ancel rappelait-il plus récemment que « *la création d'obligations (...) engage, lie les parties* » mais qu'elle présente également une dimension objective qu'il convient de ne pas négliger : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.

¹⁶⁰⁸ On peut relever à ce titre, outre les travaux conduits par Marcel Waline dans son *Traité élémentaire de droit administratif* : WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631 et s., DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 43 et s., ou encore : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 289 et s.

¹⁶⁰⁹ Benoît Plessix rendait compte d'ailleurs d'une telle construction de la théorie des obligations en droit administratif à partir des emprunts au droit civil et autour de cette acception subjective de l'obligation comme un rapport de droits. Ainsi rappelait-il que pour combler les lacunes du droit administratif en la matière, « *le juge administratif utilise des règles issues ou inspirées du Code civil pour résoudre les litiges nés de l'existence de rapports d'obligation dans lesquels l'Administration et les administrés se trouvent unis* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 290. Il ajoutait également qu'il ne s'intéressait alors qu'aux « *questions juridiques liées à l'existence de rapports d'obligation, au sens strict du terme, celui issu du droit romain désignant le lien de droit entre deux patrimoines d'où découle la nécessité d'exécuter une prestation, en général de nature pécuniaire* ».

¹⁶¹⁰ Certains regrettaient en l'occurrence le fait que « *la doctrine française n'a absolument pas rempli sa fonction prédictive, puisque (...) nous n'avons pas trouvé un seul exemple de proposition doctrinale suggérant au Conseil d'État la prise en compte d'une règle de droit civil afin de combler les lacunes du droit administratif écrit* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 276.

¹⁶¹¹ Ainsi Benoît Plessix ne manquait pas de souligner qu'une « *autre tendance doctrinale se fait jour depuis longtemps* » et « *se focalise sur l'étude d'une conception vague et floue de la notion d'obligation (...) appréhendée comme un synonyme de devoir, et l'analyse publiciste glisse inévitablement vers une réflexion sur les règles de conduite imposées par la loi à l'Administration et aux administrés* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 281.

ainsi que l'idée répandue d'une « *allergie* »¹⁶¹² de la puissance publique à l'idée de son emploi en tant que source de droits subjectifs. Alors qu'elle concentrait, et concentre toujours majoritairement son attention sur l'étude des effets de l'obligation dont l'objectivation occulterait la dimension subjective, la théorie normativiste avancée par Hans Kelsen l'invitait à considérer l'obligation comme une norme juridique à part entière et donc à envisager l'émergence d'une nouvelle « *conception objective de l'obligation* »¹⁶¹³ qui serait adaptée au contexte particulier de la sphère administrative¹⁶¹⁴ sans faire abstraction de sa dimension subjective sous-jacente. Il s'agit alors de l'envisager comme un lien de droit par essence subjectif, car instauré entre deux personnes distinctes par l'expression de leur volonté, dont l'objectivation par l'ordre juridique permettrait l'identification d'une norme objective de comportement. Cela revient alors à proposer un rapprochement de cette conception traditionnellement objective et de la conception néo-classique de l'obligation élaborée par Grégoire Forest à partir notamment de la proposition avancée par Pascal Ancel¹⁶¹⁵. Répondant à cette évolution civiliste, l'obligation en droit administratif ne se résumerait donc plus seulement à être l'instrument d'un rapport de droit objectif expression d'« *un pouvoir de contrainte* »¹⁶¹⁶ et de commandement. Elle endosserait une fonction renouvelée, et non pas nouvelle, d'édiction d'une norme de comportement objective à partir d'un lien droit subjectif sous-jacent.

Aussi convient-il de rendre compte de ce renouvellement, qualifiable de latent¹⁶¹⁷ dès lors qu'il repose sur une conception lacunaire enrichie par une mutation doctrinale similaire

¹⁶¹² DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 15.

¹⁶¹³ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 278.

¹⁶¹⁴ Il s'agissait alors pour ces auteurs d'analyser l'obligation non plus seulement comme un lien de droit entre deux personnes juridiques, mais également comme « *réduite à une règle de conduite, à un comportement imposé aux acteurs de la vie administrative* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283.

¹⁶¹⁵ Alors qu'il contestait l'assimilation largement opérée de la force obligatoire et du contenu obligationnel du contrat, c'est-à-dire la limitation de la force obligatoire à la seule exécution des obligations créées par le contrat, Pascal Ancel développait en effet une conception alternative enrichie notamment par les réflexions menées par Hans Kelsen en vertu de laquelle l'obligation est une norme juridique qui « *peut bien sûr faire naître un rapport d'obligations entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur* » mais relevant davantage de la fonction normative objective consistant à encadrer les comportements individuels : ANCEL P., *op. cit.*, p. 774.

¹⁶¹⁶ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 289. Il rappelait d'ailleurs que « *le droit administratif semble plutôt maintenir une certaine conception primitive de l'obligation : pour lui, elle est bien un rapport juridique contraignant liant le débiteur et le créancier une fois l'engagement souscrit, non l'acte ou le fait produisant l'obligation* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 290.

¹⁶¹⁷ Il s'agit effectivement de procéder de la même façon que la doctrine civiliste pour l'élaboration de la conception néo-classique de l'obligation ; c'est-à-dire de « *faire quelque chose de neuf, mais au moyen d'éléments préexistants* » qui laissent supposer que ce renouvellement fut longtemps potentiel avant de sembler être concrétisé par le concept d'externalisation administrative : FOREST G., *op. cit.*, p. 171.

opérée en droit civil, à travers l'examen de l'instrumentalisation de l'obligation par le concept d'externalisation administrative. Il s'agit en l'occurrence de comprendre l'évolution de la conception civiliste pour dépasser la conception administrative traditionnelle sans pour autant l'abandonner. Loin d'éclairer un rapprochement artificiel de ces deux disciplines, le concept d'externalisation administrative offre alors une parfaite illustration de ce renouvellement jusqu'alors inexprimé. L'association des réflexions normativistes et de celles menées par les civilistes permet en outre d'appréhender plus nettement la fonction normative de l'obligation fondée sur l'instauration d'un lien de droit. Qu'il soit considéré comme objectif ou subjectif, ce dernier doit toujours être envisagé comme le support d'une norme juridique¹⁶¹⁸ qui repose sur une relation d'interdépendance du droit subjectif et du devoir objectif et non sur leur opposition¹⁶¹⁹. En ce qu'elle a pour socle invariant un rapport de droit subjectif qui ne produit ses effets qu'après objectivation, l'obligation exprime toujours la volonté de ceux qui l'ont souhaitée. Elle endosse alors, à partir de cette association de l'objectif et du subjectif, une fonction normative adaptée au sens de cette volonté et du comportement attendu¹⁶²⁰. Ainsi peut-elle par exemple, en tant que norme juridique, prescrire, autoriser, commander ou encore habiliter. Le concept d'externalisation administrative dévoile alors une forme de régénération de l'hypothèse défendue par Hans Kelsen¹⁶²¹ dans la *Théorie générale des normes* en concrétisant la reconnaissance d'une fonction normative habilitante de l'obligation présentant un caractère dual en ce qu'elle nécessite l'instauration d'un lien de droit contenant une norme d'habilitation indispensable à la mise en œuvre de ce concept.

¹⁶¹⁸ Il rappelait effectivement que, si la doctrine admettait de manière générale qui convenait de considérer « l'obligation juridique comme un objet de connaissance juridique distinct de la norme juridique, bien que sans doute il y ait entre eux quelque connexion », par une telle démarche consistant « à définir l'obligation juridique de cette façon, on se condamne à des erreurs » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 124.

¹⁶¹⁹ Hans Kelsen affirmait d'ailleurs que « cette donnée que l'on désigne du nom de « droit », ou « droit subjectif » ou prétention, d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres » ; c'est-à-dire leur devoir envers lui-même, ce qui confirmerait « qu'en réalité il ne s'agit que d'une seule donnée » : l'obligation : KELSEN H., *op. cit.*, p. 134.

¹⁶²⁰ Une idée que l'on retrouve également chez Pascal Ancel pour qui l'obligation contractuelle peut être envisagée comme une norme juridique bien qu'elle ne soit pas générale dans la mesure où elle « ne vise à régler que la situation juridique des parties » mais est tout de même « un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 776, ainsi que chez Denys de Béchillon selon lequel, sans ambages, il faut garder à l'esprit que « la généralité n'est ni une condition, ni un critère, ni même un signe de la normativité juridique » : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 25.

¹⁶²¹ Il rappelait en effet que « l'objet d'une norme (ce que la norme prescrit ou pose comme obligatoire) est le comportement d'un être doué de raison et de volonté ; c'est le comportement humain » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 115.

Annnonce de plan. À la suite de Pascal Ancel, thuriféraire d'une conception binaire de l'obligation tiraillée entre sa dimension subjective traditionnelle et sa dimension objective émergente, Grégoire Forest en revient également aux travaux conduits par Hans Kelsen¹⁶²² pour asseoir solidement son hypothèse sur un fondement théorique difficilement contestable. Que ce soit en droit administratif comme en droit civil, il existerait d'ailleurs une forme de « liturgie juridique » à se référer au maître de Vienne. Mais, plus qu'un gage intellectuel, les enseignements apportés par Hans Kelsen posent à n'en pas douter les linéaments de l'identification de la fonction normative duale de l'obligation au sein de l'externalisation administrative à travers sa finalisation habilitante. Ils facilitent en effet son appréhension comme une norme d'habilitation indispensable à l'externalisation administrative (§1) et par là incidemment comme une norme de comportement au service de l'action administrative (§2) insérée dans un rapport de droit.

§1 : L'obligation : une norme d'habilitation indispensable à l'externalisation administrative

320.D'un rapport de droit à la norme d'habilitation à réaliser la compétence. Dès sa réflexion menée dans le cadre de la *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen distinguait, par delà la dimension subjective consubstantielle à la conception civiliste classique de l'obligation, une fonction habilitante dans la mesure où chaque droit subjectif correspond à l'attribution d'un droit dans un système juridique donné. Il y exposait d'ailleurs une démonstration singulière destinée à favoriser la réunification des dimensions objective et subjective du droit à partir du point de convergence que constituerait selon lui la notion d'obligation¹⁶²³. Si elle demeurait toujours l'expression d'un rapport de droit subjectif, d'un lien de droit unissant plusieurs personnes juridiques distinctes, elle devait également s'émanciper de ce carcan sous la plume du maître de Vienne pour lequel il était évident « *qu'un droit subjectif (...) présuppose une*

¹⁶²² Il rappelle effectivement que « *sur le terrain de la théorie du droit (...) la présentation courante de l'obligation comme une médaille à deux faces engendre l'ambivalence qui consiste à en parler à la fois comme d'un devoir (...) et comme d'un droit personnel* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 11, et invoque pour ce faire la démonstration conduite par Hans Kelsen à l'issue de laquelle il apparaît que « *la notion de droit subjectif ne sert à rien parce que le droit que l'on veut découvrir au profit de l'individu se limite justement au simple envers de la norme qui précise à son destinataire l'adoption de tel comportement* ».

¹⁶²³ Ainsi démontrait-il que, « *si l'on appelle « droit » la relation entre un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite, et cet autre individu (le fameux *vinculum juris* entre deux personnes juridiques distinctes), ce droit n'est qu'un réflexe de cette obligation* », Charles Eisenmann précisant alors, en indication en tant que traducteur, utiliser « *ce néologisme « réflexe », faute de mieux, pour désigner le produit de la réflexion – entendu au sens de la physique. On parlera ainsi de « droit-réflexe » pour désigner le droit qui ne que fait que réfléchir une obligation, - et n'a donc pas d'existence par lui même* » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 134.

obligation juridique correspondante, (...) qu'il est cette obligation juridique elle-même »¹⁶²⁴. Envisagé à la lumière du système juridique qu'il organise, le droit positif s'imposait effectivement comme « *un ordre social (qui) règle la conduite d'êtres humains dans leurs relations – directes ou indirectes – avec d'autres individus* »¹⁶²⁵ souvent par l'intermédiaire d'obligations qui se présentent à la fois sous une forme subjective, à travers leurs effets, et objective, à travers la signification d'une norme qui encadre le comportement de ces derniers¹⁶²⁶. Il suggérait alors une approche renouvelée de la norme juridique adaptée à l'appréhension de l'obligation dépassant la fonction impérative, en tant que devoir, pour privilégier la prise en compte de la fonction normative. Celle-ci se composait de multiples facettes¹⁶²⁷ dont il proposait une présentation supposant notamment l'existence d'une fonction particulière de l'obligation conséquente à ce changement de point de vue : une fonction d'habilitation d'un individu à exercer un certain pouvoir juridique au sein de l'ordre juridique objectif¹⁶²⁸ à partir de l'instauration d'un lien de droit subjectif consacré par ce dernier.

Alors qu'il affirmerait plus tard que l'obligation était une norme juridique à part entière, et que la norme juridique avait pour objet premier un comportement humain déterminé¹⁶²⁹, Hans Kelsen précisait déjà que c'est en référence à ce comportement déterminé « *que l'être humain est « soumis » à un ordre normatif en qualité de sujet d'obligation, d'une habilitation ou d'une permission positive* »¹⁶³⁰. Aussi l'obligation apparaissait-elle comme une norme objective de comportement encadrant les conduites individuelles à travers des fonctions multiples comme autant de réponse aux nécessités induites par cet encadrement et aux

¹⁶²⁴ KELSEN H., *op. cit.*, p. 136.

¹⁶²⁵ KELSEN H., *op. cit.*, p. 137.

¹⁶²⁶ Cédric Groulier rappelait d'ailleurs qu'une nouvelle conception de la norme juridique avait peu à peu émergé des nombreuses réflexions menées en la matière dans le cadre de la théorie du droit. Or elle conduisait notamment à mettre « *en évidence le large panel de la modélisation juridique, qui ne se limite pas à la seule direction des conduites : modèle de rapport entre les personnes, modèle de qualification d'un sujet de droit, modèle d'attribution d'une prérogative à un sujet* » : GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 200. Et d'ajouter que cette « *approche souligne donc la fonction assignée à la norme juridique : fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux* » qui passe notamment par les relations interindividuelles.

¹⁶²⁷ Cédric Groulier affirmait effectivement que « *cette fonction permet de prendre conscience de deux dimensions inhérentes à la norme juridique, non dissociées dans l'approche impérativiste : une fonction instrumentale – celle de référence pour l'action et l'évaluation des actions en situations –, indépendante de son contenu, de ce qu'elle exprime – une injonction, une prohibition, une permission, une habilitation, etc.* » : GROULIER C., *op. cit.*, p. 201.

¹⁶²⁸ Ainsi concluait-il en définissant l'obligation juridique comme « *la norme juridique qui confère une certaine sorte de pouvoir juridique, qui habilite un individu déterminé* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 141.

¹⁶²⁹ Il ajoutait d'ailleurs que « *si le comportement humain est décrit comme objet de la norme, c'est dans le sens où le comportement humain est posé comme obligatoire dans la norme* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 123.

¹⁶³⁰ KELSEN H., *op. cit.*, p. 116.

finalités qu'il poursuit. Il proposait alors une analyse détaillée de ces fonctions attribuées par le l'ordre juridique à toute norme de comportement car si « *la fonction spécifique d'une norme est le commandement d'un certain comportement* »¹⁶³¹, elle recèle alors une nuance dont il jugeait inéluctable de rendre compte. Il parlait d'ailleurs de « devoir-être », de « *sollen* », pour désigner la fonction normative générale commune à toute norme juridique, et dégagait ensuite de ce « devoir-être » trois fonctions normatives distinctes allant du commandement proprement dit jusqu'à la possibilité d'« *habiliter un certain comportement* »¹⁶³² en passant par la permission. Outre la confirmation de l'existence d'une fonction habilitante de l'obligation envisagée comme une norme objective de comportement, ce rappel des travaux menés par Hans Kelsen invite à se réapproprier le concept d'externalisation administrative afin de l'examiner de plus près à travers le prisme de la notion d'obligation et de cette fonction normative d'habilitation qu'elle peut revêtir selon la théorie du droit à travers une double dimension à la fois subjective et objective¹⁶³³.

Il n'y a finalement qu'un pas entre cette hypothèse évoquée par Hans Kelsen et la conceptualisation de l'externalisation administrative opérée à l'occasion de la partie précédente. Alors que ce dernier affirmait qu'il existait dans tout ordre juridique une signification de l'obligation, originellement subjective, associée à la volonté d'une personne juridique d'accorder à une autre le pouvoir d'exercer une activité qui lui était en principe interdit de prendre en charge¹⁶³⁴, le concept d'externalisation repose pour sa part explicitement sur l'existence d'une habilitation normative édictée par une personne publique à destination d'une personne juridique distincte afin de lui permettre de participer à la

¹⁶³¹ KELSEN H., *op. cit.*, p. 125.

¹⁶³² KELSEN H., *op. cit.*, p. 126. Hans Kelsen ajoutait en effet que « *si l'on dit que même une norme d'habilitation statue un « devoir-être » et que, même dans le cas de la permission figure un « devoir-être » - car l'habilitation et la « permission » sont essentiellement reliées à un devoir être -, alors le mot de « devoir-être » exprime les trois fonctions normatives du commandement, de l'habilitation et de la permission* ».

¹⁶³³ Une dualité réveillée bien plus récemment par la doctrine à travers l'examen des limites de la conception impérativiste du droit selon laquelle la force normative ne se mesurerait qu'à l'aune du commandement qu'elle prescrit. Ainsi Cédric Groulier relevait-il ces limites en rappelant que si la « *conception impérativiste du droit est profondément enracinée* », il n'en demeure pas moins qu'elle rencontre rapidement deux limites dans la mesure où « *elle réduit d'abord le droit à un instrument de contrainte marqué du sceau de l'unilatéralisme, et d'une puissance publique sanctionnatrice* » et d'autre part parce qu'elle « *n'offre pas toute satisfaction s'agissant de l'appréhension de certaines manifestations de la production normative* » : GROULIER C., *op. cit.*, p. 199 et 200.

¹⁶³⁴ Il précisait effectivement qu'il ait des « *cas où l'ordre juridique fait dépendre une certaine activité, par exemple l'exercice d'une certaine industrie, d'une autorisation appelée « concession » ou « licence », qui doit être donnée par un certain organe de la collectivité, par une « autorité », soit lorsque les conditions déterminées par l'ordre juridique sont réunies, soit suivant son appréciation et sa décision discrétionnaires* » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 143. Il ajoutait même que « *l'exercice de l'activité en question sans cette autorisation donnée par une autorité est défendu, c'est-à-dire placé sous sanction* ».

réalisation d'une compétence matérielle dont celle-ci ne dispose pas. Fondamentalement initiatrice d'un droit subjectif à accomplir une activité d'intérêt général, l'obligation apparaît également dans chacun de ces deux cas de figure comme un rouage objectif essentiel « *en droit administratif moderne* »¹⁶³⁵ du fait même de sa fonction normative habilitante¹⁶³⁶, comme l'illustre le concept d'externalisation administrative¹⁶³⁷. Aussi, sa confrontation avec la *Théorie générale des normes* permet-elle de rappeler que l'obligation présente une finalité habilitante imposant une fonction normative duale édictant à partir de l'instauration d'un faisceau de droits subjectifs sous-jacent, caractéristique du *vinculum juris* que cette notion exprime en droit civil (A), un « devoir-être » objectif renouvelé dont il s'agit de prendre la mesure en tant qu'habilitation à participer à la réalisation de l'intérêt général (B).

A. Une fonction normative sous-jacente : un lien de droit subjectif au service de la coopération

321. Le *vinculum juris* : une fonction normative partiellement admise en droit administratif.

Située invariablement au cœur de la notion juridique d'obligation, la notion de *vinculum juris* est pourtant à l'origine d'un profond désaccord ayant fait de la conception de l'obligation l'une des pierres d'achoppement entre le droit civil et le droit administratif. Qu'il s'agisse de la définition proposée par Justinien ou de celle élaborée par Robert-Joseph Pothier, il apparaît clairement que le lien de droit que constitue l'obligation est une source de confusion, en particulier sur la perception de sa dimension objective ou subjective. Ce dernier considérait en effet l'obligation comme « *un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose* »¹⁶³⁸. Certes apparaît-elle irrémédiablement comme un lien de droit, mais dont la dimension reste floue. Est-il subjectif en tant que faisceau de droits et d'engagements réciproques reliant deux personnes juridiques distinctes ? Ou est-il objectif dès lors qu'il astreint les individus par la force contraignante qu'il acquiert du fait de sa reconnaissance par l'ordre juridique ? Une confusion *a priori* sans incidence mais dont les conséquences furent finalement majeures au point de susciter une différenciation par les philosophes modernes, entre l'obligation juridique et l'obligation

¹⁶³⁵ KELSEN H., *Ibid.*

¹⁶³⁶ Hans Kelsen ajoutait d'ailleurs que « *la fonction normative de l'habilitation joue en droit un rôle particulièrement important* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 133.

¹⁶³⁷ C'est en l'occurrence cette association du subjectif à l'objectif qui a permis de dévoiler, dans le cadre de la première partie, la fonction d'habilitation endossée par l'obligation dans le processus juridique de mise en œuvre de l'externalisation administrative.

¹⁶³⁸ POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, t. 1, éd. Siffrein, 1821, p. 78.

politique¹⁶³⁹. Aussi Michel Villey soulignait-il cette divergence et superposait « *aux obligations authentiques que produit le droit (...) une obligation de suivre le droit* »¹⁶⁴⁰. Une divergence théorique qui se répercute sur la conception de l'obligation en tant que droit subjectif détenu sur une autre personne ou que devoir objectif commandé par l'ordre juridique. Une conception qui pourrait néanmoins apparaître autrement, à la lumière du concept d'externalisation administrative ainsi que de la conception néo-classique de l'obligation élaborée en droit civil. Notant un rapprochement de l'une et de l'autre des conceptions ordinairement admises, il serait envisageable de suggérer que le *vinculum juris* soit à la fois l'un et l'autre dans la mesure où les dimensions objective et subjective seraient interdépendantes et non pas exclusives.

Puisant ses racines dans les réflexions antiques sur l'obligation¹⁶⁴¹, l'interprétation du *vinculum juris* a effectivement donné lieu à de nombreuses lectures discordantes. Si le droit civil, marqué par la philosophie libérale et individualiste, en adoptait une conception classique focalisée sur sa dimension subjective en tant que source de droits subjectifs¹⁶⁴², le droit administratif, marqué par la puissance publique et la souveraineté, préférait s'en tenir à une acception plus proche de la conception romaniste¹⁶⁴³ en vertu de laquelle ce lien de droit se caractérisait principalement par sa dimension objective¹⁶⁴⁴; c'est-à-dire comme un devoir imposé par l'ordre juridique au bénéficiaire d'une personne déterminée et dotée d'une portée contraignante. L'admission progressive de la personnalité juridique des personnes publiques devait cependant fissurer cette conception exclusivement objective du *vinculum juris* dès lors

¹⁶³⁹ Michel Villey soulignait tout particulièrement cette différenciation, critiquant le fait que les philosophes modernes, en retenant une conception objective de l'obligation en tant que devoir imposé dans un rapport de droit, s'étaient finalement coupé de la conception juridique de l'obligation en tant que lien de droit subjectif entre un créancier et un débiteur dont l'objectivation par l'ordre juridique ne saurait occulter totalement sa dimension subjective. Aussi affirmait-il que « *ce pauvre concept d'obligation, les modernes l'ont transporté si loin de son lieu d'origine qu'il a perdu dans ce voyage la consistance, la netteté, la vigueur de son sens ancien* » : VILLEY M., « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, 1970, p. 299.

¹⁶⁴⁰ VILLEY M., *op. cit.*, p. 300.

¹⁶⁴¹ Voir sur ce point : GAUDEMET J., « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19 et s.

¹⁶⁴² Alors que l'obligation apparaissait comme un lien de droit objectif, « *l'appréhension de l'obligation va opérer, au terme des mutations de la pensée juridique, un virage radical : elle est désormais, et de plus en plus, un droit du créancier* », et donc plus généralement un lien de droit subjectif en ce qu'il est constitué d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 147.

¹⁶⁴³ Grégoire Forest rappelle en l'occurrence que l'obligation était envisagée alors comme un lien de droit d'astriction principalement objectif. Il précisait en effet que « *l'obligation du droit romain classique est, d'une part, objective. Elle ne décrit qu'un état d'astriction pesant sur le débiteur, sans jamais impliquer techniquement l'existence d'un droit subjectif du créancier* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁴⁴ Voir sur ce point : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 278 et s.

qu'il s'instaurait alors entre deux personnes juridiques distinctes et impliquait par conséquent une relation entre deux personnes, dont la création d'effets impliquait une objectivation par l'ordre juridique. Une fois dépassée la conception historique du droit public fondée sur l'unilatéralité et le déséquilibre existant entre la puissance publique d'un côté et les administrés de l'autre, il est en effet possible relever une prise en compte de l'existence de tels liens de droits unissant les personnes publiques à d'autres personnes juridiques¹⁶⁴⁵. Ainsi, tout en demeurant envisagée dans son acception de devoir contraignant omniprésente en droit administratif, l'obligation est peu à peu apparue « *comme le « lien juridique », le vinculum iuris, existant entre deux personnes, lien en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou un abstention* »¹⁶⁴⁶, et ce, malgré la persistance d'un déséquilibre inhérent à la spécificité de la sphère administrative et à la présence dans toute relation de ce genre d'une partie investie de la puissance publique¹⁶⁴⁷.

Toutefois, c'est toujours à travers un lien de droit envisagé d'un point de vue justinien¹⁶⁴⁸ que le droit administratif conçoit la fonction normative de l'obligation comme un devoir objectif garanti par l'ordre juridique. Ce faisant, la doctrine retient une conception tronquée de l'obligation en ce qu'elle ne prend pas en compte la nature intrinsèque à toute obligation traduisant juridiquement l'expression d'une volonté : l'instauration d'un lien de droit subjectif entre deux sujets de droit. Certes celui-ci doit-il être objectivé par l'ordre juridique pour produire ses effets, mais il implique toujours l'intervention de sujets de droit pour sa création et la détermination de son contenu subjectif. Les réflexions menées par la doctrine contemporaine, en droit administratif comme en droit civil, incite en l'occurrence à poursuivre le rapprochement engagée auparavant entre les différentes conceptions du lien de droit instauré par toute obligation. Elles invitent notamment à appréhender l'obligation en droit administratif à travers cette fonction normative d'instauration d'un lien de droit subjectif

¹⁶⁴⁵ Ainsi Norbert Foulquier révélait que, bien que contrainte et forcée par l'évolution du droit positif, la doctrine avait dû reconnaître finalement l'existence d'obligations de prestations à la charge de l'administration et au bénéfice des administrés. Il soulignait en effet que la condamnation de telles obligations à laquelle elle s'était jusque-là astreinte « *ne pouvait occulter (...) qu'en vertu du droit positif, de telles obligations incombaient à l'État* » : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 545.

¹⁶⁴⁶ CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 180.

¹⁶⁴⁷ Soulignons à ce titre la réticence de la doctrine de l'époque, rappelée par Norbert Foulquier, à la reconnaissance d'une quelconque obligation de faire dont pourraient se prévaloir les administrés à l'encontre des autorités publiques. Il démontrait notamment comment l'acceptation des obligations administratives de prestation avait finalement eu lieu malgré l'opposition de cette doctrine : cf. : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 543 et s.

¹⁶⁴⁸ Benoît Plessix indiquait effectivement que « *l'Administration et les administrés sont placés dans un rapport d'obligation (...), au sens classique du terme, celui des Institutes de Justinien, opposant un créancier et un débiteur* » en vertu de l'ordre juridique : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 278.

malgré les réticences initiales de la doctrine. Plus particulièrement, l'inspiration civiliste conduit à confirmer que « *dans les rapports d'obligation en droit public, le vinculum juris évoque tout autant le fait de retenir un sujet de droit dans un lien (comme expression de la puissance publique commandante dans une relation juridique objective) que celui pour un sujet de s'unir à un autre pour établir une collaboration spontanée et volontaire (comme expression d'une relation juridique subjective entre deux personnes distinctes)* »¹⁶⁴⁹. En outre, la conception néo-classique de l'obligation admet désormais une telle dualité du *vinculum juris* qu'il est possible d'identifier en droit administratif à partir de son instrumentalisation au service d'une relation de coopération. Ainsi une telle fonction normative d'instauration d'un lien de droit subjectif est-elle indispensable à la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative dans la mesure où ce lien constituerait le support juridique de la norme d'habilitation. L'examen de ce concept permet donc d'identifier en droit administratif l'expression renouvelée d'une fonction normative de l'obligation qui demeurerait sous-jacente. Une fonction normative qui consiste à instaurer un lien de droit subjectif au service d'une relation de coopération entre l'administration et un partenaire (1), et dont l'expression s'avère renforcée au sein du concept d'externalisation administrative par la transposition du modèle du contrat-coopération (2).

1. L'expression d'une fonction d'instauration d'un lien de droit subjectif

322.L'obligation reconnue comme un rapport de droit subjectif : un *vinculum juris*. Les premières années du XXI^e siècle ont été marquées par un vaste mouvement doctrinal de relecture des fondements du droit administratif. Aussi, de nombreux éléments considérés comme solidement ancrés ont-ils pu être remis en question par des auteurs dont l'intuition rivalise avec le talent. Ainsi en va-t-il par exemple des réflexions menées par Benoît Plessix ou encore par Norbert Foulquier qui conduisent aujourd'hui à ne plus pouvoir ergoter sur la fonction normative de l'obligation en matière administrative : à savoir, établir un lien de droit entre deux personnes juridiques distinctes dont l'une au moins est une personne publique, et donc à ne plus ignorer sa dimension subjective. Il ne s'agit toutefois pas de s'arrêter à ce constat mais plutôt de tâcher d'en poursuivre l'identification qui, bien qu'admise aussi bien par la doctrine que par le droit positif, n'en demeure pas moins relativement peu envisagée. Une posture d'autant plus pertinente que le concept d'externalisation administrative incite, par

¹⁶⁴⁹ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 285.

l'instrumentalisation de l'obligation à laquelle il procède, à s'intéresser plus avant à cette fonction qu'elle y endosse. Il convient cependant de revenir brièvement sur ces questionnements contemporains des fondements du droit administratif afin de mieux appréhender par la suite l'influence de ce concept sur la prise en compte de cette fonction normative de l'obligation en matière administrative en tant que *vinculum juris* unissant les autorités publiques et les particuliers. Alors que Norbert Foulquier démontrait habilement que le rejet doctrinal de principe de la notion de droit public subjectif ne devait pas masquer son existence à travers la reconnaissance en droit positif de liens juridiques unissant l'administration et les administrés¹⁶⁵⁰, Benoît Plessix rappelait quant à lui que l'influence du droit civil sur la construction du droit administratif devait nécessairement conduire à y déceler l'expression de l'obligation en tant que lien de droit établi entre une personne publique et une autre personne juridique distincte¹⁶⁵¹ dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative. Des liens qu'il est possible de déceler, en creux, à travers l'expression juridique de l'externalisation administrative par l'instrumentalisation de l'obligation et qui apparaissent donc désormais à la fois comme des liens de droit objectif en ce qu'ils demeurent garantis par l'ordre juridique, mais aussi subjectifs en ce qu'ils font naître des droits subjectifs au profit de chacune des parties.

Le sens de l'argumentation élaborée par Norbert Foulquier invite en effet à dépasser le bannissement de la notion de droit public subjectif consécutif à l'ostracisme dont fut longtemps frappé le courant subjectiviste de la doctrine française afin de prendre la mesure réelle des rapports de droit irriguant tout naturellement la sphère administrative sous la forme des obligations¹⁶⁵². Une évolution largement opérée en fin de compte à partir de la reconnaissance définitive de la personnalité morale des personnes publiques et la soumission

¹⁶⁵⁰ Norbert Foulquier remarquait effectivement que si « *la jurisprudence administrative a toujours laissé une place importante à l'idée de droit subjectif des particuliers (...), les pétitions de principe selon lesquelles le recours pour excès de pouvoir était nécessairement objectif, interdirent d'en prendre pleinement conscience* » : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 178, pour rappeler par la suite que « *la doctrine française négligea le fait que le droit subjectif fût avant tout un rapport de droit* ».

¹⁶⁵¹ Benoît Plessix rappelait effectivement que l'influence romaniste et civiliste du droit administratif révélait une définition singulière de l'obligation en vertu de laquelle « *l'obligation administrative est un lien de droit par l'effet duquel l'Administration ou un administré se trouve contraint à la nécessité d'exécuter une prestation* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 284.

¹⁶⁵² Il ne manquait d'ailleurs pas de relever que si, « *d'une part, « tout droit est un rapport de droit » (...) et d'autre part, tout rapport de droit implique une obligation* », la notion d'obligation en tant que support juridique de ces rapports en droit administratif s'imposait nécessairement comme une évidence au point qu'il apparaissait nécessaire d'assurer « *la réception des droits publics subjectifs en droit administratif français* » au moyen notamment d'une appréhension plus poussée du « *rapport juridique imposant une obligation d'une personne envers une autre* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 179.

de l'administration au respect du droit¹⁶⁵³, qui permit « *la conceptualisation et l'explicitation de la notion de rapport administratif d'obligation* » par la doctrine, ainsi qu'au juge administratif de lier « *les personnes administratives aux particuliers par de véritables rapports d'obligation* »¹⁶⁵⁴. Après avoir strictement exclu l'idée soutenue par les objectivistes selon laquelle la puissance publique ne saurait se lier d'une quelconque manière par des rapports de droit dans le cadre de son action¹⁶⁵⁵, la doctrine parvint effectivement à se défaire de cette vision pour finalement revenir à une approche fidèle aux premières appréciations de Maurice Hauriou sur le droit administratif, envisagé comme « *celui qui règle les rapports de l'administration et des administrés* »¹⁶⁵⁶. Bien qu'ils aient pu un temps être envisagés comme une source d'affaiblissement de la puissance publique, ces rapports d'obligation s'imposèrent peu à peu comme le maillage élémentaire des relations juridiques entretenues par les autorités administratives, et ce tout particulièrement dans l'hypothèse d'une collaboration de celles-ci avec les particuliers défendue par Maurice Hauriou¹⁶⁵⁷. Selon ce dernier, en-dehors des situations objectives d'exercice de la puissance publique (et donc de la réalisation de la compétence normative), les relations de coopération entretenues par l'administration avec ses administrés reposaient nécessairement sur l'instauration d'un *vinculum juris* fondé sur l'obligation¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵³ Norbert Foulquier soulignait d'ailleurs « *que les conditions des rapports juridiques qu'impliquent les droits publics subjectifs se trouvent réunies grâce à la généralisation de la personnalité administrative et au développement du contrôle de la légalité qui, en devenant de plus en plus concret, a mis en évidence la confrontation de l'administration avec les droits des administrés* » favorisant d'autant plus l'émergence de la nécessité d'une prise en compte des obligations détenues par les particuliers à l'encontre des autorités administratives : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁵⁴ FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁵⁵ Citons notamment à ce titre les deux principaux animateurs du débat doctrinal durant toute la première moitié du XXe siècle qui, s'ils s'opposaient sur une grande majorité des sujets qu'ils appréhendaient, se rejoignaient sur cette question du rapport de droit en droit administratif : Léon Duguit et Maurice Hauriou. Alors que le maître de Bordeaux soutenait invariablement une conception objectiviste de l'ordre juridique en vertu de « *laquelle il était possible de faire l'économie du droit subjectif et du rapport de droit grâce à la distinction des situations générales reposant sur des actes généraux et impersonnels et des situations subjectives résultant d'actes individuels (...)* (et) *en écartant la prise en considération des personnes juridiques et de leurs droits pour la sanction du principe de légalité* » (FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 184), son contradicteur de la ville rose admettait également que la reconnaissance de droit public subjectif devait nécessairement être limité au risque « *de transformer le droit administratif en un système d'obligations réciproques et de fragiliser l'autorité de l'administration* » (FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 186).

¹⁶⁵⁶ HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 1. C'est d'ailleurs en grande partie des réflexions conduites par ce dernier que devait émerger l'appréhension du rapport de droit administratif à l'aune de la notion d'obligation.

¹⁶⁵⁷ Très tôt, Maurice Hauriou avait effectivement affirmé que la « *société de collaboration, que l'administration contracte avec l'administré, nous devons la considérer comme établie surtout entre la puissance publique d'une part, et d'autre part, l'administré propriétaire* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 87, et que « *les prérogatives des particuliers enfermaient alors l'administration dans des rapports d'obligation soumis à un contrôle plein et entier du juge* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 187.

¹⁶⁵⁸ C'est d'ailleurs cette notion qu'il est possible de déceler à travers la référence faite à cet « *élément de droit subjectif* » qu'il considérait être au fondement même des rapports juridiques entretenus alors par les personnes publiques : HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 195. En outre, il ajoutait plus loin

Ainsi Maurice Hauriou devait-il raviver pour l'avenir l'intérêt de la doctrine pour l'étude des obligations en matière administrative¹⁶⁵⁹. Une inclination qui, en outre, ne devait pas tarder à se concrétiser par la généralisation de l'observation des rapports de droit établis aux moyens d'obligations par les personnes publiques, en tant que personnes morales consacrées, dans un champ toujours plus vaste de mise en œuvre de leurs compétences, principalement matérielles¹⁶⁶⁰. La notion d'obligation s'étendait donc considérablement à mesure qu'était admise la présence de rapports juridiques inhérents à la mise en œuvre de l'action administrative reliant les personnes publiques compétentes aux particuliers. Une généralisation de ce rapport juridique qu'accentuait encore davantage l'influence du droit civil à la fois sur la construction du droit par le juge et sur sa conceptualisation par la doctrine et qui conduit contribua à « *construire ce que le droit public ne lui a pas légué : un régime des rapports d'obligations entre personnes publiques et privées* »¹⁶⁶¹ appuyé notamment sur l'identification d'un *vinculum juris* dépassant largement les frontières du contrat¹⁶⁶². Toutefois, c'est par une forme d'émancipation par rapport aux présumés civilistes que la doctrine administrativiste parvint à dégager de situations apparemment objectives, ou du moins de situations le plus souvent générales et impersonnelles caractéristiques de l'action publique normative, l'existence avérée de rapports juridiques fondés sur l'obligation¹⁶⁶³ ; autrement dit, pour admettre que ce *vinculum juris* que l'obligation a pour fonction d'instaurer constitue le ferment essentiel des relations entretenues par les autorités administratives,

que « *le rapport de droit est une relation entre deux sujets ; par là, sa nature subjective se trouve établie* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 256. Il soutenait néanmoins qu'il était indispensable que de tels rapports ne puissent être appréhendés exclusivement par une approche subjective.

¹⁶⁵⁹ Norbert Foulquier reconnaissait en effet « *que Maurice Hauriou apportait à ses contemporains la preuve que les droits subjectifs nécessitaient, engendraient et reposaient sur des rapports de droit qui, mettant en présence des personnes publiques et privées, renforçaient les obligations administratives* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁶⁰ Roger Bonnard reconnaissait par exemple l'existence d'obligations unissant l'administration aux administrés et garantissant à ceux-ci l'accomplissement de diverses prestations par celle-là, dans leur intérêt. Il s'imposa même comme l'un des premiers auteurs à admettre qu'à travers les rapports juridiques instaurés par les obligations apparaissaient « *les droits subjectifs des administrés comme prétentions visant les exécutions matérielles de l'administration* » : BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Delagrave, 1934, p. 67. Il ajouterait d'ailleurs plus tard que « *les obligations juridiques de l'administration sont établies dans l'intérêt des particuliers et pour sauvegarder leurs libertés* » : BONNARD R., *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, LGDJ, 2^e éd., 1939, p. 266.

¹⁶⁶¹ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 278.

¹⁶⁶² Benoît Plessix soulignait effectivement que « *ce que le Conseil d'État a donc cherché à construire, en utilisant le droit civil, c'est un régime de paiement (lato sensu) des obligations contractées en matière administrative, ce qui dépasse les seules relations contractuelles* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 286.

¹⁶⁶³ Alors que, jusque-là, « *toute la construction de la collaboration d'Hauriou reposait sur cette idée que l'obligation de l'administration n'existait qu'une fois individualisé l'administré, atteint par l'exécution de la décision administrative* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 209.

personnes morales, avec d'autres personnes juridiques distinctes¹⁶⁶⁴. Une hypothèse défendue d'ailleurs dès les années 1930 par Roger Bonnard¹⁶⁶⁵ pour lequel le pouvoir juridique exercé par les personnes publiques instaurait bel et bien un tel lien de droit, par le biais des obligations, entre l'administration et les administrés. Mais une hypothèse qui devait rester longtemps minoritaire, si ce n'est silencieuse, jusqu'à son exhumation par les tenants d'une réflexion attentive à la notion d'obligation en droit administratif.

À compter des travaux conduits par Marcel Waline, la doctrine souligna à plusieurs reprises la nécessité d'une étude fouillée et systématique de l'obligation au-delà des seules considérations à l'égard de ses sources, de son exécution ou de son extinction et dépassant sa stricte prise en compte en tant que rapport de droit objectif¹⁶⁶⁶. Yves Gaudemet se saisirait d'ailleurs bien plus tard de cette problématique en suggérant de faire reposer la théorie des obligations en matière administrative sur la théorie générale des obligations¹⁶⁶⁷ en affirmant que « *le droit général des obligations est commun au droit privé et au droit public* »¹⁶⁶⁸ ; il désigne alors invariablement un lien de droit unissant deux personnes juridiques distinctes par essence subjectif. Une posture partagée également par Jean Waline¹⁶⁶⁹ et d'autres auteurs à l'aube du XXI^e siècle qui conduit à la reconnaissance d'une fonction normative ignorée de l'obligation en droit administratif consistant en l'instauration d'un *vinculum juris* envisagée par la théorie générale des obligations comme « *un lien entre deux ou plusieurs personnes* »¹⁶⁷⁰. Aussi convient-il d'en apporter une confirmation supplémentaire et une

¹⁶⁶⁴ Une suggestion qu'avaient d'ailleurs déjà avancé en des termes généraux Marcel Planiol et Georges Ripert lorsqu'ils affirmaient que « *l'obligation a donc pour effet de lier l'une à l'autre (deux personnes), elle forme ce que l'on appelle un lien de droit (vinculum juris) (...) un rapport établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujet passifs* » : PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, F. Pichon et Durand-Auzias, 12^e éd., 1932, p. 298 et 299.

¹⁶⁶⁵ Voir notamment à partir de : BONNARD R., *Précis de droit administratif*, Sirey, 2^e éd., 1935.

¹⁶⁶⁶ Il s'engagea d'ailleurs sur cette voie à travers l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État éclairée par les règles fixées par le Code civil, et appela ses successeurs à déterminer « *ce qui, dans les applications faites de la théorie (générale des obligations), est spécifique du droit public, et pour quelles raisons* » : WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 643.

¹⁶⁶⁷ Il se proposait en effet « *de s'interroger sur ce silence de la doctrine publiciste pour examiner ensuite ce qu'un exposé transposé des obligations apporterait à la réflexion de droit administratif* », alors que « *les auteurs publicistes, même les plus anciens formés au droit civil et au droit romain, n'ont guère repris cette présentation du droit des obligations pour lui donner corps dans l'exposé général du droit administratif* » : GAUDEMET Y., « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Nonagesimo Anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 615 et 614.

¹⁶⁶⁸ GAUDEMET Y., *op. cit.*, p. 625.

¹⁶⁶⁹ WALINE J., « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 965 et s.

¹⁶⁷⁰ DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 43. Une fonction normative qui aurait pourtant dû être prise en compte dès lors qu'il était admis que les personnes publiques puissent « *entrer dans un authentique rapport d'obligations* » avec d'autres personnes dans le cadre de leur

illustration spécifique à travers l'examen du concept d'externalisation administrative et de la place centrale qu'il attribue à cette fonction normative de l'obligation consistant en l'instauration d'un lien de droit subjectif entre deux personnes juridiques distinctes.

323. Une fonction réaffirmée dans le cadre de l'externalisation administrative. La reconnaissance d'une fonction normative liée à la création d'un lien de droit subjectif adossée à l'obligation en droit administratif se révèle clairement à une autre échelle, plus grande et donc plus précise : celle du contrat. Roland Drago affirmait en effet, illustrations jurisprudentielles à l'appui, qu'« *en matière contractuelle (...) la notion d'obligation venant du droit civil (et donc ce *vinculum juris* qu'elle y exprime à titre principal) trouve son application en droit public et manifeste une certaine tendance vers l'unité* »¹⁶⁷¹. Le juge administratif lui-même l'identifiait d'ailleurs, à travers la définition qu'il retenait du contrat, lorsqu'il considérait que ce dernier exprimait de la part des parties contractantes la « *volonté de se lier par des obligations réciproques* »¹⁶⁷² ; en d'autres termes, que le contrat conclu par les parties n'était finalement qu'une enveloppe destinée à contenir les obligations qui établissent un lien de droit subjectif qui les unit à partir de la manifestation de leur volonté et par la création d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques. Une telle fonction s'exprime toutefois bien au-delà du seul *instrumentum* contractuel à travers l'ensemble des actes juridiques par lesquels l'administration organise la mise en œuvre de son action, la réalisation de sa compétence matérielle, par des relations qu'elle tisse avec d'autres personnes¹⁶⁷³. De droit public comme de droit privé, les rapports juridiques entretenus par des

intervention au service de l'intérêt général : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 184.

¹⁶⁷¹ DRAGO R., *op. cit.*, p. 47. Rien de surprenant en effet à ce que le contrat administratif constitue un terrain d'expression particulièrement favorable à la réception de cette fonction traditionnelle de l'obligation entendue comme celle visant à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre une personne publique et une personne juridique distincte. Aussi Marion Ubaud-Bergeron rappelle-t-elle par exemple que la différenciation des régimes juridiques du contrat administratif et du contrat en droit privé « *n'affecte pas au final l'unité conceptuelle de la notion, qui, elle, repose essentiellement sur la manifestation de volontés et la force contraignante qui en découle : le contrat reste un accord de volonté par lequel des parties s'engagent à des droits et obligations réciproques* » et exprime donc toujours un lien de droit instauré entre plusieurs personnes juridiques distinctes : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 30.

¹⁶⁷² CE, 20 mars 1996, *Cne de Saint-Céré*, rec. p. 87.

¹⁶⁷³ Sous l'influence de la doctrine civiliste, il était d'ailleurs admis que « *l'acte juridique noue, transforme ou défait un lien entre un sujet actif, titulaire d'un droit, et un sujet passif, tenu envers le premier d'un devoir* » comme le rappelle Anne-Laure Girard à l'occasion de sa réflexion sur la formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral comme manifestation de la volonté des personnes publiques : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 320. Elle souligne également que Maurice Hauriou établissait déjà une telle conception de l'acte juridique administratif, unilatéral ou contractuel, fondée sur la création d'un rapport de droit à partir des obligations qu'il contient s'agissant des actes accomplis dans le commerce juridique, et notamment s'agissant des relations d'échange. Elle précise en effet que, selon lui, « *les décisions exécutoires qui se*

personnes distinctes reposent en effet nécessairement sur des obligations issues de leur volonté de s'associer en vue de la réalisation d'un objectif déterminé¹⁶⁷⁴. Qu'il s'agisse d'une relation d'échange, d'alliance ou de coopération, l'obligation demeure alors invariablement au cœur de chacun de ces dispositifs, dans la mesure où elle constitue la pierre angulaire de toute traduction juridique d'un lien unissant plusieurs personnes en tant que sa fonction première réside justement dans l'instauration d'un *vinculum juris* et ce, quelle que soit la logique économique animant la relation envisagée. Aussi n'est-il pas surprenant de retrouver dans toute forme d'expression juridique du concept d'externalisation administrative des obligations fonctionnellement dédiées à l'organisation d'un tel rapport de droit nécessaire à la poursuite d'un objectif commun dont la finalité réside dans la satisfaction de l'intérêt général.

Il est d'ailleurs possible de déceler au sein de chacune des manifestations juridiques de ce concept, en droit administratif, des obligations destinées à assurer l'instauration et la pérennité d'une relation juridique de coopération. Une hypothèse qui apparaît d'autant plus logiquement que les développements précédents ont permis de démontrer que l'objet de l'externalisation administrative se portait par principe exclusivement sur la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques, à l'exclusion donc de tout exercice d'un pouvoir normatif ; c'est-à-dire de tout exercice d'un pouvoir de commandement et de contrainte comme par exemple le pouvoir de police administrative. Or la pensée objectiviste développée par Maurice Hauriou à partir des années 1910 suggérait elle aussi une telle distinction des actes administratifs à partir de leur fonction de création d'un lien de droit subjectif ou d'édition d'une norme juridique en tant qu'expression autoritaire d'un devoir objectif. Plus précisément, il excluait toute possibilité d'identification d'un *vinculum juris* entre l'administration et un administré lorsque la personne publique compétente exerçait une fonction d'autorité à l'égard non d'un tiers autonome mais d'un sujet soumis au respect de ses commandements en vertu du droit objectif. Il admettait cependant que ce dernier puisse, *a contrario*, constituer les linéaments d'une relation juridique subjective dès lors que la personne publique compétente accomplissait une fonction de gestion à l'égard d'un tiers avec lequel elle interagissait volontairement¹⁶⁷⁵. Il affirmait par exemple que « *toute question*

rattachent au commerce juridique des échanges demeurent subjectives. Elles sont rapportées à la personnalité subjective des administrations publiques et créent un lien de droit » : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 338.

¹⁶⁷⁴ Ainsi Marcel Planiol soulignait-il que « *c'est donc toujours à la constatation d'un lien obligatoire que se ramène une question de droit quelle qu'elle soit* » : PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 6^e éd., 1912, p. VII.

¹⁶⁷⁵ Ainsi associait-il la dichotomie des actes d'autorité et de gestion à la distinction des actes administratifs producteurs d'une norme objective et ceux créateurs d'un rapport de droit subjectif. On retrouve notamment

d'échange de services et toute question d'argent a par elle-même la vertu d'opposer l'un et l'autre les échangistes comme des parties, et de les rendre autrui l'un par rapport à l'autre »¹⁶⁷⁶. Il opposait par conséquent l'accomplissement des activités politiques par l'expression du droit objectif et l'accomplissement d'activités économiques par l'instauration de liens de droit subjectif¹⁶⁷⁷ ; c'est-à-dire d'obligations constitutives d'un *vinculum juris* dont la fonction normative ne pouvait être ignorée bien qu'elle s'exprimât de façon consensuelle et non plus autoritaire.

Qu'elle soit alors d'échange, d'alliance ou de coopération, toute relation économique se traduit en droit administratif par l'instauration d'un lien de droit subjectif unissant une autorité administrative compétente à une autre personne juridique par le biais d'un faisceau d'obligations contenu dans un acte contractuel ou unilatéral. Il n'y aurait donc pas de raison que l'externalisation administrative puisse déroger à la règle dès lors qu'elle relève par essence de la mise en œuvre d'une logique économique de coopération¹⁶⁷⁸. Il convient cependant de poursuivre cette intuition par un travail d'approfondissement de la traduction juridique de l'externalisation administrative afin de parvenir à déterminer la place qu'y occupe l'obligation, et ainsi réaffirmer cette fonction normative d'instauration d'un lien de droit subjectif. Le point de départ de cette démonstration se situe alors au seuil de la

cette association dans sa note rédigée sous l'arrêt *Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans*. Maurice Hauriou avançait alors le critérium suivant pour distinguer ce qui relève du droit subjectif et ce qui relève du droit objectif : « *les données de la personnalité juridique, des droits subjectifs, de la propriété, de la responsabilité, etc., sont de mise toutes les fois qu'il s'agit de régler des relations avec autrui, c'est-à-dire des relations dans lesquelles il y a deux parties en présence (...); au contraire, ces données subjectives ne sont pas de mise et doivent être remplacées par des notions objectives, toutes les fois qu'il s'agit de régler des situations d'organisation intérieure de l'État qui ne supposent pas de relations avec autrui, c'est-à-dire à propos desquelles les organes intéressés ne peuvent pas être opposés l'un à l'autre comme des parties* : CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans* ; note HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, T. III, Sirey, 1929, p. 214. Notons que cette distinction rejoignait en outre dans son esprit celle opposant le contentieux de l'annulation, contentieux objectif, et le contentieux de pleine juridiction, contentieux subjectif. Si dans le premier « *il n'y a pas contestation d'autrui à autrui* », le second exprime à l'inverse l'opposition de deux parties : CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans* ; note HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, T. III, Sirey, 1929, p. 214.

¹⁶⁷⁶ CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans* ; note HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, T. III, Sirey, 1929, p. 214.

¹⁶⁷⁷ Maurice Hauriou Précisait en effet que « *cette distinction se ramène à ceci que, dans le droit public, ce qui relève uniquement des phénomènes politiques peut être traité par le droit objectif, mais ce qui relève des phénomènes économiques (et ils ont une large action dans le droit public) doit rester sous l'empire du droit subjectif* » : CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans* ; note HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, T. III, Sirey, 1929, p. 215.

¹⁶⁷⁸ Qui plus est, son essence coopérative conduit intuitivement à une telle conclusion dans la mesure où elle suppose l'instauration d'un lien entre plusieurs personnes distinctes dès lors qu'elle suggère étymologiquement l'action de travailler ensemble : de *co-operare*.

détermination de la manifestation en droit administratif de l'essence coopérative de l'externalisation que les développements de la première partie ont permis de mettre en évidence, et que ceux du titre précédent ont permis de préciser et d'identifier en droit positif. Toute externalisation repose en effet sur une relation instaurée entre une organisation et un partenaire dans le but de parvenir à la concrétisation d'un objectif commun¹⁶⁷⁹ dont la traduction peut être déterminée à l'aune du modèle du contrat-coopération ; c'est-à-dire à l'aune d'une relation contractuelle particulièrement adaptée à la transposition en droit d'une logique économique coopérative¹⁶⁸⁰ qui demeure toujours une relation juridique fondée sur un lien de droit subjectif entre deux personnes distinctes qui s'exprime par un rapport d'obligations¹⁶⁸¹.

S'agissant à proprement parler de l'externalisation administrative, Julien Boucher suggérait en outre trois caractéristiques permettant son identification en droit positif qui exprimaient chacune, plus ou moins explicitement, l'existence d'un lien de droit subjectif établi entre une autorité administrative disposant d'un titre à agir et une autre personne juridique¹⁶⁸². Il est donc irrémédiable qu'elle repose, du point de vue du droit, sur l'instauration d'une relation subjective unissant la personne publique compétente à un tiers par un rapport d'obligations qui autorise d'une part celui-ci à participer à l'exercice d'une fonction publique et d'autre part celle-là à exercer un contrôle sur son intervention. Ces trois caractéristiques ont en l'occurrence conduit la réflexion entreprise à dégager trois critères propres au concept d'externalisation administrative qui expriment tout autant l'importance accordée à cette fonction normative de l'obligation. Le critère organique, tout d'abord, renvoie explicitement au constat d'une telle réalité dès lors qu'il impose la présence de deux personnes juridiques

¹⁶⁷⁹ La conceptualisation singulière de cette essence coopérative de l'externalisation administrative a effectivement conduit à prendre en compte le fait que cet outil de gestion se définit en sciences du management comme un accord passé entre une organisation et un tiers afin de lui confier la prise en charge, l'exploitation, la gestion continue et l'amélioration d'une fonction, d'une infrastructure ou encore de processus opérationnels ne constituant pas son cœur de métier.

¹⁶⁸⁰ Aussi Suzanne Lequelle affirme-t-elle à propos de la traduction contractuelle de la logique économique de coopération que, nécessairement de nature hybride, « ces contrats se distinguent structurellement aussi bien de la matrice échangiste que de la matrice sociétaire (...) ils expriment une réalité économique originale (...) (et) relèvent d'un nouveau modèle contractuel » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 89.

¹⁶⁸¹ Suzanne Lequette démontre effectivement que, quelle que soit la finalité économique attribuée à un contrat par les parties, il se compose toujours d'un « rapport d'obligations (qui) varie selon le type de fonction économique qui est assignée au contrat » et qui constitue « l'expression du mode de coordination des intérêts économiques par le contrat » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁸² Il affirmait en effet que toute externalisation administrative implique nécessairement « l'intervention d'un tiers » qui « se voit confier l'une des missions de la collectivité ou une activité concourant à l'exécution de cette mission » dont « la collectivité conserve la maîtrise » : BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4, 5 et 6.

distinctes dont l'une au moins est une personne publique. Le critère fonctionnel, ensuite, précise davantage l'existence d'un rapport de droit subjectif dans la mesure où il suppose l'existence d'une norme d'habilitation dérivée par laquelle une autorité administrative compétente confère à un tiers le droit de participer à la réalisation d'une de ses compétences matérielles tout en conservant la maîtrise ainsi que le droit de contrôler l'intervention de son partenaire. Aussi existe-t-il donc bien un faisceau de droits subjectifs unissant les parties à l'opération d'externalisation qui puise sa source dans cette habilitation¹⁶⁸³ qui détermine en partie leurs comportements dans la relation. Le critère matériel, enfin, achève d'en apporter la confirmation dès lors qu'il implique que cette dernière serve de vecteur juridique à l'habilitation dérivée ; c'est-à-dire, finalement, de support juridique à la relation subjective instaurée entre la personne publique et son partenaire. Il confirme aussi et surtout que l'expression juridique du concept d'externalisation administrative induit une articulation particulière des obligations essentielle et accessoires afin d'organiser la relation de coopération qui la constitue. Ainsi la réaffirmation de cette fonction normative évidente de l'obligation au sein de l'externalisation administrative repose-t-elle à la fois sur une intuition issue de l'observation attentive de ce concept et des modalités de sa traduction juridique, mais aussi sur une transposition du modèle du contrat-coopération qui facilite cette traduction en droit administratif.

2. L'expression d'une fonction renforcée par la transposition du contrat-coopération

324. Une articulation singulière des obligations essentielle et accessoires. Les développements exposés durant la première partie ont permis de parachever la conceptualisation de l'externalisation administrative autour de son essence coopérative par la détermination d'un troisième critère, matériel, inhérent à l'inspiration puisée dans le modèle civiliste du contrat-coopération : celui d'une articulation des obligations propre à assurer l'instauration en droit d'une relation coopérative entre l'administration et ses partenaires¹⁶⁸⁴ ; c'est-à-dire l'instauration d'un lien de droit particulier dans une finalité de coopération. Le premier

¹⁶⁸³ Rappelons sur ce point que le concept d'externalisation administrative ici défendu recouvre effectivement l'ensemble des pratiques juridiques par lesquelles une personne publique disposant d'un titre à agir habilite par le biais d'obligations une autre personne, publique ou privée, à participer à la réalisation d'une de ses compétences matérielles.

¹⁶⁸⁴ La modélisation du rapport économique de coopération suggérée par Suzanne Lequette en droit civil éclaire en effet parfaitement la traduction qui pourrait être la sienne en droit administratif. Elle démontre en l'occurrence que, « dans le contrat-coopération, l'originalité tient moins à l'objet des obligations qu'à leur agencement » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 300.

enseignement qu'il est alors possible de tirer de cette expression civiliste de la coopération économique est qu'elle repose à titre principal sur une structure obligationnelle propre à tisser une relation de coopération entre les parties au moyen d'un *vinculum juris* porté par les différentes obligations qui la composent. Or cette structure se retrouve également en droit administratif malgré les ajustements nécessités par ses spécificités, au premier rang desquelles figure notamment son objet : la réalisation d'une compétence matérielle encadrée par le droit objectif. Il n'en demeure pas moins que la notion d'obligation endosse de cette façon une fonction normative permettant l'instauration d'un lien de droit subjectif entre des personnes juridiques distinctes. Une fonction qui se manifeste au cœur même de tout instrument de mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation de la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique¹⁶⁸⁵.

Ce premier enseignement peut en outre être prolongé d'une précision relative à l'agencement caractéristique des obligations dans le cadre de l'expression juridique de l'externalisation administrative qui ouvre la voie à un approfondissement¹⁶⁸⁶ utile de l'observation de cette fonction normative où elle s'y exprime de manière évidente aussi bien au sein d'actes contractuels qu'unilatéraux¹⁶⁸⁷ par la création d'un lien de droit subjectif. Il s'agit alors de s'atteler à une analyse de cette fonction normative par la décomposition de la structure obligationnelle du concept d'externalisation administrative, et plus précisément des instruments juridiques qui en servent l'expression¹⁶⁸⁸. Elle permet en effet d'identifier les

¹⁶⁸⁵ Ceci en parfaite conformité avec le principe de son indisponibilité relativisée par la distinction entre compétence normative et compétence matérielle. Alors que pour la première ce principe s'oppose strictement à toute possibilité d'instauration d'un lien de droit subjectif, il admet que la seconde se déploie à travers de telles relations entre l'administration et les administrés

¹⁶⁸⁶ Celui-ci peut d'ailleurs être éclairé par les transformations récentes du droit des obligations, et notamment par le nouvel article 1100 du Code civil en vertu duquel « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ». Ainsi élargit-il explicitement le champ des sources de l'obligation au-delà des seules terres contractuelles à l'ensemble des actes juridiques définis au nouvel article 1100-1 comme « *des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit* » dont celui consistant en la création d'un lien subjectif entre les parties à l'acte en question.

¹⁶⁸⁷ La confusion désormais organisée et consacrée des sources des obligations entre les actes juridiques contractuels et unilatéraux renforce effectivement l'hypothèse ici avancée en vertu de laquelle, si la traduction de l'externalisation administrative repose en partie sur une transposition du modèle civiliste du contrat-coopération, il ne saurait être question d'en limiter l'expression juridique aux seuls instruments contractuels. François Chénéde souligne d'ailleurs à ce propos qu'il s'agit d'une « *reconnaissance officielle, à côté du contrat, de l'acte juridique unilatéral, et, donc, faute de l'avoir condamné, de son espèce la plus controversée : l'engagement unilatéral de volonté, par lequel une personne s'oblige à réaliser une prestation au profit d'autrui* » ; c'est-à-dire par laquelle l'expression d'une seule volonté suffit à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre plusieurs personnes distinctes : CHÉNEDÉ Fr., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, p. 12.

¹⁶⁸⁸ Il est effectivement admis que le contenu obligatoire d'un contrat, ou de tout acte juridique créateur d'obligations, s'évalue toujours à l'aune des obligations qui le composent (Soit à l'aune du nouvel article 1188 du Code civil en vertu duquel « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en*

obligations qui participent de sa mise en œuvre ainsi que leur structure¹⁶⁸⁹ ; c'est-à-dire « *ce lien qui assure la cohésion de l'ensemble* »¹⁶⁹⁰ et qui constitue finalement le lien de droit unissant les parties. Or, dans la mesure où la traduction de l'externalisation en droit administratif repose en grande partie sur une inspiration tirée du modèle civiliste du contrat-coopération, ce dernier appelle nécessairement une prise en compte accrue de ces obligations essentielles et accessoires dont l'agencement singulier constitue une caractéristique prépondérante de la relation coopérative qu'elles ont pour finalité d'organiser.

Le modèle conçu par Suzanne Lequette repose en l'occurrence sur le dévoilement d'une structure obligationnelle dédiée à la traduction en droit de la mise en œuvre d'une logique coopérative¹⁶⁹¹ à travers l'organisation d'un rapport d'obligations destiné à instaurer « *un lien hybride* »¹⁶⁹² entre les parties, à mi-chemin entre l'échange et la concentration. Ce lien de droit que s'efforce donc d'établir le modèle du contrat-coopération afin de retranscrire juridiquement la logique économique coopérative se « *tisse entre les obligations contractuelles pour unir les intérêts économiques des parties* »¹⁶⁹³ et faciliter la réalisation d'un projet commun. Il correspond en outre à la nécessité d'articuler une prestation instrumentale et une prestation finale et se traduit donc juridiquement sous la forme concrète d'un *vinculum juris* subjectif en vertu duquel « *une partie obtient le droit d'exiger une prestation qui vient s'ajouter à sa propre prestation* (que l'autre partie est également en droit d'exiger) *et la compléter* »¹⁶⁹⁴. Bien qu'il ne soit pas question d'instaurer alors une relation

s'arrêtant au sens littéral de ses termes », soit de l'ancien article 1156 selon lequel « *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». L'objectif de cette interprétation étant toujours de parvenir à déterminer le plus fidèlement possible eu égard à la volonté des parties ce à quoi « *les conventions obligent* », soit « *non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » comme l'imposait l'ancien article 1135 du Code civil et désormais codifié au nouvel article 1194). Cela implique en l'occurrence de déterminer la fonction qu'elles endossent afin d'assurer l'adéquation des fins poursuivies et des moyens employés.

¹⁶⁸⁹ Si la recherche et l'identification des obligations essentielles d'un contrat participent de sa qualification, Jacques Ghestin ajoutait en effet que « *cette recherche s'avère parfois insuffisante pour déterminer la qualification et il devient nécessaire de s'attacher à la structure du contrat* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001, p. 117.

¹⁶⁹⁰ TERRÉ Fr., « Volonté et qualification », *APD*, 1957, p. 114.

¹⁶⁹¹ Aussi rappelle-t-elle que « *la structure est (...) une imbrication, un agencement d'éléments qui trouve sa cohérence autour d'une finalité* » et que, par conséquent, pour lier juridiques les intérêts économiques des parties afin d'instaurer une relation de coopération, « *la structure de ce rapport d'obligations (...) est ainsi l'expression du mode de coordination des intérêts économiques par le contrat* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁹² LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁹³ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁹⁴ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 139. Et d'ajouter qu'en vertu de ce lien de droit composé d'obligations essentielles et accessoires, « *chacun des partenaires obtient le droit d'exiger non pas une contre-prestation* (comme cela est le cas dans le cadre d'un contrat-échange) *mais un co-prestation c'est-à-dire une prestation complémentaire de celle qu'il s'engage à exécuter* ».

juridique par la formation d'obligations réciproques antagonistes, il émerge toutefois de ce modèle une relation juridique composée d'obligations réciproques complémentaires¹⁶⁹⁵ unissant chacune des parties l'une à l'autre pour la réalisation d'un objectif commun par un *vinculum juris* qui contribue à l'expression en droit de l'instauration d'une relation coopérative et dont chacun retire un droit subjectif propre à satisfaire son intérêt ; c'est-à-dire un lien de droit subjectif.

Ce rapport de droit fondé sur l'articulation d'obligations réciproques complémentaires se retrouve au cœur même de la transposition juridique du concept d'externalisation administrative. Il s'émancipe toutefois, dans une certaine mesure, du modèle du contrat-coopération par des ajustements rendus nécessaires par la spécificité inhérente au droit administratif. Alors qu'il est aisé d'y retrouver une articulation des obligations essentielle et accessoires à l'instar de son pendant en droit civil, la première se présente dans la structure obligationnelle de la relation subjective instaurée sous une forme unifiée qui s'exprime à travers la norme d'habilitation dérivée, celle-ci apparaissant alors comme une obligation plurale et non plus multiple¹⁶⁹⁶. Loin de surprendre¹⁶⁹⁷, cela confirme d'une part que l'obligation essentielle affiche en elle-même explicitement une telle fonction normative en ce qu'elle concrétise juridiquement la volonté des parties de s'unir pour la réalisation d'un projet commun par un lien de droit subjectif¹⁶⁹⁸. Il convient d'autre part de relever que son articulation avec les obligations accessoires manifeste également l'existence de ce lien de droit subjectif instauré entre une autorité administrative et une personne juridique distincte.

¹⁶⁹⁵ Notons que Suzanne Lequette rejette, au moins pour assurer une différence formelle entre la réciprocité du contrat-permutation et celle du contrat-coopération, le vocable de la réciprocité pour le second. Elle affirme en effet que « *le contrat-coopération, en raison de son originalité structurelle repose quant à lui non pas sur un rapport de réciprocité mais sur un rapport d'adéquation moyen-fin* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 139 et 140. Nous pensons cependant que l'emploi du terme de réciprocité désigne également cette configuration singulière du contrat-coopération dans la mesure où l'adéquation en question, et le lien de droit qui en découle entre les parties, repose bel et bien sur des obligations réciproques voulues par ces dernières.

¹⁶⁹⁶ Suzanne Lequette démontre en effet que, dans le cadre du modèle du contrat-coopération, il existe deux obligations essentielles complémentaires exprimant pour l'une l'engagement d'une partie à fournir la prestation instrumentale et pour l'autre l'engagement à accomplir au moyen de la première la prestation finale : cf. LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300 et s.

¹⁶⁹⁷ Rappelons que la réforme récente du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 consacre à son nouvel article 1306 la dimension plurale de l'obligation « *lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur* ». Cela confirme même dans une certaine mesure l'unification des obligations essentielles dans le cadre de la traduction en droit administratif de l'externalisation, évoquée à l'issue de la conceptualisation de l'externalisation administrative proposée durant la partie précédente, en une seule obligation plurale contenue dans la norme d'habilitation dérivée par laquelle l'une des parties obtient le droit de participer à la réalisation d'une compétence matérielle et l'autre celui d'exercer un contrôle sur le respect des conditions de cette réalisation à laquelle s'engage l'acteur habilité.

¹⁶⁹⁸ Une relation qui repose explicitement sur un rapport réciproque de droits et d'engagements assurant la complémentarité de leur action au service de leur coopération.

Or cette articulation est indispensable dans la mesure où elle contribue à assurer l'organisation juridique et le maintien de la relation de coopération. Alors que l'obligation essentielle assure à titre principal la complémentarité des prestations instrumentale et finale, les obligations accessoires, mais pas superflues, « *agissent sur les conditions de l'opération de coopération et renforcent l'efficacité* »¹⁶⁹⁹ de l'obligation essentielle comme de la relation coopérative qu'elles contribuent à assurer. Cela se matérialise concrètement par l'édition d'une norme d'habilitation dérivée exprimée par l'obligation essentielle et par celle d'obligations accessoires sous la forme d'obligations de protection de l'intérêt général, comme par exemple les obligations de service public. Quoi qu'il en soit, les unes comme les autres endossent bien une fonction normative d'instauration d'un lien de droit subjectif entre les parties.

325. La manifestation évidente d'un lien de droit subjectif entre les parties. Mais c'est en premier lieu leur articulation qui révèle effectivement un faisceau de droits et d'engagements réciproques qui unissent les parties dans une relation dont la finalité est de parvenir à la réalisation d'un objectif commun satisfaisant les intérêts propres à chacune des parties et l'intérêt général. Au-delà de leur fonction respective, cet agencement singulier manifeste l'expression d'un lien de droit subjectif à partir duquel la relation de coopération s'instaure entre les parties au service de la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique. Ainsi est-ce à travers cette articulation qu'apparaît le *vinculum juris* au cœur de la relation d'externalisation administrative. Lequel est porté par la notion d'obligation dans la mesure où toute traduction en droit d'une opération économique de coopération présente une « *originalité (qui) tient moins à l'objet des obligations qu'à leur agencement* »¹⁷⁰⁰. Et si finalement il ne persiste qu'une seule obligation essentielle, il est toujours possible d'identifier ce lien de droit lorsqu'elle s'associe à des obligations accessoires qui contribuent à son renforcement et assurent la pérennité de la coopération recherchée au service de l'intérêt général¹⁷⁰¹ tout en ménageant les intérêts particuliers. Une telle articulation des obligations

¹⁶⁹⁹ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 317.

¹⁷⁰⁰ LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 300. Ou encore que « *son originalité ne provient pas véritablement des obligations qu'il fait naître mais de leur combinaison particulière et de l'esprit dans lequel elles sont conçues* » à l'instar du contrat de joint venture : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, p. 48.

¹⁷⁰¹ Il a pu d'ailleurs être démontré par exemple que, dans le cas particulier du service public, « *sous la lumière de l'intérêt général, le service public s'incarne et se dévoile dans les obligations contractuelles ; il se fragmente* » (CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 241) en autant d'obligations accessoires que nécessite la bonne réalisation de l'obligation essentielle.

pourrait donc suffire à identifier, à l'aune d'une approche structurale¹⁷⁰² des actes juridiques exprimant la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, le lien de droit qu'elles ont dès lors clairement pour fonction d'instaurer. Mais en arrière-plan de cet agencement singulier, c'est aussi aux obligations essentielle et accessoires en tant que telles qu'il convient de s'intéresser, afin de confirmer la teneur de cette fonction normative traditionnelle de l'obligation au sein de l'externalisation administrative.

Elles expriment en effet invariablement au regard du droit civil comme du droit administratif un lien de droit unissant les différentes parties à un acte juridique expression de leur volonté¹⁷⁰³ et instrument de la satisfaction de leurs intérêts. La doctrine civiliste va toutefois plus loin dans la précision de la nature de ce lien de droit par l'association à laquelle elle procède parfois de l'obligation et du droit personnel qui, par opposition au droit réel – droit de propriété, se caractérise par son exercice à l'égard d'une autre personne et non d'une chose. Dans ces conditions la fonction normative attendue de l'obligation réside explicitement dans l'établissement d'un lien de droit subjectif entre deux personnes juridiques distinctes et leur patrimoine respectif¹⁷⁰⁴. Quel que soit leur objet, les obligations et leur agencement entre elles au sein d'un même acte juridique¹⁷⁰⁵ constituent par conséquent à travers cette fonction « *l'instrument des échanges économiques entre les sujets de droit* »¹⁷⁰⁶ et en tant que tel la clef de voûte de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif. Leur articulation est d'ailleurs destinée à instaurer une relation de coopération et compose ce lien de droit subjectif entre plusieurs personnes en vertu duquel ces dernières sont tenues l'une envers l'autre de faire quelque chose, chacun ayant dans ces conditions la charge de participer selon son rôle à l'accomplissement de l'objectif fixé. Cette articulation confirme donc l'expression d'une fonction normative subjective de l'obligation dans la mesure où elle vise l'organisation des conduites humaines, ici des parties, qui se retrouve de manière flagrante à travers

¹⁷⁰² Une approche que Laure Marcus suggère d'ailleurs d'adopter afin de renouveler la classification traditionnelle des contrats publics dans la mesure où il est admis que « *la distinction des contrats-échange et des contrats-organisation (...) illustre la fonction de la structure contractuelle* » : MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 407.

¹⁷⁰³ Une expression que confirme l'étymologie même du terme obligation issu du latin *obligare*, lui-même dérivé de *ligare* : lier et de *ob* : en vue de. L'obligation est donc par définition un lien destiné à la réalisation d'un objectif déterminé.

¹⁷⁰⁴ Ainsi Christian Larroumet et Sarah Bros rappellent-ils par exemple que « *l'obligation est un lien entre deux sujets de droit ou mieux, en droit moderne, entre deux patrimoines* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 20.

¹⁷⁰⁵ C'est-à-dire de « *toute situation juridique résultant de la volonté des sujets de droit dans le domaine patrimonial comme dans le domaine extrapatrimonial* » incluant par conséquent les contrats et « *des actes juridiques unilatéraux en ce sens qu'ils sont le produit d'une seule volonté et non pas d'un accord de volontés* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 36 et 37.

¹⁷⁰⁶ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 20.

l'examen de la structure obligationnelle de l'externalisation administrative et du lien de complémentarité ordonnancée des obligations qu'il révèle¹⁷⁰⁷. Dès lors, si par l'intermédiaire de ce lien la vocation de l'obligation « *est de procurer au créancier le bénéfice d'une activité du débiteur* »¹⁷⁰⁸, sa fonction normative se manifeste de manière évidente dans la mesure où la structure mise en place vise l'instauration d'une relation dans laquelle chacune des parties, par les obligations qui les engagent réciproquement, procure le bénéfice de son activité à son partenaire mais aussi, et surtout, au bénéfice de leur intérêt commun à savoir l'accomplissement d'une compétence matérielle.

Néanmoins, les critères fonctionnel et matériel de l'externalisation administrative insistent tout particulièrement sur la norme d'habilitation dérivée portée par l'obligation essentielle et qui recouvre l'accomplissement d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale par chacune des parties à l'acte. Il est par conséquent aisé de déceler à travers elle cette même fonction normative dédiée à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre l'administration et son partenaire qui s'exprime à travers un faisceau de droits et d'engagements réciproques les unissant l'un à l'autre. Envisagée comme une norme d'habilitation dérivée au moyen de laquelle une personne publique autorise une autre personne juridique à intervenir dans la réalisation d'une compétence matérielle, l'obligation essentielle apparaît en effet, d'une part, comme une source de droits subjectifs aussi bien pour l'une que pour l'autre des parties. Alors qu'elle confère au partenaire de l'administration un droit à exercer une activité d'intérêt général sans lequel elle ne pourrait y parvenir¹⁷⁰⁹, elle permet également à cette dernière de conserver la maîtrise de sa compétence et lui attribue concomitamment le droit d'exercer un contrôle sur l'intervention de celui-là. La norme d'habilitation dérivée instaure ainsi un lien de droit subjectif entre les parties à l'acte par l'intermédiaire duquel si la personne publique s'engage à conférer à son partenaire les moyens juridiques nécessaires pour la réalisation de la prestation finale, ce dernier s'engage de son côté à réaliser sous son contrôle la prestation

¹⁷⁰⁷ Celui-ci conduit en effet à déceler l'association d'une obligation essentielle et d'obligations accessoires en vue de la réalisation d'un objectif commun par l'accomplissement de prestations complémentaires, instrumentales et finale, que chacune des parties s'engage à exécuter au profit immédiat de son partenaire et in fine de l'intérêt général : ici pour assurer la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique.

¹⁷⁰⁸ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 209.

¹⁷⁰⁹ Illustrons cela en référence à la décision *Ville de Paris et association Jean Bouin* à l'occasion de laquelle le juge administratif semble effectivement reconnaître cet effet créateur de droit subjectif de l'habilitation dérivée contenue dans un contrat de concession. Les juges du Palais Royal considèrent en effet que « *ce contrat a pour objet de concéder à l'association Paris Jean Bouin le droit d'occuper et d'utiliser de façon privative les dépendances du domaine public* » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

finale qui lui incombe. Il est possible d'envisager, d'autre part, l'obligation essentielle comme un source de contraintes corollaires des droits subjectifs attribués. Alors que la cause de l'engagement de l'autorité administrative à autoriser la participation de son partenaire à la réalisation de sa compétence matérielle réside dans l'engagement de celui-ci à accomplir la prestation finale dans les conditions préalablement fixées qu'exige l'intérêt général, la cause de l'engagement de son partenaire se trouve quant à elle dans la fourniture par l'autorité administrative de la prestation instrumentale qui lui permet de satisfaire son intérêt personnel par la concrétisation de l'intérêt général. Elle apparaît donc de manière évidente comme dotée d'une fonction normative subjective en tant qu'elle instaure un lien de droit entre un créancier et un débiteur¹⁷¹⁰ composé d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques.

Une fonction qui ressort également de l'examen des obligations accessoires qui composent la structure obligationnelle de tout acte juridique employé afin de favoriser l'approfondissement et la pérennisation de la relation de coopération¹⁷¹¹. Propres à la transposition en droit administratif de ce concept à partir du modèle du contrat-coopération qui la sous-tend, elles sont tout aussi indispensables à la concrétisation du rapport de coopération qui s'instaure entre les parties à partir de l'obligation essentielle ; c'est-à-dire *in fine* du lien de droit subjectif qui les unit. De la même façon que celles-ci ont pour objet, dans le modèle civiliste¹⁷¹², d'assurer le respect par les parties d'exigences étrangères à l'expression de leur volonté, à savoir l'obligation de loyauté et de coopération par exemple, les obligations accessoires viennent renforcer le *vinculum juris* précédemment évoqué en fonction des exigences de l'intérêt général et de l'objectif poursuivi. Elles sont donc accessoires en ce qu'elles découlent de la finalité poursuivie par les parties et non de la volonté de ces dernières. Elles n'en demeurent pas moins constitutives de la relation de coopération qui les unit et participent pleinement à la fonction normative de création d'un lien de droit subjectif

¹⁷¹⁰ Benoît Plessix rappelait d'ailleurs qu'en matière administrative, la fonction de l'obligation ne se limitait pas à l'instauration d'un lien de droit. Il précisait également que, « *au cœur du vinculum juris se trouve la dette, le debitum, la prestation due à raison de laquelle le débiteur se trouve astreint envers le créancier de l'exécuter* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 286 et 287. Il ajoutait également que l'obligation administrative exprime toujours « *un lien de droit d'où découle la nécessité d'une prestation* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 287.

¹⁷¹¹ Philippe Stoffel-Munck rappelait effectivement que « *le contrat est un ordre construit où chaque clause (et donc chaque obligation) assure une fonction propre* » destinée à parfaire la relation instaurée et à atteindre l'objectif fixé par la volonté des parties : STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, p. 490.

¹⁷¹² Suzanne Lequette démontre effectivement que ces obligations, « *formellement accessoires, revêtent une portée substantielle essentielle en ce qu'elles agissent sur le lien qui unit les intérêts économiques des parties* » et « *agissent sur l'opération de coopération et plus encore, sur les conditions dans lesquelles la mise en relation des actifs complémentaires doit s'opérer* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 317.

entre les parties¹⁷¹³. D'un côté, elles chargent l'autorité administrative de veiller au respect des engagements pesant sur son partenaire. De l'autre, elles imposent à ce dernier diverses sujétions qui concourent toujours à la même finalité : assurer le respect des conditions de réalisation de cette compétence. À l'instar des obligations domaniales ou des obligations de services publics¹⁷¹⁴, les obligations accessoires renforcent par conséquent le *vinculum juris* au cœur de la relation de coopération unissant une personne publique à son partenaire à partir de l'obligation essentielle en faisant peser sur chacune des parties des obligations destinées à assurer la protection de l'intérêt général dans le cadre de l'accomplissement de la prestation finale. Aussi la fonction normative subjective de l'obligation s'exprime-t-elle à travers l'obligation essentielle et les obligations accessoires qui distribuent à chacune des parties à l'acte juridique un faisceau de droits et d'engagements, ou encore à travers leur association. Mais l'obligation présente également une dimension objective ignorée dans la mesure justement où l'obligation participe au sein de l'externalisation administrative à l'habilitation d'une personne à participer à la satisfaction de l'intérêt général.

B. Une fonction normative renouvelée de l'obligation : l'habilitation objective à satisfaire l'intérêt général

326.L'habilitation : une fonction normative objective précisée par Hans Kelsen. Ayant dégagé une triple expression de la fonction normative de l'obligation en tant que manifestation d'un « sollen » destiné à encadrer le comportement des individus en société, le maître de Vienne soulignait leur divergence sensible. Si la fonction de commandement avait

¹⁷¹³ Ainsi contribuent-elles à renforcer le lien de coopération tissé entre les deux parties en ce qu'elles assurent la convergence des intérêts en présence : de l'intérêt général et des intérêts particuliers, et confortent ainsi le lien de droit qui les unit. Il est d'ailleurs admis que « *la mise en œuvre de l'intérêt général ne suppose pas, dans l'absolu, d'obligations particulières. Pour autant, lorsqu'elle risque de se trouver en contrariété avec des intérêts privés, elle suppose le déclenchement d'obligations* » qui, dans le cas de l'externalisation administrative, peuvent être identifiées aux obligations accessoires : BARBIN É., *Le régime juridique de l'intérêt général*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, coll. Collection des mémoires de l'équipe de droit public de Lyon, n° 23, 2014, p. 92.

¹⁷¹⁴ Cette fonction normative subjective des obligations accessoires apparaît en effet à travers l'examen de l'obligation de service public ou encore de l'obligation domaniale. Alors que la norme d'habilitation dérivée contenue dans l'obligation essentielle ne suffit pas à elle seule à identifier une forme juridique d'externalisation administrative, il convient de rappeler que ces obligations accessoires sont autant de prestations à la charge du gestionnaire d'une activité de service public ou d'un exploitant du domaine public. Il s'agit en outre d'obligations « *que le gestionnaire n'aurait pas prise en charge* » (ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 218) s'il s'était agi d'une activité commerciale normale. Il est par conséquent logique d'y voir à la fois un élément caractéristique de l'expression juridique de l'externalisation administrative, ainsi qu'une manifestation supplémentaire de la fonction normative traditionnelle de l'obligation en droit administratif : instaurer un lien de droit subjectif entre plusieurs personnes distinctes.

pu en effet s'imposer longtemps aux yeux de la théorie du droit et du droit administratif comme l'unique déclaration d'un « devoir-être » imposé aux individus, il s'attela à démontrer que celle-ci s'abouchait d'une fonction de permission, et surtout d'habilitation qu'il ne saurait être question de négliger au prétexte qu'elle serait de second rang¹⁷¹⁵. Hans Kelsen poursuivait alors sa démonstration¹⁷¹⁶ par l'identification précise de celle-ci et de son positionnement spécifique par rapport aux autres¹⁷¹⁷. Si le commandement imposait selon lui un comportement déterminé à son destinataire¹⁷¹⁸, la norme d'habilitation s'en distinguait dans la mesure où elle conférerait à son destinataire une faculté juridique d'agir sans préciser le sens du comportement attendu, et sans préjuger non plus de son caractère impératif. Ainsi concevait-il différemment la dimension objective de l'obligation juridique autorisant à se détacher en partie de sa conception traditionnelle en tant que devoir, fondé sur un rapport de droit objectivé par l'ordre juridique afin d'édicter une prescription. Il était par conséquent possible d'envisager une différenciation des rapports de droit endossant l'une ou l'autre de ces fonctions normatives. Si le rapport de droit objectif au cœur du droit administratif exprimait parfaitement la fonction de commandement¹⁷¹⁹, celui qui exprimerait une fonction d'habilitation pourrait se départir de sa dimension exclusivement objective et inviterait par conséquent à suggérer qu'il puisse reposer sur des relations subjectives interindividuelles.

La reconnaissance d'une fonction habilitante de l'obligation opérée par Hans Kelsen permet par conséquent de préciser la conception traditionnelle de l'obligation en droit administratif en ajoutant à sa fonction d'instauration d'un rapport de droit objectif destiné à commander celle consistant à instaurer un rapport de droit distinct exprimant une norme d'habilitation. Celui-ci présenterait alors une dimension objective différente empruntant à la fois à la

¹⁷¹⁵ Au contraire même, il en appelait expressément à une prise en compte de « *la fonction normative de l'habilitation (qui) joue en droit un rôle particulièrement important* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 133.

¹⁷¹⁶ Il avait auparavant contesté l'opinion généralement admise en vertu de laquelle la permission serait une forme d'expression d'un commandement positif et que l'interdiction exprimerait pour sa part un commandement négatif.

¹⁷¹⁷ Il précisait en effet que « *la fonction normative de l'habilitation est différente aussi bien de celle de la permission que de celle du commandement* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 135.

¹⁷¹⁸ Et que la permission autorisait l'adoption d'un tel comportement.

¹⁷¹⁹ Il avait d'ailleurs déjà dénoncé par le passé la conception strictement subjective de l'obligation juridique affirmant que l'idée selon laquelle « *la fonction spécifique du droit, à la différence de celle de la morale, est de conférer des droits* » devait absolument être rejetée dans la mesure où de telles idées sont « *inacceptables : dire qu'il y a obligation à une certaine conduite signifie simplement que cette conduite est prescrite par une norme, rien d'autre* » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 125. Et l'auteur d'ajouter alors « *qu'obliger est une fonction essentielle du droit* ».

conception traditionnellement admise¹⁷²⁰ et à la conception classique retenue par les civilistes. Les travaux conduits par la suite par Guillaume Tusseau précisait en outre que la norme d'habilitation imprimait à l'obligation juridique une dimension objective renouvelée exprimant une fonction habilitante dépassant les conséquences de l'impérativisme développé notamment par Jérémy Bentham¹⁷²¹ et de la conception de l'obligation retenue par les romanistes et les administrativistes. De plus, à la différence d'Hans Kelsen¹⁷²², Guillaume Tusseau l'envisageait comme une norme juridique à part entière¹⁷²³ située « *au centre d'un balancement entre la recherche de ressources et la prise en compte de contraintes* »¹⁷²⁴ pour chaque acteur concerné, et donc susceptible de s'exprimer à partir d'un lien de droit subjectif comme dans le cadre du concept d'externalisation administrative.

Les développements précédents ont effectivement permis de mettre en évidence que l'obligation essentielle dans le cadre de l'externalisation administrative endosse une fonction habilitante dès lors qu'elle matérialise une norme d'habilitation dérivée qui peut être envisagée à la fois comme une ressource et comme une contrainte pour chacun des acteurs

¹⁷²⁰ Il reconnaissait d'ailleurs qu'il y avait nécessairement une obligation « *lorsqu'une norme confère à un individu le pouvoir de provoquer au moyen d'une certaine action des conséquences définies par l'ordre normatif* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 23. Et d'ajouter que l'« *on peut dire de tout comportement humain qui est prévu dans un ordre normatif comme condition ou comme conséquence qu'il est habilité et qu'il est, en ce sens, réglé de façon positive par cet ordre* ».

¹⁷²¹ Jérémy Bentham incitait en effet à envisager la norme juridique, la règle de droit, sous l'angle du commandement et à réduire strictement les énoncés habilitants à des normes incomplètes en ce qu'elles n'expriment pas une prescription impérative. Guillaume Tusseau précisait ainsi que « *J. Bentham note que l'énoncé habilitant du souverain ne semble pas véritablement commander* » ce qui le « *conduit à comprendre les énoncés habilitants comme des fragments de règles de droit prescriptives* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 65 et 67.

¹⁷²² Qui percevait la norme d'habilitation exclusivement comme un rouage nécessaire au fonctionnement d'un ordre juridique dynamique (Il soulignait par exemple son importance dans la sphère administrative dès lors qu'elle déterminait le champ de compétence des autorités publiques en-dehors de leurs relations avec les particuliers. Il démontrait en effet qu'il était « *aisé d'apercevoir (...) les fonctions des organes juridictionnels et administratifs habilités à cet effet par l'ordre juridique qui consistent à créer des normes juridiques individuelles en application de normes générales* » et que ces compétences relevaient donc « *d'une habilitation à créer des normes juridiques* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 152. Il précisait en outre que « *attribuer à la collectivité un acte de conduite humaine signifie simplement rapporter cet acte à l'ordre qui fonde cette collectivité, le concevoir comme un acte habilité par cet ordre normatif* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 154) dans lequel une norme objective de comportement n'est valide que si son auteur est habilité par le droit objectif à la produire (Ainsi Guillaume Tusseau rappelait-il l'influence considérable exercée par Adolf Merkl sur son maître, Hans Kelsen, et notamment sur son admission de l'existence d'un concept de norme d'habilitation dans la mesure où, imprégné de la théorie de la formation du droit par degré, il devait finalement proposer une telle conception dynamique de l'ordre juridique dans laquelle « *les énoncés habilitants ont précisément pour fonction de régir la formation du droit* » et « *confèrent son caractère dynamique à ce système normatif* » alors que « *leur fonction dans cette construction globale suggère l'adoption d'un concept spécifique de norme d'habilitation* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 206 et 207. Ils demeuraient néanmoins envisagés comme des fragments de normes, comme des « *normes juridiques non-indépendantes* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 74).

¹⁷²³ Il précisait en l'occurrence que « *les énoncés habilitants gagnent à être considérés comme des normes d'habilitation, et que l'on gagne à retenir du concept de norme d'habilitation la conception proposée* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 310.

¹⁷²⁴ TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 317.

juridiques qui y participent¹⁷²⁵. Dès lors, si l'obligation essentielle au sein de l'externalisation administrative endosse sans nul doute une fonction normative d'instauration d'un lien de droit subjectif entre l'administration et son partenaire afin de servir de support juridique à la relation de coopération qu'ils entretiennent, la fonction habilitante présente également une dimension objective étroitement rattachée à la première et qui participe tout autant de la spécificité de ce concept transposé en droit administratif : habiliter un tiers à participer à la réalisation d'une compétence. Ces deux dimensions semblent alors réunies au sein d'une fonction normative duale d'habilitation à participer à la satisfaction de l'intérêt général. Il convient alors, à partir de la conceptualisation proposée, de compléter l'identification de cette fonction normative duale indispensable à l'externalisation administrative (1) et exprimée notamment par l'obligation essentielle (2). Une fonction normative duale composée d'une dimension objective s'exprimant dans une relation subjective, et qui fut longtemps occultée par la prégnance de la fonction normative de commandement s'exprimant à travers une conception simple de l'obligation en tant que lien de droit strictement objectif.

1. Une fonction objective incontournable de l'externalisation administrative

327. Une fonction indispensable à l'intervention du partenaire de l'administration. Le raisonnement proposé au fil des développements précédents conduit à envisager l'obligation comme le vecteur juridique de la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques en ce qu'elle constitue la matérialisation de la norme d'habilitation dérivée indispensable à toute mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Sans être en soi une nouveauté, une telle réflexion invite le juriste à mettre au premier plan de son analyse de l'action publique cette notion largement empruntée au droit civil et dont l'utilisation demeurait jusqu'à présent fortement marquée par les réflexions techniques qu'elle suscitait un temps en droit privé. Mais elle impose concomitamment de prendre en compte les ajustements nécessaires à y apporter en fonction des exigences de l'intérêt général et des spécificités qui en découlent en droit administratif au premier plan desquelles figure principalement l'impact sur la notion d'obligation et sa fonction normative de la substitution de la capacité subjective des personnes privées par la compétence objective et en principe indisponible des personnes publiques. Quand bien même a-t-il pu être démontré que ce principe pouvait être envisagé de manière différente s'agissant de la compétence matérielle et de la compétence normative, et

¹⁷²⁵ L'autorité administrative habilitante et son partenaire habilité à réaliser la compétence matérielle de cette dernière. Voir sur ce point *supra* p. 496 et s.

admettre ainsi que la réalisation de la première puisse être confiée sous conditions à un tiers, il n'en reste pas moins qu'il appose sa marque sur les instruments et les modalités de l'action administrative et au premier chef sur la fonction normative endossée par l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative.

Alors que le droit objectif ne s'oppose pas à ce que la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques puisse en principe être externalisée au profit d'une personne juridique distincte, elle impose toutefois que cette externalisation s'accomplisse au moyen d'une norme d'habilitation dérivée par laquelle l'autorité administrative disposant d'un titre à agir autorise l'intervention de son partenaire. C'est donc en premier lieu en vertu du principe d'indisponibilité des compétences et de l'ordonnement juridique organisé par le droit objectif que la fonction habilitante de l'obligation est indispensable à la mise en œuvre de l'externalisation administrative car elle seule autorise, en tant que norme d'habilitation dérivée, l'intervention du partenaire de l'administration pour la réalisation d'une compétence dont il ne dispose pas¹⁷²⁶. Si elle doit être exclue lorsqu'il est question de la réalisation d'une compétence normative, c'est-à-dire de l'exercice de la puissance publique, l'externalisation administrative n'en demeure pas moins délivrée de toute entrave lorsqu'elle prend pour objet la réalisation d'une compétence matérielle. Il faut en effet que le partenaire de l'administration soit habilité à participer à la réalisation d'une compétence pour laquelle il ne dispose en vertu du droit objectif d'aucun titre à agir. Aussi est-il également possible, en déployant la « *référence à la théorie générale des obligations* »¹⁷²⁷ dans le cadre de la mise en œuvre des compétences matérielles, de relier cette habilitation dérivée à l'obligation et donc de conférer à celle-ci, dans le cadre d'une relation subjective faite de droits et d'engagements réciproques, une fonction normative objective indispensable à l'intervention d'un tiers dans l'action administrative.

¹⁷²⁶ Il est d'ailleurs possible de déceler à travers la fonction habilitante de l'obligation dans la mise en œuvre de l'externalisation administrative le dédoublement des personnes publiques déjà évoqué, à propos de la notion d'obligation, par Jacques Chevallier. Ce dernier rappelait en effet que les XIX^e et XX^e siècles avaient été marqués par cette recherche d'un juste équilibre entre l'État souverain placé au-dessus de tout rapport juridique et l'État gestionnaire inscrivant le plus souvent son action dans un rapport juridique subjectif fondé sur l'obligation. Il affirmait effectivement qu'il existait indubitablement une « *distinction de deux faces de l'État et de l'administration : d'une part, l'État souverain et l'administration puissance publique, qui ne sauraient être sujets de véritables « obligations » au sens civil du terme ; d'autre part, l'État et son administration, capables d'entrer dans un authentique rapport d'obligation* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 184. Or ce dédoublement réapparaît effectivement dans le débat relatif à l'objet de l'externalisation administrative à l'issue duquel il a pu être affirmé que celui-ci ne portait en principe que sur la réalisation de la compétence matérielle des autorités administratives ; c'est-à-dire finalement lorsque ces dernières se présentent dans une posture gestionnaire ouvrant la voie à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre une personne publique et une autre personne.

¹⁷²⁷ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 192.

Il manquait cependant une confirmation à cette hypothèse de l'établissement d'une corrélation entre l'habilitation dérivée et l'obligation ; en d'autres termes entre l'objectif et le subjectif. Une réunion qu'autorise désormais le concept d'externalisation administrative selon lequel l'habilitation dérivée à exercer une compétence matérielle peut être délivrée par une personne publique à son partenaire occasionnel sous la forme d'une obligation¹⁷²⁸. Dès lors, le fait qu'il y ait besoin d'une habilitation pour autoriser l'intervention d'un tiers dans le cadre de la réalisation d'une compétence détenue par une personne publique n'est pas inédit¹⁷²⁹. Ce qu'il l'est davantage est d'admettre que cette fonction puisse être attribuée à une obligation¹⁷³⁰ alors que traditionnellement la fonction normative habilitante s'exprime à travers la Constitution, ou la loi. L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative dans une finalité habilitante révèle donc qu'une norme objective peut s'exprimer à travers une relation subjective destinée à instaurer un lien de droit entre des personnes juridiques distinctes afin d'organiser leurs comportements dans un périmètre restreint. Par conséquent, il est tout à fait concevable d'envisager que cette fonction normative habilitante s'exprime à travers l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre en droit administratif d'une stratégie d'externalisation.

328. Une fonction indispensable endossée par l'obligation dans le cadre de l'externalisation.

Ce caractère indispensable de la fonction habilitation de l'obligation dans le cadre de l'externalisation administrative trouve d'ailleurs une confirmation par la prise en compte du fonctionnement de tout ordre juridique normatif dynamique. Il repose en effet sur la conclusion posée bien plus tôt par les normativistes selon laquelle l'intervention d'un acteur juridique n'est valide que si elle est conforme à ce que prévoit le niveau normatif supérieur ;

¹⁷²⁸ Salim Ziani suggère en effet dans le cadre de son étude que l'obligation de service public est « *un procédé permettant d'investir un tiers d'une mission spécifique* » et s'impose en tant que tel comme un élément indispensable qui « *participe aussi, de manière croissante, à l'externalisation du service public* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 193 et 192.

¹⁷²⁹ Jean-Paul Négrin réaffirmait d'ailleurs cette nécessité d'une habilitation préalable à l'intervention d'une personne privée dans le périmètre de l'action administrative en précisant que « *la nécessité d'une investiture préalable est dans la logique d'un système répartissant les compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 50. Il ajoutait également que « *la nécessité d'une habilitation préalable, retenue comme un principe, découle de la volonté du législateur* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 51.

¹⁷³⁰ Une hypothèse réhabilitée récemment à travers la promotion doctrinale de la notion d'obligation de service public et sous la plume de Salim Ziani pour qui, si « *l'obligation de service public s'est désormais généralisée dans le droit positif (...), en tant que moyen d'investiture, elle existait déjà depuis longtemps* » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 75.

en d'autres termes, uniquement s'il est habilité à agir¹⁷³¹. Ainsi dans leur appréhension en tant que ressource les normes d'habilitation s'imposent-elles comme un instrument de légitimation d'une action déterminée au regard du droit objectif¹⁷³². Or, dans la mesure où l'obligation est considérée comme une norme juridique, elle peut tout à fait endosser, au sein du concept d'externalisation administrative, cette fonction normative d'habilitation à travers laquelle une personne publique habilitée par le droit objectif à exercer une compétence peut habiliter à partir d'un lien de droit subjectif une autre personne à intervenir sans remettre en cause la validité de son intervention dès lors que l'habilitation primaire dont est attributaire la personne publique compétente le prévoit. Une hypothèse qui, en outre, est consacrée également par le droit positif, et tout particulièrement par les évolutions récentes de la jurisprudence en matière d'identification des activités de service public lorsqu'elles sont gérées par des personnes privées¹⁷³³, ou encore en matière d'exploitation du domaine public¹⁷³⁴ voire même d'exercice d'accomplissement d'une activité d'intérêt général¹⁷³⁵.

Ainsi est-il envisageable d'affirmer que, dans le cadre du concept d'externalisation administrative, l'obligation endosse une fonction normative à la fois subjective, lorsqu'elle instaure un lien de droit entre l'administration et son partenaire, et objective, dans la mesure

¹⁷³¹ Aussi Hans Kelsen considérerait-il qu'un « *individu qui n'est pas habilité à le faire ne peut créer ou appliquer du droit* » ; en l'occurrence en matière d'externalisation administrative ne peut exercer une compétence même matérielle attribuée par le droit objectif à une personne publique déterminée : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 133.

¹⁷³² Focalisé sur la question de la justification de l'action normative des divers acteurs d'un système juridique dynamique, Guillaume Tusseau démontrait effectivement que « *l'argument de l'habilitation consiste, pour un acteur juridique donné, à justifier la production de certaines normes par l'invocation d'une norme d'habilitation qui l'autorise à le faire* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 503. Transposée à la problématique de la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques par un tiers ne disposant pas, en vertu du droit objectif, d'un titre à agir, cette démonstration invite par conséquent à considérer que l'acteur juridique bénéficiant d'une habilitation dérivée à participer à la réalisation de la compétence matérielle d'une autorité administrative déterminée peut invoquer cette norme d'habilitation pour légitimer son intervention dès lors qu'elle l'autorise explicitement à le faire dans les conditions qu'elle lui impose.

¹⁷³³ La jurisprudence de principe issue de la décision *APREI* fait en effet reposer l'identification d'une activité de service public gérée par un organisme de droit privé en partie sur l'examen d'un faisceau d'indices par l'intermédiaire duquel il est possible de déduire des « *obligations qui lui sont imposées* » le fait que « *l'administration a entendu lui confier une telle mission* » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

¹⁷³⁴ Le juge administratif admet en l'occurrence qu'une autorisation d'occupation et d'exploitation du domaine public s'accompagne d'obligations dites domaniales destinées à assurer la préservation du domaine. Intrinsèquement liés au pouvoir de gestion du domaine ces obligations présentent donc un aspect dual dans la mesure où elles imposent une contrainte au partenaire de l'administration mais constitue également le vecteur juridique par lequel « *une autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine ou à l'utiliser en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation ou que cette utilisation soit compatible avec son affectation et sa conservation* » : CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours c/ EURL Photo Josse*, rec. p. 368.

¹⁷³⁵ Ainsi, l'exercice d'une activité de jeu en ligne est-il par exemple conditionné par l'obtention d'une autorisation délivrée par l'autorité de régulation des jeux en ligne en vertu de la loi n°2010-476 du 12 mai 2010.

où elle autorise une personne juridique à exercer une compétence dont elle ne dispose pas. C'est donc bien la fonction normative habilitante associée à l'obligation au sein de l'externalisation administrative qui conduit à constater sa fonction normative duale. Elle permet ce faisant à l'autorité administrative compétente d'orienter le comportement de son partenaire sans passer par un commandement objectif unilatéral mais en privilégiant davantage l'instauration d'une relation subjective fondée sur un *vinculum juris* qui lui permet d'exercer une influence certaine sur l'action à partir du rapport de droit qui se limite aux engagements réciproquement consentis et qui sont issus de l'expression de la volonté des parties. Si l'obligation endosse en l'occurrence une fonction normative habilitante indispensable à la concrétisation en droit de l'externalisation administrative, elle présente nécessairement une dimension objective en tant que norme juridique de comportement imposant à son destinataire, comme le suggérait d'ailleurs Hans Kelsen, un « devoir-être » au-delà de la simple organisation des conduites individuelles fondée sur un lien subjectif, comme c'est le cas en droit civil du fait de la conception classique retenue encore aujourd'hui majoritairement par la doctrine. Il convient cependant de souligner la singularité de la manifestation d'un tel « sollen » à travers la fonction habilitante de l'obligation qui découle en grande partie de la nature même de celle-ci ; c'est-à-dire un lien de droit subjectif unissant plusieurs personnes juridiques distinctes¹⁷³⁶.

En l'occurrence, si, dans le cadre de l'externalisation administrative, l'obligation acquiert une fonction normative consistant notamment à édicter une norme objective de comportement qui permet à une autorité administrative d'habiliter les agissements individuels dans le sens dicté par l'intérêt général, cela ne préjuge en rien de la dimension objective ou subjective à travers laquelle elle se manifeste. Dans ces conditions, un énoncé normatif destiné à imposer un certain comportement peut être exprimé à travers une norme objective contenue dans une relation subjective¹⁷³⁷. Aussi ne faut-il par conséquent jamais perdre de vue l'essence même

¹⁷³⁶ Certes la vision proposée par Hans Kelsen reposait essentiellement sur l'adoption d'une conception objective de l'ordre juridique et des normes de comportement. Mais il précisait toutefois l'importance de la distinction entre la norme en tant que signification d'un énoncé et l'acte juridique qui exprime la volonté dont la norme en tant que telle émane dont il s'agit de tirer les conséquences. Il rappelait en effet dès les premières pages de sa démonstration la nécessité de « *distinguer entre l'acte de commander, de prescrire, ou d'édicter une norme et le commandement, la prescription, la norme, en tant que signification de cet acte – c'est-à-dire en tant que devoir-être, il est donc plus juste de dire : « La norme est une signification » que de dire : « la norme a une signification ».* L'acte de volonté en tant qu'acte « a » la signification d'un devoir-être. Ce devoir-être est la norme » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 33.

¹⁷³⁷ Une ambivalence de la dimension, objective ou subjective, de l'expression de la norme de comportement que l'on développera davantage par la suite à partir de l'examen de la dualité de l'obligation : cf. *infra*. Une ambivalence que l'on retrouve par exemple dans les réflexions récentes conduites par Grégoire Forest (FOREST

de l'obligation en matière administrative pour parvenir à l'identification duale de sa fonction normative¹⁷³⁸. L'expression d'une fonction normative habilitante de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative ne doit donc se départir ni de sa dimension subjective ni de sa dimension objective, laquelle permet un encadrement objectif des comportements. Elle appelle par conséquent une fonction normative duale de celle-ci¹⁷³⁹. Désormais non exclusivement objective, en droit public, ou subjective, en droit civil, l'obligation apparaît aussi bien dans l'une comme dans l'autre de ces branches du droit¹⁷⁴⁰ comme un vecteur juridique d'expression de la volonté des sujets de droit. Celui-ci peut manifester diverses fonctions normatives et produire de multiples effets selon celle qu'elle endosse pour parvenir à l'objectif poursuivi : édicition d'une norme de comportement et/ou instauration d'un *vinculum juris*. Dès lors, c'est à la fois dans le cadre de la dimension subjective de sa fonction normative et par le biais de sa dimension objective que s'exprime au sein de l'externalisation administrative la fonction normative habilitante de l'obligation. Il s'agit alors de démontrer que, dans ce cadre, la notion d'obligation endosse une telle fonction normative duale qui la situe au croisement de l'objectif et du subjectif, de la norme de comportement et du lien de droit¹⁷⁴¹. Ce qu'illustre parfaitement l'obligation essentielle.

G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012), ainsi que dans celles menées par Pascal Ancel (ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 et s.).

¹⁷³⁸ Rappelons une fois de plus que l'acception classique de la notion d'obligation en droit civil tient toujours majoritairement de l'héritage du droit romain, et tout particulièrement des *Institutes* de Justinien dans lesquelles elle apparaît alors avant toute chose comme « un lien de droit par la rigueur duquel nous sommes astreints à exécuter une prestation conformément au droit de notre cité ». Si elle est ainsi un lien de droit subjectif, elle permet néanmoins d'imposer à un individu particulier un comportement déterminé en fonction de l'intérêt général.

¹⁷³⁹ Cette ambivalence de la fonction normative était d'ailleurs déjà évoquée par René Chapus lorsqu'il affirmait que l'administration contemporaine présentait un double visage et s'imposait ainsi soit « comme une institution commandante, imposant sa volonté » soit « comme une institution contractante » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 499.

¹⁷⁴⁰ Une association de ces deux dimensions que les transformations récentes du Code civil envisagent en effet alors qu'il est désormais prévu que le contrat ne se définit plus comme un acte créateur d'obligations subjectives mais plutôt de manière générale comme un « accord de volontés destiné à créer des effets de droit » au-delà des seules obligations subjectives comme en dispose le nouvel article 1101 du Code civil. Une double dimension que la doctrine civiliste ne manque pas également de mettre en évidence comme l'illustrent les exemples précédemment cités des travaux menés par Pascal Ancel ou Grégoire Forest selon lesquels l'obligation doit être appréhendée comme une médaille à deux faces dont les dimensions objective et subjective constitueraient l'avert et l'envers.

¹⁷⁴¹ En d'autres termes, qu'elle s'impose comme une des « manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation » qu'évoquait Maurice Hauriou dans sa théorie de l'Institution : HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *Cahiers de la nouvelle journée*, vol. 4, 1925, p. 11.

2. Une fonction objective portée notamment par l'obligation essentielle

329. Une fonction implicitement déduite de la transposition du modèle civiliste. À nouveau, c'est au moyen d'un détour par le modèle civiliste du contrat-coopération qu'il convient de procéder en premier lieu afin de parvenir à l'identification de l'obligation qui, au sein du concept d'externalisation administrative, remplirait notamment cette fonction normative duale de création d'un lien de droit subjectif et d'édiction d'une norme objective de comportement destinée à habiliter le partenaire d'une personne publique à intervenir dans la réalisation d'une compétence matérielle qui lui est strictement attribuée par le droit positif. Bien qu'elle n'apparaisse pas expressément à partir de l'examen de la structure obligationnelle caractéristique du contrat-coopération en droit civil, cette fonction peut néanmoins être suggérée par l'association étroite, organisée par les obligations essentielles, de prestations instrumentales au service d'une prestation finale. Aussi cette fonction normative duale serait-elle implicitement portée par ces obligations caractéristiques du modèle pris pour référence. Une suggestion d'autant plus pertinente qu'il a pu être démontré précédemment que l'une des spécificités de la traduction juridique de la logique coopérative en droit administratif résidait dans leur réunification en une seule obligation essentielle qui remplirait alors ces deux dimensions de la fonction normative. L'enseignement tiré du modèle proposé par Suzanne Lequette enjoint donc bien, implicitement, à en déduire une fonction normative d'habilitation duale partagée entre une dimension subjective et objective endossée concomitamment par l'obligation essentielle dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif, et confortée par la présence des obligations accessoires¹⁷⁴². Plus précisément encore la convergence des intérêts de chacun des partenaires y est assurée à la fois par ces obligations accessoires qui imposent une coopération saine et loyale, mais aussi, structurellement, par un rapport de réciprocité et de complémentarité organisé initialement entre les obligations essentielles incombant à l'un comme à l'autre.

Alors que le contrat-permutation repose sur une structure obligationnelle organisant une stricte réciprocité des obligations incombant à chacune des parties afin d'instaurer un échange à somme nulle dans lequel l'un apporte à l'autre ce qu'il perd et vice-versa¹⁷⁴³, le contrat-

¹⁷⁴² Le modèle du contrat-coopération repose en effet sur une articulation singulière des obligations (essentielles et accessoires) dont l'agencement particulier autorise l'instauration et la pérennisation d'une relation de coopération entre deux parties poursuivant la réalisation d'un objectif commun fixé au cœur même du contrat.

¹⁷⁴³ Suzanne Lequette rappelle effectivement que le contrat-échange, ou contrat-permutation, repose sur une économie toute particulière largement répandue en droit civil depuis 1804 et en vertu de laquelle est organisée

coopération se fonde quant à lui sur un agencement complémentaire des obligations réciproques des parties destiné à imposer à chacune la poursuite de la réalisation du projet commun qu'elles se sont fixées à partir de l'exécution de leurs obligations propres¹⁷⁴⁴. Or, si le premier peut très difficilement laisser transparaître une fonction normative de l'obligation différente de la seule expression d'un lien de droit subjectif à partir duquel chacune des parties s'engage réciproquement envers l'autre¹⁷⁴⁵, cela n'est à l'évidence pas le cas pour le second dans la mesure où les comportements de l'une comme de l'autre des parties sont durablement encadrés par les obligations réciproques et complémentaires qui les unissent en fonction d'exigences étrangères, ou plutôt supérieures, à la seule expression de leurs intérêts particuliers¹⁷⁴⁶. Il s'avère en l'occurrence que l'intérêt satisfait directement par la prestation ne correspond pas à l'intérêt indirectement poursuivi par celle-ci dans l'optique de son articulation avec les autres obligations. Ce dernier, cause finale du contrat, impose alors à chacune des parties un comportement déterminé de manière générale par un élément extérieur à leur volonté alors que la satisfaction de leurs intérêts particuliers, cause efficiente de l'obligation, résulte ponctuellement de la réalisation de la prestation due par leur partenaire et portée par le lien de droit subjectif qui les réunit et qui contribue à la réalisation du but commun qu'ils se sont fixés¹⁷⁴⁷. Cette structure singulière du contrat-coopération, qui repose sur un enchaînement logique et coordonné des prestations, laisse donc entrevoir une double fonction portée par les obligations essentielles (instrumentales et finales) dans la mesure où le

« non un « aller-retour » mais un « double aller sans retour », en d'autres termes une permutation de valeurs entre les patrimoines » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 48.

¹⁷⁴⁴ Ainsi l'articulation des obligations entre elles est réalisée en fonction d'un « projet commun ordonné à la poursuite des intérêts économiques qui demeurent ainsi extérieurs aux prestations réelles » ; autrement dit, elle implique une certaine déconnection entre les prestations accomplies et les obligations consenties de sorte qu'il paraît envisageable de déceler derrière ces dernières autre chose qu'un droit à exiger l'exécution d'une prestation, et notamment l'expression d'un « devoir-être » au service de la concrétisation d'un but prédéfini : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 135.

¹⁷⁴⁵ Il est d'ailleurs très largement admis que dans le cadre de la traduction juridique d'une telle opération économique « l'obligation, lorsqu'elle se forme, cristallise en son sein le transfert de valeurs qui doit s'opérer et le lien juridique qu'elle tisse entre le patrimoine du débiteur et celui du créancier » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 47. Et d'ajouter quelques pages plus loin « que le contrat-permutation dépasse la simple somme des obligations : il crée un rapport d'obligations interdépendantes de manière à lier juridiquement les intérêts contraires des parties » sans pour autant laisser l'impression d'exercer une influence déterminante sur leurs comportements réciproques : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁴⁶ Cette structure obligationnelle, et tout particulièrement l'agencement des obligations essentielles, révèlent en outre une forme de rupture entre l'obligation et la prestation qui en constitue l'objet.

¹⁷⁴⁷ Suzanne Lequette rend d'ailleurs parfaitement compte de cette articulation des obligations dans le contrat-coopération éclairée par la recherche d'un « rapport d'adéquation moyen-fin » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 135. Aussi précise-t-elle notamment que l'enchaînement de la prestation instrumentale et de la prestation finale constitue le « cœur » même du contenu du contrat-coopération en vertu duquel les prestations imposées individuellement à chacune des parties contribuent à la fois à la satisfaction directe de leurs intérêts respectifs mais contribuent surtout à la réalisation de l'intérêt commun qu'elles poursuivent au moyen de ce lien de droit qui les unit dans une logique de coopération.

comportement de chacune des parties n'est pas déterminé exclusivement à l'aune des droits et des engagements qu'elles ont scellé directement dans le lien de droit subjectif qui les unit, mais aussi en fonction de l'intérêt commun supérieur qu'elles poursuivent et que l'articulation de ces obligations permet d'atteindre¹⁷⁴⁸. Finalement, la prestation destinée, en bout de chaîne, à accomplir le but commun partagé par les parties est d'ailleurs appréhendée comme « *une prestation objective recherchée par les deux parties* »¹⁷⁴⁹ dès lors qu'elle ne résulte pas directement de la volonté qu'elles expriment pour la satisfaction de leurs intérêts propres.

La structure obligationnelle du contrat-coopération autorise ainsi à percevoir une double fonction normative de l'obligation destinée à imposer une norme de comportement dans le cadre d'une relation construite sur un lien de droit. Par conséquent, alors qu'il suppose que l'obligation essentielle puisse endosser à la fois une fonction de création d'un tel lien de droit subjectif et de détermination objective d'un comportement à adopter par les parties, sa transposition en droit administratif autorise une conceptualisation de l'externalisation propre à rendre compte de l'essence coopérative qui anime cet outil de gestion stratégique des ressources ; elle permet donc d'importer avec elle cette fonction normative duale de l'obligation essentielle, qui se retrouve également dans les obligations accessoires¹⁷⁵⁰. Alors que dans ce modèle c'est l'articulation de deux obligations essentielles qui favorise l'instauration d'un lien de droit traduisant sur le plan juridique une relation de coopération dédiée à l'adoption d'un comportement déterminé en fonction du but que commun poursuivi, les développements précédents ont conduit à envisager en matière administrative une réunion de ces obligations en une seule. Cela ne doit pas pour autant inciter à renoncer à cette dualité fonctionnelle *a priori* attribuée aux obligations essentielles en droit civil. Bien au contraire, elle semble devoir la renforcer davantage dans la mesure où une unique obligation essentielle

¹⁷⁴⁸ En effet « *la prestation instrumentale vise (...) à procurer au créancier les moyens indispensables pour qu'il puisse exécuter sa propre prestation (finale) dans leur intérêt partagé* », aussi peut-elle être présentée « *comme l'instrument nécessaire à la réalisation de la prestation finale* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁴⁹ ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 261.

¹⁷⁵⁰ C'est d'ailleurs le caractère objectif de la prestation finale, évoquée par Marie-Élodie Ancel à propos des contrats d'intérêt commun, qui pour elle justifiait que certaines obligations accessoires puissent être imposées aux parties sans qu'elles soient issues de l'expression de leur volonté mais simplement pour imposer le respect d'un comportement indispensable à la réalisation de l'objectif partagé qu'elles poursuivent. Elle affirmait en effet que, en vertu de ce caractère en partie objectif de la prestation finale, « *certaines activités, non énoncées par les parties, peuvent, malgré tout, être nécessaires à la réalisation de cette prestation, et constituent de véritables obligations que le juge pourra imposer sur le fondement de l'article 1135 du code civil* » : ANCEL M.-É., *Ibid.* Et d'ajouter qu'il s'agissait alors de s'assurer « *que les parties, prestataires instrumental et final, collaborent à une œuvre d'utilité commune* », fût-ce, si besoin est, en allant à l'encontre de leur intérêt particulier, au nom de l'accomplissement de la prestation finale ; c'est-à-dire du comportement imposé in fine par l'obligation essentielle qui la porte.

dans le cadre de l'externalisation administrative permet l'instauration du lien de droit et l'édiction d'une norme de comportement à travers l'édiction d'une norme d'habilitation dérivée qui relie chacun des partenaires par un *vinculum juris* et oriente leurs comportements au service de la réalisation coopérative de la compétence matérielle d'une personne publique. Aussi l'inspiration puisée dans le modèle du contrat-coopération facilite-t-elle l'appréhension de l'obligation essentielle en tant que « nœud » de la traduction juridique de la logique coopérative qui se présente du fait de son instrumentalisation comme une norme d'habilitation dérivée dotée d'une fonction objective explicite.

330. Une fonction explicitement exprimée par la norme d'habilitation dérivée. Se pose alors la question suivante : l'obligation essentielle endosse-t-elle dans le cadre de l'externalisation administrative une fonction normative duale d'instauration d'un lien de droit subjectif et d'édiction d'une norme objective de comportement ? En effet, il ne s'agit pas d'imposer à travers ces lignes un quelconque oukaze mais bien plutôt de présenter cette dualité fonctionnelle de l'obligation essentielle, et donc sa dimension objective, comme une réalité inhérente à la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif. Bien que la démonstration menée précédemment ait permis de mettre en évidence une première dualité de l'obligation essentielle au sein de l'externalisation administrative en tant qu'obligation plurale, cela ne saurait suffire à confirmer voire à consacrer le dédoublement de sa fonction normative. Elle peut néanmoins servir de point de départ à un argumentaire suffisamment étayé pour achever d'en convaincre. Alors que le modèle du contrat-coopération repose sur l'articulation de deux obligations essentielles¹⁷⁵¹, sa transposition en droit administratif autorise en effet leur conservation au prix de leur réunion en une seule, destinée à assurer la formation d'un lien de droit en tant que support de la relation de coopération attendue. Or, la conceptualisation de l'externalisation administrative permet de soutenir que la norme d'habilitation dérivée est indispensable à l'accomplissement de l'objet de toute opération de ce genre, à savoir la réalisation par un tiers de la compétence matérielle d'une personne publique dans des conditions déterminées. Aussi cette norme d'habilitation dérivée s'exprime-t-elle à travers l'obligation essentielle dont la fonction consiste tout autant à permettre à la personne publique d'orienter le comportement de son partenaire qu'à lui conférer un droit à agir dans un certain sens et d'une certaine façon.

¹⁷⁵¹ C'est-à-dire d'une obligation essentielle dont l'objet est d'imposer à une partie la réalisation d'une prestation instrumentale avec une autre obligation essentielle dont l'objet est d'imposer la réalisation d'une prestation finale par l'autre partie.

Alors que l'enchaînement complémentaire des deux prestations, instrumentale et finale, demeure au cœur du mécanisme juridique par lequel l'externalisation trouve une expression en droit administratif, celui-ci présente une spécificité supplémentaire dans la mesure où cette articulation est ordonnée au sein d'une seule et unique obligation plurale : l'obligation essentielle qui porte sur la création d'un lien de droit par l'édiction d'une norme d'habilitation dérivée destinée également à l'orientation par la personne publique compétente du comportement de son partenaire. En tant qu'elle s'impose comme une norme d'habilitation au-delà d'en avoir seulement l'appellation, l'obligation essentielle présente donc indéniablement une fonction habilitante qui consiste à favoriser l'édiction d'une norme objective de comportement, précisée par les obligations accessoires, au sein même d'une relation subjective constituée par le lien de droit qu'elle instaure entre l'autorité administrative compétente d'une part, et son partenaire d'autre part¹⁷⁵². Il convient par conséquent de souligner une fois de plus l'importance accordée à l'obligation essentielle, et donc d'admettre qu'elle endosse bel et bien cette fonction normative duale indispensable à la mise en œuvre de l'externalisation dans la sphère administrative, et plus précisément dans le cadre de la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques. Alors que la dimension subjective de cette fonction est reconnue sans difficulté¹⁷⁵³, sa dimension objective se révèle quant à elle de manière particulièrement évidente à travers l'instrumentalisation de l'obligation par le concept d'externalisation administrative et la nécessité qu'il impose de parvenir à déterminer la meilleure traduction juridique possible à la logique économique de coopération. Le constat de la fonction d'habilitation endossée par l'obligation essentielle dans le cadre de la mise en œuvre de ce concept renseigne donc autant sur les conséquences juridiques de la transposition de cet outil de management stratégique que sur la fonction normative duale de l'obligation. Celle-ci présente par conséquent à la fois une dimension subjective largement admise, mais aussi une dimension objective qu'il s'agit désormais

¹⁷⁵² Il convient en outre de rappeler que l'obligation essentielle recouvre le plus souvent la prestation caractéristique à partir de laquelle le juge, comme la doctrine, procède à la qualification des actes juridiques. Or dans le cadre de l'externalisation administrative, il s'avère que la prestation caractéristique qui participe à la détermination de sa qualification porte sur la réalisation d'un projet commun de coopération pour l'exercice d'une compétence matérielle par le biais d'une norme d'habilitation dérivée.

¹⁷⁵³ Dans la mesure où il est désormais largement admis par la doctrine administrativiste que toute obligation doit être envisagée comme le support indispensable d'un lien de droit unissant des personnes juridiques distinctes par des droits et des engagements réciproques. Rappelons de nouveau l'éclairage apporté par Benoît Plessix sur l'utilisation de la notion d'obligation en droit administratif, et notamment sur la fonction qui lui fut longtemps attribuée : à savoir l'instauration d'un « *lien de droit par l'effet duquel l'Administration ou un administré se trouve contraint à la nécessité d'exécuter une prestation* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 284.

d'approfondir en l'examinant en tant que norme objective de comportement au service de l'action administrative dans le cadre particulier de l'externalisation.

Au-delà du « *phénomène de « partenariat » contractuel* »¹⁷⁵⁴ évoqué par René Chapus à l'aube du XXI^e siècle, le concept d'externalisation administrative invite effectivement à prendre la mesure de la fonction contemporaine de l'obligation dans l'action administrative dépassant le périmètre exclusif d'une administration contractuelle. Il est apparu, en effet, au fil des développements précédents que l'expression juridique de ce concept enjoignait à considérer son instrumentalisation inspirée du modèle civiliste du contrat-coopération dans tout acte juridique à travers lequel il se manifeste. Or, il émerge explicitement de cette instrumentalisation une fonction normative duale de l'obligation destinée à favoriser le développement d'un nouveau mode d'intervention publique pour la direction des conduites individuelles en société typique d'une administration partenaire n'agissant plus exclusivement par le commandement et la contrainte mais également par la coopération et l'incitation ; en d'autres termes, une forme de commandement coopératif par le biais de l'obligation que Salim Ziani met d'ailleurs en évidence à l'occasion de son étude focalisée sur le cas particulier, mais instructif, de l'obligation de service public. Il démontre en effet que le commandement ne s'exerce plus exclusivement à travers l'expression de la puissance publique, mais également par la superposition d'une « *fonction d'autorité ordonnatrice, partenariale et banalisée* » admettant la coopération avec un tiers, et qui se traduit concrètement par « *des externalisations et des modalités de collaboration entre le secteur public et le secteur privé* »¹⁷⁵⁵. La conceptualisation de l'externalisation administrative permet alors de suggérer que la manifestation d'un tel commandement coopératif pourrait reposer notamment sur une instrumentalisation de l'obligation similaire à celle mise en évidence auparavant ; c'est-à-dire à travers une fonction duale de l'obligation qui participe de la création d'un lien de droit subjectif à partir duquel est exprimée une norme objective de comportement au service de la satisfaction de l'intérêt général. À l'image de la prise de conscience doctrinale de la fonction singulière de l'obligation de service public, l'obligation essentielle au sein de l'externalisation administrative invite elle aussi à s'intéresser de manière plus approfondie à la dimension objective de la fonction normative de l'obligation. Elle peut être appréhendée alors comme une norme de comportement permettant aux autorités

¹⁷⁵⁴ CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 499.

¹⁷⁵⁵ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 67 et 327.

administratives d'orienter les comportements individuels en-dehors de tout exercice de la puissance publique commandante, mais plutôt dans le cadre de l'instauration d'un lien de droit subjectif consenti.

§2 : *L'obligation : une norme de comportement au service de l'action administrative*

331. Une dimension objective renouvelée de la fonction normative de l'obligation. Considérée de plus en plus comme « *un moyen qui permet d'investir un tiers d'une mission* »¹⁷⁵⁶ ou d'un titre à agir dans le cadre de la réalisation d'une compétence matérielle, l'obligation présente aujourd'hui deux facettes complémentaires à travers la fonction normative duale qu'elle endosse au sein du concept d'externalisation administrative. De fait, elle participe d'une part à l'instauration d'un *vinculum juris* et, d'autre part, à l'édiction d'une norme de comportement. Ainsi désigne-t-elle bien plus qu'un lien de droit subjectif dans la mise en œuvre de ce concept, et autre chose qu'un rapport de droit objectif comme cela était le cas auparavant. Elle acquiert de cette façon une fonction objective renouvelée en tant qu'elle exprime une norme d'habilitation dérivée destinée certes à assurer l'existence d'un tel lien de droit entre l'administration et son partenaire, mais aussi à orienter le comportement de ce dernier en précisant les conditions dans lesquelles il peut participer à la réalisation d'une compétence matérielle. Une telle évolution de la fonction normative de l'obligation n'est d'ailleurs pas inconnue du droit administratif, et tout particulièrement des réflexions les plus récentes menées par la doctrine¹⁷⁵⁷. La référence au travail de Salim Ziani en offre un exemple révélateur à travers l'étude de l'obligation de service public¹⁷⁵⁸. Ainsi éclaire-t-il l'évolution

¹⁷⁵⁶ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 63.

¹⁷⁵⁷ Dès le début des années 1990 Denys de Béchillon démontrait par exemple que l'effet relatif incontestable des contrats administratifs ne devait en rien être considéré comme un obstacle dirimant à la reconnaissance « *de la normativité « objective » des conventions* » : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 19. Il précisait en outre qu'il ne saurait être question de cantonner le contrat, et donc les obligations qui le composent, à une fonction de « *générateur d'un simple droit subjectif* » mais plutôt d'admettre au contraire que, « *si toute proposition génératrice d'une obligation porte une norme, rien ne fait obstacle à ce que le contrat, support d'une telle obligation soit compris comme normatif. Il l'est exactement au même titre qu'un acte administratif individuel* » : DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 23 et 24.

¹⁷⁵⁸ Outre le travail de Salim Ziani, citons également deux études consacrées à l'obligation en droit administratif à la fois dans le domaine du service public et également dans celui de la gestion du domaine public : CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 237 et s., et DIDIERLAURENT M., « La remise en ordre inachevée de l'occupation contractuelle du domaine public », *AJDA*, 2015, p. 1519 et s. À l'instar des réflexions menées par le premier, ces deux études participent également de cette tendance doctrinale actuelle à admettre une fonction singulière de l'obligation dans le cadre de l'action administrative, une fonction de laquelle il est possible de déduire une forme de prise en compte d'une telle dimension objective en tant que norme de comportement dès lors qu'elles participent dans un cas comme dans l'autre à l'élaboration d'un cadre destiné à délimiter strictement les conditions de l'intervention d'un tiers dans la mise en œuvre de l'action administrative.

progressive de la posture des personnes publiques et son incidence sur leurs modalités d'intervention au premier rang desquelles figure l'obligation. L'auteur considère en l'occurrence que l'obligation de service public illustre la transformation des autorités administratives devenues ordonnatrices et non plus simplement opérateurs économiques¹⁷⁵⁹ ou puissance commandante. Elle conjuguera pour cela une dimension objective indispensable à la conduite des comportements individuels suivant les exigences de l'intérêt général dont les personnes publiques demeurent garantes, et une dimension subjective considérée comme un préalable à la modernisation de l'action administrative par le recours à l'intervention de tiers¹⁷⁶⁰.

De récents travaux ne manquent d'ailleurs pas de souligner l'expression ponctuelle d'une dimension objective renouvelée de la fonction normative de l'obligation en matière administrative que le concept d'externalisation permet d'appréhender de manière plus générale et systématique. Cependant, il ne faut pas oublier non plus qu'elle sourd en creux dans le discours doctrinal depuis le début du XX^e siècle alors largement marqué par un rejet affirmé du subjectivisme et la promotion d'une conception exclusivement objective du droit administratif¹⁷⁶¹. La doctrine contemporaine semble en effet vouloir réinterpréter cette posture et envisager de nouveau ses conséquences sur l'élaboration du droit administratif. Ainsi propose-t-elle de dégager de ce climat objectiviste, *a priori* rétif à la consécration de l'obligation, une forme de prise en compte de cet instrument subjectif propre au droit civil à la lumière d'une dimension objective adaptée aux prétentions doctrinales de l'époque. Dès 1899 Maurice Hauriou suggérait d'ailleurs la possibilité d'une telle appréhension duale de la fonction normative de l'obligation partagée entre sa dimension originellement subjective et une dimension objective tout aussi incontournable. Plaçant son étude sous le signe de l'observation des rapports juridiques entretenus par l'administration avec ses administrés en matière de gestion, il ne concevait pas que cette forme d'intervention publique puisse se

¹⁷⁵⁹ Il suggère effectivement que l'obligation de service public ne devrait plus être appréhendée comme un acte de puissance publique mais plutôt comme un « *acte d'autorité publique* » qui renvoie à leur « *nouveau rôle d'ordonnatrice dans une économie de marché européanisée* » alors que, « *comme l'écrit en définitive l'économiste Gilles Savary (...), « la puissance publique n'est pas absente ou évacuée du jeu, elle est un grand ordonnateur, elle est l'administrateur d'un jeu concurrentiel banalisé, ouvert indistinctement au secteur public comme au secteur privé »* : ZIANI S., *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁶⁰ Rappelons que Jacques Caillosse préconisait déjà, dès la fin des années 1980, que, « *pour se moderniser, l'Administration devait être affranchie des règles du droit administratif où elle est tenue prisonnière ; comme si la crise bureaucratique allait trouver son antidote dans l'extension aux rapports administratifs du droit privé* (c'est-à-dire aux rapports subjectifs portés par l'obligation) » : CAILLOSSE J., « La réforme administrative et la question du droit », *AJDA*, 1989, p. 3.

¹⁷⁶¹ Ce contexte particulier constitua un frein au développement de la notion d'obligation aussi bien dans le discours sur le droit que dans le droit positif.

développer sans « *une collaboration entre l'administration et le milieu administrable* »¹⁷⁶². Il tirait ensuite les conséquences juridiques de ce prélude à la transposition de la logique coopérative en droit administratif en renvoyant implicitement à l'obligation pour les besoins de sa mise en œuvre par « *la naissance de droits subjectifs des administrés* »¹⁷⁶³.

Mais la reconnaissance de ces relations subjectives unissant l'administration et les administrés par des faisceaux de droits et d'engagements réciproques allait nécessairement de pair dans son esprit avec la consécration d'un cadre objectif imposé à chacune d'elles¹⁷⁶⁴. S'il devait s'en départir peu à peu au fil de l'évolution de sa pensée, cette appréhension duale de la fonction normative de l'obligation défendue par Maurice Hauriou se retrouve au sein de la théorie de l'Institution à travers laquelle il parvenait à déblayer la querelle de l'objectif et du subjectif¹⁷⁶⁵. Opposant d'un côté ce qui dans le droit « *se maintient sans le secours d'une volonté consciente de sujets déterminés* » et, de l'autre côté au contraire, ce qui « *se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés* »¹⁷⁶⁶, cette querelle devait en effet s'épuiser selon lui grâce au secours de l'Institution associant chacune de ces deux dimensions du droit¹⁷⁶⁷. En proposant une solution au problème de la conciliation délicate de l'objectif et du subjectif, il ouvrait ce faisant la voie à l'admission d'une fonction normative duale de l'obligation à la fois subjective, eu égard à sa fonction d'instauration d'un lien de droit, et

¹⁷⁶² HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. III. Il ajoutait en outre que « *des analyses minutieuses confirment qu'en effet, dans tous les cas de gestion, on découvre une coopération* » indispensable à l'accomplissement de l'action administrative sans qu'il puisse exister des liens de droit de diverses natures entre les autorités administratives et les particuliers.

¹⁷⁶³ HAURIOU M., *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ Dans la mesure où ces tiers participaient à la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique en dehors de l'exercice d'une autorité et du commandement qu'elle implique. Il présentait par conséquent la gestion administrative sous la forme d'un agencement singulier de ces deux dimensions complémentaires de l'obligation : un lien de droit subjectif encadré par une décision d'autorité objective fixant les conditions générales de la collaboration, et donc orientant le comportement du partenaire ponctuel de l'administration. Il affirmait en effet que dans le cadre d'une telle « *collaboration du milieu administrable à l'action administrative (...)* ; on s'aperçoit que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁶⁵ Maurice Hauriou précisait que la théorie de l'Institution, sésame d'une compréhension générale du droit administratif, « *n'a trouvé sa véritable assiette que lorsque le terrain a été déblayé par la querelle du contrat social et par celle de l'objectif et du subjectif* » : HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1925, rééd. 1986, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, p. 89.

¹⁷⁶⁶ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 90.

¹⁷⁶⁷ Elle se définissait en effet comme une idée d'œuvre commune dont la réalisation était assurée par divers individus en fonction de règles objectives préalablement fixées afin de garantir son bon accomplissement. Il indiquait alors qu'« *une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 96. Aussi n'est-il pas incongru de déceler une fois de plus dans les réflexions apportées par le maître de Toulouse les prémices de ce que constitue aujourd'hui le concept d'externalisation administrative.

objective du fait du cadre particulier qui doit nécessairement régir l'action administrative. La démonstration ici menée à partir du concept d'externalisation administrative se présente donc comme l'aboutissement d'une longue réflexion doctrinale (A) qui autorise¹⁷⁶⁸ son approfondissement contemporain (B).

A. L'aboutissement d'une réflexion doctrinale par le concept d'externalisation administrative

332. Une réflexion théorique ancienne récemment réactivée. Alors que la décision *Blanco* devait apposer pour longtemps les grandes lignes de son considérant de principe au fronton d'un droit administratif autonome, il n'est plus aussi évident d'affirmer aujourd'hui que l'action administrative « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particuliers à particuliers » mais uniquement par des « règles spéciales qui varient suivant les besoins du service »¹⁷⁶⁹. Une telle remise en cause de la clef de voûte du droit administratif moderne ne peut cependant être datée d'une, voire de deux décennies. Elle est en réalité latente dans la doctrine depuis le lendemain même de son prononcé, et ce sans avoir eu à attendre les transformations sociétales ayant accompagné le renouvellement contemporain des soubassements de cette branche du droit. Cette remise en cause autorise ce faisant à apprécier à partir d'un point de vue différent les fondements du droit administratif, et à en proposer dès lors une lecture rénovée en prenant appui sur ces réflexions anciennes. Ainsi en va-t-il notamment pour la question d'une éventuelle application de la théorie générale des obligations au-delà des frontières tracées auparavant par le juge des conflits et confortées un temps par le discours doctrinal¹⁷⁷⁰. Il suffit pour s'en convaincre d'observer l'évolution de la pensée défendue par Maurice Hauriou qui, de la gestion administrative à l'Institution, n'envisageait jamais le droit administratif dans une acception exclusivement objective, où la doctrine majoritaire voulait pourtant le confiner, ni même dans un périmètre préservé de l'application ou de l'influence du droit civil. Le droit administratif devait selon lui être appréhendé comme un savant mélange selon les modalités de l'intervention des personnes publiques ou selon l'organisation prévue pour l'accomplissement

¹⁷⁶⁸ Les travaux conduits par Maurice Hauriou favorisent en effet la découverte d'une dimension pleinement objective de la fonction normative de l'obligation, au sein du concept d'externalisation administrative, en tant que norme de comportement permettant aux autorités administratives de conduire les comportements individuels en-dehors de tout exercice d'une puissance publique commandante.

¹⁷⁶⁹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. p. 61.

¹⁷⁷⁰ Effectivement, d'un point de vue matériel et théorique, le droit administratif ne s'est pas affranchi bien longtemps de ces « principes (...) établis dans le Code civil », et ce tout particulièrement s'agissant de l'une des constructions les plus prestigieuses du code de 1804 : la notion d'obligation.

des finalités d'intérêt général qui leur étaient assignées. D'autres auteurs le rejoignent d'ailleurs, si ce n'est dans ses conclusions du moins dans sa démarche, afin de remettre en cause cette conception tranchée du droit administratif issue de la décision *Blanco*¹⁷⁷¹ et d'admettre finalement l'importance de la notion d'obligation dans son élaboration et de préciser sa fonction normative.

Il demeurait cependant entendu que, aussi forte et prégnante que soit l'influence du droit civil sur le droit administratif, il ne pouvait être question de douter de l'existence, et donc de l'utilité de ce dernier du fait entre autres de « *la finalité des relations qu'ils (les personnes publiques compétentes) entretiennent* »¹⁷⁷² avec d'autres autorités administratives ou avec les administrés. En l'occurrence, alors que la finalité première d'une relation interpersonnelle fondée sur l'obligation réside dans l'instauration d'un lien de droit subjectif à partir duquel se tisse un faisceau de droits et d'engagements réciproques entre les parties destiné à assurer la concrétisation juridique d'une opération économique déterminée, l'emploi de l'obligation en droit administratif tel qu'il apparaît dans le cadre de l'externalisation administrative renvoie à une fonction complémentaire imposée par les exigences de l'intérêt général. Aussi est-ce pour cette raison que l'obligation endosse une fonction normative duale dotée d'une dimension objective renouvelée à travers sa signification de norme de comportement fixant, en dehors de la volonté de chacune des parties, les conditions générales de l'intervention du partenaire de l'administration. Dès lors, si la notion d'obligation est bien universellement admise par le droit français en tant que pierre angulaire de cet édifice juridique, elle peut toutefois présenter çà et là des différences, liées notamment aux fonctions que commande son emploi¹⁷⁷³. Car, en matière d'obligation, comme à d'autres occasions dans lesquelles les autorités administratives empruntent une voie différente du commandement autoritaire, il ne faut pas perdre de vue que, « *contenu plus que chassé, son naturel est toujours prêt à reprendre ses droits* »¹⁷⁷⁴ et à

¹⁷⁷¹ Ainsi par exemple Jean Boulouis soulignait-il « *que le degré d'originalité de ce droit par rapport au droit commun n'est pas aussi considérable que ne l'accréditent et la signification impressionnante du terme exorbitant et une conception abusivement tranchée de la distinction du droit public et du droit privé ; et que, si le juge administratif sauvegarde les apparences formelles de cette autonomie, ses solutions de fond ne la consacrent pas toujours* » : BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 9.

¹⁷⁷² BOULOUIS J., *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁷³ Le savant dosage suggéré par Maurice Hauriou entre l'objectif et le subjectif, et sa transposition à propos de l'obligation en matière administrative, alimente depuis lors la recherche et les réflexions théoriques de la doctrine, destinées à préserver cet « *aspect essentiellement et existentiellement irréductible* » de l'action administrative et du droit qui la gouverne : BOULOUIS J., *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ BOULOUIS J., *Ibid.* L'auteur ajoutait en outre que, dans ces situations où l'autorité publique employait pour la mise en œuvre d'une de ses compétences une modalité d'intervention empruntée au droit commun, « *elle s'analyse comme un simple mode opératoire plus efficace et qui n'est celui du droit « commun » que parce que le commun des sujets de droit ne peut en avoir d'autre* ».

apposer sa marque sur la relation nouée avec un quelconque partenaire. Aussi la dualité fonctionnelle de l'obligation identifiée dans le cadre de l'externalisation administrative suscite-t-elle logiquement une réflexion sur l'évolution des instruments juridiques destinés à assurer l'accomplissement de l'action publique en général.

À côté de sa dimension strictement subjective consacrée en droit civil et de sa dimension strictement objective envisagée jusque-là en droit administratif, la fonction normative de l'obligation présente en effet une dimension objective renouvelée inhérente à l'essence même de cette discipline et aux exigences qui la gouvernent, imposées à tout acteur qui participe à la satisfaction de l'intérêt général. L'identification d'une telle dimension de l'obligation incite alors à envisager notamment la possibilité d'une réunion en son sein du couple ordinairement retenu pour rendre compte de la nature de l'action administrative. Par le fait d'associer la création d'un lien de droit subjectif à l'édiction d'une norme objective de comportement inspirée des nécessités de l'intérêt général, l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative permet en effet de rassembler l'intervention publique par « *prescription et prestation* »¹⁷⁷⁵. Alors que l'obligation exprime en principe, en droit civil comme en droit administratif, la mise en œuvre juridique d'une prestation matérielle à partir de l'instauration d'un lien de droit composé de droits et d'engagements réciproques¹⁷⁷⁶ ou d'un lien de droit objectif, la fonction normative duale de l'obligation manifeste à priori dans le cadre de l'externalisation administrative une dimension normative renouvelée en ce qu'elle porte également un cadre destiné à orienter le comportement de la personne publique compétente et de son partenaire à l'égard de la société et non seulement entre eux et par l'expression de leur volonté. Ainsi marque-t-elle une transformation des modalités d'action des autorités administratives par prescription en soulignant l'abandon du commandement unilatéral et contraint au profit d'un commandement coopératif fondé sur un échange subjectif de prestations matérielles¹⁷⁷⁷. Une évolution qui, par le passé, semblait déjà évoquée par la

¹⁷⁷⁵ SEILLER B., *Droit administratif*, Tome 2, Flammarion, 4^e éd., 2011, p. 11. L'auteur rappelle qu'il existe « *un couple de notions traditionnellement utilisé pour rendre compte de la nature de l'action administrative : il oppose, par souci d'euphonie, prescription et prestation* ».

¹⁷⁷⁶ La définition de l'obligation généralement admise en droit civil ne dément effectivement pas ce constat. Elle y apparaît le plus souvent comme un « *lien de droit par lequel une personne (le créancier) peut exiger quelque chose de l'autre (le débiteur)* » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 5. Ce dernier précise en outre que « *l'essence de l'obligation n'est pas de nous acquérir une chose ou une servitude, mais d'astreindre autrui vis-à-vis de nous à transférer quelque chose ou à faire ou à exécuter une prestation en notre faveur* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁷⁷ Une évolution symptomatique de la transformation des modalités de mise en œuvre de l'action administrative et de réalisation des compétences matérielles des personnes publiques, désormais « *contraintes d'associer des personnes privées* » ou d'autres personnes publiques : SEILLER B., *op. cit.*, p. 15.

doctrine (1) mais qui se trouve désormais confirmée, et magnifiée, à travers l'examen du concept d'externalisation administrative (2) et tout particulièrement de la norme d'habilitation dérivée, dans la mesure où elle constitue le support subjectif d'une norme objective de comportement qui manifeste une forme de prescription. Elle habilite en effet le partenaire de l'administration à adopter une attitude déterminée pour la réalisation d'une compétence matérielle en demeurant encadrée par des exigences particulières dictées par l'intérêt général.

1. L'évocation lointaine d'une dimension normative objective de l'obligation

333. Un fondement doctrinal et théorique ancien, discret et épars. La mise au jour du fondement théorique d'une telle dimension objective de l'obligation en droit administratif fait écho aux réflexions engagées par la doctrine contemporaine en faveur d'une relecture de la pensée doctrinale des siècles précédents afin d'éclairer d'un jour nouveau les débats actuels. Alors que Benoît Plessix proposait par exemple une grille de lecture renouvelée des inspirations civilistes dans la construction du droit administratif¹⁷⁷⁸, Norbert Foulquier recherchait dans le cadre de cette période marquée par l'objectivisme les ferments et les manifestations d'un concept latent de droits publics subjectifs des administrés¹⁷⁷⁹. Dans la même veine, Anne-Laure Girard revient pour sa part aux origines de la théorie de l'acte administratif unilatéral, afin d'y mêler une influence objective avérée et une influence subjective jusque-là reniée¹⁷⁸⁰. Loin d'être évoqués au hasard, ces trois exemples présentent de nombreux points de convergence relatifs à la notion d'obligation et à sa fonction normative. Ainsi permettent-ils tout d'abord de souligner que cette dernière n'a jamais été absente finalement des réflexions théoriques conduites dès la fin du XIX^e siècle, voire même qu'elles aient pu admettre parfois que l'obligation endosse une fonction normative dotée d'une dimension objective lorsqu'elle est appréhendée comme une norme de comportement¹⁷⁸¹. Au-delà de lever le doute sur une éventuelle crispation de la doctrine à concevoir l'application de la théorie générale des obligations en droit administratif¹⁷⁸², ces

¹⁷⁷⁸ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003.

¹⁷⁷⁹ FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003.

¹⁷⁸⁰ GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013.

¹⁷⁸¹ On observe alors, à partir de ce point de vue renouvelé, une approche de la notion d'obligation par la doctrine administrativiste qui semble devoir davantage à une évolution progressive qu'à une révélation miraculeuse qui aurait eu lieu exclusivement durant les dernières décennies.

¹⁷⁸² Benoît Plessix rappelle par exemple cet esprit qui présidait par le passé en droit administratif sans devoir obérer de l'avenir de la théorie des obligations. Il précise en effet que « *les finalités propres à chaque discipline*

nombreuses réflexions ont permis également d'en révéler l'importance ainsi que la nécessaire singularité¹⁷⁸³. Une spécificité qui résulte en grande partie de la solution longtemps retenue pour dépasser ce dilemme redoutable imposé au publiciste entre « *la définition stricte du droit privé, qui voit dans l'obligation un lien de droit (vinculum juris) d'où découle l'exécution d'une prestation de nature économique* » et la tentation d'y voir « *des bornes à l'arbitraire administratif (...)* (marquée par) *l'objectivisme du droit français* »¹⁷⁸⁴.

Malgré cet écueil et la nécessité de prendre en compte le fait que « *le droit civil et le droit administratif n'ont* (en cette matière comme en aucune autre) *rien à gagner à un rapprochement artificiel* »¹⁷⁸⁵, il convenait de ne pas circonscrire son utilité à de simples emprunts techniques sur la question de la circulation et de l'extinction des obligations¹⁷⁸⁶. Il est d'ailleurs possible de relever très tôt l'émergence d'un courant doctrinal intéressé par une étude globale de la notion préfigurée par l'article de Joseph Barthélemy publié à la Revue de droit public en 1912. Placée sous les auspices d'une conception du droit administratif en tant qu'« *organisation des droits et des obligations de l'État* »¹⁷⁸⁷, il laissait en effet entrevoir la possibilité d'une conception générale de l'obligation¹⁷⁸⁸. Sa réflexion engageait alors à poursuivre l'approfondissement de son analyse sur cette ligne de crête entre l'objectif et le subjectif, sur laquelle il n'était pas seul à s'être arrêté¹⁷⁸⁹. Aussi encourageait-il à ne pas retenir exclusivement la dimension subjective héritée du droit civil pour favoriser la prise en

juridique finissent par faire barrage à certaines influences, à tenir en échec certaines tentations d'imitation trop artificielles : le droit administratif s'est toujours passé d'une théorie des obligations » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 921.

¹⁷⁸³ Laquelle résulte notamment de cette éventuelle dimension objective que le droit civil n'a que récemment envisagé de prendre en compte, en particulier sous l'impulsion du pavé lancé par Pascal Ancel dans la mare, ou plutôt le marigot, de la théorie générale des obligations : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 et s.

¹⁷⁸⁴ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 922.

¹⁷⁸⁵ PLESSIX B., *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ C'est pourtant la tendance qui a longtemps prévalu dans la doctrine durant le XIX^e et le XX^e siècles. Citons, sur la question de ces emprunts à vocation technique, la contribution générale apportée par Marcel Waline dans son *Traité élémentaire de droit administratif* : WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1950, p. 612 et s. ou encore celle relative au rôle de la jurisprudence du Conseil d'État dans ces emprunts : WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631 et s. Il convient également de souligner certaines études plus récentes particulièrement éclairantes sur ces deux points : NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 241, 2004, et : FROGER Ch., *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 145, 2015.

¹⁷⁸⁷ BARTHÉLEMY J., « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 506.

¹⁷⁸⁸ Tout en privilégiant, il s'agit de le préciser, une description technique de son emploi en tant qu'obligation de faire, sanctionnée par la possibilité d'une exécution forcée.

¹⁷⁸⁹ Nous citerons à nouveau le travail conduit par Maurice Hauriou sur la gestion administrative : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose.

compte concomitante d'un élément déterminant : la situation privilégiée de la personne publique qu'elle soit créancière ou débitrice de l'obligation¹⁷⁹⁰. Il se montrait en outre plus que prudent quant à la détention par les particuliers d'obligations subjectives à l'encontre des autorités administratives. Il affirmait même l'existence d'une dimension objective de la fonction normative de l'obligation imposée à l'administration d'en haut au nom de la sauvegarde de l'intérêt général et non d'en bas du fait de l'expression d'un accord de volontés¹⁷⁹¹. La position nuancée adoptée par Joseph Barthélemy laissait par conséquent persister un doute quant à l'appréhension de la fonction normative de l'obligation : clairement objective quand elle était à la charge de l'administration¹⁷⁹² et plus nettement subjective quand elle était à la charge des administrés¹⁷⁹³. Une prudence qui semble avoir été dépassée par Norbert Foulquier et par la perception unifiée de ces deux dimensions.

À l'instar de la démonstration conduite par Anne-Laure Girard¹⁷⁹⁴, Norbert Foulquier soulignait que la doctrine avait longtemps écarté toute dimension subjective alors que celle-ci demeurait toujours présente au sein de l'intervention des personnes publiques, notamment en

¹⁷⁹⁰ Et l'impossibilité concomitante pour le juge de prononcer à son encontre une injonction de faire.

¹⁷⁹¹ Il affirmait par exemple que « *dans le droit public français, ne sont susceptibles d'organisation juridique que les obligations mises par une loi à la charge de l'État et qui doivent par conséquent être exécutées par les agents* » et non des obligations nées d'un lien de droit subjectif avec un particulier ou une autre personne juridique distincte : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 508. Et d'ajouter que « *le droit public moderne a tracé autour de l'administration de nombreuses règles de compétence, de formes, de buts, qui sont autant d'obligations de ne pas faire* ». Il précisait en outre que la sanction d'une telle obligation devait principalement relever du recours pour excès de pouvoir ; c'est-à-dire du contentieux objectif, confirmant ainsi l'existence de cette dimension objective de la fonction normative de l'obligation. Il démontrait d'ailleurs que la sanction de ces obligations était « *essentiellement objective et tend, non à s'assurer des droits des requérants, mais à obtenir le respect du droit objectif* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 509. Léon Duguit considérait dans le même temps que « *la notion de droit subjectif ne doit pas intervenir. Elle implique le rapport d'une personnalité investie d'une volonté qu'elle impose à une autre personnalité (...). Elle suppose une structure individualiste de la société qui n'est pas celle de nos sociétés modernes* » : DUGUIT L., « Les services publics et les particuliers », *Rapport du Congrès de Bruxelles*, III, 1910, p. 2.

¹⁷⁹² Il rappelait alors que « *les engagements que prend l'État de faire quelque chose sont des règles de conduite intérieure qui ne correspondent pas à des droits chez les administrés* », ajoutant même qu'il « *faut présumer que le législateur entend réserver à l'administration une certaine liberté pour exécuter des obligations* » : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 509. Une obligation d'ailleurs envisagée par ce dernier comme une tutelle exercée par l'autorité administrative supérieure sur une collectivité inférieure ou décentralisée : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 510 et 511.

¹⁷⁹³ Joseph Barthélemy soulignait que les obligations objectives imposées par la loi aux particuliers au nom de l'intérêt général tendaient « *à devenir de plus en plus rare(s)* », suggérant alors implicitement que la nature de ces obligations étaient désormais davantage subjective ; c'est-à-dire qu'elles trouvaient leur origine dans un contrat conclu avec l'administration ou dans toute autre expression d'un accord de volonté créant un lien de droit entre eux : BARTHÉLEMY J., *op. cit.*, p. 518. Il précisait en outre que « *les traces de corvée se transforment en une obligation alternative de faire ou de payer, et elles disparaissent peu à peu* ».

¹⁷⁹⁴ Elle affirme par exemple que la dimension subjective apportée dans le débat administratif par la reconnaissance de la personnalité morale des personnes publiques conduisait nécessairement à reconnaître que, « *malgré les variations infinies affectant l'action unilatérale de l'administration, tout acte peut, en effet, être défini comme une manifestation de volonté d'une personne morale de droit public* » : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 180 ; en d'autres termes qu'un lien de droit subjectif portée par une obligation pouvait tout à fait également comporter une signification objective énonçant une norme de comportement, par exemple un commandement.

matière d'orientation normative des comportements¹⁷⁹⁵ au sein de rapports juridiques individuels. Il rappelait cependant qu'un certain nombre d'auteurs s'étaient attelés à la réhabiliter dès lors que « *la jurisprudence administrative a toujours laissé une place importante à l'idée de droit subjectif des particuliers* »¹⁷⁹⁶ en tant qu'elle repose pour une large part sur l'existence d'un rapport de droit instauré entre ces derniers et l'administration. Il démontrait alors que l'idée d'une association de l'objectif et du subjectif dans le cadre de l'action administrative avait toujours été présente dans le discours de droit et le discours sur le droit. Mais alors qu'un droit subjectif issu d'un rapport de droit s'exprimait le plus souvent à travers « *une obligation d'une personne envers une autre* »¹⁷⁹⁷, une telle évolution enjoignait nécessairement à revoir la conception objective traditionnelle de l'obligation en droit administratif inhérente à l'intervention des personnes publiques¹⁷⁹⁸. Aussi la consécration doctrinale de la possibilité d'instaurer un *vinculum juris* entre l'administration et les administrés à travers la dimension subjective de la fonction normative de l'obligation devait-elle s'aboucher d'une dimension objective, liée à la reconnaissance de l'édition d'une norme objective de comportement à partir d'un lien de droit subjectif établi. L'obligation se présentait donc, dès l'origine, comme une médaille à deux faces dont l'avert et l'envers correspondaient aux dimensions objective et subjective de sa fonction normative. La nouveauté, ou du moins ce « *vieux-neuf* » cher à Maurice Hauriou¹⁷⁹⁹, réside donc ici dans l'hypothèse d'une association de ces deux dimensions de l'obligation¹⁸⁰⁰ illustrée par l'exemple concret offert par l'externalisation administrative. Il convient alors de fouiller davantage les fondements théoriques qui y seraient favorables afin de parvenir à convaincre de sa pertinence dans la mesure où elle fut longtemps délaissée par la doctrine.

La relecture contemporaine des premiers temps du droit administratif moderne invite en ce cas à opérer une mise en perspective des réflexions successivement menées au cours du XX^e

¹⁷⁹⁵ Il soulignait d'ailleurs que « *la persistance du rejet français de la notion de droit subjectif avait quelque chose de paradoxal dès lors qu'était admise la personnalité administrative* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 177.

¹⁷⁹⁶ FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 178.

¹⁷⁹⁷ FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁹⁸ Dans laquelle il sembla longtemps difficile d'admettre « *que des obligations pussent peser sur les personnes administratives qui, en bien des occasions, participaient à la souveraineté étatique et à la protection de l'intérêt général* » gouvernées toutes deux par le droit objectif : FOULQUIER N., *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ Maurice Hauriou évoquait en effet l'importance du travail d'adaptation dans l'étude du droit. Il affirmait qu'il « *ne faut pas du nouveau, mais seulement du vieux-neuf. Il faut reprendre les données de nos anciens auteurs de l'ordre juridique (...) en s'efforçant de les mettre au point* » : HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 6.

¹⁸⁰⁰ C'est-à-dire dans l'hypothèse de l'existence d'une norme objective de comportement exprimée dans le cadre d'un lien de droit subjectif.

siècle¹⁸⁰¹. Il convient ce faisant d'aborder une fois encore les nombreux travaux conduits par Maurice Hauriou tant ils paraissent avoir engagé ses successeurs à envisager une association de l'objectif et du subjectif au sein de l'obligation administrative. À priori contempteur de sa dimension subjective en tant que rapport de droit, un examen plus attentif de sa pensée révèle qu'il n'y était finalement pas hostile¹⁸⁰². La collaboration indispensable qu'il prônait dans le cadre de la gestion administrative ne pouvait effectivement se concrétiser qu'à travers des rapports d'obligation subjectifs établis avec les administrés. Il maintenait cependant un certain nombre de restrictions objectives à leurs droits, au nom de la préservation de l'intérêt général¹⁸⁰³, qu'il justifierait plus tard dans le cadre de sa théorie de l'Institution. Cette dernière envisageait en effet l'action administrative à l'aune de l'obligation au sens civiliste du terme, appréhendée toutefois avec une dimension indéniablement objective¹⁸⁰⁴ dans la mesure où l'engagement est imposé par une volonté étrangère aux parties ; ici, par l'intérêt général, au bénéfice de l'ordre juridique¹⁸⁰⁵. Ainsi Maurice Hauriou développait-il déjà¹⁸⁰⁶ une acception dualiste de la fonction normative de l'obligation partagée entre une dimension objective et une dimension subjective qu'il s'agit d'approfondir à l'aide de la théorie normativiste. Mise en perspective avec les travaux de Maurice Hauriou, celle-ci confirme effectivement la possibilité d'adosser à la dimension subjective de l'obligation une dimension objective en vertu de laquelle l'obligation comporterait une signification de norme objective

¹⁸⁰¹ Des réflexions conduites par différents auteurs qui se répondent si tant est que leurs travaux soient mis en confrontation afin de les éclairer d'un jour nouveau. Notons que la maître de Toulouse ne démentait d'ailleurs pas cette démarche lorsqu'il précisait que, « *si les veilles notions ont des inconvénients (...) qui suscitent l'anarchisme doctrinal (...) en revanche elles ont un avantage qui est, par leur combinaison, de fournir l'explication de tout ce qui est* » : HAURIOU M. et MESTRE A., « Analyses et comptes rendus. L'État, le droit objectif et la loi positive par Léon Duguit », *RDP*, 1902, p. 353.

¹⁸⁰² Il affirmait très tôt qu'il convenait de définir le droit administratif comme « *celui qui règle les rapports de l'administration et des administrés* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 1.

¹⁸⁰³ Et afin de préserver la liberté d'action des personnes publiques d'une entrave trop forte. Il démontrait notamment l'existence de situations dans lesquelles nécessairement « *la matière, est, (...), objective, l'administration est obligée seulement à ne pas sortir de la légalité en tant qu'elle règle la chose publique (...). Dans ces conditions les droits ou les intérêts légitimes que les administrés peuvent invoquer sont envisagés, eux aussi, sous des rapports de pur voisinage* » et non plus des rapports de droit subjectif : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁰⁴ Il précisait que l'œuvre commune se présentait comme « *une déclaration unilatérale de volonté administrative en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés conforme au bien du service* » : HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 300.

¹⁸⁰⁵ Norbert Foulquier rappelait d'ailleurs que « *la théorie de l'institution paracheva ensuite l'objectivation du rapport de droit, en cantonnant les droits subjectifs aux seuls cas où les personnes étaient capables de s'approprier les actes et surtout les biens, c'est-à-dire quasiment au seul domaine du commerce de droit privé* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 188.

¹⁸⁰⁶ Notamment afin circonscrire le champ d'obligations subjectives dans les rapports de droit unissant l'administration aux administrés.

de comportement qui, elle-même, présente parfois cette double dimension¹⁸⁰⁷. Cette recomposition *a posteriori* de la pensée doctrinale du XX^e siècle permet alors d'appréhender la résurgence théorique récente de l'évocation d'une dimension objective renouvelée de l'obligation administrative.

334. La résurgence théorique récente d'une dimension objective renouvelée. Alors qu'Hans Kelsen affirmait qu'il « *n'est pas vrai que tout devoir-être, qui est la signification d'un acte de volonté, soit une norme obligatoire* »¹⁸⁰⁸, il est possible d'ajouter, à la lumière de la confrontation précédemment suggérée, que la signification d'un « devoir-être » peut être contenue dans une obligation servant de support à l'instauration d'un lien de droit subjectif. Le « vitalisme social » apporté au débat par la théorie de l'Institution invitait d'ailleurs à ce mariage entre deux dimensions de l'obligation afin d'admettre qu'une norme objective de comportement puisse être édictée à travers une relation subjective¹⁸⁰⁹. Bien qu'admis auparavant, ce dualisme était cependant perçu jusque-là sous l'angle de l'opposition et d'une séparation stricte¹⁸¹⁰ rejetant en apparence toute idée de conciliation de l'objectif et du

¹⁸⁰⁷ Hans Kelsen précisait effectivement que, « *si le commandement n'est pas habilité, alors c'est là simplement la signification subjective de l'acte de commandement ; autrement dit, il est la signification que l'acte de commandement possède du point de vue de celui qui commande, et non du point de vue de l'adressataire du commandement ou d'un tiers extérieur (...). Seule le commandement habilité a également la signification objective du devoir-être ; cela signifie que seul le commandement habilité est une norme, obligatoire pour l'adressataire de la norme, à la différence du commandement non habilité qui n'est pas obligatoire pour l'adressataire du commandement* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 35.

¹⁸⁰⁸ KELSEN H., *Ibid.*

¹⁸⁰⁹ Maurice Hauriou tranchait en effet ainsi le « nœud gordien » de la querelle de l'objectif et du subjectif. Rappelons de nouveau la définition respective de chacune de ces dimensions du droit retenue par Maurice Hauriou selon laquelle : « *les juristes entendent par droit subjectif tout ce qui, dans le droit, se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés, par exemple, les situations contractuelles, les dispositions testamentaires dites de dernière volonté : ils entendent, au contraire, par droit objectif tout ce qui, dans le droit, se maintient sans le secours de la volonté consciente de sujets déterminés et qui, ainsi, semble se maintenir par soi-même, par exemple une règle de droit coutumière* » : HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1925, rééd. 1986, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, p. 90. Il suggérait en outre l'élaboration d'une voie intermédiaire entre les solutions avancées par le passé et envisageait leur association au service de l'idée qui sous-tend toute institution et s'impose à ses participants consciemment et inconsciemment.

¹⁸¹⁰ Maurice Hauriou précisait en effet que, « *depuis toujours, et instinctivement, les juristes avaient admis, dans le système juridique, la coexistence d'éléments subjectifs et d'éléments objectifs : la personnalité juridique, les droits subjectifs, les actes juridiques constituaient le premier groupe ; l'ordre public et ce qu'on appelait la « réglementation », c'est-à-dire, la masse des lois, des règlements et des coutumes, constituaient le second* », et ajoutait que « *ce dualisme, correspondant à celui de la volonté consciente et de l'idée inconsciente, constituait un sage compromis* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 90 et 91. Un compromis finalement dépassé « *par l'organisation d'un système ultra-subjectiviste* » d'un côté et par « *la formation d'un système ultra-objectiviste* » de l'autre : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 91.

subjectif. L'apport du maître de Toulouse était alors de rompre avec cette attitude¹⁸¹¹ par la détermination d'un point de rencontre situé au niveau de la prise de conscience de la fonction principale des règles de droit objectif à partir des articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 : à savoir, fixer « *des limites transactionnelles imposées aux prétentions des pouvoirs individuels et à celles des pouvoirs des institutions* »¹⁸¹². Ainsi la réalisation de l'œuvre commune justifiant toute institution imposait-elle à la fois la création d'un cadre objectif précisant le comportement à suivre, mais aussi l'instauration de liens de droit subjectif permettant sa concrétisation¹⁸¹³ par des prestations réciproques.

L'action administrative sous toutes ses formes vivait par conséquent « *d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées* »¹⁸¹⁴ par l'intermédiaire de l'obligation ; c'est-à-dire d'une norme de comportement issue d'un lien de droit subjectif. Elle empruntait effectivement cette voie mêlant le *vinculum juris* et la signification objective afin de remplir ce double objectif de réalisation d'un but commun transcendant, d'une part, les intérêts des parties et, d'autre part, de concrétisation de cette réalisation sur le plan matériel par l'exécution de prestations par des tiers à partir d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques noué entre elles par l'expression de leurs volontés. Alors que ce premier objectif était une constante de l'intervention publique depuis les origines du droit administratif moderne, le second n'y occupe une place importante que depuis une vingtaine d'années et l'émergence du souci de la performance de l'action administrative qui pourrait être atteint par l'emprunt de mécanismes issus du droit privé, au premier rang desquels figurent toujours la notion d'obligation dans sa conception classique. Une évolution éclairée par ce travail mené par Maurice Hauriou ayant permis de dégager une double dimension conjointe de l'action administrative et de la fonction normative de l'obligation à la fois objective et subjective¹⁸¹⁵. Ainsi ce dernier ouvrait-il la voie au déploiement de ces procédés inspirés du droit civil pour ce qui concerne la dimension

¹⁸¹¹ Il démontrait alors qu'il était possible par cette théorie d'admettre « *le dualisme de ces états, car elle voit, dans cette opposition, moins des éléments tranchés que des états différents, par lesquels peuvent passer, suivant les moments, soit une institution corporative, soit une règle de droit* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 96.

¹⁸¹² HAURIOU M., *op. cit.*, p. 94.

¹⁸¹³ Cette théorie de l'Institution reposait en effet sur l'idée d'une œuvre commune pour la réalisation de laquelle « *un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » : HAURIOU M., *Ibid.*

¹⁸¹⁴ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 97.

¹⁸¹⁵ Selon Maurice Hauriou toute institution reposait alors sur l'organisation de « *la manifestation de communion des membres du groupe et aussi des organes de gouvernement, soit en l'idée de l'œuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer. Ce phénomène de communion (...) passe momentanément à l'état subjectif* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 105.

subjective en maintenant une part irréductible d'objectivité parfois associée et intégrée à ces derniers. Il convient par conséquent de lier la résurgence de cette hypothèse théorique d'une conception duale de l'obligation au développement plus récent de la modernisation de l'action publique et des transformations contemporaines du droit administratif¹⁸¹⁶.

Sébastien Bernard soulignait dès l'aube des années 2000, s'agissant de la gestion du domaine public ou de celle du service public, que leurs régimes juridiques séculaires ne pouvaient rester inchangés face au défi croissant posé par la recherche de performance. Toutefois, il ne s'agissait pas non plus de renverser la situation et d'abandonner un cadre objectif adapté aux exigences inhérentes à l'intervention publique et à ce qui la justifie et la sous-tend : la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi était-il nécessaire d'assurer à la fois l'intégration dans la sphère administrative de procédés importés du droit civil, et marqués par l'empreinte subjective de l'obligation en tant que lien de droit, tout en maintenant avec certitude un cadre objectif destiné à assurer le respect de ces exigences impératives¹⁸¹⁷. Alors que la critique de l'époque avait remis en cause la capacité du seul rapport de droit objectif à garantir la performance de l'action administrative¹⁸¹⁸, il ne pouvait non plus être question de ne plus y recourir. Aussi était-il cohérent de rechercher dans une voie intermédiaire la solution à cette crise ; ce qu'illustre le recours à la contractualisation¹⁸¹⁹. Son développement constitue en cela le premier signe récent d'une résurgence de l'hypothèse théorique suggérée par Maurice

¹⁸¹⁶ Un parallèle qui ne sera pas sans favoriser pour la suite le rapprochement de cette même hypothèse avec l'émergence du concept d'externalisation administrative, lequel est pour sa part également lié à ce même mouvement de mutations. Une parenté évoquée dès le début du XXI^e siècle par Sébastien Bernard lorsqu'il démontrait que la recherche de rentabilité en droit administratif avait peu à peu conduit « à faire appliquer par les personnes publiques les modes d'organisation et de décision répandus dans le secteur privé » parmi lesquels figure au premier rang l'externalisation en tant qu'outil de gestion stratégique des ressources des entreprises : BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001, p. 260.

¹⁸¹⁷ Ce dernier devait notamment garantir la convergence et la synergie des buts à atteindre et des moyens à employer par l'édiction de certaines normes de comportement au nom de l'intérêt général. Une garantie d'autant plus nécessaire que la multiplication des intérêts distincts de l'intérêt général allait de pair avec la multiplication des personnes désormais concernées par la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques. Il s'agissait notamment d'assurer la stabilité et la pérennité du droit administratif face à la critique managériale dont il faisait l'objet depuis les années 1960. Il s'agissait donc de concilier à la fois « la rationalité juridique appliquée à la gestion publique (qui) propose, grâce au droit administratif, un cadre cohérent et contraignant pour l'action » et « la rationalité managériale fondée sur un impératif d'efficacité (...) en visant l'agencement rationnel des moyens matériels et humains en vue d'atteindre dans des conditions optimales les objectifs fixés » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 258.

¹⁸¹⁸ Sébastien Bernard rappelait en effet que, « d'après la critique managériale, l'Administration est incapable de satisfaire la demande des usagers car elle ne cherche pas suffisamment à améliorer l'efficacité de ses prestations. La norme administrative (objective) est ainsi critiquée au motif qu'elle serait source de contraintes et bloquerait le progrès » : BERNARD S., *Ibid.*

¹⁸¹⁹ Un mode d'action publique qui « marque les rapports de l'État avec ses partenaires, autrefois considérés comme ses subordonnés » tout en maintenant un cadre objectif toujours contraignant : BERNARD S., *op. cit.*, p. 270.

Hauriou et ses successeurs en ce qu'elle implique le recours à la notion d'obligation en tant que lien de droit subjectif et norme objective de comportement¹⁸²⁰. Le développement du contrat de plan à partir de la loi du 29 juillet 1982¹⁸²¹ assurait par exemple la satisfaction de l'intérêt général par l'édiction de normes de comportement volontairement acceptées par les parties au sein de relations subjectives¹⁸²².

Un mariage qui n'aurait pu s'opérer cependant sans des concessions réciproques. Alors que le droit administratif admettait une influence explicite du droit civil, ce dernier supportait en retour une certaine dénaturation inhérente au caractère de son nouveau partenaire¹⁸²³. En conséquence de quoi il est envisageable d'admettre que le phénomène de contractualisation¹⁸²⁴ renforce *a posteriori* l'hypothèse d'un renouvellement de la dimension normative objective de l'obligation à côtés de sa dimension subjective¹⁸²⁵. Dans la même veine, le développement de l'obligation de service public est un second signe de la résurgence

¹⁸²⁰ Un signe d'ailleurs relevé très tôt par Jacques Caillosse, lequel soulignait que « *le droit enregistre et exprime encore cette mutation civiliste et commerciale dans la tendance à une ample contractualisation des rapports administratifs* » car, dans son souci de « *mimer l'organisation juridique des échanges privés* », l'administration ouvre la voie à une forme apparente de subjectivisation de l'instrument employé pour édicter des normes objectives de comportement : CAILLOSSE J., « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », *Politique et management public*, décembre 1993, p. 95.

¹⁸²¹ L'article 11 de cette loi disposait en effet que « *L'État peut conclure avec les entreprises publiques ou privées des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties (lien de droit subjectif) en vue de l'exécution du Plan (norme objective de comportement)* ».

¹⁸²² Ces dispositions relatives au contrat de plan prononçaient alors, sur le plan juridique, le mariage du droit privé « *dominé par l'égalité des sujets auxquels il s'applique* » et du droit administratif dans lequel « *entre en jeu la prise en considération du but d'intérêt général poursuivi (imposé) par (aux) les personnes publiques* » (DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p. 11 et 12) ainsi que de l'intérêt particulier et de ce même intérêt général. Il s'agissait également, sur le plan politique, d'un mariage parfait entre l'idéologie communiste de la planification et de la programmation économique avec l'idéologie libérale fondée pour sa part sur l'initiative des particuliers.

¹⁸²³ Sébastien Bernard ne manquait pas de relever cette concession admise par le droit civil. Il précisait effectivement que « *la publicisation désigne en effet ce phénomène par lequel les moyens inspirés du droit privé sont, à l'occasion de leur importation en droit administratif, transformés de façon à tenir compte de la spécificité de l'action publique* » : BERNARD S., *op. cit.*, p. 279.

¹⁸²⁴ Jacques Caillosse remarquait en effet que, « *à supposer que la personne publique soit partie prenante d'une situation dont le caractère contractuel n'est pas douteux, ce contrat risque fort d'être porteur d'une logique propre : celle du droit administratif* », qui impose notamment à tout acteur le respect de normes de comportements exigé par l'intérêt général : CAILLOSSE J., « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 104.

¹⁸²⁵ Ainsi les contrats de plan manifestaient-ils explicitement l'expression de cette dimension à travers l'existence d'« *objectifs principalement de politique économique et sociale* » au-delà du seul objectif de rentabilité propre aux entreprises afin d'imposer à ces dernières des exigences liées à l'intérêt général : VOISSET M., « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *L'interventionnisme de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, t. 2, CERAM, 1984, p. 728. Et d'ajouter que le contenu de contrats de plan visait à assurer la prise en compte de « *l'intérêt général par les entreprises jusque-là axées sur la recherche du profit* ».

de cette hypothèse perceptible, en doctrine comme en droit positif¹⁸²⁶. Distincte du service public, elle n'y est pas moins étroitement attachée en ce qu'elle manifeste l'expression juridique des exigences d'intérêt général qui s'imposent tout autant à la personne publique qu'à son partenaire. Ainsi permet-elle, dès lors qu'elle traduit notamment la superposition « à une vision étatique du droit des logiques normatives et institutionnelles nouvelles »¹⁸²⁷, aux autorités administratives d'orienter uniformément les comportements des acteurs économiques par le biais de l'obligation en associant ces derniers « à la garantie de l'intérêt général et (à) la fourniture d'activités qui y sont associées »¹⁸²⁸. Elle confirme par conséquent également l'hypothèse d'une association étroite du *vinculum juris* et de la norme de comportement au sein de l'obligation. Un indice qui conduit à constater, par le concept d'externalisation administrative, la confirmation contemporaine du renouvellement de la dimension normative objective de l'obligation.

2. La confirmation par l'externalisation d'une dimension objective de l'obligation

335. Une confirmation engagée par les travaux sur l'obligation de service public. Éclairée par l'étude de Salim Ziani, l'obligation de service public participe de la confirmation de l'hypothèse d'une dualité de la fonction normative de l'obligation. Sur le plan théorique, d'une part, la justification apportée à son émergence en droit français comme en droit de l'Union européenne favorise effectivement l'idée d'une association bénéfique du lien de droit subjectif et de la norme objective de comportement dans le cadre de l'organisation des activités de service public. Alors que le premier l'envisage classiquement comme une sujétion destinée à imposer la prise en compte des exigences de l'intérêt général dans la réalisation du service public, le second l'appréhende comme l'expression même de cet intérêt en lien avec le (dés)intérêt des particuliers qui participent à sa concrétisation¹⁸²⁹. L'obligation de service

¹⁸²⁶ Elle révèle par ailleurs en arrière-plan une « reconfiguration des modes de l'action publique en France » : ZIANI S., Du service public à l'obligation de service public, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 51.

¹⁸²⁷ ZIANI S., *op. cit.*, p. 53.

¹⁸²⁸ En cela, l'obligation de service public constitue bel et bien « non pas une fin de l'action publique renvoyant à une fonction de l'État mais tout simplement un moyen, un acte d'autorité publique, permettant à un État « ordonnateur » d'organiser un marché » alors que ce dernier « est d'ailleurs désormais appréhendé comme étant le partenaire de l'État dans la garantie de l'intérêt général et la fourniture d'activités qui y sont associées » : ZIANI S., *Ibid.* Elle permet en d'autres termes de garantir la satisfaction de l'intérêt général tout en assurant l'intervention d'un tiers pour sa réalisation.

¹⁸²⁹ Le règlement n° 1191/69 du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, précise par exemple que, « par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si

public constituerait en cela un facteur d'harmonisation des systèmes juridiques européens dans le sens d'une désétatisation de la satisfaction matérielle de l'intérêt général pour laquelle elle constituerait de manière privilégiée « *le moyen d'investiture d'un tiers partenaire* »¹⁸³⁰ à la réalisation d'un service public. C'est en l'occurrence à travers cet emploi de l'obligation en tant que moyen d'habilitation, à l'instar de l'externalisation administrative, qu'elle acquiert une fonction normative duale dotée d'une dimension objective dont la signification serait celle d'une norme de comportement issue d'un lien de droit subjectif. L'obligation de service public s'impose d'ailleurs en tant que telle à la fois au partenaire de l'administration et à l'administration elle-même, confirmant sa dimension objective liée aux nécessités de l'intérêt général afin de fixer un cadre à l'action administrative¹⁸³¹. Elle relèverait par conséquent de cette transformation de l'action publique sous l'influence de l'idéologie néo-libérale en vertu de laquelle l'État limite le périmètre de son intervention et favorise l'orientation du comportement des opérateurs économiques partenaires¹⁸³². Une posture qui permet aux autorités administratives de commander par l'édiction de normes de comportement sous la forme d'obligations de service public qui associent à la prescription la commande de prestations correspondantes¹⁸³³.

elle considérerait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions ».

¹⁸³⁰ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 55. L'auteur précise que « *l'obligation de service public tient ainsi une importance capitale dans un mouvement d'harmonisation, de démonopolisation, de privatisation, de désétatisation ou de dénationalisation, de re-réglementation et de qualification juridique car elle tend à attribuer une matrice économique particulière à l'intérêt général* ».

¹⁸³¹ Une transformation qu'évoquait d'ailleurs Guylain Clamour dans une perspective bien plus générale lorsqu'il démontrait que « *les mutations de l'intérêt général touchent, non pas tant ses fonctions, que ses modes de formulation et de réalisation qui s'adaptent à une redécouverte de l'intérêt individuel et au besoin de rationalisation venant compléter une logique volontariste* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 20. Ainsi s'imposerait-elle comme une modalité « *de réglementation du marché permettant d'imposer des sujétions à des opérateurs économiques afin de garantir l'intérêt général* » (ZIANI S., *op. cit.*, p. 59 et 60) mais aussi aux autorités administratives qui se voient contraintes de respecter certaines exigences dans la mise en œuvre de leurs compétences matérielles. Elle est en cela déterminante dans la banalisation de l'action administrative dans la mesure où, « *lors de sa mise en œuvre, l'obligation de service public impose, dans sa conception européenne, une délimitation juridique stricte, par rapport à la concurrence sur le marché, des besoins d'intérêt général auxquels sera soumis un tiers gestionnaire et elle implique une proportionnalité des mesures adoptées et des financements qui sont affectés strictement à l'activité externalisée* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 61.

¹⁸³² Il précise par conséquent que « *l'obligation de service public doit donc se comprendre dans un mouvement du « moindre et meilleur État »* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 65, ajoutant même en note de bas de page que cet État « *est un État partenarial qui s'insère dans la logique contemporaine du « faire faire » et qui est en harmonie avec les doctrines du « new public management » et du « best value for money » ou, en français, de l'efficacité du moindre denier* ». Elle traduit finalement l'évolution « *vers un modèle auquel se superpose une fonction d'autorité ordonnatrice, partenariale et banalisée, qui lui est attribuée et dont la mise en œuvre ne saurait troubler le marché* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 67.

¹⁸³³ Une hypothèse parfaitement exprimée par Salim Ziani selon lequel « *la commande d'un service ou d'une prestation, telle qu'elle se présente dans l'État ordonnateur, repose sur l'appréciation et la délimitation d'un*

Une justification théorique qui se poursuit, d'autre part, sur le plan strictement juridique dès lors qu'il est possible d'affirmer par exemple, à l'instar de Salim Ziani¹⁸³⁴, que l'élaboration des lois de Rolland s'interpréterait aujourd'hui à la lumière des obligations de service public. Ainsi le régime spécifique appliqué à ces activités comporterait-il un faisceau d'obligations participant de la détermination de la volonté de l'administration de « *confier une telle mission* »¹⁸³⁵ de service public à un partenaire dans des conditions objectives fixées, eu égard aux exigences imposées par l'intérêt général. Sans procéder à un bouleversement artificiel du régime juridique de ces activités, il convient toutefois de relever l'importance accordée à l'obligation de service public par les réflexions doctrinales et consacrée par le droit positif. Passant d'une existence sous-jacente à une consécration explicite, les obligations de service public apparaissent en effet concrètement en droit administratif depuis une dizaine d'années : soit à travers une relecture du droit antérieur, soit par une observation du droit actuel. Elles révèlent ce faisant toujours une fonction normative constante : fixer un comportement déterminé à destination de la personne habilitée à participer à la réalisation d'une mission de service public¹⁸³⁶. Aussi est-il fréquent aujourd'hui de les retrouver là où l'on parlait plus souvent de sujétions exorbitantes par le passé, à propos de certaines charges imposées aux opérateurs économiques intervenant dans l'accomplissement d'un service public en réseau¹⁸³⁷ conformément à la réglementation en vigueur du cahier des charges. L'obligation de service public se présente donc désormais comme un instrument juridique indispensable à la satisfaction de l'intérêt général en ce qu'elle autorise l'intervention d'une autre personne que l'autorité administrative compétente, et surtout encadre celle-ci afin d'assurer son bon accomplissement eu égard à des exigences multiples¹⁸³⁸. Aussi convenait-il

besoin et aussi sur l'expression d'une volonté qui ont quant à elles le caractère d'un choix politique et celui d'une traduction normative » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 66.

¹⁸³⁴ Ainsi affirme-t-il que « *les grandes caractéristiques du service public furent tirées par Louis Rolland de la synthèse même des obligations de service public* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 60. Et d'ajouter que les obligations de service public recouvrent désormais « *les aspects les plus saillants d'un régime juridique lui-même fondé sur une synthèse et une classification de certaines sujétions* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 74.

¹⁸³⁵ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

¹⁸³⁶ Ainsi par exemple l'article R. 122-11 du Code des ports maritimes dispose-t-il à propos de l'outillage privé des infrastructures portuaires que « *les outillages qu'une entreprise entend mettre en place et qui sont nécessaires à ses propres besoins font l'objet d'une autorisation d'outillage privée avec obligation de service public* ».

¹⁸³⁷ Accentuée avec l'ouverture à la concurrence de nombreux secteurs d'activités, et plus largement par l'émergence d'une économie libérale, l'importance de l'obligation de service public doit donc beaucoup au développement conséquent du droit de l'Union européenne et de son influence sur le droit français.

¹⁸³⁸ L'obligation de service public assure aujourd'hui le respect par les opérateurs économiques chargés de l'exécution d'une mission de service public des « *grandes lois du service public* » et « *des principes spécifiques de gestion, contemporains d'une subjectivisation de l'intérêt général et de la diffusion, au sein de l'action publique, d'une conception marchande du service public* » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 348. Il en va ainsi par

d'en esquisser le portrait afin d'appréhender l'expression de sa fonction normative, proche de celle de l'obligation dans le cadre du concept d'externalisation administrative.

L'obligation de service public s'exprime classiquement comme une prestation imposée à un partenaire de l'administration pour la réalisation d'un service public dans le cadre d'un lien de droit subjectif. Mais elle fournit également une illustration manifeste de l'adoption concomitante d'une fonction normative objective consistant en l'édition d'une norme de comportement destinée à garantir le respect des exigences particulières que cette réalisation impose et que le partenaire en question ne prendrait pas nécessairement en compte s'il s'agissait d'une activité commerciale comme une autre¹⁸³⁹. Si elle se développe principalement en droit de l'Union européenne sur le point de la compensation qu'elle entraîne nécessairement au bénéfice de son destinataire qui n'y a pas forcément un intérêt¹⁸⁴⁰, elle présente aussi une importance propre en droit administratif français en ce qu'elle constitue un élément à part entière du régime contemporain des services publics. Bien qu'elle y revête une fonction *a priori* similaire destinée à imposer au partenaire de l'administration un comportement qu'il n'aurait pas adopté de lui-même, l'obligation de service public s'émancipe du cadre qui est le sien en droit de l'Union. Aussi contribue-t-elle d'une part à la définition et à la qualification du service public¹⁸⁴¹, et encadre-t-elle d'autre part le

exemple des exigences tarifaires liées au principe d'égalité d'accès et conciliées avec les intérêts financiers du partenaire de l'administration.

¹⁸³⁹ On retrouve là un des éléments déterminants de l'obligation de service public telle que définie par le droit de l'Union européenne comme « *l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général (...) qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie* » : Règlement CE n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

¹⁸⁴⁰ La jurisprudence *Altmark* révèle expressément cette fonction compensatoire de l'obligation de service public dans la mesure où elle conditionne l'attribution d'une subvention à un opérateur économique chargé d'une mission de service public notamment à ce que « *l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies* » et que, finalement, « *la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public* » : CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, rec. p. 7810. Notons néanmoins que l'obligation de service public demeure toutefois liée aux activités de services publics comme le rappelait Philippe Léger dans ses conclusions sur cette affaire. Il précisait alors que ces obligations étaient « *inhérentes à la notion de service public* » : conclusions prononcées par Philippe Léger sur l'arrêt : CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, rec. p. 7751.

¹⁸⁴¹ Le juge administratif a pu à de nombreuses reprises rejeter la qualification de service public du fait de l'absence d'obligations singulières adossées à la réalisation d'une prestation confiée à un partenaire : ainsi en allait-il par exemple dans l'affaire *Ville de Paris* à propos de la gestion d'un restaurant dans le Bois de Boulogne. Le juge considéra effectivement que l'intérêt général attaché à la réalisation d'une telle activité, « *compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement* (et notamment l'absence d'obligations particulières) *et de son intérêt propre, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public* » : CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, rec. p. 778. Une position jurisprudentielle systématisée ensuite à l'occasion de l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Voir pour une application positive de la qualification de service public du fait de la présence de telles obligations singulières : CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91.

comportement de la personne qui est chargée de sa réalisation¹⁸⁴². Dans ces conditions, elle permet alors dans ces conditions d'approfondir la confirmation de la fonction normative de l'obligation au sein de l'externalisation administrative susceptible de favoriser une généralisation du renouvellement suggérée de sa dimension objective au-delà du cas particulier du service public.

336. Une confirmation évidente au sein de l'externalisation administrative. La poursuite de cette réflexion au-delà de la notion d'obligation de service public ne se justifie pas seulement par la recherche d'une confirmation du renouvellement de la dimension objective de la fonction normative de l'obligation au sein de l'externalisation administrative. Elle découle également du lien expressément établi par Salim Ziani entre l'obligation de service public et l'externalisation de la réalisation de ces activités. La première serait en effet au cœur du recours à cet outil de gestion par les personnes publiques¹⁸⁴³. Aussi l'obligation de service public constitue-t-elle une illustration patente de la fonction habilitante de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative. Son examen attentif confirme alors la dimension objective de l'obligation avec d'autant plus de vigueur que l'obligation de service public contribue en effet à l'habilitation d'un tiers à participer à l'accomplissement de ces activités en assurant le respect des exigences d'intérêt général étrangères aux préoccupations ordinaires des opérateurs économiques¹⁸⁴⁴. Elle présente d'ailleurs, elle aussi, une dimension subjective en tant que source de droits et d'engagements réciproques et une dimension objective dotée d'une signification de norme de comportement¹⁸⁴⁵. La démonstration conduite par Salim Ziani

¹⁸⁴² Célia Vérot indiquait à l'occasion de ses conclusions prononcées sur l'affaire *APREI* que les obligations déterminantes pour la qualification de service public devaient permettre « de définir les objectifs poursuivis, de préciser le contenu des prestations offertes, de vérifier la façon dont l'organisme privé assume la satisfaction des besoins ainsi identifiés, et d'adapter l'activité en conséquence » et donc devaient exprimer le fait que « la personne publique conserve le pilotage de l'activité » : conclusions prononcées par Célia Vérot sur l'arrêt : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. p. 92.

¹⁸⁴³ Salim Ziani affirme en l'occurrence que l'obligation de service public « valorise effectivement, au détriment de l'intervention directe (des personnes publiques en matière de service public), les procédures d'externalisation en généralisant les procédures de mise en concurrence et de contractualisation » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁴⁴ L'auteur souligne que l'obligation de service public « tend in fine à limiter au maximum ce qu'il y avait de public dans le service public, sans toutefois remettre en cause l'existence et l'avantage pratique d'une autorité publique garante des équilibres économiques et sociaux » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 63. Et d'ajouter plus loin que « la notion d'obligation de service public, en se substituant peu à peu au concept de service public, transforme les modes de satisfaction de l'intérêt général en imposant le respect des procédés d'intervention limités, respectueux de l'équilibre du marché » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 303.

¹⁸⁴⁵ Salim Ziani démontre d'ailleurs que l'obligation de service public constitue un élément de l'encadrement de l'externalisation en ce qu'elle « diffuse ainsi une conception marchande du service public et (...) établit un rapport dans lequel l'autorité publique sollicite le marché, en commandant auprès d'opérateurs un ensemble de prestations d'intérêt général à réaliser (...). L'obligation de service public substitue effectivement au lien, à caractère discrétionnaire (...) une approche fondée sur la « commande publique », le marché et la mise en concurrence » tout en assurant toujours à côté de l'instauration d'une relation subjective de coopération un

ne laisse donc pas de place au doute quant à la relation étroite qui unit l'obligation de service public et l'externalisation. Dès lors, ce rapprochement confirme la dimension objective renouvelée de la notion d'obligation dans la mesure où il repose également sur son instrumentalisation au service de la « banalisation » de l'action administrative entendue à la fois comme un signe de l'influence civiliste subjective, mais aussi comme celui d'un encadrement objectif plus strict. Si les modalités de réalisation du service public paraissent être dominées par l'intervention indirecte des autorités publiques, alors l'obligation s'impose *a fortiori* comme un élément fondamental en ce qu'elle se substitue à l'acte unilatéral d'autorité qui servait auparavant l'action publique.

L'émergence de l'obligation de service public illustre en effet cette tendance contemporaine « à favoriser l'externalisation de la gestion du service public en limitant de plus en plus les dévolutions unilatérales »¹⁸⁴⁶. Elle fournit ainsi une illustration de l'emploi de l'obligation comme vecteur juridique de substitution à la contrainte exercée par la puissance publique dans le cadre de la réalisation de compétences matérielles. Marqué auparavant par l'autorité et le commandement, à travers l'édiction d'un devoir au moyen d'un rapport de droit objectif, le procédé de la gestion déléguée exprime à travers cet exemple un déplacement vers la coopération consentie¹⁸⁴⁷ et l'habilitation qui illustre le déploiement du concept d'externalisation administrative et invite à réfléchir de nouveau sur ses fondements. Sa logique première n'invite plus à imposer la réalisation matérielle d'une mission de service public à un tiers, mais plutôt à assurer une convergence des intérêts réciproques en présence afin d'organiser la satisfaction coopérative de l'intérêt général¹⁸⁴⁸. Dans ce cadre renouvelé,

contrôle étroit du comportement du partenaire de l'administration en fonction des exigences d'intérêt général : ZIANI S., *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁴⁶ ZIANI S., *op. cit.*, p. 306. Précisons que l'émergence de l'obligation de service public dans l'externalisation de la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques ne répond pas uniquement à la pérennisation de l'économie de marché et des exigences concurrentielles. Elle symbolise également le développement de relations coopératives inspirées des préceptes du *New Public Management*.

¹⁸⁴⁷ Xavier Bezançon soulignait d'ailleurs que la délégation contractuelle, bien que faiblement synallagmatique, organise toujours un faisceau de droits et d'engagements réciproques dans la mesure où « l'autorité délégante s'engage à certaines obligations, fréquemment domaniales ou de monopolisation du fait du service » alors que « le délégataire s'engage à de nombreuses obligations d'exécution, de tarifs et de résultats tant en travaux qu'en service » : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, p. 578.

¹⁸⁴⁸ Le même Xavier Bezançon ne manquait pas en effet de préciser que si « dans les temps reculés il était impossible d'envisager des choix individuels en matière de services collectifs et que l'autorité publique régnait sans partage sur les choix collectifs, aujourd'hui le choix commence à devenir transparent, il est l'objet de débats qui portent même et souvent sur des choix technologiques et des orientations écologiques » qui imposent le plus souvent des exigences nouvelles à chacun des acteurs de l'accomplissement des missions de services publics : BEZANÇON X., *op. cit.*, p. 579.

l'habilitation dérivée traduit ainsi une évolution des modalités d'accomplissement de l'action administrative dans lesquelles l'obligation endosse une dimension objective en ce qu'elle fixe les conditions de réalisation de la compétence et oriente le comportement de chacune des parties¹⁸⁴⁹ à partir d'un lien de droit subjectif. Aussi l'exemple de la dimension objective de l'obligation de service public¹⁸⁵⁰ confirme-t-il que l'obligation présente une dimension similaire au sein de l'externalisation administrative, et invite alors à sa généralisation à partir de cette illustration concrète de sa mise en œuvre.

Dès lors, l'obligation constitue au sein de l'externalisation administrative le support juridique de la norme d'habilitation dérivée à travers laquelle, en tant que ressource, le partenaire de l'administration acquiert le droit de participer à la réalisation d'une compétence matérielle et à partir duquel se tisse un lien de droit subjectif semblable à une relation « *du type créancier/débiteur entre la collectivité territoriale et le gestionnaire* »¹⁸⁵¹ de l'activité concernée. Mais l'obligation exprime indéniablement aussi une norme objective de comportement dépassant les exigences propres au régime des services publics dans un souci de conciliation de la volonté des parties et de l'intérêt général¹⁸⁵². Une dimension objective doublement présente dans la structure obligationnelle du concept d'externalisation administrative dans la mesure où elle s'exprime d'une part dans l'obligation essentielle qui fixe à travers l'habilitation dérivée l'objectif à atteindre et les conditions générales de sa réalisation et, d'autre part, dans les obligations accessoires qui conditionnent et complètent l'habilitation afin d'assurer le respect des exigences étrangères à la volonté des parties afin d'instaurer une véritable relation de coopération. Aussi l'appréhension de l'obligation comme

¹⁸⁴⁹ Notons que l'on retrouvait déjà à une plus petite échelle cette double dimension dans le cadre de la gestion déléguée des services publics à propos de l'instrument contractuel et le développement de la théorie de l'acte mixte à partir des conclusions prononcées par Léon Blum sur l'arrêt *Cie française des tramways*. Il suggérait effectivement l'existence d'une double nature de la concession à la fois contractuelle dans la mesure où elle instaure un lien de droit subjectif entre le concédant et le concessionnaire, et également réglementaire dès lors que certains aspects de ce rapport juridique fixant le cadre de la relation en fonction des exigences du service : CE, 21 mars 1910, *Cie française des tramways*, rec. p. 216 ; concl. BLUM L., rec. p. 216, spéc. p. 223 : Léon Blum évoquait en effet « *la double nature de la concession qui est en un sens, un agencement financier à forme certaine, en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables* ».

¹⁸⁵⁰ En ce qu'elle recouvre finalement l'ensemble des exigences imposées au partenaire d'une autorité administrative et qui composent le « *minimum commun à tous les services publics, qui tient à ce qu'ils ont tous pour objet la poursuite d'un intérêt général et pour caractéristique leur prise en charge partielle par une personne publique* » : TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 433 et 434.

¹⁸⁵¹ BAHOUGNE L., *Le financement du service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 289, 2015, p. 146.

¹⁸⁵² Louis Bahougne souligne d'ailleurs à ce propos l'articulation nécessaire, au sein des contrats administratifs, « *autour de la combinaison logique entre accord de volonté et intérêt général, service public et puissance publique* » : BAHOUGNE L., *op. cit.*, p. 495.

une habilitation source de contraintes, proposée durant la partie précédente, permet-elle de confirmer cette dimension objective de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative¹⁸⁵³. L'acteur habilité voit de cette façon son comportement réglementé, ou du moins orienté, par l'acteur habilitant, lui-même conduit dans certaines directions qui lui sont dictées par la maintien de sa compétence. Or, si de telles sujétions qui pèsent sur le partenaire de l'administration sont appréhendées, quelle que soit leur nature, comme des obligations¹⁸⁵⁴, il en va nécessairement de même pour celles qui s'imposent à l'autorité administrative compétente dès lors qu'elle s'insère dans une relation avec un autre sujet de droit. L'obligation présente donc au sein du concept d'externalisation administrative une dimension objective renouvelée qui s'exprime paradoxalement à travers l'instauration d'un lien de droit subjectif et confirme la fonction normative duale qu'elle endosse alors.

C'est d'ailleurs à partir de ce paradoxe que l'hypothèse avancée se précise et se dessine avec, en arrière-plan, la problématique de la transformation des modalités de l'action administrative et de l'orientation des comportements individuels. Dictés auparavant par la voie de l'unilatéralité et de la contrainte, ceux-ci paraissent désormais davantage admis par le recours à l'obligation qui ouvre la voie de la conciliation des intérêts et qui incite plus qu'elle ne contraint. L'obligation se présente alors comme le vecteur juridique idoine pour l'instauration d'une relation de coopération, non seulement du fait du modèle du contrat-coopération qui inspire sa transposition en droit administratif, mais aussi parce qu'elle permet l'expression d'une norme de comportement consentie dans le cadre de l'instauration d'un lien de droit subjectif. Elle correspond alors à l'expression juridique d'un commandement coopératif qui associe la commande d'une prestation à l'exercice d'un magistrère de commandement fondé non plus sur l'autorité mais sur le consentement. Il apparaît effectivement que si l'obligation essentielle autant que les obligations accessoires participent de la prescription d'une conduite déterminée par l'autorité administrative compétente, elles demeurent toujours l'expression de la volonté du partenaire de celle-ci qui y trouve son intérêt, notamment du fait des contreparties dont il bénéficie, au premier rang desquelles figure le droit d'exercer une activité qu'il ne pourrait accomplir sans l'autorisation de la personne publique. Le pouvoir de commandement mis en œuvre par l'autorité administrative est par conséquent accepté par la

¹⁸⁵³ La norme d'habilitation dérivée est en effet une source de contraintes pour chacun des acteurs qui expriment leur volonté mais subissent également « *le produit d'une nécessité qui s'impose à eux* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 561.

¹⁸⁵⁴ Salim Ziani rappelle « *que les sujétions qui pesaient sur l'exploitant, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, sont qualifiées d'« obligations* » » : ZIANI S., *op. cit.*, p. 107.

personne juridique avec laquelle elle coopère. Il se manifeste à travers l'obligation comme par exemple dans le cas des services publics, mais aussi dans bien d'autres domaines de l'action administrative comme la gestion du domaine public¹⁸⁵⁵ ou l'exercice d'une activité d'intérêt général régulée¹⁸⁵⁶ ; c'est-à-dire finalement chaque fois que l'intervention d'une personne animée d'un intérêt particulier implique un encadrement objectif afin de garantir sa conciliation avec les exigences de l'intérêt général.

B. L'approfondissement d'une réflexion doctrinale par le concept d'externalisation administrative

337.L'expression subjective d'une norme objective de comportement. La confirmation d'une dimension à la fois objective et subjective de la fonction normative habilitante de l'obligation apportée par l'étude du concept d'externalisation administrative permet de prendre la mesure de son évolution en matière administrative en lien avec celle des modalités d'intervention des personnes publiques pour la direction des conduites individuelles. Cette fonction normative habilitante donne désormais à voir une dimension objective renouvelée associant l'édiction d'une norme de comportement à l'instauration d'un lien de droit subjectif. Celui-ci acquiert cependant une expression singulière en ce que la norme imposée ne vise pas seulement la satisfaction d'un intérêt particulier mais également celle de l'intérêt général, à l'instar d'une prescription légale ou réglementaire valable pour tous les sujets de droit. Ainsi l'obligation associe-t-elle dans le cadre de l'externalisation administrative le vecteur subjectif du lien de droit et l'expression objective d'un devoir-être à l'égard de la société pour exprimer *in fine* une norme objective de comportement dont le destinataire est un individu déterminé qui y consent et non plus un devoir objectif imposé à un individu ou un groupe d'individus sous la contrainte. En tant que norme juridique de comportement, et plus particulièrement d'habilitation, l'obligation s'inscrit alors pleinement dans l'ordre juridique en tant qu'ordre de

¹⁸⁵⁵ Le comportement du gestionnaire du domaine et celui de son propriétaire seront alors effectivement encadrés par des obligations dites domaniales destinées à garantir l'intégrité du domaine et de son affectation : voir par exemple : DIDIERLAURENT M., « La remise en ordre inachevée de l'occupation contractuelle du domaine public », *AJDA*, 2015, p. 1519 et s., ou encore, pour une illustration jurisprudentielle : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, rec. p. 472 à propos de l'obligation de réserver un temps d'occupation d'installations sportives à un club professionnel ou l'obligation d'utiliser ces installations selon certaines conditions.

¹⁸⁵⁶ Dans ces hypothèses, de plus en plus nombreuses en droit positif, l'autorité administrative compétente conditionne en effet la délivrance d'une autorisation d'exercer certaines activités au respect de certaines obligations justifiées par un impératif d'intérêt général : par exemple d'ordre public ou de santé publique : exemple les articles L. 5125 et suivants du code de la santé publique à propos des licences nécessaires à l'ouverture d'une officine de pharmacie.

la conduite humaine¹⁸⁵⁷ qui s'exprime soit dans un rapport collectif par un commandement unilatéral général, soit dans un rapport individuel¹⁸⁵⁸ à travers une relation subjective consentie.

Une telle consécration de la dimension objective de l'obligation traduit donc l'évolution des modalités de l'action publique normative dont le concept d'externalisation propose une illustration déterminante, et que les transformations récentes du droit administratif semblaient préfigurer à travers l'émergence du paradigme de « *la nouvelle gouvernance négociée* »¹⁸⁵⁹, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, parce que l'exorbitance tend de plus en plus à admettre sa propre banalisation dans les limites d'une garantie de l'ordre juridique et de l'intérêt général. D'autre part, car la puissance publique privilégie désormais la conciliation par la coopération à l'intervention d'autorité par la voie unilatérale. Certes, l'expression traditionnelle du commandement dicté par la puissance publique demeure-t-elle celle de l'exorbitance¹⁸⁶⁰. Celle-ci voit cependant se déployer, sous l'étendard de la gouvernance, des modalités nouvelles dont le caractère contraint serait réduit¹⁸⁶¹, ce qui conduit à s'interroger sur les rapports instaurés entre l'administration et les administrés, en particulier les rapports juridiques qui concrétisent ces relations. Ceux-ci paraissent désormais moins marqués par l'inégalité mais demeurent encadrés par des normes objectives destinées à garantir le bon fonctionnement de la société. Aussi ces garanties sont-elles maintenues par des chemins non

¹⁸⁵⁷ Hans Kelsen affirmait en effet que l'ordre juridique « *est un ordre social, cet ordre ne règle la conduite des individus de façon positive qu'en tant qu'elle se rapporte – directement ou indirectement – à d'autres individus* » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 40. Et d'ajouter que « *ce qui forme l'objet de cette réglementation, c'est la conduite des hommes à l'égard d'un autre homme, ou de plusieurs autres hommes ou de tous les hommes, c'est la conduite mutuelle des hommes* ».

¹⁸⁵⁸ Hans Kelsen considérait alors que, dans tout ordre juridique, « *le rapport entre la conduite d'un homme envers un autre ou plusieurs autres hommes ou les autres hommes peut être un rapport individuel ; ou un rapport collectif* » : KELSEN H., *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ Nous empruntons cette formulation à Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès selon lesquels « *la multiplication des acteurs et des instruments de coordination dans un nombre toujours plus élevé de secteurs a fait émerger un paradigme de « la nouvelle gouvernance négociée »* » : LASCOUMES P. et LE GALÈS P., « L'action publique saisie par les instruments », in *Gouverner par les instruments*, Presses de la FNSP, 2004, p. 23.

¹⁸⁶⁰ Renaud Denoix de Saint Marc ne manquait d'ailleurs pas de souligner cette permanence caractéristique de la supériorité du pouvoir politique dans sa mission de commandement des conduites lorsqu'il affirmait avec force que le droit administratif est « *un droit d'inégalité (...), c'est un droit de prérogatives exorbitantes du droit commun* » : DENOIX DE SAINT MARC R., « Conclusion : Puissance publique ou impuissance publique », *AJDA*, 1999, n° spécial, p. 56.

¹⁸⁶¹ Ainsi Patrick Hassenteufel démontrait-il que l'émergence de la gouvernance en tant que nouveau paradigme de l'action étatique « *renvoie (...) à deux dimensions fondamentales : d'une part des rapports horizontaux entre acteurs étatiques et acteurs non étatiques (et non plus verticaux comme dans le cadre du gouvernement, notion opposée à celle de gouvernance) ; d'autre part l'importance donnée à la négociation entre acteurs multiples (mode de coordination rendant possible l'action publique)* » : HASSENTEUFEL P., *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, 2008, p. 269.

nécessairement unilatéraux et contraignants¹⁸⁶² à l'instar de l'obligation, comme l'illustre le développement de la contractualisation¹⁸⁶³ ou celui de la mise œuvre du concept d'externalisation administrative. Approfondissant la question de la détermination de l'identité juridique de la gouvernance, la confirmation du renouvellement de la dimension objective de la fonction normative de l'obligation enjoint ainsi à prolonger et à approfondir cette réflexion doctrinale à la lumière du concept d'externalisation administrative. Celui-ci conduit effectivement à la consécration de l'obligation en tant que norme objective de comportement (1) et invite à l'identifier en tant que telle (2) à travers un lien de droit subjectif et la sanction qui y est associée, afin d'offrir une nouvelle forme de direction des comportements individuels.

1. La consécration de l'obligation en tant que norme objective de comportement

338.L'obligation : un instrument d'orientation des conduites individuelles. L'intérêt des recherches menées par Hans Kelsen sur cette question réside dans la réconciliation du droit et de l'obligation, de l'objectif et du subjectif. Il envisageait effectivement l'association du *jus in persona*, du droit à l'encontre d'une personne pour exiger d'elle une conduite déterminée, et du droit objectif en vertu duquel les individus doivent se conformer à des règles transcendantes au nom de la vie en société et de la pérennité de l'ordre juridique. De la même façon que le « *droit subjectif présuppose l'obligation juridique d'autrui* »¹⁸⁶⁴, le droit objectif pouvait, selon lui, reposer également sur une obligation imposée à un individu en particulier au nom de l'ordre juridique dans son ensemble. L'obligation en matière administrative correspondrait alors à l'existence d'un droit sur la conduite d'autrui, de nature subjective, mais dont la source proviendrait d'un élément extérieur à la volonté des parties, de nature objective, et dont la sanction serait assurée par un mécanisme identique à celui de l'inexécution. Aussi le maître de Vienne démontrait-il finalement que « l'obligation

¹⁸⁶² Élodie Saillant affirme par exemple que « *le service public est désormais assez généralement considéré comme une activité requérant des garanties particulières, mais sans qu'elle relève nécessairement de l'exorbitance. Il est moins marqué par l'inégalité, la supériorité du pouvoir politique sur les particuliers* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011, p. 412.

¹⁸⁶³ François Borella rappelait qu'il n'existe que « *deux seuls moyens de réguler l'exercice de la liberté des acteurs sociaux : d'un côté la règle et l'ordre imposé d'en haut, de l'autre l'accord des parties à la relation sociale. C'est-à-dire soit la puissance publique et l'acte unilatéral, soit le contrat et l'acte négocié* » : BORELLA Fr., « Les contrats administratifs et leur évolution. Rapport de synthèse », *RFDA*, 2006, p. 248 et 249.

¹⁸⁶⁴ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997, p. 126.

relative »¹⁸⁶⁵ défendue par John Austin présentait également une dimension normative objective en vertu de laquelle l'individu concerné doit se conduire d'une certaine façon à l'égard de son partenaire, mais aussi à l'égard de la société.

C'est ainsi qu'il suggérait de dépasser l'opposition classique de l'objectif et du subjectif¹⁸⁶⁶ dans la mesure où le droit subjectif ne pouvait être concrétisé que par sa reconnaissance par le droit objectif¹⁸⁶⁷. L'obligation pouvait alors être envisagée comme un instrument juridique d'orientation des conduites individuelles, par les autorités administratives, organisée à partir d'un lien de droit subjectif. Celui-ci produisait un rapport de droit juridiquement sanctionné dictant des comportements dont le respect était garanti par son intégration à l'ordonnement juridique¹⁸⁶⁸. Il ne s'agissait donc pas d'abandonner la conception traditionnelle de l'obligation en tant que rapport de droit objectif exprimant un devoir associé à une contrainte, mais plutôt de reconnaître sa nature fondamentalement subjective, à l'instar du droit civil, et de tirer les conséquences de leur association. Ainsi la notion d'obligation, telle qu'instrumentalisée par le concept d'externalisation administrative, présente-t-elle la réunion de multiples facteurs susceptibles de favoriser son érection en tant qu'instrument d'orientation des conduites individuelles dans une finalité conforme à l'objectif recherché par les personnes publiques en vertu de leurs compétences¹⁸⁶⁹ et des exigences imposées par l'intérêt général.

¹⁸⁶⁵ C'est-à-dire l'obligation imposée à un individu de se conduire d'une certaine façon envers un autre individu qui dispose quant à lui du droit subjectif d'exiger un tel comportement de sa part : voir : AUSTIN J., *The Province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press, 1995, spéc. p. 395 et s., rééd. 1832.

¹⁸⁶⁶ Il rappelait effectivement que « seuls « *objektives Recht* » et « *droit objectif* » (« *law* ») désignent une norme ou une règle, tandis que « *subjektives Recht* » et « *droit subjectif* » (« *right* ») sont définis comme un « *intérêt* » ou une « *volonté* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁶⁷ Il démontrait d'ailleurs que « tant qu'un droit n'est pas « *garanti* » par l'ordre juridique (...), ce n'est pas encore un droit subjectif. Il devient droit subjectif lorsqu'il est garanti par l'ordre juridique ; ce qui signifie que le droit est concomitant des droits ou les précède » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 131. Il affirmait en cela que « le droit au sens subjectif, c'est le droit au sens objectif » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁶⁸ Une hypothèse confortée par l'approche subjectiviste engagée par Florian Linditch selon laquelle les personnes publiques, à l'instar des personnes privées, tirent de leurs relations juridiques des droits subjectifs qu'elles peuvent faire valoir pour en assurer la réalisation dès lors que, « *de par sa qualité de sujet de droit, la personne morale de droit public a donc vocation à contracter des obligations ou à bénéficier des droits qui découlent des engagements pris par son cocontractant* » : LINDITCH FL., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 176, 1997, p. 241.

¹⁸⁶⁹ Une hypothèse d'ailleurs confortée par les propos de Paul Amselek pour qui le droit recouvrait l'ensemble des instruments, dont l'obligation fait évidemment partie, qui assurent « *la direction ou le guidage des conduites humaines (...), donnent aux intéressés auxquels elles sont adressés la mesure de leur possibilité d'action selon les circonstances, aux fins qu'ils ajustent en conséquence leur comportement* » : AMSELEK P., « Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, p. 9. Et d'ajouter que ces instruments « *leur indiquent la latitude ou marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle la conduite doit se tenir, ce qu'ils ne peuvent pas faire, ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils doivent faire* ».

De surcroît, outre le fait qu'elle soit déterminante pour l'instauration d'un lien de droit subjectif, elle s'avère également utile dans sa dimension objective dans la mesure où elle conjugue la possibilité de contraindre un individu à adopter un comportement précis avec son accord et celle d'en assurer l'exécution en vertu du droit qui en découle pour celui qui sollicite cette attitude et qui est légitimé par l'ordre juridique. Certes, existe-t-il des domaines dans lesquels seul le commandement de la puissance publique souveraine pourrait intervenir : par exemple l'exercice des compétences normatives. Mais il en est d'autres pour lesquels l'obligation s'avère être la mieux à même d'assurer la satisfaction de l'intérêt général : par exemple pour organiser la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques. Aussi le concept d'externalisation administrative éclaire-t-il nettement le point de rencontre de l'obligation et de l'orientation des conduites individuelles en ce qu'il repose justement sur l'utilisation de cette double dimension de sa fonction normative afin de confier la réalisation des compétences matérielles à d'autres personnes et d'en encadrer le bon déroulement. L'autorité administrative noue alors avec son partenaire une relation subjective de coopération dans le cadre de laquelle celui-ci parvient à la satisfaction de son intérêt personnel alors que celle-là dispose d'un droit à exiger de la part de ce dernier le comportement attendu dans les conditions fixées eu égard aux exigences imposées par l'intérêt général. La jurisprudence fournit d'ailleurs de nombreuses illustrations en ce sens à propos d'instruments juridiques intégrés précédemment au champ de l'externalisation administrative.

339. Un instrument envisagé comme tel par la jurisprudence et le droit civil. Bien qu'elles ne le consacrent pas explicitement, certaines solutions rendues par le juge administratif suggèrent que l'obligation puisse effectivement être appréhendée en droit administratif comme un instrument d'orientation des conduites individuelles, et ce, tout particulièrement dans des cas relevant de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation. C'est par exemple ce qu'il est possible de retenir de la décision *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin* à travers l'importance accordée à l'obligation et son influence sur l'attitude du partenaire de l'administration¹⁸⁷⁰. À cette occasion, le juge administratif identifiait notamment la volonté de la personne publique d'orienter le comportement de son partenaire par le biais d'un

¹⁸⁷⁰ Ainsi les juges du Palais Royal rappellent-ils que « l'ensemble des stipulations de la convention du 11 août 2004 et de ses annexes, qui imposent des prescriptions à l'Association Paris Jean Bouin, s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, au concessionnaire du domaine » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

instrument contractuel¹⁸⁷¹ se substituant alors à la réglementation traditionnelle¹⁸⁷². Une illustration qu'il est également possible de déceler en matière de délégation de service public à travers l'application de la jurisprudence *APREI*, d'une part¹⁸⁷³, à travers la décision *SA Groupe Partouche*, d'autre part¹⁸⁷⁴. Cette dernière rappelle en outre l'importance et la nature particulière des cahiers des charges dans les contrats administratifs, notamment ceux ayant pour objet la réalisation d'une mission de service public. Il s'agit effectivement de clauses générales types, présentes dans tout contrat semblable et dont le caractère serait réglementaire au sein d'un acte juridique subjectif¹⁸⁷⁵ ; en d'autres termes, dotées au sein du contrat d'une fonction normative objective. Ainsi en va-t-il par exemple des clauses de durée de la convention ou encore des clauses tarifaires¹⁸⁷⁶ liées tout autant à l'instauration de la relation subjective entre l'administration et son partenaire qu'à la détermination d'un cadre objectif opposable à tous destiné à orienter les comportements des parties en conformité avec les exigences imposées par l'intérêt général.

¹⁸⁷¹ Voir dans le même sens : CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, rec. p. 1001. Le Conseil d'État rappelle en effet que la convention en question « permet à son titulaire d'aménager et d'exploiter » une dépendance du domaine public et précise également qu'elle lui impose des « prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture » destinées à améliorer la qualité du service rendu et de participer ainsi à la satisfaction de l'intérêt général.

¹⁸⁷² Les juges d'appel avaient en l'occurrence considéré que l'objet du contrat exprimait la volonté de la personne publique propriétaire de « confier la gestion, sous son « pilotage », d'un complexe sportif »¹⁸⁷² à un partenaire extérieur : CAA Paris, 25 mars 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 09PA01920.

¹⁸⁷³ Dans la mesure où le juge administratif considère l'obligation imposée au partenaire de l'administration comme un indice de sa volonté de lui confier la réalisation de sa compétence dans des conditions d'organisation et de fonctionnement définies : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Salim Ziani ajoute à partir de cette jurisprudence que la qualification d'obligation de service public précise la spécificité de ces sujétions imposées aux partenaires de l'administration dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public. Il indique effectivement que, pour être considérée comme telle, une sujétion « doit aggraver les conditions de réalisation d'une activité, en imposant une prestation qui serait sans intérêt pour un partenaire ou en rendant l'exécution, la gestion ou la rentabilisation de sa propre activité plus difficile ou plus aléatoire (...) elle doit être une réelle contrainte imposée par l'autorité publique à ce dernier » : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 215.

¹⁸⁷⁴ Dès lors que les obligations imposées au partenaire de l'administration encadrent son intervention et garantissent la satisfaction de certaines exigences d'intérêt général qu'il n'aurait pas nécessairement rempli de lui-même. Les juges du Palais Royal rappellent en effet que la loi du 15 juin 1907 impose que toute délégation d'une activité de Casino doit être assortie « d'un cahier des charges fixant des obligations aux cocontractant, relatives notamment à la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique » : CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91.

¹⁸⁷⁵ Sur ce point, Philippe Terneyre rappelle que « les clauses réglementaires se trouvent toujours dans des actes juridiques dont la nature authentiquement et intégralement contractuelle (le plus souvent synallagmatique) n'est ni discutée ni discutable » : TERNEYRE Ph., « Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 893.

¹⁸⁷⁶ Ces clauses tarifaires permettent notamment de définir, par le biais d'obligations, « les droits et obligations de chacune des parties » : CAA Versailles, 28 mars 2006, *Association de défense des usagers du chauffage urbain*, n° 04VE03501.

Un constat qu'il serait envisageable d'étendre à tous les instruments juridiques de l'externalisation administrative à travers l'observation de la norme d'habilitation dérivée portée par l'obligation essentielle, ainsi que des obligations accessoires destinées à conforter la coopération et le respect des impératifs liés à l'intérêt général. Les obligations dessinent par conséquent les contours d'un procédé contemporain d'orientation des conduites individuelles dans une finalité bien précise : la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'imposer au partenaire de l'administration un comportement qu'il refuserait d'adopter¹⁸⁷⁷, l'externalisation administrative utilise effectivement l'obligation non seulement pour commander une prestation mais également pour suggérer une conduite particulière ; c'est-à-dire la conduite que la personne publique compétente aurait elle-même adoptée si elle avait décidé d'intervenir directement. Par l'association du subjectif et de l'objectif pour favoriser l'orientation des conduites individuelles au service de la satisfaction de l'intérêt général, l'instrumentalisation de l'obligation par le concept d'externalisation dévoile une spécificité de cette norme de comportement : l'aspect volontaire et consenti de cette direction des conduites individuelles fidèle à l'essence coopérative qui l'anime. Une autre singularité de l'obligation au sein de l'externalisation administrative peut également être dégagée dans la mesure où elle se présente comme un instrument de conciliation des intérêts en présence qui participe de cette fonction normative d'orientation des conduites individuelles et résulte également de l'influence exercé par le modèle du contrat-coopération sur la transposition en droit administratif de l'essence coopérative de l'externalisation. Ce modèle contractuel repose en effet sur un agencement singulier des obligations qui le composent propre à garantir un rapport d'adéquation¹⁸⁷⁸ entre les prestations effectuées, les moyens, et les fins poursuivies, les intérêts, afin de parvenir à la concrétisation d'une finalité commune par la satisfaction des intérêts particuliers¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁷ Comme c'est le cas lorsque la personne publique recourt à la réquisition ou édicte une mesure de police.

¹⁸⁷⁸ Ainsi parvient-elle à convaincre que le contrat-coopération « établit entre les prestations réelles et les intérêts des parties, un rapport d'adéquation moyen-fin (...) (qui) suppose ici de prendre davantage de hauteur et de considérer les prestations réelles comme les moyens de concourir à la finalité à laquelle le contrat est ordonné » sans négliger non plus celles, plus personnelles, poursuivies par chacune des parties isolément : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 135 et 136.

¹⁸⁷⁹ Un agencement des prestations que suggérait déjà Marie-Élodie Ancel lorsqu'elle observait les contrats dits de coopération dans lesquels il était possible de relever « l'enchaînement d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale (...). Cet enchaînement implique que les parties ont toutes deux intérêt à la réalisation de la prestation finale, tant le prestataire final, qui est l'exploitant en première ligne, que le prestataire instrumental qui a droit à un pourcentage des recettes ou qui récupère, au terme du contrat, un bien ou une position améliorés » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 261.

Car, au-delà du contrat, c'est bien l'obligation qui participe à la conciliation des intérêts indispensable à l'instauration d'une relation de coopération entre les parties. À la différence du modèle échangiste ou sociétaire¹⁸⁸⁰, le contrat-coopération organise en effet un rapport d'obligations singulier destiné à assurer la convergences des intérêts pour la réalisation d'un intérêt commun supérieur¹⁸⁸¹. Il attribue alors aux obligations qu'il comporte une fonction normative dont la finalité est de concilier les intérêts différents des parties au service de cet intérêt commun. Une fonction normative qui se retrouve nécessairement dans l'étude du concept d'externalisation administrative dont la transposition est inspirée de ce modèle développé par Suzanne Lequette. À l'instar de ce modèle, tout instrument juridique participant de sa mise en œuvre suppose donc l'organisation d'un rapport d'obligations marqué par une complémentarité ordonnancée destinée à assurer la convergence des intérêts différents des parties au service de la réalisation d'une compétence matérielle qui s'impose comme l'intérêt commun poursuivi. Aussi l'obligation y apparaît-elle irrémédiablement, à travers sa fonction normative duale, comme un instrument juridique de conciliation des intérêts particuliers. Une hypothèse qui résulte non seulement de l'influence du modèle civiliste, mais également de sa dimension objective renouvelée dans la mesure où la norme de comportement que l'obligation exprime est de nature objective ; c'est-à-dire étrangère à la volonté des parties. Elle s'impose par conséquent à celles-ci pour orienter leurs agissements dans un sens favorable à la satisfaction de l'intérêt général sans pour autant mettre à mal la satisfaction de leurs intérêts particuliers. Il convient en conséquence d'admettre qu'à travers la dimension objective de l'obligation, l'externalisation administrative permet la satisfaction des intérêts individuels dans un cadre normatif assurant concomitamment la satisfaction d'un intérêt supérieur bénéfique à tous¹⁸⁸². Encore faut-il parvenir à l'identifier en tant que norme objective de comportement enserrée dans une relation subjective évidente.

¹⁸⁸⁰ Suzanne Lequette rappelle notamment que « *le contrat-permutation propose un cadre juridique aux échanges économiques et forme un rapport d'obligations interdépendantes de manière à concilier les intérêts contraires des parties* », et que « *le contrat-concentration sert d'enveloppe juridique aux entreprises sociétaires et donne naissance à un rapport d'obligations conjonctif qui épouse étroitement les formes de l'union des intérêts identiques associés* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁸¹ Suzanne Lequette démontre en effet que la contrat-coopération « *opère la rencontre des intérêts convergents mais différents des partenaires, non seulement par le truchement des obligations essentielles, mais encore par toute une série de clauses accessoires* » ; c'est-à-dire d'obligations accessoires : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 317.

¹⁸⁸² Il reflète donc, grâce à cette dimension objective de l'obligation, à la fois la conception volontariste de l'intérêt général en ce qu'il le distingue de manière évidente des intérêts particuliers, et la conception utilitariste en procédant à la conciliation des premiers afin d'assurer la satisfaction conjointe du second.

2. L'identification de l'obligation en tant que norme objective de comportement

340.L'obligation : une norme de comportement exprimée dans une relation subjective. Si

l'obligation endosse clairement, au sein de l'externalisation administrative, une fonction normative duale présentant une dimension à la fois subjective et objective, elle y exprime non seulement une volonté d'orienter les comportements individuels mais aussi de concilier les intérêts particuliers au service de l'intérêt général. Elle se présente en cela comme un élément indispensable du socle juridique commun par lequel l'externalisation se manifeste en droit administratif aussi bien à travers des actes contractuels qu'unilatéraux. Critère matériel distinctif de l'externalisation administrative tel qu'elle a pu être conceptualisée durant la partie précédente, l'obligation est ainsi au cœur de tout dispositif prévu par le droit positif qui pourrait en permettre l'expression. Il convient toutefois de l'approfondir davantage à l'aune des développements proposés auparavant. Outre le fait qu'elle soit indispensable pour permettre à l'administration de nouer une relation de coopération avec un tiers, et pour autoriser ce dernier à participer à la réalisation d'une compétence matérielle par le biais de la norme d'habilitation dérivée qu'elle porte, l'obligation s'impose tout autant au sein de l'externalisation administrative comme une norme objective de comportement ; autrement dit, comme une norme de comportement destiné à garantir un intérêt étranger à la volonté des parties et qui s'impose à elles. L'obligation en tant que norme objective de comportement participe donc de l'expression de sa fonction normative en ce qu'elle comporte la signification d'une telle norme afin de concilier la satisfaction de l'intérêt général avec celle des intérêts individuels ; en d'autres termes, afin d'assurer la convergences des seconds au service du premier¹⁸⁸³. Réconciliant Adam Smith et John Keynes, Jérémy Bentham et Jean-Jacques Rousseau, la transcendance et l'immanence, la fonction normative duale de l'obligation en tant que norme objective de comportement encadre à partir d'un lien de droit subjectif le fonctionnement libre du marché afin d'assurer la satisfaction de l'intérêt général par la satisfaction des intérêts particuliers. Ainsi ces derniers ne constituent-ils plus un

¹⁸⁸³ Certes la conception française volontariste de l'intérêt général ne permettait pas jusqu'alors d'admettre, comme c'est le cas en économie (telle qu'elle est conçue à partir de l'œuvre d'Adam Smith considérait effectivement « *que l'intérêt public n'est jamais mieux servi que lorsqu'on laisse les individus libres de travailler à satisfaire leurs intérêt égoïstes* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 170), que la satisfaction d'un intérêt individuel participe de la satisfaction de l'intérêt général. Mais l'obligation telle qu'elle est instrumentalisée par le concept d'externalisation administrative ouvre une perspective favorable à cette reconnaissance dès lors qu'elle permet explicitement de concilier la satisfaction d'un intérêt particulier avec celle, concomitante, de l'intérêt général par l'expression d'une norme objective de comportement dans le cadre d'une relation subjective par laquelle l'administration commande une prestation à un partenaire.

obstacle à la réalisation de l'intérêt général mais bien alors un instrument de cette réalisation en tant que support juridique d'une prestation commandée et encadrée.

Alors que la conception utilitariste de l'intérêt général engageait sur le plan juridique à adopter une approche exclusivement subjective des relations, et que la conception volontariste imposait quant à elle une approche exclusivement objective, l'obligation telle qu'elle est employée par le concept d'externalisation administrative en tant que norme objective de comportement exprime à partir d'un lien de droit subjectif le développement d'une voie intermédiaire pour la satisfaction de l'intérêt général¹⁸⁸⁴. La doctrine civiliste¹⁸⁸⁵ a d'ailleurs eu déjà l'occasion de suggérer l'hypothèse d'une telle hybridation de l'obligation en tant que support d'une relation subjective dédiée à la satisfaction de l'intérêt général¹⁸⁸⁶. Il était en même temps admis que, dans le cadre des relations individuelles subjectives, « *l'intervention de l'État reste indispensable lorsqu'elle a pour objet d'imposer une autre rationalité, un intérêt supérieur à l'intérêt économique* »¹⁸⁸⁷. Or, c'est justement une telle intervention que permet l'obligation dans le cadre du concept d'externalisation administrative. Car, si l'autorité administrative compétente autorise la participation d'un tiers à la réalisation d'une de ses missions, elle demeure garante du respect du cadre dans lequel il intervient par l'intermédiaire de l'agencement des obligations qui les relie et imposent le respect des exigences fixées par l'intérêt général. Ainsi la fonction normative duale de l'obligation telle que révélée par le concept d'externalisation administrative contribue-t-elle au passage d'un État « *ptoléméen, solaire, monocratique* » et d'un « *droit euclidien, syllogistique, déductif, linéaire et vertical* »¹⁸⁸⁸ à un État post-moderne agissant par le biais d'un commandement coopératif pour organiser la vie sociale et économique au moyen d'« *une direction juridique non*

¹⁸⁸⁴ Située entre le marché et la firme, entre la liberté totale et la subordination contrainte, l'externalisation confère ainsi à l'obligation son caractère hybride qui la caractérise aux yeux des économistes en tant que mode de gouvernance intermédiaire. Rappelons que pour ces derniers il « *apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11. Et d'ajouter que l'on « *disposerait en définitive de trois mécanismes de coordination de l'activité économique : l'organisation (la direction), le marché (le mécanisme des prix) et enfin la coopération* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁸⁵ Citons à ce titre le travail conduit par Mustapha Mekki : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

¹⁸⁸⁶ Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux affirmaient d'ailleurs que « *les droits subjectifs (...) ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère, au bien commun* » : GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, p. 148.

¹⁸⁸⁷ TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 1999, n° 40-3.

¹⁸⁸⁸ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1991, p. 101.

autoritaire des conduites »¹⁸⁸⁹. L'obligation autorise en effet, dans ce cadre, l'édiction d'une norme objective de comportement fondée sur l'instauration volontaire d'un lien de droit subjectif dédié à la satisfaction d'intérêts particuliers afin d'encadrer la conduite de chacune des parties à la relation de coopération au nom de l'intérêt commun qu'elles poursuivent.

L'expression d'une telle signification normative objective de l'obligation dans le cadre d'un lien de droit subjectif au sein du concept d'externalisation n'est en outre pas surprenante eu égard à l'évolution récemment soulignée de la force normative¹⁸⁹⁰ en général, et de celle du contrat en particulier¹⁸⁹¹, dans la mesure où il révèle une extension normative certaine par exemple s'agissant des contrats de longue durée ou de l'accroissement des incidences son opposabilité aux tiers ou par les tiers. Il s'agit par conséquent de relever que son contenu comporte une dimension objective dont la signification induit de la part des parties une attitude prédéfinie imposée au nom de l'ordre juridique¹⁸⁹². Mais au-delà du droit civil et de la sphère contractuelle, les mutations de la normativité interrogent la doctrine depuis plus d'une dizaine d'années. Parce qu'intrinsèquement liée au droit et à l'encadrement des comportements sociaux, la fonction normative concerne bien alors l'obligation dans toutes les branches du droit¹⁸⁹³. Ainsi en va-t-il par exemple de tout procédé d'externalisation en droit administratif où l'obligation assure par sa fonction habilitante la fixation d'un certain ordre juridique destiné à garantir le bon accomplissement de l'intérêt général par la satisfaction des intérêts particuliers. En cela, l'obligation s'impose aux observateurs comme une norme

¹⁸⁸⁹ Selon l'expression avancée par Paul Amssek en 1982 cité par : CHEVALLIER J., « La normativité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 57. Et l'auteur d'ajouter qu'un « normativité « dialoguée » tendrait à se substituer à la normativité « spontanée », résultant de la confrontation sur le marché, et à la normativité « imposée », passant par la contrainte étatique ».

¹⁸⁹⁰ Voir notamment : THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/ Bruylant, 2009.

¹⁸⁹¹ MEKKI M., « La densification normative du contrat », in *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 719 et s. Il souligne par exemple que l'instrument contractuel n'est plus seulement aujourd'hui un outil d'échange économique entre individus mais également « de gestion, de structuration, de responsabilisation, d'individualisation, de prescription, d'organisation » dont le contenu obligationnel présente une composition dépassant la dimension subjective inhérente à l'effet relatif des conventions. L'auteur affirme notamment que « le contrat produit des effets normatifs qui vont au-delà du contrat et ne concernent pas toujours les seules parties au contrat » : MEKKI M., *op. cit.*, p. 728. Ainsi relève-t-il, prenant la suite de la réflexion engagée par Pascal Ancel, que tout contrat produit des « effets obligationnels et des effets normatifs (règles de conduite, création de zone de distribution, organisation d'une activité ou d'une procédure de règlement des différends...) » : MEKKI M., *op. cit.*, p. 729.

¹⁸⁹² Une dimension objective qui va donc « servir de référence pour organiser les relations des parties, qu'elles prennent ou non la forme de rapports créancier-débiteur » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 777.

¹⁸⁹³ Jacques Chevallier précisait d'ailleurs que « cette dimension normative ressort de la nature des énoncés juridiques (...), la règle de droit n'est pas toujours formulée de manière impérative – sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais, si elle peut être permissive, en autorisant certains comportements, ou habilitatrice, en conférant une capacité d'action, elle ne se réduit jamais à une simple constatation, à une pure description » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 57.

juridique à part entière illustrant cette évolution de la normativité qui admet aujourd'hui que la source d'une norme contraignante ne se trouve pas seulement dans l'exercice du pouvoir normatif objectif et général des personnes publiques, mais également dans celui du pouvoir normatif subjectif de toute personne juridique, publique ou privée.

L'abandon progressif du concept de loi au profit de celui de norme pour désigner la règle de droit traduit d'ailleurs le souci de rendre compte d'une extension de son « assiette » au-delà de la norme objective étatique ainsi que du constat d'une importante diversité de la norme juridique¹⁸⁹⁴ partagée entre la norme générale et la norme individuelle¹⁸⁹⁵. C'est avec l'ambition de « *se délivrer de ce mauvais boulet* »¹⁸⁹⁶ consistant à associer automatiquement la règle de droit et la loi que Denys de Béchillon engageait sa réflexion afin d'étendre le champ de la norme juridique au-delà de la barrière de sa portée générale¹⁸⁹⁷. Il justifiait alors la remise en cause d'un droit exclusivement vertical par la multiplication des modes d'élaboration de la règle parmi lesquels le contrat¹⁸⁹⁸ dont la portée est essentiellement individuelle. Il est toutefois possible de pousser encore plus loin cette argumentation pour démontrer que l'obligation n'encadre pas seulement des pratiques individuelles isolées mais également des pratiques individuelles orientées dans le sens de la satisfaction de l'intérêt général ; autrement dit, de dégager une voie médiane entre l'une et l'autre où l'obligation exprimerait la signification d'une norme de comportement utile à tous mais imposé à un seul¹⁸⁹⁹. Demeurant avant toute chose l'expression d'une volonté humaine, la norme juridique

¹⁸⁹⁴ Rappelons par exemple que selon Éric Millard « *le recours au concept de « norme » dans la théorie kelsénienne obéit à deux logiques : la première est de mobiliser un concept plus général que les concepts classiquement utilisés jusqu'alors comme celui de règle, ou celui de loi ; la seconde est de permettre la constitution d'une théorie générale du droit positif reposant sur l'analyse du rapport entre diverses normes au sein d'un même système juridique* » : MILLARD É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 59.

¹⁸⁹⁵ Et, en outre, strictement distincte de l'acte juridique qui en constitue simplement l'*instrumentum*. Le propos d'Éric Millard est une fois de plus particulièrement instructif sur cette question lorsqu'il précisait que « *la norme n'est pas non plus un acte (...), la norme ne peut pas être détachée d'un acte ; mais c'est en tant que l'acte participe de la procédure de production de la norme* » : MILLARD É., *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁹⁶ DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997, p. 19.

¹⁸⁹⁷ Il considérait en effet que « *nul n'a jamais pu démontrer que la nature des normes soit d'être générales, car il n'existe aucun argument convaincant pour parvenir à un tel résultat* » : DE BÉCHILLON D., *Ibid.*

¹⁸⁹⁸ « *Ainsi, l'achat, la fourniture, le service, la prestation, l'embauche, la location, l'utilisation, qui sont juridiquement considérés comme des contrats, encadrent et conditionnent l'immense majorité des situations pratiques auxquelles nous sommes confrontés quotidiennement dès lors que nous achetons, louons, utilisons...* » : DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 24. Voir dans le même sens : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15 et s.

¹⁸⁹⁹ Il affirmait d'ailleurs pour étayer cette hypothèse que « *l'intention sous-jacente au Droit concerne la personne, sa condition et son comportement en société. Il importe peu que l'on veuille lui conférer des prérogatives ou l'assujettir à des obligations (dans leur dimension subjective) : c'est toujours elle que l'on a au bout de la ligne de mire* » : DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 32. Et dénonçait finalement cette « *incohérence fondamentale, absolue, (qui) ferait donc que celles des normes qui lui sont le plus immédiatement adressées*

peut en l'occurrence trouver sa place dans une relation subjective lieu d'expression par excellence de cette volonté. Elle s'exprime alors à travers l'obligation en tant qu'elle constitue une déclaration de volonté destinée à produire des effets de droit, dont l'un d'eux pourrait être d'édicter un « un devoir être » accepté par son destinataire en échange d'une contrepartie. Ainsi constitue-t-elle à part entière l'expression d'une norme de comportement dans la relation de coopération qui constitue l'essence même de l'externalisation administrative, et s'impose en tant que telle dans une relation subjective en partie individualisée. Cela induit alors une conséquence évidente relative à la sanction qui lui est nécessairement associée¹⁹⁰⁰ dans la mesure où cette sanction inhérente à la normativité varie en fonction des spécificités de la norme à laquelle elle est liée¹⁹⁰¹.

341.L'obligation : une norme de comportement sanctionnée dans une relation subjective.

L'appréhension de l'obligation en tant que norme objective de comportement insérée dans une relation subjective appelle finalement à s'intéresser à la sanction qui doit lui être associée. Son identification ne peut effectivement être complète sans celle de la sanction qui en assure le respect et alors que la normativité d'une règle de droit, quelle qu'en soit la source, implique toujours une sanction afin de garantir son effet contraignant¹⁹⁰² et son effectivité. Il n'existe d'ailleurs pas, en général, de norme juridique qui ne soit pas sanctionnée par un mécanisme « organisé »¹⁹⁰³. De plus, si « aucune différence de nature n'oppose la norme générale et la

échappent à la définition théorique de la règle de droit. Une théorie du système solaire qui ne voudrait pas entendre parler du soleil ne serait pas plus curieusement construite ».

¹⁹⁰⁰ Il s'agit là en effet d'une caractéristique essentielle attachée à toute norme juridique dans la mesure où « la validité juridique d'une signification prescriptive, donc son existence juridique comme norme, entraîne à son tour évidemment quelques conséquences, dont celles que les normes du système attachent à son respect ou à son non-respect (la sanction juridique au sens large) » : MILLARD É., *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁰¹ Denys de Béchillon mettait alors en évidence cette variabilité irrémédiable de la sanction normative lorsqu'il rappelait que si « la normativité apparaît commune à l'ensemble des conventions, que leur effet soit réglementaire, ou simplement relatif (...), cela ne réduit pas les spécificités propres à chacune de ces deux catégories » : DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 25. Et d'ajouter également que « leur « manière d'être » normatif comme les conditions de cette normativité ne sont probablement pas identiques » avant d'évoquer pêle-mêle « les variations – multiples – qui peuvent émailler les modes d'expression, la sanction, voire peut-être les degrés de cette normativité ».

¹⁹⁰² Hans Kelsen affirmait ainsi que « le Droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un Homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du Droit » : KELSEN H., « La validité du Droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1932-IV, p. 124. Jean Rivéro s'inscrivait d'ailleurs dans ce même sillon lorsqu'il précisait que « la règle de droit (la norme juridique donc), c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique » : RIVÉRO J., « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

¹⁹⁰³ Ainsi Léon Duguit rappelait-il que « la règle de Droit apparaît lorsque la conscience existe chez la masse des individus que telle règle (...) est d'une importance telle pour les relations intersociales que la sanction de

norme individuelle en regard de leur aptitude à prescrire »¹⁹⁰⁴, c'est que leur nature même ne se détermine pas en fonction de cet objet mais plutôt de l'effet contraignant qui y est attaché, et donc de l'existence ou non d'une sanction. L'expression d'une norme objective de comportement à partir d'un lien de droit subjectif ne se déterminerait donc pas seulement à l'aune de la prescription d'un devoir-être mais aussi de la sanction qui en assure le respect par son destinataire¹⁹⁰⁵. Il convient par conséquent, afin de concrétiser l'identification de sa fonction normative duale, de s'atteler à la recherche d'une telle sanction lorsqu'elle est associée au sein de l'externalisation administrative à une obligation dont la fonction réside en effet dans l'édiction d'une norme objective à partir d'un lien de droit subjectif.

Une telle sanction présente toutefois certaines spécificités, inhérentes à une telle configuration, susceptibles de compliquer significativement son identification parmi les sanctions traditionnellement admises en droit administratif afin d'assurer l'effet contraignant des normes objectives de comportement édictées par la puissance publique. Son identification paraît d'autant plus délicate que, de l'autre côté, la sanction des obligations en matière administrative demeure l'apanage du juge du contrat dont l'office évolue¹⁹⁰⁶ mais qui ne laisse pas aisément percevoir la possibilité d'une sanction objective qui garantirait la confirmation de l'hypothèse ici défendue d'une association de l'objectif et du subjectif dans l'acte juridique. Prolongeant le sentiment d'une allergie du droit administratif à la notion d'obligation, la doctrine a d'ailleurs longtemps considéré qu'il était possible de diagnostiquer une « *anémie du droit de l'annulation en matière contractuelle* »¹⁹⁰⁷, laissant croire à l'absence totale d'instruments de garantie de la validité objective des contrats, et donc d'une dimension normative des obligations qui les composent. L'absence d'une possibilité d'annulation contentieuse d'un acte juridique ne permet cependant pas à elle seule de préjuger de son caractère normatif. Il convient donc de se concentrer également sur la question de la

cette règle doit nécessairement être organisée et lorsqu'en même temps le sentiment s'impose à la masse des esprits qu'il est juste que cette sanction soit organisée » : DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., E. de Boccard, 1927, p. 187.

¹⁹⁰⁴ DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997, p. 34.

¹⁹⁰⁵ Ainsi en va-t-il d'ailleurs de l'obligation pour une partie de la doctrine qui considère qu'elle constituerait avec la sanction l'attelage caractéristique de la norme juridique. Jean Combacau considérerait par exemple que « *obligation et sanction (...) se dissolvent dans l'univers plus large et juridiquement plus pur des associations normatives* » : COMBACAU J., *Le Pouvoir de sanction de l'ONU, étude théorique de la coercition non militaire*, Pédone, 1974, p. 363.

¹⁹⁰⁶ Élise Langelier souligne effectivement « *que le juge a, pendant des décennies au fil du XXe siècle, fait mine de ne pas interférer dans la sphère contractuelle (...), il acquiert depuis le début du XXIe siècle une véritable pleine juridiction. Les actes contestables, les personnes susceptibles de se tourner pour ce faire vers lui et ses pouvoirs ont crû* » : LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, 2012, p. 763 et 764.

¹⁹⁰⁷ DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 25.

garantie contentieuse de son respect¹⁹⁰⁸ et non seulement de sa conformité avec le droit objectif afin de déceler au travers des évolutions récentes l'hypothèse d'un remède à cette allergie supposée. Une solution qui reposerait sur la découverte d'un mécanisme assurant le respect d'une norme objective de comportement insérée dans un lien de droit subjectif alors même que le contentieux administratif est partagé entre deux ensembles dont la frontière matérielle repose sur la distinction de l'objectif et du subjectif ; c'est-à-dire d'une sanction à l'initiative de tous contre une obligation relative à deux personnes.

La difficulté relève donc *in fine* de l'impérialité du contentieux administratif face aux mutations contemporaines qui le traversent dans le sens d'un rapprochement de l'objectif et du subjectif¹⁹⁰⁹. Le droit positif demeure en effet marqué en la matière par l'opposition entre d'un côté une sanction statique attachée à la légalité de toute norme objective de comportement édictée au nom de l'intérêt général sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ; et, de l'autre côté, la sanction dynamique du non respect d'une obligation dans sa dimension subjective qui se manifeste à travers des mécanismes relativement similaires en droit civil¹⁹¹⁰ et en droit administratif¹⁹¹¹ sous le contrôle du juge du plein contentieux¹⁹¹².

¹⁹⁰⁸ Denys de Béchillon rappelait en effet que « pour s'assurer de la normativité d'un acte, ce n'est pas tant l'annulation qui importe, mais plutôt le point de savoir si le juge sanctionne – ou non – l'irrespect de ses prescriptions lorsqu'elles sont violées » : DE BÉCHILLON D., *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ Hélène Lepetit-Colin et Alix Perrin soulignent d'ailleurs que la multiplication des formes de recours contentieux conduit à constater que « plusieurs mêlent en effet des questions objectives et subjectives » : LEPETIT-COLIN H. et PERRIN A., « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813. Et les deux auteurs d'ajouter que « la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif n'est pas non plus pertinente (...), elle n'est pas opératoire. En pratique, les contentieux objectifs et subjectifs ne peuvent pas toujours, voire ne doivent pas, être dissociés » : LEPETIT-COLIN H. et PERRIN A., *op. cit.*, p. 815.

¹⁹¹⁰ Le nouvel article 1217 du Code civil prévoit notamment que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, où l'a imparfaitement été, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander la réparation des conséquences de l'inexécution (...) ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

¹⁹¹¹ La doctrine contemporaine s'accorde d'ailleurs à reconnaître que, à l'instar du droit civil, « responsabilité contractuelle et exécution contractuelle doivent être dissociées » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 386. Et de préciser que « si l'action en réparation est la principale action exercée par les parties en pratique en cas d'inexécution, ceci ne doit pas occulter le fait qu'existent en droit administratif également quelques hypothèses où le juge admet une action en exécution du contrat : cette action consiste pour l'une des parties à chercher à obtenir de la part du juge une exécution du contrat par l'autre partie ». L'action en responsabilité contractuelle proprement dite interviendra finalement en second lieu en cas d'impossibilité d'une exécution matérielle de l'obligation, et donc du contrat, dans la mesure où « l'inexécution de ces contrats est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la partie défaillante et à justifier l'octroi de dommages et intérêts » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 397.

¹⁹¹² Soit dans le cadre du contentieux de l'inexécution afin de garantir le respect des droits des parties, soit sur le terrain de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle afin d'assurer la réparation d'un dommage. Précisons toutefois que cette voie contentieuse est encore aujourd'hui généralement considérée comme subsidiaire, ou au mieux complémentaire, à celle de l'exécution du contrat. Ainsi Laurent Richer et François Lichère rappellent-ils que, « comme toute responsabilité juridique, la responsabilité contractuelle n'est qu'un

Cette démarcation entre deux « univers » contentieux *a priori* irréconciliables perdure d'ailleurs depuis longtemps dans la jurisprudence et la doctrine¹⁹¹³. Elle donne toutefois l'impression de s'estomper peu à peu, au point qu'il soit possible d'identifier, ou du moins de suggérer, une sanction propre à l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative. Les transformations récentes en matières contentieuses révèlent effectivement une tendance au déplacement de ces frontières¹⁹¹⁴. Aussi ces dernières semblent-elles offrir un espace dans lequel l'obligation en tant que norme objective de comportement serait susceptible de trouver une sanction dédiée lorsqu'elle s'exprime dans le cadre d'un lien de droit subjectif.

La réunion au sein de l'obligation de ces deux pôles à partir de l'observation du concept d'externalisation administrative engage par conséquent à poursuivre cette démarche sur le terrain, plus en aval, de la détermination de sa sanction. Dès lors que l'obligation s'y exprime en tant que norme objective de comportement enserrée dans un lien de droit subjectif, la sanction n'est nécessairement plus la même que celle qui assure la normativité d'un commandement de nature unilatérale, réglementaire ou législative. Sa sanction ne peut non plus être identique à celles prévues en matière contractuelle pour assurer le respect des obligations réciproques imposées à chacune des parties, et par principe limitée à l'initiative de ces dernières. La recherche de la garantie de cette sanction s'éloigne donc des voies contentieuses traditionnelles et invite à s'aventurer, une fois de plus, sur une voie intermédiaire. La sanction du non respect d'un commandement coopératif édicté dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif implique alors une sanction prononcée à la suite d'une procédure existante mais relativement inédite dans son utilisation¹⁹¹⁵ et dans les personnes susceptibles d'agir. Une procédure singulière qui

pis-aller ; avant d'en arriver là, il est préférable de rechercher l'exécution du contrat » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 267.

¹⁹¹³ Ainsi René Chapus rappelait-il cette autre distinction proposée notamment « par Léon Duguit et Marcel Waline : celle du « contentieux objectif » et du « contentieux subjectif », reposant sur la considération de la nature de la question posée au juge par le recours dont il est saisi » : CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 210. Et l'auteur d'ajouter que si le premier reposait sur « une question de droit objectif, c'est-à-dire de conformité d'un acte à la légalité », le second reposait quant à lui sur « une question de droit subjectif, c'est-à-dire de savoir si une personne doit être reconnue titulaire d'un droit subjectif » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 210 et 211.

¹⁹¹⁴ Élise Langelier souligne d'ailleurs que l'observateur averti « peut avoir l'impression, lorsqu'il tente de cartographier le contentieux, de se trouver au milieu d'une vaste zone sismique », ce qui impose autant qu'il autorise à « contraindre les rivières à rentrer dans leur lit, stabiliser les flancs de montagne, tracer de nouvelles routes » : LANGELIER É., *op. cit.*, p. 761.

¹⁹¹⁵ Georges Vedel et Pierre Delvolvé suggéraient déjà une telle particularité lorsqu'ils rappelaient qu'il n'était possible, en matière contractuelle, « ni de demander au juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité, d'annuler les contrats alors qu'il a la qualité pour annuler les actes administratifs, ni de se prévaloir de la violation d'un

associerait étroitement les deux principales voies contentieuses que compte le droit administratif : celle de l'excès de pouvoir et celle de la pleine juridiction. Sans pour autant brouiller les lignes établies, l'analyse de l'instrumentalisation de l'obligation engage donc à revenir sur ce « cordon sanitaire » déployé par la doctrine autour du contrat, et plus largement entre les dimensions objective et subjective de l'intervention des personnes publiques. Qu'elle se retrouve dans un acte unilatéral ou contractuel, elle peut effectivement participer à l'instauration d'un lien de droit subjectif et à l'édiction concomitante d'une norme objective de comportement dans le cadre de l'externalisation administrative. Aussi l'identification d'une telle sanction engage-t-elle à envisager deux voies distinctes selon qu'il s'agit d'assurer sa légalité ou de garantir de son respect. Il convient cependant de préciser les contours de la signification normative duale de l'obligation au sein de l'externalisation administrative avant d'en tirer de telles conséquences contentieuses et d'identifier concrètement cette sanction.

Conclusion de section. L'appréhension de l'obligation à travers sa fonction normative duale exprimée au sein du concept d'externalisation administrative permet de réconcilier le lien de droit subjectif et la poursuite objective de l'intérêt général¹⁹¹⁶. Elle conduit en effet à admettre qu'un *vinculum juris* ordinaire puisse se présenter comme la source d'une normativité objective. Ainsi l'identification de la fonction habilitante de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative autorise-t-elle une réponse positive à l'interrogation suivante posée comme un défi à la doctrine publiciste : « *conçoit-on une règle juridique formelle qui ne procéderait pas d'une manifestation unilatérale d'autorité ?* »¹⁹¹⁷. Une telle fonction normative engage ce faisant à favoriser le décloisonnement du « *monde des contrats isolé de l'univers des normes véritables* »¹⁹¹⁸, et, au-delà, à reconnaître une dimension objective de l'obligation concomitante à l'instauration d'un lien de droit subjectif. Le concept d'externalisation administrative permet enfin la mise en lumière de cette fonction normative

contrat à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir » dans la mesure où le contrat, et l'obligation qu'il comporte « *n'a pas le caractère objectif, opposable à tous, qui résulte par exemple de la loi ou des règlements* » : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tomes 1, PUF, coll. Thémis Droit, 11^e éd., 1990, p. 497.

¹⁹¹⁶ Alors qu'auparavant la tendance dominante dans la doctrine était plutôt à tâcher, en matière normative, d'entretenir l'opposition entre le particulier et le général, entre le subjectif et l'objectif, entre l'obligation et la règle de droit. Ainsi Marcel Waline affirmait-il par exemple que le concept même d'une règle d'espèce exprimait une profonde « *contradiction interne* » en ce qu'une « *certaine généralité était de l'essence même de toute règle* » : WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestin, 1949, p. 113 et 114. Il ajoutait d'ailleurs que « *les lois du monde physique sont toutes des lois générales* », énoncées au nom de l'intérêt général et destinées à « *créer de l'ordre et de la sécurité en prévenant d'avance les citoyens que tels de leurs actes auront telles conséquences juridiques* » et ce nécessairement sans considération aucune de l'expression de leur propre volonté.

¹⁹¹⁷ DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15.

¹⁹¹⁸ DE BÉCHILLON D., *Ibid.*

duale de l'obligation en droit administratif et, à travers elle, la possibilité d'une coexistence en son sein du droit subjectif et du droit objectif comme étant l'avvers et l'envers d'une même médaille. Une hypothèse défendue par la doctrine civiliste qui, portée par l'intuition de Pascal Ancel, tend désormais à l'appréhender comme « *l'addition d'une norme de comportement et d'un droit subjectif* »¹⁹¹⁹. Une telle intuition, rapportée au droit administratif et éclairée par le concept d'externalisation administrative, engage donc à constater la signification de cette fonction normative duale de l'obligation.

¹⁹¹⁹ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 209.

Section 2 : La signification de la fonction normative duale de l'obligation

342.L'indispensable précision de la signification de cette fonction normative. L'évocation d'un « *intérêt légitime à la bonne exécution du contrat* » et des obligations qui le composent, dont disposerait le tiers en l'état actuel du projet de réforme de la responsabilité civile¹⁹²⁰, renvoie raisonnablement à l'appréhension d'une dimension objective de la fonction normative de l'obligation en droit privé qui s'exprimerait en particulier à travers le principe de l'opposabilité du contrat au tiers ou par le tiers. Une telle évolution des conséquences contentieuses de l'inexécution des obligations contractuelles conduit en l'occurrence à s'intéresser aux effets du contrat, bornés d'un côté par leur relativité restreinte aux parties et, de l'autre, par leur opposabilité à l'égard des tiers¹⁹²¹. Alors que la dimension subjective de cette fonction s'expose brillamment, à travers la première, au fronton du droit civil selon lequel « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* »¹⁹²², sa dimension objective paraît être suggérée par la seconde, appuyée sur la force obligatoire qui en constitue le fondement¹⁹²³. La notion d'opposabilité reflète effectivement une telle dimension dans la mesure où l'obligation et le contrat existent toujours au-delà de la relation individuelle dès lors qu'ils constituent une situation juridique¹⁹²⁴ reconnue par l'ordre juridique et recouverte par la force obligatoire¹⁹²⁵. Aussi le développement progressif de ses conséquences

¹⁹²⁰ Le second alinéa du nouvel article 1234 du Code civil prévoirait effectivement que « *le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage* » : Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

¹⁹²¹ Ainsi William Dross rappelle-t-il que « *si, en principe, un contrat ne crée d'effets qu'entre ceux qui y sont parties, la réalité est cependant nettement plus complexe notamment parce que les tiers peuvent parfois (...) se prévaloir de l'inexécution du contrat (toute inexécution du contrat constituant une faute délictuelle à leur égard depuis un arrêt d'assemblée plénière du 26 mai 2006)* » : DROSS W., « Synthèse – Effets des obligations à l'égard des tiers », in *Encyclopédies*, LexisNexis, 2016, p. 1.

¹⁹²² Nouvel article 1199 du Code civil. Il prévoit d'ailleurs à son second alinéa que « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* », alors que le nouvel article 1194 réaffirme que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

¹⁹²³ Par opposition au contenu obligationnel du contrat qui relève quant à lui pleinement des incidences directes de l'effet relatif.

¹⁹²⁴ Ainsi le nouvel article 1200 du Code civil rappelle-il que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». Et d'ajouter que les tiers « *peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ».

¹⁹²⁵ L'opposabilité servira alors tantôt en tant qu'instrument de preuve d'un droit ou d'une situation au profit d'un tiers (c'est-à-dire comme un instrument à finalité probatoire qui permet par exemple à un tiers d'invoquer un contrat afin de constater l'existence d'une faute dans son exécution susceptible d'avoir des conséquences sur sa propre situation), tantôt comme un instrument d'invocation du contrat au profit de ce dernier au soutien d'un recours en responsabilité à la suite d'un dommage causé par la mauvaise exécution ou l'inexécution, fautive, d'une obligation (elle est alors dite « substantielle » et est invoquée par le tiers pour créer une obligation à son profit ou supprimer une obligation à sa charge. Ainsi permet-elle par exemple depuis 2006 qu'un tiers puis invoquer l'inexécution d'une obligation contractuelle comme une faute délictuelle lui ayant commis un dommage et permettant d'engager la responsabilité extracontractuelle de la partie défaillante).

contentieuses éclaire-t-il l'évolution de la conception du contrat et des obligations qu'a pu s'en faire la doctrine civiliste. Celle-ci est effectivement passée d'un reflet fidèle à une « *conception individualiste du contrat* » dominée par la sacro-saint dogme de l'autonomie de la volonté¹⁹²⁶ à la remise en cause contemporaine de son « *splendide isolement* »¹⁹²⁷, dans la mesure où il est un fait social doté d'une force obligatoire par son intégration dans l'ordonnement juridique. La notion d'opposabilité fut d'ailleurs l'un des facteurs ayant contribué, à partir des années 1990, à la consécration doctrinale d'une distinction fondamentale entre le contenu obligationnel du contrat et sa force obligatoire ; et donc *in fine* entre deux dimensions de la fonction normative de l'obligation qu'il crée : subjective et objective. L'identification d'une telle fonction normative duale, à travers l'examen de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative, incite alors à revenir sur cette réflexion menée par une partie de la doctrine civiliste afin d'en préciser la signification.

Il est évident que l'identification d'une telle fonction normative de l'obligation implique un approfondissement complémentaire destiné à en préciser le sens¹⁹²⁸ dans la mesure où il permet finalement d'en apprécier le contenu¹⁹²⁹, et donc incidemment d'améliorer sa connaissance et de faciliter son appréhension en droit positif. La norme juridique ne saurait d'ailleurs se résumer à l'identification de sa seule fonction ; c'est-à-dire à l'édition d'une directive de conduite en société, individuelle ou générale. Elle impose également la détermination de son contenu à l'aune de sa signification normative¹⁹³⁰. Il n'est alors pas question de rechercher au cas par cas un énoncé, mais plutôt de tâcher de préciser le sens du « *sollen* » édicté au-delà du seul constat de son édition. L'identification d'une fonction normative, d'une norme juridique édictant un « *devoir-être* », appelle par conséquent la précision de sa signification, du sens de ce « *devoir-être* ». Ainsi l'identification de la fonction

¹⁹²⁶ Une domination quasi sans partage qu'illustrent à merveille les propos de Bigot-Prémameneu à l'occasion de la présentation du Code civil de 1804, selon lesquels : « *chacun ne pouvant contracter que pour soi, les obligations ne doivent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes et ceux qui les représentent. Il serait injuste qu'un acte auquel une tierce personne n'a point concouru pût lui être opposé* ».

¹⁹²⁷ LALOU H., « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *D.*, 1928, chron. p. 69.

¹⁹²⁸ C'est ce à quoi invitait d'ailleurs Cédric Groulier afin de parvenir à apprécier au mieux la dualité de la force normative. Il rappelait notamment qu'il était désormais possible de constater « *la décomposition de la norme en sens et référence* », laquelle impose en conséquence d'associer toute identification d'une fonction normative, quelle qu'elle soit, à la détermination de sa signification : GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 201.

¹⁹²⁹ Cédric Groulier précisait que la fonction normative devait être appréhendée par rapport au « *contenu exprimé par la norme juridique, au sens qu'elle véhicule* » : GROULIER C., *op. cit.*, p. 202.

¹⁹³⁰ Rappelons que le maître de Vienne affirmait qu'il était « *plus juste de dire : « la norme est une signification » que de dire : « la norme a une signification »* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 33.

normative duale de l'obligation telle qu'elle découle de son instrumentalisation au service de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative impose-t-elle d'évoquer sa teneur. Une démarche qui conduit alors à dépasser la seule identification des effets concrets de l'obligation pour en exposer les causes afin de parvenir à une meilleure compréhension de cette fonction normative singulière alors que l'appréhension de l'obligation en matière administrative était jusque-là circonscrite principalement à une analyse technique de ses effets subjectifs admis par le droit objectif. Qu'il s'agisse de la théorie générale des obligations exposée par Marcel Waline¹⁹³¹ ou de l'étude de la prescription extinctive des obligations en droit public menée par Charles Froger¹⁹³², il apparaît effectivement que l'attention de la doctrine ait été durablement focalisée sur une approche technique au détriment d'une appréhension plus théorique ouverte à la prise en compte d'une dimension objective de l'obligation en tant que norme de comportement édictée dans le cadre d'un lien de droit subjectif.

Il convient par conséquent de s'affranchir partiellement d'une appréhension exclusivement technique pour lui associer une approche théorique¹⁹³³ susceptible d'en déceler plus clairement la signification émergente. Quoique délaissée, cette seconde approche n'a cependant jamais été non plus totalement ignorée par la doctrine. Marcel Waline ne cachait d'ailleurs pas, en 1936¹⁹³⁴, son intérêt à la fois technique et théorique pour une notion largement débattue en droit civil. Celle-ci était malgré tout maintenue par une majorité de la

¹⁹³¹ Il indiquait notamment qu'il envisageait simplement d'apporter « quelques brèves indications, destinées surtout à montrer que les principes généraux, sinon les règles précises, du droit civil sont applicable mutatis mutandis en cette matière » comme par exemple « la théorie de la cause, celle des conditions potestatives, celle des vices du consentement, celle des stipulations pour autrui et celle des sanctions des obligations » : WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1950, p. 612. Il ajoutait en outre que la question de leur extinction en droit administratif, tout en s'inspirant de certaines règles du droit civil, présentait des spécificités essentielles liées à la personnalité publique : WALINE M., *op. cit.*, p. 621 et s.

¹⁹³² S'inspirant des travaux du précédent, Charles Froger s'intéresse effectivement à « l'inévitable spécificité du régime de l'extinction des obligations publiques » : FROGER Ch., *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 145, 2015, p. 28.

¹⁹³³ Une appréhension théorique déjà suggérée par Hans Kelsen qui, à l'occasion de *Théorie pure du droit*, soulignait la particularité de l'obligation « à l'égard de la collectivité publique » (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 135) dépourvue *prima facie* de tout caractère subjectif. Il remarquait effectivement dans cette hypothèse que « la conduite obligatoire d'un individu n'a pas trait à un autre individu individuellement déterminé, c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agit pas d'un acte ou d'une abstention prescrite à l'égard d'un autre sujet individuellement déterminé » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 134.

¹⁹³⁴ WALINE M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1^{er} éd., Sirey, 1936, p. 578 et s. Il devait même être salué et encouragé dans cette voie par certains de ses pairs. S'étant déjà penché sur cette thématique par le passé, Gaston Jèze apprécia effectivement cette tentative de Marcel Waline au point d'en faire état dans la *Revue de droit public* en ces termes : « Avec beaucoup de raison, le professeur Waline a consacré un livre de son ouvrage à la théorie générale des obligations. C'est vraiment la partie essentielle du droit administratif. Très certainement, dans l'avenir, les ouvrages sur le droit administratif développeront de plus en plus cette théorie » : JÈZE G., « Marcel Waline – Manuel Élémentaire de Droit administratif », *RDP*, p. 274.

doctrine « dans la clandestinité où elle est restée jusqu'à présent et où elle a tout intérêt à rester »¹⁹³⁵ au point de provoquer en la matière « une étrange lacune de la doctrine du droit administratif (...) en retard sur les civilistes »¹⁹³⁶. La précision incontournable de la signification de cette fonction normative duale de l'obligation décelée au sein de l'externalisation administrative doit donc désormais être effectuée à l'aune des réflexions civilistes. Celles-ci ont d'ailleurs finalement abouti à un consensus consacrant la fonction normative duale de l'obligation et approfondissant sa signification à travers une « définition fonctionnelle (du contrat) : un accord de volontés créateur de normes juridiques »¹⁹³⁷, et non plus comme un accord de volontés destiné exclusivement à produire des effets de droit entre les parties. En admettant ainsi que le contrat ne soit plus seulement évalué eu égard à ses effets mais aussi aux obligations qui le composent, la doctrine civiliste réaffirme en l'occurrence la nécessité de préciser ces effets à la lumière de la fonction normative de l'obligation. Or, elle souligne concomitamment l'évolution progressive de celle-ci d'une « fonction de lier les parties (subjective) à celle de créer des normes juridiques (objective) »¹⁹³⁸, et suggère ce faisant une fonction normative duale dont elle apporte une signification déterminée de laquelle il convient de s'inspirer en droit administratif.

Annnonce de plan. Soulignant l'inanité d'une appréhension moniste de l'obligation et du contrat sous l'angle de l'accord de volontés ou de l'expression d'un devoir objectif, Denis de Béchillon illustre un débat qui réapparaît aujourd'hui à propos de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative : à savoir comment associer utilement « l'ordre et l'accord, le clou et le lien »¹⁹³⁹ ? Il s'agit alors, pour y répondre, d'éclairer la signification de sa fonction normative duale identifiée auparavant et qui repose sur l'association d'une dimension objective, pour l'ordre et le clou, et d'une dimension subjective, pour l'accord et le lien. Un éclairage qui sera d'autant plus fort qu'il emprunte au passage les voies du droit civil où une présentation de cette signification a pu émerger récemment des réflexions conduites

¹⁹³⁵ Une position de la doctrine majoritaire au XXe siècle soulignée par Benoît Plessix : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 280. Rappelons d'ailleurs que Marcel Waline lui-même devait finalement abandonner cette présentation du droit administratif à partir d'une théorie générale des obligations dès la 7^e édition de son manuel en 1957, sans pour autant se départir de sa conviction que la notion d'obligation était indispensable à la compréhension du droit administratif.

¹⁹³⁶ WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 641.

¹⁹³⁷ GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013, p. 27.

¹⁹³⁸ GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³⁹ DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 18.

par une partie de la doctrine. Ainsi est-ce à partir de l'analyse de l'émergence d'une signification normative duale de l'obligation en droit civil (§1) qu'il sera plus aisé de parvenir à observer la signification normative duale de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative (§2).

§1 : L'émergence d'une signification normative duale de l'obligation en droit civil

343. Une signification duale émergeant du décloisonnement progressif du contrat. Deux éléments sont à prendre en compte afin de parvenir à justifier l'émergence d'une signification normative duale de l'obligation en droit civil alors que la doctrine avait su se contenter jusque-là d'une dimension subjective prépondérante du fait de la domination du dogme de l'autonomie de la volonté et de son corolaire l'effet relatif¹⁹⁴⁰. L'obligation établissait donc, à travers le contrat, un « monde » à part, un « univers parallèle », uniquement accessible aux parties¹⁹⁴¹. Cette conception classique de l'obligation insistait ce faisant sur la fonction normative subjective de l'obligation, à savoir l'instauration d'un *vinculum juris* destiné à organiser le comportement des parties entre elles. La précision apportée par Jacques Ghestin à la définition du contrat, et plus spécialement à la détermination de ses effets, contribue cependant à inciter la doctrine à associer une autre dimension, objective cette fois, à la fonction normative de l'obligation. Dès lors que le contrat est envisagé comme une source de normes juridiques, il importe de prendre en compte un second élément au côté de son contenu obligationnel : sa force obligatoire¹⁹⁴². Or, c'est justement de cette distinction entre la force obligatoire (dimension objective) et le contenu obligationnel (dimension subjective) du contrat qu'a pu émerger progressivement dans la doctrine civiliste l'hypothèse d'une signification normative duale de l'obligation. Mais avant de déterminer comment cette dernière a peu à peu essaimé dans le champ des réflexions contemporaines, il convient d'en

¹⁹⁴⁰ L'obligation a longtemps été réduite, à l'instar de son *instrumentum* qu'est le contrat, à une acception subjective du fait de la définition traditionnelle de ce dernier en tant que « *lien de droit par lequel une personne est tenue envers une autre d'une prestation, d'un fait ou d'une abstention* » sans aucun égard pour tout ce qui lui serait étranger : GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 9.

¹⁹⁴¹ Encore aujourd'hui, la définition généralement retenue du contrat enjoint à retenir cette seule dimension caractéristique de la conception classique de l'obligation dans la mesure où il désigne « *un accord de volontés visant à produire des effets de droit liant les parties* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. *Traité*, 4^e éd., 2013, p. 47.

¹⁹⁴² « *Nous verrons encore que la création de normes juridiques par le contrat suppose son intégration dans un système juridique (ouvert) qui est ainsi le fondement de la force obligatoire du contrat* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 49.

exposer brièvement les raisons¹⁹⁴³. Sur ce point, deux éléments complémentaires peuvent être avancés : d'une part, la nécessité de trouver un remède à la crise du contrat et, d'autre part, celle de raccrocher la théorie générale des obligations à la théorie générale des normes.

À l'instar de la crise du droit administratif pour la doctrine publiciste, la crise du contrat constitue l'un de ces serpents de mer de la doctrine civiliste revenant, telle une olympiade¹⁹⁴⁴, s'insérer dans les débats et dicter un sens nouveau aux réflexions à venir. Car, elle n'y est là non plus pas seulement le signe annonciateur d'une remise en cause de l'existence d'une notion cardinale, mais plus sûrement le moteur d'un « *nouvel essor contractuel* »¹⁹⁴⁵ animé de nouvelles directives susceptibles notamment de renouveler la perception de la signification des obligations contractuelles. Aussi a-t-elle peu à peu conduit à une rupture avec la conception individualiste classique du contrat et des obligations, envisagée auparavant comme un monde fermé réservé aux seules parties¹⁹⁴⁶. Fondamentalement remise en cause, elle appelait donc une correction que la doctrine a opérée en empruntant la voie de l'obligation¹⁹⁴⁷. Sans basculer dans le solidarisme contractuel, cette reconfiguration des assises théoriques du contrat a effectivement conduit à repenser la fonction normative de l'obligation afin de parvenir à le décloisonner, à l'ouvrir à la société. Inspirée de la théorie normativiste développée par Hans Kelsen, cette réorientation de la fonction normative de l'obligation a reposé notamment sur la distinction entre le contenu obligationnel et la force obligatoire du contrat. Il paraissait alors évident que le contrat « *comprend du subjectif et de l'objectif* »¹⁹⁴⁸, et par conséquent qu'il en aille de même pour chaque obligation prise

¹⁹⁴³ Autrement dit, d'expliquer pourquoi une telle signification a pu être proposée et a finalement connu un tel succès jusqu'à sa consécration doctrinale récente.

¹⁹⁴⁴ Une récurrence dont la doctrine civiliste est d'ailleurs parfaitement consciente comme le démontrait Christophe Jamin lorsqu'il rappelait qu'il « *était devenu banal, depuis les années vingt ou trente, de parler d'une crise du contrat* » : JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 7.

¹⁹⁴⁵ VASSEUR M., « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD Civ.*, 1964, p. 6.

¹⁹⁴⁶ Christophe Jamin soulignait en effet que la crise du contrat était « *celle de la conception individualiste et libérale du contrat (...), qui aboutit à une profonde remise en cause du principe de la liberté contractuelle, nécessite de penser autrement le droit des contrats* » et imposait l'adoption d'un « *double registre qui a désormais pour objet d'assurer la primauté du social sur l'individuel* », et donc de l'objectif sur le subjectif : JAMIN Ch., *op. cit.*, p. 8 et 9.

¹⁹⁴⁷ Une voie inspirée notamment par les travaux de sociologues, tel Émile Durkheim, pour qui tout individu et toute intervention juridique s'inscrit nécessairement dans la société et non en-dehors. Il précisait notamment que « *même là où la société repose le plus complètement sur la division du travail, elle ne se résout pas en une poussière d'atomes juxtaposés, entre lesquels il ne peut s'établir que des contacts extérieurs et passagers (...), nous sommes pris dans un réseau d'obligations dont nous n'avons pas le droit de nous affranchir* » : DURKHEIM É., *La division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 1986, p. 207.

¹⁹⁴⁸ Dans la mesure où il s'impose « *comme l'acte normateur né de la décision de ceux qu'il assujettit* » : REVET Th., « Objectivisation ou subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du*

individuellement. Il fut alors démontré que la force obligatoire du contrat reposait à titre principal sur sa validité objective, et donc sur la fonction normative objective qu'il attribue aux obligations qui le composent. Ainsi la signification duale de l'obligation décelée par la doctrine civiliste renvoyait-elle à la théorie générale des normes.

Conséquence du décloisonnement du contrat, la signification normative duale de l'obligation en droit civil résulte en effet au premier chef de la prise en compte de l'intégration du contrat dans un système juridique objectif lui permettant d'acquérir une force obligatoire d'où découle la dimension objective de l'obligation au sein même d'un lien de droit subjectif¹⁹⁴⁹. Alliant à la fois sa dimension subjective en tant que *vinculum juris* établi sous l'égide de l'autonomie de la volonté et sa dimension objective en ce qu'elle vient limiter cette dernière au nom de la société¹⁹⁵⁰, la force obligatoire du contrat découle de son intégration dans l'ordonnement juridique qui le valide et rend ses effets, dont l'obligation à laquelle elle transfère une dimension objective, opposables aux tiers et par les tiers¹⁹⁵¹. Aussi la doctrine civiliste a-t-elle progressivement admis que les obligations puissent être dotées d'une signification de norme juridique objective dès lors qu'elles sont recouvertes de la force obligatoire du contrat¹⁹⁵². C'est à la contribution de Pascal Ancel, maintes fois soulignée par

contrat, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 83. Et d'ajouter en l'occurrence que le contrat est « une volonté objectivée, un projet qui, initialement subjectif, ne peut s'accomplir qu'en se transmuant en un fait extérieur à la source dont il procède ».

¹⁹⁴⁹ Ainsi par exemple est-il entendu que la « validité du contrat, condition de sa force obligatoire, dépend de son intégration dans un système juridique hiérarchisé » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 117. En d'autres termes, si le contenu obligationnel du contrat découle de l'accord de volontés des parties, sa force obligatoire résulte quant à elle de sa validation objective et confère incidemment à chaque obligation une dimension normative à la fois subjective, initiale, et objective, acquise. Hans Kelsen démontrait effectivement que « la convention est obligatoire (comprendre dotée d'une force obligatoire) dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer une norme de degré inférieur (...). En définitive, la convention est obligatoire pour la même raison pour laquelle l'ordre juridique tout entier qui l'institue en tant qu'état de fait créateur de droit est lui-même obligatoire » : KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 48.

¹⁹⁵⁰ Il est d'ailleurs admis que « la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat sont intimement liées » et participent ensemble de sa définition « comme un acte créateur de normes juridiques par un accord des volontés » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 197.

¹⁹⁵¹ C'est ainsi qu'il faut comprendre la définition suivante de l'opposabilité en vertu de laquelle elle apparaît comme « un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001, n° 724. Une conception de l'opposabilité déjà défendue par José Duclos afin d'assurer que les contrats puissent « rayonner hors du cercle des contractants, afin d'exercer pleinement ce rôle essentiel d'instrument des relations juridiques et économiques » : DUCLOS J., *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984, p. 45.

¹⁹⁵² Une admission qui doit beaucoup aux enseignements tirés de la théorie normativiste ayant permis de dépasser l'acception strictement subjective des obligations et de relier la fonction normative subjective qui y attrait à une fonction normative objective en tant que support subjectif de normes objectives de comportement rattachée à la force obligatoire.

ses pairs¹⁹⁵³, qu'il convient d'attribuer l'initiative de ce renouvellement de la fonction normative de l'obligation en droit civil à partir d'un approfondissement de la notion de force obligatoire du contrat en vertu de laquelle l'accord de volontés n'est pas seulement le siège d'un lien de droit subjectif entre les parties¹⁹⁵⁴. Déterminante pour la distinction des dimensions subjective et objective de l'obligation, cette notion conduit à éclairer la signification duale de sa fonction normative en droit civil étayée par les réflexions contemporaines sur l'obligation (A) avant d'avoir été finalement consacrée par le renouvellement doctrinal de l'appréhension de l'obligation (B).

A. Une dualité étayée par les réflexions contemporaines sur l'obligation

344. Des réflexions nourries par les apports de la théorie normativiste à l'étude du contrat.

Dès la fin de la première moitié du XX^e siècle, Hans Kelsen investissait la thématique de l'obligation et du contrat dans le cadre de sa *théorie juridique de la convention*¹⁹⁵⁵. Partant de la définition encore dominante du contrat en vertu de laquelle il ne produisait que des effets de droit subjectif limités à la sphère des parties¹⁹⁵⁶, il contestait l'ensemble de cette édifice conçu au fil des siècles à la lumière du principe d'autonomie de la volonté. Aussi lui reprochait-il principalement de ne pas rendre compte suffisamment de l'essence même du contrat et de tous les aspects de l'obligation qu'il héberge. Il affirmait que cette conception passait sous silence sa fonction essentielle : « *la fonction de création du droit* »¹⁹⁵⁷ réservée en fin de compte à la loi. C'est alors, à travers la mise en évidence de la force obligatoire du contrat, qu'il suggérait de réhabiliter la fonction normative de l'obligation dans ses deux dimensions objective et subjective ; c'est-à-dire celles d'une norme objective de

¹⁹⁵³ Citons par exemple les propos de Rémy Libchaber pour qui, « *il y a quelques années, un article remarqué de M. Pascal Ancel faisait sensation* » : LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

¹⁹⁵⁴ Le contrat organise un rapport de droit dont l'effet dépasse la sphère des parties dans la mesure où, « *s'il est obligatoire, c'est exactement au même titre que la loi* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 212. Car, précisait-il à propos de la force obligatoire du contrat, « *entre les parties comme à l'égard des tiers, son rayonnement dépasse de loin, selon l'auteur, le seul respect des obligations* (dans la dimension subjective de leur fonction normative), *explicites ou implicites, autour desquelles les volontés des parties se sont réunies* ».

¹⁹⁵⁵ Il l'envisageait effectivement comme une étude qui « *se borne à exposer les problèmes les plus importants d'une théorie juridique du contrat, à savoir du point de vue de la théorie pure du droit* » : KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33.

¹⁹⁵⁶ Il rappelait en effet que « *d'après la définition traditionnelle la convention est l'accord des volontés de deux ou plusieurs sujets en vue de produire des effets juridiques, c'est-à-dire de créer ou d'abolir une obligation ou le droit subjectif correspondant à cette obligation* » : KELSEN H., *Ibid.* Soulignons d'ores et déjà qu'il laissait transparaître les prémices de sa propre conception objective du contrat, et surtout de l'obligation, en distinguant cette dernière du droit subjectif.

¹⁹⁵⁷ KELSEN H., *op. cit.*, p. 34.

comportement insérée dans un lien de droit subjectif¹⁹⁵⁸. Il précisait d'ailleurs que si « *l'obligation est la forme primaire sous laquelle se présente le droit subjectif, celui-ci apparaît comme la norme individuelle ou concrète* »¹⁹⁵⁹ dont la force obligatoire lui attribue une dimension objective, à l'instar de la loi, au sein du contrat en vertu de l'intégration de ce dernier dans le système juridique¹⁹⁶⁰. Hans Kelsen proposait donc une correction fondamentale de la théorie du contrat en dépassant sa stricte acception subjective par la démonstration de sa dimension objective conférée par la force obligatoire aussi bien aux normes individuelles que générales issues du contrat¹⁹⁶¹. Ainsi avançait-il les prémices d'une distinction entre le contenu obligationnel du contrat, relevant de la rencontre de volontés des parties, et sa force obligatoire, conséquence de son intégration dans le système juridique objectif et de son érection en tant que « *norme supérieure aux manifestations de volontés concordantes* »¹⁹⁶².

La notion de force obligatoire du contrat devait donc faciliter le rapprochement des dimensions subjective et objective des obligations en ce qu'elle conférait la qualité de norme juridique aussi bien aux normes de comportement individuelles que générales contenues dans le contrat¹⁹⁶³. Elle imposait à la fois aux parties d'exécuter leurs engagements¹⁹⁶⁴ et aux tiers de respecter les obligations nées du contrat dès lors que celui-ci était une composante de l'ordre juridique. Cette seconde conséquence objective tirée de la force obligatoire était

¹⁹⁵⁸ Il affirmait effectivement qu'une norme de comportement pouvait tout à fait être appréhendée à travers un lien de droit subjectif dès lors que « *l'obligation d'un sujet de se comporter d'une certaine manière n'est qu'une norme obligeant ce sujet à un comportement* » quand bien même elle ne bénéficierait qu'à une seule personne : KELSEN H., *op. cit.*, p. 35. Il ajoutait alors que « *si la convention a « force obligatoire », si elle a l'effet d'obliger les sujets contractants à une conduite à laquelle ils n'étaient pas obligés auparavant, cela signifie que la convention a créé une norme qui n'existait pas avant la conclusion de la convention ; c'est-à-dire une norme qui stipule cette conduite bien déterminée, qui est celle de la convention* » et ce qu'elle produise des effets exclusivement à l'égard des parties ou bien également à l'égard des tiers.

¹⁹⁵⁹ KELSEN H., *Ibid.*

¹⁹⁶⁰ Car, précisait-il, « *il va sans dire que la convention n'a pas une telle force obligatoire par elle-même ; mais que cette force doit lui être attribuée par une norme ou un ordre supérieurs, en droit interne – par la loi ; en droit des gens – par le droit coutumier qui contient la même règle que la loi du droit interne lorsqu'elle prescrit la conduite stipulée par la convention* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 36.

¹⁹⁶¹ En d'autres termes aussi bien aux normes de comportement destinées à organiser la seule conduite des parties au contrat entre elles et aux normes de comportement destinées à dicter une conduite particulière des parties au contrat à l'égard d'un objectif étendu dépassant les seules limites du contrat.

¹⁹⁶² KELSEN H., *op. cit.*, p. 41. Et d'ajouter alors que « *cet acte a pour conséquence, que ce qui est posé comme voulu par les manifestations concordantes doit être considéré comme juridiquement obligatoire* » non seulement à l'égard des parties au contrat, mais également à l'égard de tous. Une suggestion théorique dont il est possible de déceler l'expression a dans la rédaction du nouvel article 1200 du Code civil en vertu duquel « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ».

¹⁹⁶³ Il affirmait d'ailleurs que « *ce qui importe avant tout, c'est la constatation qu'on peut créer par contrat aussi bien des normes individuelles que des normes générales* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁶⁴ Il rappelait en effet qu'il n'y a « *qu'une force obligatoire et celle-ci ne consiste en rien d'autre qu'en l'obligation d'exécuter la convention* » ; c'est-à-dire son contenu obligationnel : KELSEN H., *op. cit.*, p. 51.

d'ailleurs abordée par le maître de Vienne à la fois implicitement¹⁹⁶⁵ et explicitement sur le terrain de la validité personnelle du contenu obligationnel du contrat¹⁹⁶⁶. Ce dernier affirmait en outre qu'elle dépassait allègrement les limites de l'autonomie de la volonté dès lors « *que l'ordre juridique admet aussi des conventions à la charge ou au profit de tiers* »¹⁹⁶⁷. Il restreignait néanmoins la dimension objective de l'obligation, en ce qu'elle est revêtue de la force obligatoire, aux effets prévus à l'avance à l'égard des tiers¹⁹⁶⁸. Cette dimension objective serait toutefois étendue plus tard par certains auteurs¹⁹⁶⁹ malgré les réticences exprimées par la doctrine civiliste à admettre que la dimension subjective de l'obligation consistant à lier les parties puisse s'aboucher d'une dimension objective consistant à créer des normes juridiques de comportement dotées d'une force obligatoire. Admettant la fonction créatrice de normes juridiques du contrat, Hans Kelsen traçait donc le sillon favorable à l'émergence d'une signification normative duale de l'obligation. Elle demeura pourtant longtemps sous le feu de la critique qu'une brève approche « protohistorique »¹⁹⁷⁰ permettra de présenter, afin notamment de mieux parvenir à présenter les approfondissements successifs de la notion de force obligatoire du contrat et de ses conséquences sur les obligations. Ainsi l'apport des théories normativistes constitue-t-il le point de départ des réflexions contemporaines qui ont étayé durablement la signification normative duale de l'obligation à partir du séisme provoqué par l'article fondateur de Pascal Ancel sur la force obligatoire (1) suivi de répliques doctrinales essentielles à l'émergence de cette dualité (2).

¹⁹⁶⁵ Il semblait l'évoquer de manière incidente à travers l'examen des situations de conflits de normes ; c'est-à-dire des situations dans lesquelles des obligations contenues dans différents contrats entraient en conflit, signifiant ainsi qu'elles pouvaient avoir une dimension objective dépassant les strictes frontières imposées par le contrat : cf. KELSEN H., *op. cit.*, p. 55 et s.

¹⁹⁶⁶ Il s'agissait, selon lui, de « *l'un des éléments les plus importants de la convention* », à savoir : « *quels sont les sujets obligés et autorisés par la convention* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁶⁷ KELSEN H., *op. cit.*, p. 66. Il précisait en outre qu'une « *analyse approfondie qui renonce à toutes les fictions montre qu'une grande partie des conventions que l'on considère comme des applications normales du principe de l'autonomie, sont en fait des conventions à la charge et au profit des tiers, par conséquent des cas pour lesquels l'autonomie n'est plus valable* ».

¹⁹⁶⁸ Il se limitait en effet à l'examen particulier des cas de représentation, des remèdes juridiques à l'incapacité, des cas des personnes morales ou encore des conventions collectives et des contrats en faveur de personnes futures.

¹⁹⁶⁹ Au premier rang desquels figure Pascal Ancel, qui démontrait que, dans les contrats, les effets des obligations « *paraissent être de deux ordres. Du point de vue de la source de la relation contractuelle une participation (plus ou moins formalisée) des acteurs à la détermination de leur situation. Du point de vue des effets, un engagement, qui lie (sous réserve de pouvoirs qui peuvent être reconnus au juge), et qui ajoute à l'ordre juridique impératif* » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 777.

¹⁹⁷⁰ Nous employons ce terme à dessein, et ce pour deux raisons : d'une part, en référence à une période de réflexion théorique antérieure aux écrits fondateurs dont il sera question par la suite et, d'autre part, afin de rappeler que ces critiques et réticences mises en évidence par une partie de la doctrine civiliste ne doivent pas non plus être considérées comme un état primitif de la réflexion sur la force obligatoire mais bien plutôt comme un état antérieur aux réflexions contemporaines conduites par Pascal Ancel.

1. Le séisme provoqué par l'article fondateur de Pascal Ancel sur la force obligatoire

345. Les prémices théoriques du renouvellement de la force obligatoire. Pascal Ancel lui-même ne cachait pas les sources de son inspiration puisées dans les réflexions quelque peu délaissées d'Hans Kelsen¹⁹⁷¹ et de ses successeurs normativistes, ou encore des travaux d'auteurs civilistes¹⁹⁷² laissant présager qu'une telle transformation pût avoir lieu. C'est dans cette lignée qu'il rappelait, comme Jacques Ghestin, qu'il convenait désormais d'admettre « à la fois que le contrat a un effet normateur et que les normes créées ont pour contenu possible d'accorder des droits subjectifs aux cocontractants »¹⁹⁷³ ; autrement dit, d'admettre une distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat, ou encore entre « le rapport obligatoire et le rapport d'obligation »¹⁹⁷⁴. Il est donc utile de revenir sur ces prémises théoriques afin de préciser les contours ainsi que les tenants et les aboutissants de ce renouvellement sur l'appréhension de la notion d'obligation. En l'espèce, le fait que cette évolution de la compréhension de la force obligatoire ait été forgée à partir des théories normativistes constitue un premier indice de cette généalogie d'une signification normative duale de l'obligation en droit civil. Elles avaient d'ailleurs déjà conduit Georges Rouhette à présenter le contrat comme « un acte productif de normes (...) bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêts »¹⁹⁷⁵. Il évoquait par là l'association possible d'une dimension normative objective de l'obligation en tant que « norme », et d'une dimension normative subjective du fait de sa limitation à des relations interindividuelles déterminées, « bilatérales »¹⁹⁷⁶. Pascal Ancel précisait en outre que, malgré son intérêt pour les théories

¹⁹⁷¹ Alors qu'il rappelait que « Kelsen définit le contrat comme une procédure créant une norme », il soulignait par la même occasion le manque de résonance que cette théorie avait pu avoir dans la sphère du droit privé justifiant ainsi qu'elle n'y ait « guère porté de fruits dans la doctrine privatiste » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 775. Il concluait en outre son propos par une référence explicite à l'importance jouée par cette influence sur l'émergence de son hypothèse lorsqu'il concédait que celle-ci « s'appuie sur une hypothèse théorique (l'acte juridique créateur de normes) » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 810.

¹⁹⁷² Citons au premier chef l'étude de Guillaume Wicker abordant directement cette thématique de la force obligatoire, ainsi que ses incidences sur l'éventuelle appréhension dualiste de l'obligation : WICKER G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997.

¹⁹⁷³ ANCEL P., *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ Il s'agit là, précisons-le, du résultat des travaux conduits en parallèle par Guillaume Wicker suggérant un renouvellement profond de l'analyse des actes juridiques articulée notamment autour d'une appréhension duale de l'obligation. Il suggérait en effet que la réalisation en deux temps de la formation de l'obligation « laisse envisager que l'obligation, dans sa perfection, soit analysée comme la conjonction de deux rapports, distincts mais complémentaires, que par convention nous nommerons le rapport d'obligation et le rapport obligatoire » : WICKER G., *op. cit.*, p. 147.

¹⁹⁷⁵ ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dact., Paris, 1965, p. 636.

¹⁹⁷⁶ Il s'agissait donc d'apporter un regard critique sur la conception traditionnelle du contrat, et notamment de tenter de la dégager de sa gangue exclusivement subjective au moyen d'une détermination nouvelle de la portée

normativistes, Jacques Ghestin tardait à les employer au service d'une démonstration de l'importance de la force obligatoire du contrat, et de la nécessité d'engager de profondes réflexions à son propos. Il soulignait donc le caractère inachevé de cette démarche et engageait à la poursuivre¹⁹⁷⁷, au besoin en lui agrégeant d'autres réflexions théoriques et en la confrontant utilement aux nombreuses objections qu'elle soulevait déjà.

D'éminents auteurs civilistes figuraient en effet dans les rangs des contempteurs d'une telle conception du contrat. Ainsi Judith Rochfeld souligne-t-elle encore aujourd'hui qu'il ne serait pas nécessaire de renouveler l'analyse de sa force obligatoire dès lors qu'il n'est pas certain qu'il « y aurait de « l'obligatoire » dans le contrat (un contenu créant une norme), au côté de « l'obligationnel » (contenu créant des obligations) »¹⁹⁷⁸. L'un et l'autre devraient être confondus en ce qu'ils recouvrent le plus souvent une même réalité de l'obligation, ou du contrat. En ce qu'elle constate l'émergence d'une fonction sociale du contrat¹⁹⁷⁹, Judith Rochfeld conteste vivement le renouvellement en profondeur de la lecture proposée de ses effets, distinguant l'effet relatif du contenu des obligations et l'effet objectif de la force obligatoire qui recouvre le contrat. Elle n'admet alors le rayonnement des obligations au-delà de la sphère des parties que dans la mesure où l'évolution « sociale » du contrat l'impose comme un fait qu'elles ne peuvent ignorer, de même que les tiers. Cette extension demeurerait donc justifiée exclusivement par la « socialisation » du contrat et non à titre principal par une prise en compte renouvelée de sa force obligatoire distincte de son contenu obligationnel. En outre cette critique était déjà émise par François Terré lorsqu'il exposait son opposition à la détermination d'une force obligatoire spécifique au contrat, distincte du

de la force obligatoire permettant d'admettre l'apparition, certes timide, d'une dimension objective de l'obligation.

¹⁹⁷⁷ Il précisait en effet qu'un « auteur comme M. Ghestin, qui est sans doute, dans la doctrine privatiste, l'un des plus sensibles à la conception normativiste, ne l'exploite pratiquement pas dans les développements qu'il consacre à la force obligatoire » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 776. Notons d'ores et déjà que les éditions suivantes des travaux de Jacques Ghestin devraient par la suite y remédier et reprendre ces théories normativistes pour renforcer davantage encore la notion de force obligatoire du contrat : cf. GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013, p. 164 et s.

¹⁹⁷⁸ ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 448.

¹⁹⁷⁹ Elle préfère en effet circonscrire son analyse à la reconnaissance d'une adéquation entre la logique économique et le modèle contractuel retenu en fonction des intérêts des parties. Aussi rejoint-elle finalement l'idée selon laquelle « il se trouve des contrats qui servent davantage la construction d'une structure collective et sociale durable, aux services de la poursuite d'un intérêt commun ou d'intérêts différents coalisés » : ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 449. Et d'ajouter que, « avec l'enrichissement de la pratique et l'apparition de nouvelles figures, l'attention de la doctrine à leur égard s'est renouvelée. D'aucuns distinguent ainsi du contrat-échange, le « contrat-partage », le « contrat-alliance » ou encore le « contrat-coopération », en insistant sur le fait que ces accords sont centrés sur la mise en commun de moyens dans une finalité de distribution plutôt que d'échange ».

contenu obligationnel, lui préférant l'appréhension de sa force normative¹⁹⁸⁰. Le premier présenterait une dimension normative subjective en ce qu'il instaure un lien de droit destiné à encadrer le comportement réciproque des parties, mais aucune dimension objective en vertu d'une force obligatoire dépassant les frontières du contrat. Une partie de la doctrine tendait donc à maintenir le confinement du contrat et refusait alors l'alliance d'une dimension normative objective avec un lien de droit subjectif. Une posture qui rejetait par conséquent l'approche théorique du contrat proposée par Hans Kelsen et lui opposait une conception dite institutionnelle¹⁹⁸¹.

La théorie normativiste invitait quant à elle à ne plus limiter la prise en considération de la norme juridique à son caractère général¹⁹⁸², mais plutôt à s'intéresser à sa validation objective indépendamment de son vecteur d'expression. Une norme juridique objective pouvait donc parfaitement être créée à partir d'une relation subjective dès lors que son intégration dans l'ordre juridique lui attribuait une force obligatoire¹⁹⁸³. C'est donc par l'intermédiaire de cette dernière qu'il pouvait être concevable de reconnaître au contrat une dimension subjective, liée à son essence juridique, et une dimension objective liée à sa reconnaissance par l'ordre juridique. Les obligations nées du contrat présenteraient alors une dimension subjective ainsi qu'une dimension objective dès lors qu'elles acquièrent une force obligatoire du fait de son intégration dans l'ordonnement juridique¹⁹⁸⁴. Aussi l'appréhension distincte de la force

¹⁹⁸⁰ Qui le conduisait alors à affirmer qu'il « *n'y a point de normes individuelles découlant d'actes juridiques tels que des contrats* » alors que celui-ci ne contient que des obligations reliant les parties entre elle : TERRE Fr., « Forces et faiblesses de la norme », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 21.

¹⁹⁸¹ Une approche en vertu de laquelle la création d'une norme juridique objective ne pourrait être le fait que d'individus investis par l'ordre juridique et qui agiraient au nom de tous au profit du corps social (voir notamment : SINDRES D., *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 503, 2008, p. 51 et s., ou encore : MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, p. 12 et s. Ce dernier affirmait effectivement que « *le corps social ne désignant aucun individu, ou groupe d'individus aux fins de « contracter » en son nom, les contractants ne sont pas, en tant que tels, des organes de l'ordre juridique étatique* » : MAYER P., *op. cit.*, p. 12), et non d'individus intervenant au premier chef pour la satisfaction de leur propre intérêt dans une sphère au périmètre strictement délimitée.

¹⁹⁸² Ainsi Denys de Béchillon démontrait-il par exemple qu'aucune « *différence de nature n'oppose la norme générale à la norme individuelle en regard de leur aptitude à prescrire ; il n'existe entre elles qu'une différence de degré. Dans le cas de la norme particulière, le « devoir être » est simplement individualisé, mais c'est toujours le même genre d'impératif que l'on émet* » : DE BÉCHILLON D., « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, n° 32, p. 115.

¹⁹⁸³ Rappelons par exemple qu'Hans Kelsen affirmait notamment que « *la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique le considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme de degré supérieur autorise le sujet à créer une norme de degré inférieur* » : KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 47.

¹⁹⁸⁴ La doctrine civiliste devait même admettre, à partir de ces réflexions, que « *le contrat a pour effet commun à la loi d'être créateur de normes juridiques (les obligations), ce qui n'interdit pas que les normes ainsi créées*

obligatoire du contrat et de son contenu obligationnel devait-elle favoriser paradoxalement l'éclairage du contrat à l'aune d'une signification normative duale des obligations¹⁹⁸⁵ partagée entre l'instauration d'un lien de droit subjectif et l'édition d'une « *norme de droit objectif* »¹⁹⁸⁶ recouverte de la force obligatoire.

Il était par conséquent déjà acquis que le fondement de la force obligatoire se rattachait à la validité du contrat dans la mesure où c'est à partir de son intégration dans l'ordre juridique objectif que le rapport de fait que constitue le contrat s'érige par la suite en rapport de droit¹⁹⁸⁷. Aussi l'intégralité du contrat, et donc l'ensemble de son contenu obligationnel, devait bénéficier de l'effet de la force obligatoire. Un constat qui conduit *prima facie* à confirmer l'opinion émise par une partie de la doctrine en vertu de laquelle force obligatoire et contenu obligationnel seraient confondus dès lors qu'ils désignent apparemment le même objet¹⁹⁸⁸ : l'obligation en tant que norme juridique et lien de droit. Paradoxalement, c'est néanmoins à partir de la démonstration de la nécessaire dissociation de la force obligatoire et du contenu obligationnel du contrat, ou du rapport d'obligation et du rapport obligatoire, qu'émerge de manière évidente la signification normative duale de l'obligation dotée d'une dimension à la fois subjective et objective. Aussi convient-il d'en préciser les modalités alors que cette conséquence de la distinction avancée par Pascal Ancel et Guillaume Wicker n'allait *a priori* pas de soi. Ce dernier s'engageait d'ailleurs sur le terrain du fondement de la force obligatoire avant d'en appréhender les incidences objectives sur l'analyse des éléments subjectifs de tout acte juridique¹⁹⁸⁹. Alors que la prégnance de l'autonomie de la volonté avait,

aient pour objet le plus fréquent d'accorder des droits subjectifs aux contractants » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 54.

¹⁹⁸⁵ Laquelle consiste « à créer des normes juridiques par un accord de volontés » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001, p. 1.

¹⁹⁸⁶ DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 16.

¹⁹⁸⁷ C'est ainsi que l'ancien article 1134 du Code civil disposait que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » et, peut-on ajouter, de fait juridique à ceux qui n'en sont pas partie. C'est d'ailleurs sous l'appellation de « *normativisme contractuel* »¹⁹⁸⁷ que Rémy Libchaber choisissait de placer les effets de la force obligatoire du contrat entre les parties et à l'égard des tiers : LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 213.

¹⁹⁸⁸ Pascal Ancel soulignait d'ailleurs que « *de ce point de vue, dire que le contrat est un acte créateur de normes peut sembler équivaloir à affirmer qu'il crée des obligations pour les parties, et la conception normativiste ne semble pas avoir de « débouché » particulier sur le terrain de la dogmatique juridique, quant à la manière de rendre compte de la notion de force obligatoire* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 777.

¹⁹⁸⁹ C'est-à-dire finalement les effets éventuels de la dimension objective de la force obligatoire sur ceux de l'expression subjective de la volonté des parties. Alors que, jusque-là, soulignait-il, « *en mettant l'accent sur la volonté comme trait distinctif de l'acte juridique la doctrine s'est alors livrée à une analyse essentiellement volontariste de l'acte juridique. Et aujourd'hui encore, quoique le subjectivisme ait perdu de sa superbe, la volonté demeure en tant que représentation de l'élément subjectif de l'acte juridique et comme critère catégoriel*

jusqu'à-là, réduit le champ des effets de l'obligation à la sphère des parties¹⁹⁹⁰, et donc sa dimension à une expression exclusivement subjective, Guillaume Wicker suggérait à sa manière un renouvellement de cette analyse à partir d'une prise en compte des acquis normativistes, et plus particulière d'une régénération de la force obligatoire.

346. Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : l'ébauche duale de l'obligation. En ce qu'il détachait nettement la force obligatoire des actes juridiques de l'expression de la volonté des parties, Guillaume Wicker engageait en effet à l'appréhender de manière distincte du contenu obligationnel qui découle de cette seule expression. Il tachait alors de rééquilibrer la part complémentaire du subjectif et de l'objectif dans le cadre de l'analyse de l'acte juridique¹⁹⁹¹, et portait tout particulièrement son attention sur celle de la force obligatoire recouvrant les obligations en s'appuyant sur la thèse kelsénienne¹⁹⁹². Ainsi parvenait-il à proposer une analyse duale de l'obligation en tant que support d'un rapport d'obligation (subjectif) et d'un rapport obligatoire (objectif) ; c'est-à-dire d'une dimension subjective déterminée à l'aune de la seule volonté des parties, et d'une dimension objective résultant de l'acquisition par l'acte juridique d'une force obligatoire¹⁹⁹³. Réaffirmant dans un premier temps le lien étroit unissant le contrat et l'obligation au-delà du fait que le premier soit incontestablement la source de la seconde¹⁹⁹⁴, il suggérait de considérer leur identité¹⁹⁹⁵ et, par là, d'envisager que l'appréhension dualiste de l'un conduise à l'appréhension dualiste de

de celui-ci ; la théorie de l'acte juridique reste ainsi profondément marquée par l'influence volontariste » : WICKER G., op. cit., p. 21.

¹⁹⁹⁰ Il rappelait effectivement que, « logiquement, dans la mesure où c'est la volonté qui est à la source de l'engagement l'acte ne produit d'effets qu'à l'égard de ses auteurs. Seuls ils sont engagés et seuls ils en tirent avantage ; les tiers n'en souffrent ni n'en profitent » : WICKER G., op. cit., p. 23.

¹⁹⁹¹ Une démarche doctrinale déjà engagée par le passé : voir par exemple : HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971.

¹⁹⁹² Il précisait en l'occurrence que « si la querelle de l'objectivisme et du subjectivisme peut, a priori, sembler toucher à la question du fondement de la force obligatoire de l'acte, il a été démontré par la théorie normativiste KELSENIENNE qu'il était possible, en dehors de toute considération « méta-juridique », de justifier technique ce principe » à l'aune de l'intégration de l'acte dans l'ordre juridique : WICKER G., op. cit., p. 51.

¹⁹⁹³ Il affirmait en outre que l'obligation ne saurait en aucune façon « être réduite à un simple effet du contrat » ou de l'acte juridique en général, ce qui lui permettait par conséquent de dépasser « la conception d'un rapport unitaire » afin « de distinguer en son sein un rapport d'obligation et un rapport obligatoire » : WICKER G., op. cit., p. 147.

¹⁹⁹⁴ Alors qu'il était encore traditionnellement admis que le contrat n'était justement lié à l'obligation qu'en ce qu'il en constituait la source, comme l'affirmait très tôt Charles Demolombe dans ses cours de Code Napoléon : « autre chose est la convention ; autre l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une d'avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier » : DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 4^e éd., 1868, Durand et Pedone-Lauriol, p. 365.

¹⁹⁹⁵ Il précisait en outre que « l'identification, totale ou partielle, de l'obligation au contrat trouve sa confirmation en ce que les effets direct, obligatoire, et indirect, l'opposabilité, de l'une se confondent avec ceux de l'autre » : WICKER G., op. cit., p. 149.

l'autre¹⁹⁹⁶. C'est donc à partir du constat discuté¹⁹⁹⁷ de l'assimilation de l'obligation et du contrat, que Guillaume Wicker avançait l'hypothèse d'une distinction du rapport d'obligation et du rapport obligatoire instaurés par l'obligation. Ainsi ouvrait-il explicitement la voie à une identification de la signification normative duale de la notion d'obligation.

Au-delà du droit subjectif dont dispose le créancier sur son débiteur, l'obligation exprimerait également une dimension objective en ce qu'elle s'impose à tous, des parties jusqu'aux tiers ; soit directement à travers son exigibilité, soit indirectement à travers son opposabilité en tant que fait juridique revêtu de la force obligatoire. Elle serait alors à la fois composée d'une dimension subjective statique, un lien de droit, et d'une dimension objective dynamique, un effet potentiel dans et à l'extérieur de la relation contractuelle¹⁹⁹⁸. Affirmant que « *l'obligation paraît donc duelle* »¹⁹⁹⁹, Guillaume Wicker engageait la doctrine à adopter une approche dualiste de l'obligation rendant compte de cette signification normative singulière. Celle-ci trouvait d'ailleurs selon lui un écho important en droit positif, et ce, tout spécialement à travers l'opposabilité²⁰⁰⁰ ; en d'autres termes à travers l'expression renouvelée de la force obligatoire²⁰⁰¹. Dès lors, ce qui rayonnerait à travers l'opposabilité du contrat concernerait le

¹⁹⁹⁶ Il était possible selon lui de « dépasser la conception moniste qui ne voit dans l'obligation qu'un rapport unitaire en vertu duquel le créancier peut exiger, le cas échéant par la contrainte, l'accomplissement d'une prestation par le débiteur » : WICKER G., *op. cit.*, p. 150 et 151.

¹⁹⁹⁷ Une identité du contrat et de l'obligation regrettée notamment par Pascal Ancel. Alors que leurs visions respectives de l'appréhension de l'obligation semblaient pouvoir être conciliées, ce dernier contestait cette approche adoptée par Guillaume Wicker : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 789 et s.

¹⁹⁹⁸ Guillaume Wicker rappelait que cette décomposition de l'obligation en deux dimensions passive et active renvoyait notamment aux « développements de Ihering, lorsqu'il est distingué entre les effets actifs et les effets passifs des droits » : WICKER G., *op. cit.*, p. 153, spéc. note de bas de page n° 211. Il ajoutait de plus dans le corps de sa démonstration que l'obligation pouvait se présenter alternativement « dans sa phase active en tant que rapport obligatoire » et « dans son repos » sous l'angle du rapport d'obligation.

¹⁹⁹⁹ Il confirmait en effet que « l'obligation paraît donc duelle : elle est tout à la fois un rapport d'obligation lorsqu'elle est saisie dans son immobilité (...), et un rapport obligatoire quand l'accent est mis sur son aspect actif, sur l'exécution de la prestation » : WICKER G., *Ibid.*

²⁰⁰⁰ Il indiquait en effet qu'il était possible « d'en percevoir les linéaments dans les deux notions de bonne foi et d'opposabilité, car chacune manifeste la présence de l'obligation d'abstention constitutive du rapport d'obligation » : WICKER G., *op. cit.*, p. 155.

²⁰⁰¹ Il s'agissait d'ailleurs de reconnaître que, « de la même façon que le rapport d'obligation pour le débiteur, l'opposabilité assure l'efficacité du principe de la force obligatoire du contrat vis-à-vis des tiers » : WICKER G., *op. cit.*, p. 159. Il avait en outre été démontré par le passé que la notion d'opposabilité des effets des obligations aux tiers renvoyait au moins en partie à leur force obligatoire. José Duclos démontrait en l'occurrence que « le principe d'opposabilité doit être substitué à celui d'inopposabilité, grâce à une limitation stricte du domaine de l'effet relatif des contrats » ; c'est-à-dire à une limitation stricte du domaine de l'effet relatif de la force obligatoire du contrat : DUCLOS J., *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984, p. 51. Et d'ajouter que « cette stricte limitation de la relativité du contrat (de sa force obligatoire) permet en conséquence d'affirmer l'opposabilité de principe des actes conventionnels » en vertu de cette même force obligatoire dans la mesure où « seul l'effet direct voulu par les contractants est relatif ; l'effet indirect (également revêtu de la force obligatoire), caractéristique de l'opposabilité, échappe à cette relativité » : DUCLOS J., *op. cit.*, p. 52. Celle-ci révélait alors que, « comme acte

rapport obligatoire issu de l'association du rapport d'obligation et de la force obligatoire²⁰⁰². Partant de l'examen du premier, Guillaume Wicker en déduisait ainsi l'importance du second²⁰⁰³ et démontrait ce faisant la pertinence d'une analyse dualiste de l'obligation prenant acte de sa signification normative duale.

Bien qu'il parvienne à une conclusion similaire sur le fond, c'est par un raisonnement diamétralement opposé que Pascal Ancel démontra la nécessité de distinguer la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat. Il affirmait en effet que la force obligatoire du contrat devait être extraite de son contenu obligationnel dans la mesure où le contenu de l'obligation n'épuisait pas nécessairement la force obligatoire²⁰⁰⁴, et que la confusion de l'un et de l'autre révélait une confusion de la source et de l'effet. Il s'astreignait alors à convaincre de l'existence « à côté de l'effet générateur d'obligation qui est attaché au contrat (...) d'un engagement contractuel qui en serait un complément distinct »²⁰⁰⁵ et qui présenterait tous les caractères de la force normative comme le préconisait les théories normativistes. Il ne souhaitait donc pas les substituer l'un à l'autre mais bien au contraire associer les effets de production de droits subjectifs et de création de normes juridiques²⁰⁰⁶ que présenterait le contrat. Aussi exposait-il la complémentarité du caractère obligatoire du contrat d'un côté, et de son contenu obligationnel de l'autre²⁰⁰⁷. Il évoquait alors, dans un premier temps, la pertinence de cette distinction à travers la mise en évidence d'une force obligatoire du contrat

générateur de droits ou d'obligations, la convention voit ses effets restreints aux parties ; tandis que, comme événement socio-juridique, elle rayonne vers les tiers » : DUCLOS J., Ibid.

²⁰⁰² L'obligation s'impose comme telle dans la mesure où, lorsque « l'ordre juridique consacre son caractère obligatoire, cet engagement constitue en tant que norme subjective, c'est-à-dire en tant que norme assujettissant une personne déterminée, une réalité objective reconnue et protégée par le droit. C'est pourquoi les tiers sont également tenus de ne rien faire qui puisse faire obstacle à son exécution » : WICKER G., *op. cit.*, p. 158.

²⁰⁰³ C'est bien parce qu'il n'était pas concevable selon lui de réduire l'obligation à un simple rapport obligatoire eu égard à sa force obligatoire, que Guillaume Wicker suggérait de conférer une importance équivalente à son expression en tant que rapport d'obligation. Il précisait notamment que « seule la conjonction de ces deux rapports peut rendre compte, dans son intégralité, de la situation juridique créée par le lien d'obligation » : WICKER G., *op. cit.*, p. 159.

²⁰⁰⁴ Aussi faisait-il grief à une partie de la doctrine de considérer que la force obligatoire « se dissout très vite dans l'appréhension des obligations qui lient les contractants » alors que « pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 771. Il citait alors en guise d'illustration le manuel de Philippe Malaurie et Laurent Aynès selon lequel « le contrat a pour effet de faire naître des obligations ; en d'autres termes, il a une force obligatoire » : MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Droit civil. Obligations*, 9^e éd., 1998-1999, p. 337.

²⁰⁰⁵ AUBERT J.-L., *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996, p. 96.

²⁰⁰⁶ Il affirmait que, comme une partie de la doctrine, il était persuadé que l'essentiel « est de poser que l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits, mais que, plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droit, de règles juridiques » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 775, ajoutant même plus loin que « le contrat, alors même qu'il ne vise à régler que la situation juridique des parties, peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 776.

²⁰⁰⁷ Il proposait finalement de passer « par l'effet d'un glissement sémantique plus ou moins conscient (...) de l'obligatoire à l'obligation, de l'obligatorité à l'obligationnel » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 778.

en-dehors du contenu obligationnel pour conclure, dans un second temps, par la présentation d'une force obligatoire omniprésente en arrière-plan de ce dernier, et donc intrinsèque à l'obligation elle-même. Dès lors, existant en dehors de tout rapport obligationnel²⁰⁰⁸ ; c'est-à-dire en dehors d'un lien de droit subjectif volontaire dont les effets encadrent le comportement des parties²⁰⁰⁹, la force obligatoire apparaissait comme une « *obligation de respecter le contrat* », laquelle est bien différente d'une véritable obligation comme celle que le contrat peut par ailleurs créer²⁰¹⁰ en ce qu'elle s'impose au-delà même du cercle restreint des parties²⁰¹¹.

Pascal Ancel proposait ainsi un renouvellement de la force obligatoire emportant avec lui l'établissement induit d'une signification normative duale de l'obligation. Prenant soin de se détacher des réflexions de Guillaume Wicker²⁰¹² en distinguant l'obligation du contrat, il n'en suggérait pas moins une approche dualiste de l'obligation fondée sur l'étude de la force obligatoire située en arrière-plan du contenu obligationnel et tout spécialement de son impact sur l'effet des obligations à l'égard des tiers dans la mesure où, consacrée par l'intégration du contrat dans l'ordre juridique, elle recouvre l'ensemble des éléments qui le compose dont les obligations figurent au premier rang. Alors que la force obligatoire pouvait, quoique plus difficilement²⁰¹³, être distinguée du contenu obligationnel du contrat par l'examen des rapports instaurés entre les parties²⁰¹⁴, cette dissociation prenait tout son sens à l'aune de

²⁰⁰⁸ Il précisait ainsi, exemples à l'appui, « *que la force obligatoire ne se ramène pas à la création d'obligations* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 779.

²⁰⁰⁹ Il évoquait en l'espèce « *trois types d'effets (de ce genre) : il peut éteindre un droit, le transférer ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle* » : ANCEL P., *Ibid*, citant alors respectivement : l'effet extinctif de la remise de dette ou de la transaction, l'effet translatif du contrat de vente, ou encore l'effet constitutif de la promesse de contrat ou du contrat-cadre.

²⁰¹⁰ ANCEL P., *op. cit.*, p. 789.

²⁰¹¹ Il parvenait d'ailleurs, à travers la mise en évidence de cette fracture entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat, à rendre compte de la spécificité de la première à l'égard du second en ce qu'elle s'impose à la fois aux relations entre les parties, et aux relations extérieures aux parties du fait de la sanction de son application assurée par le juge.

²⁰¹² Il estimait en effet que l'analyse conduite par ce dernier révélait le fait qu'il demeurait « *prisonnier de l'idée largement répandue selon laquelle la force obligatoire de l'engagement contractuel se ramène à une obligation* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 790.

²⁰¹³ Pascal Ancel admettait que, dans cette configuration, « *la force obligatoire de la norme contractuelle semble se dissoudre dans les obligations qu'elle fait naître* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 794.

²⁰¹⁴ Il précisait alors que, bien que complexe, cette dissociation de la force obligatoire et du contenu obligationnel « *apparaît parfois en pleine lumière par l'effet d'un décalage avec les obligations qu'elle produit* » : ANCEL P., *Ibid*. Il évoquait en ce sens l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil afin d'envisager l'obligation de bonne foi non pas comme une composante du contenu obligationnel mais bien plutôt comme une manifestation de la force obligatoire : cf. ANCEL P., *op. cit.*, p. 796, ou encore l'illustration tirée de la question de la distinction entre la durée de la force obligatoire et celle du contenu des obligations liant les parties. Alors que celles-ci se devaient de respecter la première dès la conclusion du contrat et jusqu'à son extinction, le second ne s'exprimait pas nécessairement dès la conclusion et pouvait s'éteindre avant l'extinction du contrat : ANCEL P., *op. cit.*, p. 797 et s.

l'examen des effets de ces rapports à l'égard des tiers. Ceux-ci manifestaient en l'occurrence l'existence d'une distinction évidente entre l'effet inexistant des droits et engagements des parties envers les tiers (contenu obligationnel) et l'effet de la norme contractuelle dans son ensemble à leur encontre (force obligatoire)²⁰¹⁵. Sa réflexion conduisait donc bien à un bouleversement de l'analyse des contrats ainsi que de l'étude de l'obligation. Ainsi, en affirmant que la force obligatoire ne s'identifiait pas au contenu obligationnel, il engageait à prendre toute la mesure du fait que la première recouvrait en fin de compte « l'obligation » de respecter les engagements et la volonté exprimée dans le contrat et ce aussi bien à l'égard des parties elles-mêmes que des tiers. Le contenu obligationnel était quant à lui circonscrit au lien établi entre les parties. Cette distinction défendue par Pascal Ancel laissait alors entrevoir une signification normative duale de l'obligation partagée entre sa dimension subjective, le lien établi entre les parties par le contenu obligationnel, et sa dimension objective, l'effet des normes créées par le contrat à l'intérieur de celui-ci et au-delà en vertu de la force obligatoire dont la validité s'étend *erga omnes*²⁰¹⁶. Il est alors possible de prolonger cette dissociation afin de d'envisager le contenu subjectif et la force objective de l'obligation comme l'avant et l'envers d'une même médaille. Apparaît ainsi une signification duale de l'obligation qui devait être approfondie par les répliques doctrinales suscitées par ce séisme.

2. Un « séisme » suivi de répliques doctrinales essentielles à l'émergence de cette dualité

347.Des répliques de fortes magnitudes sur la force obligatoire et l'obligation. Qu'il s'agisse d'une distinction du rapport d'obligation et du rapport obligatoire, ou d'une dissociation du contenu obligationnel du contrat et de sa force obligatoire, l'une comme l'autre engageaient à tirer une conclusion similaire : la nécessité d'une approche dualiste de l'obligation réunissant deux dimensions, subjective et objective²⁰¹⁷. Celle-ci se manifesterait dès lors comme un lien de droit conçu par un accord de volontés unissant les parties au contrat, mais également

²⁰¹⁵ Une hypothèse dont il ne manquait d'ailleurs pas d'évoquer l'ancrage dans les réflexions doctrinales contemporaines lorsqu'il indiquait que, « *comme le remarquent certains auteurs, l'opposabilité du droit (subjectif en l'occurrence) ne fait que masquer ici l'opposabilité du contrat (...). Du reste, les auteurs qui partent de l'opposabilité des droits et des obligations sont très vite ramenés à se placer sur le terrain de l'opposabilité des actes et des contrats qui les font naître ou qui les transmettent* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 805.

²⁰¹⁶ Il affirmait effectivement, en se fondant sur une appréhension renforcée de la force obligatoire du contrat, que « *si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 807.

²⁰¹⁷ Alors que Guillaume Wicker suggérait de différencier directement au sein des obligations les effets entre les parties (rapport d'obligation) et à l'égard des tiers (rapport obligatoire), Pascal Ancel évoquait la pierre d'achoppement située entre le rapport d'obligation entre les parties (contenu obligationnel) et l'opposabilité de la norme contractuelle aux tiers (force obligatoire).

comme une norme objective fondée sur la force obligatoire qui lui procure une « enveloppe » juridique et lui confère sa force normative dont l'effet dépasserait la sphère contractuelle. Au-delà des divergences irréductibles provoquées par le décalage lié à la divergence de leur point de départ²⁰¹⁸, les conclusions auxquelles parvenaient Guillaume Wicker et Pascal Ancel laissent en effet la place à un rapprochement de leurs points de vue susceptible d'amorcer une conception dualiste de l'obligation. Non seulement tous deux invitaient à une prise en compte de deux dimensions, subjective et objective, de leur objet d'étude ; mais surtout, ils admettaient que la force obligatoire du contrat imposait une rupture entre le lien subjectif créé par l'obligation et sa force normative conférée par son intégration dans l'ordre juridique objectif²⁰¹⁹. En permettant le dépassement de l'effet relatif du contenu obligationnel du contrat, et donc du rapport d'obligation, la force obligatoire donnerait corps au rapport obligatoire²⁰²⁰ ; c'est-à-dire à la dimension normative objective de l'obligation distincte mais complémentaire de sa dimension normative subjective et indispensable à son efficacité. Une signification normative duale rendue ainsi opérante à travers l'examen des effets du contrat²⁰²¹.

Certes est-il possible d'envisager la démonstration menée par Pascal Ancel comme un appel à une distinction nette du contrat comme source de l'obligation et de son contenu entendu comme l'obligation elle-même²⁰²². Il est toutefois concevable de l'appréhender différemment en suggérant que cette dissociation conduirait au constat d'une double dimension de l'obligation eu égard à ses effets en tant que *vinculum juris* d'une part, et de norme juridique objective d'autre part²⁰²³. Ainsi la dissociation du contrat et de l'obligation renverrait-elle *in*

²⁰¹⁸ Au premier rang desquelles figure en particulier la question de la pertinence de l'assimilation de l'obligation au contrat qui l'enveloppe. Si Guillaume Wicker s'intéressait en premier lieu à l'obligation, Pascal Ancel préférerait y parvenir de manière incidente par l'étude plus générale du contrat.

²⁰¹⁹ Une fracture que l'on retrouvait d'ailleurs dans les manuels de droit des obligations selon lesquels, par son intégration dans l'ordre juridique objectif, « *le contrat crée une situation juridique dont les tiers, même s'ils ne sont pas personnellement liés par elle, ne peuvent méconnaître l'existence. Le contrat et la situation juridique sont, dit-on, opposables aux tiers en tant que faits* » : TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 1996, n° 465.

²⁰²⁰ Pascal Ancel précisait d'ailleurs que, s'il « *est entendu que le contenu de la norme contractuelle ne concerne directement que les parties elles-mêmes, et que, d'une manière générale, le droit n'habilite les contractants privés qu'à poser des normes qui créent des droits et des obligations pour eux-mêmes. Cela vaut au premier chef pour le contenu obligationnel : la norme contractuelle ne rend en principe créancier ou débiteur que les contractants (...). Mais ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde* » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 807.

²⁰²¹ Par la « *dissociation entre l'obligationnel et l'obligatoire* » : ANCEL P., *Ibid.*

²⁰²² Il affirmait en effet qu'il était à plus d'un titre indispensable « *de dissocier la source (la norme dotée de force obligatoire) et le contenu (les obligations nées du contrat)* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 809.

²⁰²³ Une lecture particulière de l'hypothèse théorique développée par Pascal Ancel que ce dernier semblait devoir admettre lorsqu'il envisageait la possibilité que le constat de cette dissociation puisse être étendue au-delà des

fine à une division interne, propre à cette dernière comme le suggérait Guillaume Wicker. Il n'aurait donc pas été question dans un cas comme dans l'autre d'une distinction de la force obligatoire du contrat et de l'obligation. Il s'agirait plutôt d'évoquer celle révélée par l'étude de la force obligatoire du contrat entre deux dimensions de l'obligation dans la mesure où les effets du contrat ne sauraient se réduire « à un jeu de droits et d'obligations entre les parties »²⁰²⁴. Ces effets renvoient également à l'incidence des obligations à l'égard des tiers alors que celles-ci s'inscrivent, de même que le contrat, dans l'ordre juridique objectif. Aussi convient-il de s'appuyer sur ces travaux pour fournir une assise théorique au dualisme de la signification normative de l'obligation générée par la prise en compte des effets variés du contrat. L'obligation présenterait à la fois une signification normative en tant que lien de droit subjectif qui, recouvert de la force obligatoire de l'acte juridique, acquiert également une signification de norme juridique objective.

Le « séisme » provoqué par ce renouvellement de la perception de la force obligatoire provoqua d'ailleurs une lame de fond, achevant de bouleverser la conception traditionnelle de l'obligation en se répercutant notamment sur l'évolution de la perception des effets du contrat. Ainsi en va-t-il par exemple de l'étude proposée par Rémy Libchaber qui questionne plus profondément l'hypothèse avancée par Pascal Ancel à partir de l'examen de ces effets. Alors que ce dernier rappelait que l'essence même du contrat résidait dans sa conception en tant qu'instrument de transition²⁰²⁵ destiné à consacrer les effets juridiques d'un accord de volontés, il précisait l'importance de l'obligation dans ce mécanisme cardinal du droit civil. Rompant avec la pensée de son prédécesseur, Rémy Libchaber affirmait ainsi que les effets du contrat dans sa conception classique devaient être mesurés à l'aune des obligations qui le composent sans être distingués de la norme contractuelle dotée de la force obligatoire. Il précisait en outre qu'ils ne pouvaient être extraits de la sphère de l'accord de volontés qui les crée²⁰²⁶ ; c'est-à-dire que la force obligatoire du contrat ne pouvait dans un sens être mesurée

frontières des terres contractuelles à l'ensemble des actes juridiques. Il se posait en effet la question de l'opportunité qu'il y aurait à étendre cette distinction « aux actes juridiques unilatéraux » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 810.

²⁰²⁴ ANCEL P., *Ibid.*

²⁰²⁵ Il affirmait effectivement que, « dans l'esprit du Code civil, le contrat n'était qu'un lieu de transition, qui permettait de passer de la volonté à l'obligation » : LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 214. Il ajoutait plus loin que « le contrat est une technique permettant d'accoucher des obligations (...) ; il n'existe que pour sortir les obligations dont il est gros » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 217.

²⁰²⁶ Il rappelait effectivement que « les effets du contrat sont entièrement logés dans la sphère de volontés qui se sont accordées. Il n'y a rien en dehors, c'est-à-dire rien qui provienne du dehors » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 218.

en dehors de son contenu obligationnel²⁰²⁷. Sans nier toutefois la distinction, il insistait sur la nécessité d'associer au sein de l'obligation le lien juridique subjectif et la norme juridique objective en s'écartant de la dissociation radicale proposée par Pascal Ancel pour se rapprocher implicitement de l'approche tentée par Guillaume Wicker. Ainsi confirmait-il, par le rapprochement de ces réflexions, la nécessité d'une approche dualiste de l'obligation et de sa signification normative. Une confirmation éclairée en outre par les transformations contemporaines du contrat en vertu desquelles il apparaissait comme un instrument juridique évolutif inscrit dans le temps²⁰²⁸ ; c'est-à-dire susceptible d'admettre la consécration d'obligations en cours d'exécution par la prise en compte de l'expression de la volonté des parties²⁰²⁹. Figée ou inscrite dans la durée, l'obligation demeurait ainsi un lien de droit intégré à l'ordre juridique objectif et doté ainsi d'une signification normative duale initialement subjective et objectivée par la force obligatoire de l'instrument juridique qui la porte.

Ces premières répliques relatives à la force obligatoire des effets du contrat et à ses incidences sur l'obligation conduisirent d'ailleurs le principal architecte de cette rénovation à reprendre la plume pour en préciser les lignes directrices. Rappelant que sa réflexion reposait sur une lecture à la lettre de l'ancien article 1134 du Code civil²⁰³⁰, Pascal Ancel précisait que son objectif avait été « *de montrer que le contrat fonctionne exactement comme la loi, en tant qu'il crée, au-delà des obligations, des normes aux contenus les plus divers, auxquelles les parties sont assujetties* »²⁰³¹. Mais en démontrant de nouveau la pertinence d'un dépassement

²⁰²⁷ Il expliquait alors que « l'erreur » commise par Pascal Ancel avait peut-être été provoquée par le fait que, « *couvrant de son ombre ce réseau serré d'obligations cohérentes, le contrat prend aisément les apparences de la vie – que l'on confond avec celles de la complexité* » alors qu'en réalité « *le contrat ne s'exécute pas (...); ce sont les obligations qui s'exécutent* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 219 et 220.

²⁰²⁸ Le macaron de la durée désormais accroché au contrat devait avoir une incidence décisive sur ses effets sans pour autant remettre en cause les obligations initiales ; c'est-à-dire la commune intention des parties.

²⁰²⁹ Il précisait en effet que le contrat « *garde le cap de la volonté, mais l'actualise selon la conjoncture* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 227. Il affirmait en outre que « *si la volonté prise en compte cesse d'être originaire, ce ne sera qu'un moindre mal si c'est encore celle des parties qui est à l'œuvre, mais actualisée* » : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 226 et 227. Aussi les effets du contrat demeuraient-ils le résultat, non pas à titre principal de la norme contractuelle, mais bien des obligations traduisant cette rencontre des volontés qui constitue l'essence même du contrat. Notons que le nouvel article 1193 dispose que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties* », alors que le nouvel article 1195, revenant sur la célèbre interdiction de la révision pour imprévision prononcée à l'occasion de la décision *Canal de Craponne* (Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*), dispose quant à lui que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* (et bouleverse donc l'économie du contrat), *celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* » avant que, à défaut d'accord des parties, celles-ci conviennent de la résolution du contrat ou d'une intervention du juge pour son adaptation.

²⁰³⁰ Il disposait alors que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (...). Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

²⁰³¹ ANCEL P., « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 163.

par l'effet normateur du contrat de la stricte création d'obligations entre les parties, il ne niait pas non plus que ces dernières participent de celui-ci. Certes, la force obligatoire du contrat ne se limitait pas à celle acquise par les obligations. Mais chacune d'elles présentait en conséquence une dimension subjective dans ses effets entre les parties et une dimension objective à travers ses effets obligatoires envers les tiers. Il concédait en outre que la force obligatoire ne pouvait induire l'intangibilité du contrat²⁰³². Ce faisant, il admettait implicitement que de la volonté des parties, et donc du contenu obligationnel, dépende en partie la force obligatoire du contrat²⁰³³, laquelle ne saurait exister sans un accord initial de volontés²⁰³⁴. Malgré la dissociation de l'une et de l'autre dans l'analyse du contrat, il paraissait donc important d'envisager leur association au sein de la notion d'obligation comme étant chacune l'avant et l'envers d'une même médaille. Inscrite dans le contrat, l'obligation se composerait par conséquent à la fois d'effets subjectifs entre les parties et d'effets objectifs envers les tiers dès qu'elles intègrent avec l'acte juridique qui les porte l'ordre juridique objectif. Il est donc permis de voir dans ces réflexions successives l'émergence d'une acception dualiste de l'obligation fondée sur la constatation de sa signification normative duale. Une hypothèse qui trouve un écho dans l'admission doctrinale d'une distinction entre l'objectif et le subjectif au sein du contrat qui constitue le contenant de l'obligation, et des effets qu'il produit à l'égard des parties ou des tiers.

348.Des répliques diffuses sur l'appréhension duale de l'obligation. Il était donc admis « *que le contrat n'est plus un monde fermé, hermétiquement clos aux influences extérieures et postérieures à sa conclusion* »²⁰³⁵, alors que la doctrine prenait conscience de la fragilité d'une conception moniste du contrat fondée sur le dogme de l'autonomie de la volonté. Les travaux précédemment évoqués confirmaient ce faisant un constat déjà posé à propos du droit positif selon lequel la sphère d'influence des effets des obligations s'étaient considérablement étendues²⁰³⁶ au fil des crises et des transformations du contrat au point de remettre en cause la

²⁰³² Ainsi affirmait-il qu'il devait être interdit « *de brandir la notion de force obligatoire, l'intangibilité, l'article 1134 comme une sorte de précepte biblique contre lequel toute solution dérogatoire serait un sacrilège* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 165.

²⁰³³ Ce que confirmerait le législateur à l'occasion de la rédaction du nouvel article 1193 du Code civil en vertu duquel « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

²⁰³⁴ Dans la mesure où ce dernier s'impose comme un préalable indispensable à son intégration dans l'ordre juridique objectif.

²⁰³⁵ THIBIERGE-GUELFUCCI C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD Civ.*, 1994, p. 275.

²⁰³⁶ Il était ainsi admis que, « *de nos jours, le contrat s'insère dans l'ordre juridique avec une sphère d'effets plus larges ; son rayonnement de force obligatoire, puissant pour les parties, soumises à la totalité de ses effets*

conception classique de la distinction des parties et des tiers²⁰³⁷ étroitement liée à celle de l'effet relatif. Il demeurerait toutefois entendu que le critère déterminant de cette distinction résidait dans l'existence d'une « *volonté d'être lié par les effets obligatoires du contrat* »²⁰³⁸ ; c'est-à-dire par ce qui avait été posé à l'aune de la rencontre de volontés exprimées au moment de la formation du contrat ou au cours de son exécution²⁰³⁹. Cependant, si toute partie était nécessairement tenue par les obligations nées du contrat, il était possible qu'un tiers puisse être également concerné par leurs effets sans y avoir consenti²⁰⁴⁰. Le cœur de la différence justifiant la distinction des parties et des tiers résidait finalement dans la nature du lien tissé entre un individu et les effets des obligations nées du contrat. Si une partie était, par principe, obligée par le contrat auquel elle avait consenti, le tiers pouvait, quant à lui, se le voir opposer ou l'opposer lui-même au comportement des parties²⁰⁴¹.

Toute la question du champ d'application des effets des obligations, et conséquemment du périmètre de la force obligatoire du contrat, dépendait donc de ces effets eux-mêmes et de leur mode d'expression : exigibilité ou opposabilité²⁰⁴². Quoi qu'il en soit, il était reconnu que l'obligation rayonnait bien au-delà de la sphère contractuelle suggérant alors une signification normative duale de l'obligation : subjective en tant que lien de droit exigible entre les parties, et objective en tant que norme de comportement intégrée à l'ordre juridique objectif et opposable à tous. Le renouvellement de l'appréhension doctrinale de la force obligatoire du

de droit, s'atténue pour les sous-contractants, concernés par un effet ponctuel, jusqu'à se transformer en un rayonnement plus diffus d'opposabilité ; ce dernier est lui-même susceptible de degrés dans la mesure où l'opposabilité est forte pour les tiers liés aux parties par un lien de droit alors qu'elle ne constitue plus que le halo d'un fait social quelconque pour les tiers étrangers aux parties » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 276.

²⁰³⁷ Voir sur ce point : GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP*, 1992.I.3628 et la réponse doctrinale de Jean-Luc Aubert : AUBERT J.-L., « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD Civ.*, 1993, p. 263 et s.

²⁰³⁸ THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 278.

²⁰³⁹ Catherine Thibierge-Gelfucci soulignait qu'il s'agissait « *là d'un apport notable de la conception élargie de partie que de n'être pas cristallisée sur le moment de la formation du contrat, mais d'admettre que la catégorie des parties, et donc des tiers au contrat, puisse évoluer après sa conclusion* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 282. Aussi la qualité de partie serait-elle réservée, en dehors des cas dans lesquels la loi peut l'attribuer, « *aux personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 788.

²⁰⁴⁰ Cela relevait d'ailleurs de la définition même du tiers au contrat considéré comme toutes « *personnes liées par les effets du contrat alors qu'elles n'y ont pas consenti* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 278.

²⁰⁴¹ Jacques Ghestin réaffirmait alors la nécessité d'une distinction simple entre les parties et les tiers au contrat dans la mesure où les parties « *sont titulaires actifs ou passifs des effets obligatoires engendrés par ce dernier, par opposition aux tiers, qui ne sont concernés que par l'opposabilité de la situation juridique née du contrat* » : GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD Civ.*, 1994, p. 777.

²⁰⁴² Celle-ci est effectivement une conséquence de la dimension objective de la force obligatoire revêtue par toute obligation incluse dans un contrat intégré à l'ordre juridique objectif. Il est d'ailleurs parfois évoqué « *l'effet complémentaire de l'opposabilité du contrat par rapport à sa force obligatoire* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 796.

contrat influait donc sur l'évaluation de la portée des effets des obligations²⁰⁴³ qu'il contient soit en matière d'application, soit en matière d'opposabilité. Aussi faut-il voir là un argument supplémentaire en faveur de la reconnaissance doctrinale de la dualité de l'obligation à la lumière de la force obligatoire dont elle est revêtue en tant qu'elle s'impose comme un élément essentiel du contrat issu de la rencontre de volontés des parties et intégré à l'ordonnement juridique. À l'instar de la loi, la force obligatoire du contrat recouvrant les obligations qui le composent était effectivement susceptible d'étendre objectivement leurs effets relatifs au-delà des parties²⁰⁴⁴ par l'intermédiaire, par exemple, du mécanisme de l'opposabilité²⁰⁴⁵. Chaque obligation pouvait être présentée alors comme une médaille à deux faces²⁰⁴⁶ impliquant une approche dualiste afin d'en saisir toutes les dimensions.

Bien que toujours attachés à l'accord de volontés des parties²⁰⁴⁷, les effets des obligations subissent l'influence de l'intégration dans l'ordre juridique objectif du contrat qui les contient. Nicolas Rontchevsky démontrait dans le même sens que l'effet de l'obligation était un concept singulier lié directement à celle-ci ainsi qu'à sa prise en compte par le droit. Conséquence de l'existence ou de l'exécution de l'obligation²⁰⁴⁸, il devait être déterminé en partie eu égard à celle-ci ; autrement dit, de manière subjective. Il affirmait toutefois que

²⁰⁴³ Catherine Thibierge-Guelfucci rappelait en l'occurrence que « *cet élargissement de la notion de partie au contrat et, consécutivement, de la portée du principe de l'effet relatif, n'est que la conséquence du fondement de la force obligatoire du contrat qui réside non (seulement) dans l'accord des volontés, mais (aussi) dans la loi* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., *op. cit.*, p. 285.

²⁰⁴⁴ Jacques Ghestin précisait d'ailleurs qu'il était essentiel de distinguer l'incidences des effets des obligations et de déterminer ainsi « *qui est obligé par le contrat et qui est seulement tenu de respecter la situation juridique qu'il fait naître* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 777. Et d'ajouter qu'il était pertinent « *de distinguer entre les parties, définies comme les personnes liées par les effets obligatoires du contrat, et les tiers qui sont seulement tenus de respecter ces effets, sans en être les sujets actifs ou passifs* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 778.

²⁰⁴⁵ Jacques Ghestin suggérait même d'admettre que la qualité de partie ou de tiers au contrat, et donc incidemment la portée des effets des obligations, puisse évoluer à partir de la formation du contrat au gré de la volonté des intéressés ou encore de la loi. Ainsi indiquait-il que, « *une fois cet ensemble de normes créé par un accord de volontés la situation contractuelle qui en est résultée puisse être ultérieurement acquise par un tiers au contrat initial, soit par l'effet de sa volonté, soit par le seul effet de la loi* » : GHESTIN J., *op. cit.*, p. 787. Et d'ajouter toutefois en référence à l'opposabilité propre au tiers que la qualité de partie au contrat « *ne pourra s'appliquer en revanche à une personne qui serait seulement en mesure de se prévaloir d'une obligation contractuelle, qu'elle lui appartienne dès la formation du contrat ou qu'elle l'ait acquise ultérieurement* ».

²⁰⁴⁶ La rédaction de l'ancien article 1165 en vertu de laquelle « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers* » ainsi que celle du nouvel article 1200 selon laquelle « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* », confirment l'une comme l'autre, par leur rattachement à la présentation des effets du contrat, la dualité des effets de l'obligation, et donc de l'obligation elle-même.

²⁰⁴⁷ Nicolas Rontchivsky précisait à ce propos qu'au regard de la théorie générale des obligations, « *le juge ne peut en principe se référer à l'effet réellement produit par une obligation que pour y découvrir, par induction, les intentions des parties au moment de la conclusion de leur accord* » : RONTCHEVSKY N., *L'effet de l'obligation*, Economica, coll. Droit Civil, 1998, p. 319.

²⁰⁴⁸ Il démontrait que « *l'effet désigne une conséquence « concrète individualisée », c'est-à-dire une conséquence produite par l'obligation en fonction des circonstances et du contexte dans lequel elle se forme et s'exécute* » : RONTCHEVSKY N., *op. cit.*, p. 326.

l'effet de l'obligation subissait également une influence objective extérieure à la volonté des parties²⁰⁴⁹. C'est par conséquent en miroir de leurs propres effets que les obligations présenteraient une dimension subjective initiale entre les parties et une dimension objective à l'égard de tous par l'acquisition d'un effet juridique²⁰⁵⁰. Une dualité fondée elle-même sur la distinction ébauchée et suggérée par Guillaume Wicker ou Pascal Ancel²⁰⁵¹. L'apport de celle-ci est en effet, et à plus d'un titre, considérable pour la prise en compte incidente d'une conception renouvelée de l'obligation à travers l'examen de ses effets²⁰⁵². Ainsi est-il possible de puiser dans leurs réflexions les racines d'une conception duale de l'obligation en tant que lien de droit subjectif doté des effets d'une norme juridique objective²⁰⁵³.

Une conception de l'obligation que la doctrine contemporaine semble désormais largement admettre comme le démontre un rapide état des lieux des manuels et traités consacrés à cette question. Certes, il en est qui entérine la distinction des effets du contrat et des effets des obligations²⁰⁵⁴. Il n'en demeure pas moins qu'ils reconnaissent pour la plupart l'existence d'une force obligatoire attachée aux obligations que le contrat comporte²⁰⁵⁵. Il convient alors d'y voir la reconnaissance de la signification normative duale de l'obligation en tant que norme objective recouvrant une relation subjective. Il s'agit, à tout le moins, d'une prise en

²⁰⁴⁹ Dès lors notamment qu'il est le « *résultat auquel une norme juridique « assigne une signification particulière, certains effets de droit en même temps qu'elle le désigne* » : RONTCHEVSKY N., *op. cit.*, p. 333.

²⁰⁵⁰ Ce dernier étant effectivement considéré comme « *une conséquence concrète, réelle ou potentielle, indirecte et extravolontaire produite par l'existence ou par l'exécution d'une obligation, et à laquelle est attaché un effet de droit* » : RONTCHEVSKY N., *op. cit.*, p. 334. Il a d'ailleurs été rappelé précédemment que ces effets étaient eux aussi de deux ordres répondant à la dualité normative de l'obligation : création d'un lien de droit subjectif entre les parties et édicition d'une norme objective de comportement.

²⁰⁵¹ La doctrine rappelle que si « *lier les parties signifie incontestablement le pouvoir de faire naître entre elles des obligations* », il faut également souligner qu'un « *certain nombre d'auteurs vont plus loin et montrent le pouvoir du contrat de créer des normes juridiques (...). Les liens créés par celui-ci ajoutent ainsi des normes à l'ordre juridique* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013, p. 49.

²⁰⁵² Ces derniers ajoutaient que « *l'article précité de M. Pascal Ancel a eu le mérite de mieux mettre en lumière une réalité qui n'était pas ignorée auparavant, mais que la place donnée à la création d'obligations conventionnelles tendait à occulter* » : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 70.

²⁰⁵³ C'est d'ailleurs ce que relevaient Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves Serinet lorsqu'ils précisait que les travaux de Pascal Ancel invitaient à admettre que « *le contrat crée des normes juridiques, dont les obligations contractuelles ne sont qu'une espèce particulière* » dotée également d'une dimension subjective en tant que *vinculum juris* : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 70 et 71.

²⁰⁵⁴ Voir par exemple dans ce sens : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *op. cit.*, p. 70 et s. ou encore : REVET Th., « *La prise d'effet du contrat* », *RDC*, 2004, n° 1, p. 29 et s. Voir également le cas particulièrement significatif des contrats-cadres : ANCEL P., « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », *RTD civ.*, 1999, p. 787 et s. Cependant : contra : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 591 et s.

²⁰⁵⁵ Et ce, dans la mesure où « *l'essentielle des normes contractuelles consiste en des obligations, autrement dit en l'engagement qui s'impose à l'un des contractants de fournir quelque chose à l'autre (voire à un tiers)* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 29. Et dans le même sens : LIBCHABER R., « *Réflexions sur les effets du contrat* », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 232 : « *le contrat est effectivement, par excellence, l'acte générateur d'obligations* ».

compte silencieuse, implicite, tellement marquée du sceau de l'évidence qu'elle en serait souvent suggérée ou admise comme un postulat. Il est d'ailleurs aisé de retrouver cette dualité à de multiples reprises dans les présentations contemporaines de la théorie générale des obligations. Ainsi en va-t-il par exemple pour Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves Serinet pour lesquels les normes juridiques issues du contrat sont de portée variable : individualisées au moment de la formation du contrat et reliant essentiellement les parties par un lien de droit subjectif fait de droits et d'engagements réciproques, ou impersonnelles durant l'exécution du contrat afin de produire des effets directement exigibles par les parties ou opposables par les tiers. Cela est également le cas pour Christian Larroumet et Sarah Bros qui, bien qu'ils tendent à assimiler les effets du contrat et les effets des obligations²⁰⁵⁶, affirment que « *le contrat (et donc les obligations qui le composent), même s'il ne lie pas les tiers, constitue un fait dont ceux-ci doivent tenir compte parce qu'il leur est opposable* »²⁰⁵⁷.

Aussi les effets des obligations présentent-ils une portée duale, réduite à la sphère des parties pour leur dimension subjective et étendue aux tiers par leur dimension objective²⁰⁵⁸. Cette dualité apparaît encore plus significativement à la lecture du manuel rédigé par François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette. Auteurs qui envisagent effectivement les effets des normes contractuelles et les effets du contrat afin de déterminer « *le rayonnement du lien contractuel* »²⁰⁵⁹ ; c'est-à-dire la portée du *vinculum juris* instauré par l'obligation²⁰⁶⁰. Ils indiquent alors sans fard que si « *le contrat ne crée, en principe, de liens d'obligation (subjectifs) qu'entre les parties contractantes* »²⁰⁶¹, ces liens ne sont pas non plus indifférents aux tiers (dimension objective). Alors qu'il était traditionnellement acquis par la doctrine civiliste que, à la différence du droit public, les obligations ne produisaient d'effets qu'entre

²⁰⁵⁶ Voir dans le même sens : MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2016, p. 397 et s., ou encore : BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15^e éd., 2016, p. 205 et s. et : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2014, p. 261 et s.

²⁰⁵⁷ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 591.

²⁰⁵⁸ De la même façon que le contrat présente un effet relatif dans sa dimension subjective et un effet opposable dans sa dimension objective, l'obligation présente cette dualité d'effet matérialisée par la distinction de l'exigibilité et de l'opposabilité ou des parties et des tiers.

²⁰⁵⁹ TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, p. 541.

²⁰⁶⁰ Leur postulat de départ pour appréhender les effets du contrat repose effectivement sur le constat selon lequel « *le contrat crée un véritable lien entre les parties* » qui constitue « *le « cœur » des effets du contrat* » à partir duquel il convient d'observer son rayonnement au-delà de la sphère des parties : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 483.

²⁰⁶¹ TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 542.

les parties en vertu du principe d'autonomie de la volonté²⁰⁶², il apparaît aujourd'hui qu'elles présentent une signification normative duale consacrée par le renouvellement de leur appréhension doctrinale.

B. Une dualité consacrée par le renouvellement doctrinal de l'obligation

349. Une dualité éclairée par une appréhension partagée entre l'objectif et le subjectif. Il s'agit au préalable de rendre compte des réflexions conduites par Robert-Joseph Pothier puis de celles menées plus d'un siècle plus tard par Eugène Gaudemet afin de dresser un état des lieux des réflexions originelles en la matière. Le *Traité des obligations* élaboré par le premier s'impose d'ailleurs comme une œuvre incontournable pour la compréhension de l'évolution de la notion d'obligation en droit civil, et cela pas uniquement parce qu'il fut l'un des principaux inspirateurs du Code Napoléon²⁰⁶³. Or dès l'article préliminaire de cet ouvrage, Robert-Joseph Pothier soulignait la dualité de signification de l'obligation : prise au sens large comme un devoir, et au sens strict comme un engagement personnel²⁰⁶⁴. S'il est possible d'y déceler les prémices d'une signification normative duale correspondante, de tels espoirs sont bien vite éteints dès lors qu'il demeurerait exclusivement attentif à son acception restreinte à un *vinculum juris*, fermant immédiatement la porte à une dimension objective de l'obligation et préférant une appréhension de sa dimension subjective²⁰⁶⁵. Eugène Gaudemet s'inscrivait plus tard dans le sillon tracé par son prédécesseur. Construite par opposition au droit réel,

²⁰⁶² François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette rappellent d'ailleurs qu'en « *droit public, l'acte juridique émanant de la volonté d'un ou de quelques individus a, en général, effet à l'égard d'un plus grand nombre, car ceux qui agissent le font en vertu d'un pouvoir réglementaire de commandement (...). En droit privé, où les considérations individualistes l'emportent, le contrat n'a en principe d'effets qu'à l'égard des individus qui l'ont voulu, car des volontés particulières ne peuvent commander à d'autres volontés particulières* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 541.

²⁰⁶³ Préfaçant la réédition aux éditions Dalloz de ce traité, Jean-Louis Halpérin rappelle qu'il avait exercé une influence considérable « *sur la rédaction des articles 1101 à 1386 du Code Napoléon* » à partir de sa première publication en 1761, augmentée en 1764 : préface de Jean-Louis Halpérin à : POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, Thomine et Fortic, 1821, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. I. Et d'ajouter que, « *dans ce domaine, tout paraît concourir à faire de Pothier, sinon le « père » du Code civil, du moins son inspirateur direct* ».

²⁰⁶⁴ Il affirmait en effet que « *le terme d'obligation a deux significations. Dans une acception étendue, lato sensu, il est synonyme au terme de devoir (...). Le terme d'obligation, dans un sens plus propre et moins étendue, ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés le droit d'en exiger de nous l'accomplissement* » : POTHIER R.-J., *op. cit.*, p. 2.

²⁰⁶⁵ Une restriction qu'il est d'ailleurs possible de retrouver dans le cadre du traitement des effets des obligations limitée par principe aux effets entre les parties : POTHIER R.-J., *op. cit.*, p. 61 et s. Qu'il s'agisse alors successivement des obligations de la part du débiteur de donner, de faire ou de ne pas faire, puis des effets de l'obligation par rapport au créancier et enfin des dommages et intérêts résultants d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de l'obligation.

l'obligation apparaissait alors à travers l'étude du droit personnel²⁰⁶⁶ dans la mesure où celui-ci était le seul à reposer sur un rapport juridique ; en d'autres termes, comme le fruit d'une relation juridique subjective²⁰⁶⁷ unissant un individu à un autre. Aussi cette conception de l'obligation imposait-elle l'exclusion d'une dimension objective dès lors que, à la différence du droit réel opposable à tous, elle ne saurait avoir d'effets en dehors du rapport juridique subjectif qu'elle instaure en vertu du principe de l'effet relatif de la volonté exprimée.

Cette conception classique du contrat et de l'obligation²⁰⁶⁸ renvoyait en effet à une dimension exclusivement subjective de la seconde, entendue comme le résultat d'un accord de volontés par lequel plusieurs individus décidaient de se lier juridiquement sans égard pour les tiers étrangers à leurs affaires. Elle devait cependant subir les conséquences de la crise de la conception individualiste et libérale du contrat, dont celle liée à la remise en cause de la domination du dogme de l'autonomie de la volonté par la prise en compte du social²⁰⁶⁹. L'obligation s'émancipait alors de son carcan sous l'effet d'un solidarisme en vertu duquel « nous sommes pris dans un réseau d'obligations dont nous n'avons pas le droit de nous affranchir »²⁰⁷⁰ dès lors qu'il est également garanti par l'ordre juridique objectif. C'est donc aussi à la promotion des théories normativistes qu'il convient d'attribuer une part de l'évolution de l'appréhension moniste de l'obligation vers son analyse dualiste. Outre le fait

²⁰⁶⁶ Il affirmait que « l'obligation n'est pas autre chose que le droit personnel considéré au point de vue passif : c'est « un lien de droit par lequel une personne est tenue envers une autre d'une prestation, d'un fait ou d'une abstention » » : GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 9.

²⁰⁶⁷ « Le droit personnel (précisait-il) est donc le droit d'exiger d'une personne déterminée une prestation, un fait ou une abstention » : GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁶⁸ Conséquence de cette appréciation de l'obligation, Eugène Gaudemet rappelait en outre que les rapports d'obligation et les règles qui les encadrent étaient nécessairement les plus préservés des évolutions sociales et des transformations sociétales. Il s'agissait alors de rendre compte, sous un autre angle, de l'absence de dimension objective de cette dernière. Aussi affirmait-il qu'il « semble que les changements politiques et moraux puissent difficilement agir sur le droit des obligations » : GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 10.

²⁰⁶⁹ Alors que François Gény rappelait encore à la fin du XVIII^e siècle que « dans le vaste domaine des actes juridiques, règne, en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un libre champ à la détermination des droits et à la modification de leur contenu » (GÉNY Fr., *Méthodologie d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Chevalier-Marescq & Cie, 1899, p. 169 et 170), Émile Durkheim affirmait dans le même tant que « même là où la société repose le plus complètement sur la division du travail, elle ne se résout pas en une poussière d'atomes juxtaposés, entre lesquels il ne peut s'établir que des contacts extérieurs et passagers. Mais les membres en sont unis par des liens qui s'étendent bien au-delà des moments si courts où l'échange s'accomplit. Chacune des fonctions qu'ils exercent est, d'une manière constante, dépendante des autres et forme avec elles un système solidaire » : DURKHEIM É., *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 1986, p. 207. Une solidarité affirmée également par Jacques Donzelot selon lequel « plus profonde que le contrat libre entre les individus, est... la solidarité organique de la société » : DONZELOT J., *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard 1984, rééd. Points-Seuil, 1994, p. 81.

²⁰⁷⁰ DURKHEIM É., *op. cit.*, p. 207.

qu'elles aient pu profiter de l'empreinte solidariste²⁰⁷¹, elles engageaient effectivement à ne pas couper l'obligation subjective de l'ordre juridique objectif dans lequel elle s'inscrit pour y acquérir une force obligatoire. La transformation de l'appréhension de la signification normative de l'obligation devait d'ailleurs être étayée par la distinction du régime des effets du contrat partagé entre l'effet relatif et l'opposabilité, et par la démarcation correspondante instaurée entre les parties et les tiers à partir de l'extension du rayonnement des obligations. Les travaux de Guillaume Wicker et Pascal Ancel²⁰⁷² devaient finalement confirmer que l'obligation présentait une dimension subjective qui correspond au contenu de l'acte qui les contient et une dimension objective dès lors qu'il est recouvert de la force obligatoire. Une évolution dont l'aboutissement se situe dans la prise en compte contemporaine d'une signification normative duale de l'obligation magnifiée par Grégoire Forest. Ainsi est-il possible d'affirmer que les réflexions doctrinales ont contribué à déceler vers la fin du XX^e siècle l'existence d'une ambivalence latente de la signification normative de l'obligation à travers la dualité affirmée des actes juridiques (1), et à la consacrer indépendamment de celle-ci au début du XXI^e siècle (2).

1. Une ambivalence latente au sein de la dualité des actes juridiques

350. La prise en compte tardive de la dualité objective et subjective de l'acte juridique. Bien que remise en cause par la doctrine²⁰⁷³, l'influence originelle ayant inspiré la codification de 1804 était étroitement liée au dogme de l'autonomie de la volonté et à l'idéologie individualiste et libérale qui le sous-tend. Présente ou non dans les considérations des rédacteurs du Code civil et de la doctrine, l'autonomie de la volonté marquait, quoi qu'il en fut, les débuts de l'appréhension « moderne » de la notion d'obligation en tant que lien de droit subjectif exclusivement envisagé à l'aune de ses effets à l'égard des parties au contrat.

²⁰⁷¹ Il est effectivement possible de rapprocher les théoriciens normativistes favorables à l'existence d'un ordre juridique objectif encadrant les comportements individuels, dont l'un des précurseurs pourrait d'ailleurs être Maurice Hauriou et sa théorie de l'Institution, à la doctrine du solidarisme dont il se rapprochait également. René Demogue démontrait d'ailleurs que la liberté totale n'était pas possible, et peut-être pas souhaitable, dès lors que « *l'ordre social importe beaucoup plus* » et impose un cadre objectif à cette même liberté : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, Rousseau & Cie, t. 1, 1923, n° 5.

²⁰⁷² Essentiels à la promotion de la dualité de la fonction normative de l'obligation à travers la distinction du rapport d'obligation et du rapport obligatoire pour l'un, et de celle du contenu obligationnel et de la force obligatoire du contrat pour l'autre.

²⁰⁷³ Voir notamment : BÜRGE A., « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD Civ.*, 2000, p. 1 et s. Il affirmait notamment que l'autonomie de la volonté n'était pas issue directement du Code civil dont la philosophie libérale était en fin de compte le résultat « *de son interprétation scientifique et idéaliste* » avant d'indiquer que « *c'est en définitive aux efforts multiples de la doctrine du XIX^e siècle que les juristes français doivent aujourd'hui leur perception du code civil comme expression de la société libérale* » : BÜRGE A., *op. cit.*, p. 1.

Idéologique ou pragmatique, ce dogme transparait ne serait-ce que partiellement de l'analyse des dispositions du Code Napoléon. Ainsi la rédaction de l'ancien article 1134 faisait-elle de la convention la loi des parties²⁰⁷⁴, imposant l'expression de leur volonté comme un élément cardinal du régime des contrats, renforcée en tant que tel par la lecture doctrinale postérieure. Marquée par la reprise de la philosophie des Lumières, celle-ci déterminait les effets du contrat à en fonction des conséquences de la rencontre des volontés : force obligatoire du contrat légalement formé entre les parties, effet relatif du contrat limité aux relations entre les parties²⁰⁷⁵. Malgré les incertitudes initiales en la matière, l'autonomie de la volonté conduisait donc à reconnaître « *une toute puissance à la volonté individuelle qui constitue le siège unique de la force contractuelle* »²⁰⁷⁶ entre les parties et, en même temps, la seule limite à ses effets²⁰⁷⁷. Composante essentielle du contrat et du lien de droit unissant les parties du fait de leur propre volonté, l'obligation était par conséquent réduite à une dimension subjective. Une acception restrictive conforme à la conception classique du contrat et au courant idéologique libéral dominant la doctrine tout au long du XIX^e siècle.

Il était en effet considéré que « *l'individu, qui n'est qu'exceptionnellement tenu contre son gré, peut s'obliger comme il l'entend* »²⁰⁷⁸ envers un autre individu par l'intermédiaire d'un lien de droit subjectif. Ainsi Eugène Gaudemet maintenait-il par exemple l'acception classique de l'obligation défendue par Robert-Joseph Pothier en vertu de laquelle elle s'imposait toujours comme un lien de droit entre deux personnes distinctes tenues l'une envers l'autre d'une prestation ou d'une abstention²⁰⁷⁹. Qu'il s'agisse de l'étude de leurs sources ou de leurs effets, les obligations présentaient toujours une dimension principalement,

²⁰⁷⁴ Il disposait en effet que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

²⁰⁷⁵ Dès lors érigée en dogme par la doctrine, l'autonomie de la volonté expliquait parfaitement cette limitation des effets du contrat aux parties. Il s'agissait en effet de garantir que « *la volonté des uns ne saurait entraver la liberté des autres. Si chaque homme est le meilleur juge de ses intérêts, il ne l'est pas de ceux d'autrui* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 34. Catherine Guelfucci-Thibierge rappelait en outre « *que si la volonté des parties peut créer des obligations entre elles, elle ne peut en créer vis-à-vis de tiers, par hypothèse étrangers à cette volonté* » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD Civ.*, 1994, p. 275.

²⁰⁷⁶ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15^e éd., 2016, p. 40.

²⁰⁷⁷ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck résumait ainsi la situation en précisant qu'en vertu du dogme de l'autonomie de la volonté, celle-ci « *serait la source et la mesure des droits subjectifs* » : MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2016, p. 251.

²⁰⁷⁸ CHABAS Fr., *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 22.

²⁰⁷⁹ Malgré l'évolution de l'objet de l'obligation, un droit direct sur la personne devenu progressivement un droit de valeur patrimoniale, elle demeurerait envisagée comme un lien de droit. Eugène Gaudemet rappelait en effet que cette transformation « *ne veut pas dire que l'obligation cesse d'être un rapport entre personnes ; mais simplement que l'individualité de ces personnes est désormais indifférente pour l'existence du rapport* » : GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 13.

voire exclusivement, subjective. Alors que le contrat comme le délit faisaient naître l'obligation entre deux personnes par l'expression de leurs volontés ou le dommage causé à autrui, seule la loi semblait *a priori* laisser la place à une dimension objective demeurant toujours résiduelle²⁰⁸⁰. Concernant leurs effets, Eugène Gaudemet considérait de manière générale que « *l'effet essentiel de l'obligation est d'engendrer un droit à l'exécution, sanctionné par le droit de contraindre à exécuter* »²⁰⁸¹ détenu à l'égard d'un autre individu. Malgré cette inscription dans la droite ligne de la conception classique, il convient de noter un léger frémissement chez ce dernier laissant supposer qu'il serait envisageable²⁰⁸² d'appréhender une dimension objective du contrat. Rappelant le principe de son effet relatif énoncé à l'ancien article 1165 du Code civil, il réaffirmait sa dimension subjective restreinte aux parties selon l'ancien article 1134 qui fondait encore l'analyse moniste du contrat. Mais il démontrait également l'existence de certaines hypothèses dans lesquelles ces effets dépasseraient la sphère contractuelle pour concerner des tiers à la relation.

Il était d'ailleurs possible de déceler, dans le texte lui-même, la référence à une dimension objective du contrat dès lors qu'il produisait des effets identiques à la loi sous réserve d'être « *légalement formé* »²⁰⁸³. Cependant, il ne s'agissait encore que d'une micro fissure qui mettrait plus d'un siècle avant d'être envisagée à l'aune des théories normativistes et de l'influence grandissante du solidarisme. Celles-ci conduiraient alors à une crise du contrat, perceptible dès la fin des années 1960²⁰⁸⁴, fondée en partie sur une rupture avec le volontarisme comme seul horizon contractuel. Par un renouvellement doctrinal de l'interprétation de l'ancien article 1134²⁰⁸⁵, la loi se substituait en partie à la volonté en tant que fondement de la force obligatoire du contrat et des obligations qu'il contenait comme cela

²⁰⁸⁰ Eugène Gaudemet n'y consacrait qu'une page rappelant que dans ce cas l'obligation résultait non pas d'un individu mais de considérations liées à l'équité : GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 344. Il reconnaissait alors leur dimension singulière sans pour autant préciser explicitement sa nature objective.

²⁰⁸¹ GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 346.

²⁰⁸² Par la prise en compte des incidences de l'émergence du courant solidariste, alors qu'il précisait par exemple « *que notre droit moderne, et surtout la jurisprudence, sont pénétrés de plus en plus de facteurs moraux et sociaux* » : GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁸³ L'ancien article 1134 du Code civil admettait en effet une force normative équivalente entre la loi et le contrat qu'en tant que la convention soit « *légalement formée* » ; c'est-à-dire conforme aux prescriptions de l'ordre juridique objectif et de la loi.

²⁰⁸⁴ Citons notamment : BATTIFOL H., « La « crise du contrat » et sa portée », *APD* t. 13, 1968, p. 13 et s., ainsi que : VASSEUR M., « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD Civ.*, 1964, p. 1 et s.

²⁰⁸⁵ Éclairé par la théorie normativiste et le solidarisme, Christophe Jamin soulignait par exemple que « *la loi ne l'emporte que parce qu'elle est l'expression du social, et celui-ci n'autorise pas l'arbitraire si l'on veut que cette loi conjure le risque d'anomie et soit un facteur de progrès* » : JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 10.

avait dû être initialement envisagé par les rédacteurs du Code civil. Il s'agissait donc de revenir à une conception duale du contrat partagée entre une dimension subjective liée à l'expression d'une volonté individuelle et une dimension objective liée à son intégration dans l'ordre juridique. Une telle évolution de l'interprétation doctrinale du droit positif engendrait alors des conséquences en résultant notamment d'une prise en compte de l'ancien article 1165²⁰⁸⁶ en lien avec la jurisprudence²⁰⁸⁷ et la doctrine, selon lesquelles la situation juridique née du contrat était opposable aux tiers qui pouvaient s'en prévaloir à l'encontre des parties²⁰⁸⁸. Quoique toujours étrangers à la sphère contractuelle, l'admission d'une opposabilité des effets du contrat aux tiers ou par les tiers manifestait l'existence d'une seconde dimension du contrat²⁰⁸⁹ : une dimension objective en vertu de laquelle, ayant intégré l'ordre juridique, il présenterait des effets juridiques à la fois *inter partes* et *erga omnes*²⁰⁹⁰. L'opposabilité s'imposait alors comme une conséquence de la force obligatoire²⁰⁹¹ laissant supposer que la seule dimension subjective du contrat ne saurait suffire à l'appréhender justement.

Il convient alors d'aborder la contribution apportée par Jean Hauser à la théorie générale de l'acte juridique afin de révéler les rapports du subjectif et de l'objectif qui s'y nouent. Rejetant les positions classiques, l'auteur refusait d'adopter une posture inverse niant tout volontarisme dans l'acte juridique pour l'inscrire dans une dimension exclusivement

²⁰⁸⁶ En vertu duquel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers* ».

²⁰⁸⁷ La 3^e chambre civile de la Cour de cassation reconnaissait par exemple que « *si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent rechercher, dans des actes étrangers à l'une des parties en cause, des renseignements de nature à éclairer leurs décisions, ni ne puissent considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations d'un contrat* » : Cass. civ., 3^e, 21 mars 1972, *Bull. civ.* III, p. 137. Une solution qui remontait d'ailleurs bien plus loin puisque, dès 1931, le juge du Quai de l'Horloge considérait déjà que « *si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat* » : Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1931, *DH*, 1931, p. 506.

²⁰⁸⁸ Voir par exemple : BERTRAND F., *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse dact., Paris II, 1979 et DUCLOS J., *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984.

²⁰⁸⁹ José Duclos précisait d'ailleurs que cette opposabilité « *ne se confond pas avec l'effet obligatoire de l'acte : le tiers reste étranger à l'efficacité directe du contrat dont l'influence, en raison du principe de relativité, est limitée aux seules parties* » : DUCLOS J., *op. cit.*, p. 68.

²⁰⁹⁰ Bien que tardive, la prise en compte duale du contrat et ses conséquences se faisait de plus en plus pressante à travers la distinction des parties et des tiers, et surtout des effets liés à la force obligatoire et à leur opposabilité. Une distinction qui ne devait d'ailleurs plus être ignorée par la doctrine. Ainsi est-il par exemple rappelé que « *la distinction entre l'effet obligatoire du contrat, limité aux parties, et la situation juridique née du contrat, opposable aux tiers, n'est est pas moins bien assise, au moins dans son principe* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 547.

²⁰⁹¹ Il était admis que, « *à défaut d'opposabilité, le contrat risquerait d'être privé d'efficacité puisque les tiers pourraient impunément méconnaître la situation juridique qui en est issue* » alors que « *l'opposabilité ne saurait faire produire à celui-ci plus que ses effets* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 547 et 548.

objective²⁰⁹². L'originalité de sa démarche résidait alors dans la vision médiane qu'il retenait, en vertu de laquelle il se demandait « *si la vérité n'est pas entre un subjectivisme et un objectivisme également absolus et également intenables* »²⁰⁹³. La volonté n'ayant aucune existence juridique par nature, il affirmait que la dimension subjective de tout acte juridique impliquait nécessairement une dimension objective susceptible de lui conférer un effet concret en droit. Alors qu'il rappelait que la doctrine avait maintenu jusque-là une conception de l'acte juridique marquée par l'opposition du subjectif et de l'objectif²⁰⁹⁴, il en critiquait les fondements afin d'en combler les lacunes par une proposition de renouvellement fondée sur une analyse dialectique de ses composantes²⁰⁹⁵. Il retenait donc une convergence déjà relevée entre un « *subjectivisme capricieux* » et un « *objectivisme arbitraire* »²⁰⁹⁶ au sein des actes juridiques. Jean Hauser incitait par conséquent la doctrine civiliste à prendre conscience de la dualité latente du subjectif et de l'objectif dans l'acte juridique²⁰⁹⁷ ; c'est-à-dire des rapports

²⁰⁹² Pierre Raynaud indiquait en effet, pour caractériser la démarche de Jean Hauser, qu'à la suite de « *la constatation de l'ampleur souvent décrite de la « crise du contrat », de l'effacement de la liberté contractuelle et de l'érosion de la force obligatoire de la volonté, d'aucuns ont été tenté par les positions entièrement antinomiques à celles de la théorie classique pour arriver jusqu'à la négation totale de l'élément volontaire dans l'acte juridique et pour ne voir en lui qu'une norme qu'ils présentent comme une pièce d'une conception objective du droit et des droits ou comme une pierre de la pyramide Kelsenienne* » : préface de Pierre Raynaud à : HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. I.

²⁰⁹³ HAUSER J., *op. cit.*, p. II.

²⁰⁹⁴ Ainsi évoquait-il par exemple la tendance de la doctrine du début du XXe siècle à ne pas envisager de théorie générale de l'acte juridique dans la mesure où était érigée une cloison étanche entre « *contractuel et subjectif ou non contractuel et objectif* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 14. Et d'ajouter alors que « *les diverses pénétrations de l'élément objectif dans le mécanisme précis (...) de l'acte subjectif classique sont trop souvent apparues sous un jour négatif comme autant de violations de la substance même de l'acte* ».

²⁰⁹⁵ Il s'appuyait pour ce faire sur une tendance doctrinale nouvelle « *surmontant l'antinomie (...) du subjectivisme et de l'objectivisme dans la théorie générale de l'acte juridique* » ayant conduit « *à s'interroger sur le rôle et la combinaison éventuelle des deux tendances dans l'analyse du concept* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 15. Il citait alors notamment la contribution apportée par Pierre Hébraud : HÉBRAUD P., « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 419 et s. Jean Hauser utilisait pour ce faire un argument de droit comparé tiré de la confrontation du droit français, subjectiviste, et du droit allemand, réputé objectif (Il affirmait, en référence aux travaux conduits par Alfred Rieg, que « *la tentative nous intéresse par plus d'un seul côté mais surtout en ce que la comparaison d'un droit à tendance traditionnellement subjective avec un droit réputé, de ce point de vue, objectif risque d'être riche d'enseignement pour le sujet qui nous occupe* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 47) afin de faciliter la mise en lumière des insuffisances de l'approche française au regard de la non prise en compte de la dimension objective des actes juridiques.

²⁰⁹⁶ RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 19, 1961, p. 526.

²⁰⁹⁷ Il saluait en cela la démarche empruntée par Gérard Farjat à propos de l'ordre public économique et de son incidence sur les transformations incidentes de l'ère de l'autonomie de la volonté. Il précisait d'ailleurs que « *le mérite essentiel de la doctrine moderne c'est d'avoir ramené le phénomène (de la domination de l'autonomie de la volonté) à de plus justes proportions, de l'avoir réintégré dans le cercle juridique en en faisant un objet d'analyse au même titre que la liberté contractuelle* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 48. Et d'ajouter que « *si l'on replace la législation impérative dans le domaine plus large des structures objectives qui constituent le milieu contraignant dans lequel s'exerce l'action de la volonté on s'aperçoit que si elle occupe une place assez large parmi ces structures objectives elle n'y est point seule et qu'avant son apparition l'action de l'homme a toujours connu des limites objectives de type parfois plus contraignante que les limites contenues dans une norme légale* ».

qui s'y nouent « *entre le pouvoir de l'homme et le droit objectif* »²⁰⁹⁸ à l'instar de ce que proposait par exemple Georges Rouhette²⁰⁹⁹.

351. Le constat contemporain de la dualité objective et subjective de l'acte juridique.

Reprenant la définition classique de l'acte juridique envisagé comme « *l'acte qui suppose une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droit* »²¹⁰⁰, Jean Hauser démontrait la lacune principale de la conception classique résidant dans la négation de l'importance du droit objectif dans l'acquisition, par une manifestation de volonté, d'un effet de droit. C'est pourtant dans cette articulation que devait se trouver selon lui le point de convergence essentiel entre le subjectif et l'objectif dans l'acte juridique²¹⁰¹. Aussi en proposait-il une esquisse à travers l'analyse de sa structure, et tout particulièrement des éléments statiques d'interaction de la volonté et de l'objectif d'un côté et de la combinaison dynamique du subjectivisme et de l'objectivisme de l'autre. Les premiers lui paraissaient indispensables dans la mesure où la dimension objective constituerait le « *manteau juridique* »²¹⁰² des faits, telle que l'expression d'une volonté dépassant alors l'opposition de l'objectif et du subjectif²¹⁰³ pour lui substituer une relation organisée dédiée à la production d'effets juridiques obligatoires par une manifestation de volonté²¹⁰⁴. Concernant la seconde, il affirmait que les effets de tout acte juridique étaient toujours conditionnés par l'équilibre

²⁰⁹⁸ HAUSER J., *Ibid.*

²⁰⁹⁹ Cf. pour une illustration concernant le contrat : ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dact., Paris, 1965.

²¹⁰⁰ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. 66, citant pour sa part l'ouvrage de Gabriel Marty et Pierre Raynaud : MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil*, t. 1, 1956, p. 253.

²¹⁰¹ Il rappelait que Jacques Martin de la Moutte avait pu proposer déjà une présentation de cette articulation en vertu de laquelle « *ce lien n'implique pas le pouvoir pour la volonté de déterminer le contenu des effets de droit qu'elle produit, au contraire de la théorie objective, mais seulement le pouvoir exclusif de les produire* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 67. Leur acception traditionnelle demeurerait cependant dominée par la dimension subjective sans rendre compte par conséquent de la complexité croissante que le droit moderne semblait leur attribuer. Il affirmait effectivement que, « *en remplaçant l'acte juridique près de l'homme et l'homme dans son milieu, en animant l'ensemble dans l'évolution du temps qui constitue son sens on aboutit à une irréductible et rassurante complexité qui emporte toutes les systématisations abusives quand on s'en tient à la théorie générale : l'acte est inséparable de ses effets de droit, le droit de l'obligation qu'il fait naître dans les actes générateurs d'obligations, la volonté est inséparable du milieu dans lequel elle s'exerce, le milieu objectif n'a d'existence qu'à travers l'appréciation subjective que l'auteur en fait* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 70.

²¹⁰² HAUSER J., *op. cit.*, p. 83. Il précisait en outre que cette dimension objective « *ne jette point la volonté en servitude mais s'y combine étroitement de même qu'elle se combine au fait brut l'ensemble recherchant l'équilibre par interaction* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 85.

²¹⁰³ Il rappelait que cette relation interne à tout acte juridique avait été envisagée sous l'angle de « *rappports d'opposition en plaçant l'élément objectif hors de la structure même de l'acte juridique dans son rôle négatif de limite à l'action de la volonté, sans insister sur son rôle positif de pourvoyeur et d'organisateur de structures permettant l'action de cette volonté* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 133.

²¹⁰⁴ Il démontrait en effet « *l'importance de ce rôle positif du droit objectif en ce qu'il consiste à fournir à la volonté tout ce qui lui permettra d'agir sur le milieu objectif* » : HAUSER J., *Ibid.*

atteint en son sein entre sa dimension objective et sa dimension subjective²¹⁰⁵. Ainsi parvenait-il à convaincre de la dualité de l'acte juridique pour en conclure que si « *les classiques avaient raison, l'acte pur est subjectif, la volonté s'exerce sans limites mais aussi sans portée* », elle ne peut en acquérir que par l'intervention du droit objectif « *car l'acte juridique est basé sur la volonté d'un résultat qui s'insère dans le temps et exige pour son existence cette dualité* »²¹⁰⁶.

Il s'appuyait pour ce faire sur les observations effectuées auparavant par Pierre Hébraud²¹⁰⁷. Celui-ci s'était effectivement engagé sur le chemin de la démonstration d'une telle dualité à travers notamment l'exemple du droit international privé. Comme Jean Hauser après lui, il s'intéressait tout spécialement à la cause du contrat en tant qu'élément déterminant à partir duquel il était concevable de saisir l'articulation du subjectif et de l'objectif dans l'acte juridique. C'était en l'occurrence à partir de son observation que pouvait être dressé le constat de sa dualité²¹⁰⁸, et par la suite de l'obligation qu'il produit. La cause aurait donc suscité cette tendance de la doctrine contemporaine à rechercher « *la conciliation théorique entre les points de vue subjectif et objectif* »²¹⁰⁹ dans l'analyse de l'acte juridique. Partant de là, il apportait sa pierre à l'édifice théorique qui trouverait peu à peu sa concrétisation à l'issue des réflexions de la doctrine. Une fois admis que la cause constituait la clef de voûte de l'association de l'objectif et du subjectif dans l'acte juridique au moment de sa formation, il tachait de dresser un constat similaire au stade de son exécution. Il focalisait pour ce faire toute son attention sur la question de ses effets. Or ceux-ci ne pouvaient selon lui s'épuiser dans le lien de droit subjectif unissant les parties et devaient nécessairement asseoir leur force obligatoire au moyen d'une reconnaissance par l'ordre juridique objectif jusqu'à acquérir un rayonnement dépassant les frontières initiales de l'acte²¹¹⁰ et sans laquelle l'acte juridique demeurerait muet. C'est d'ailleurs sur ce terrain que la dualité de l'acte juridique trouvait

²¹⁰⁵ Ainsi insistait-il « *sur le rôle de cette synthèse dynamique dans la détermination du champ d'application de l'acte juridique selon les personnes* » : HAUSER J., *op. cit.*, p. 285.

²¹⁰⁶ HAUSER J., *op. cit.*, p. 324.

²¹⁰⁷ Lequel souhaitait « *esquisser ici quelques observations sur un point particulier, les rapports entre la volonté, facteur subjectif caractéristique et déterminant, et les éléments extérieurs qui forment le milieu dans lequel elle se développe et avec lesquels elle se combine* » : HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 420 et 421.

²¹⁰⁸ Il démontrait notamment que « *lorsque que Capitant fait résider la cause dans le but poursuivi par le contractant (dimension subjective de l'acte), on ne saurait oublier que l'idée de ce but à atteindre est suscitée par l'existence d'une situation objective qu'il s'agit de modifier* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 446.

²¹⁰⁹ HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 446 et 447.

²¹¹⁰ Pierre Hébraud rappelait que « *c'est surtout par sa contribution au rayonnement extérieur du contrat que ce mouvement d'objectivation a attiré l'attention. S'il ne crée de liens obligatoires que dans le cercle des parties (...), son existence et ses conséquences ont la valeur d'un fait, d'une réalité que nul ne peut méconnaître, et qui devient ainsi opposable aux tiers* » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 452.

finalement son expression la plus nette dans la mesure où, à partir de la manifestation subjective de volonté, « *le rôle des facteurs objectifs trouve dans l'extension du domaine du contrat un terrain propice à sa mise en lumière* »²¹¹¹.

Les graines du constat contemporain d'une signification normative duale de l'obligation étaient donc plantées dès les années 1960-1970 à partir de la démonstration de la dualité objective et subjective présente dans tout acte juridique. Il ne restait plus qu'à en récolter les fruits par un approfondissement de la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité des actes juridiques, notamment des contrats, et des obligations qui les composent. Alors que le premier résulte expressément de l'accord de volontés des parties et traduit une dimension subjective indiscutable et originelle, la seconde découle quant à elle de la reconnaissance indispensable par l'ordre juridique objectif de l'existence de ces effets au point de s'imposer également aux tiers. Ainsi l'admission de la dualité des effets de l'acte juridique conduit-elle au constat de sa propre dualité et suggère celle de l'obligation elle-même en ce qu'elle en constitue le contenu essentiel. Une distinction de effets d'ailleurs affirmée par la doctrine bien avant sa consécration par la réforme du droit des obligations de 2016 et le projet de réforme en cours du droit de la responsabilité²¹¹². Le *Cours de droit civil* de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet engage par exemple à dresser un tel constat à partir de la présentation qu'il propose des effets du contrat. L'étude de la « loi contractuelle » conduit effectivement les auteurs à rendre compte de ses deux versants : une norme juridique déterminée par les parties et une norme juridique enrichie par sa validation par le droit objectif²¹¹³. Deux versants parfaitement complémentaires qui présentent un champ d'application différent : une norme juridique constituant la loi des parties et une norme juridique opposable aux tiers en tant que fait juridique consacré par l'ordre juridique objectif. Aussi la dualité de l'acte juridique se retrouve-t-elle dans le contenu même de celui-ci : à savoir l'obligation. Il est d'ailleurs admis de longue date que si le contrat, acte juridique, et l'obligation constituent deux éléments

²¹¹¹ HÉBRAUD P., *Ibid.*

²¹¹² Alors que les nouveaux articles 1199 et 1200 du Code civil inscrivent dans le marbre la distinction de l'effet relatif et de l'opposabilité du contrat, le projet d'article 1234 du Code civil ouvre la voie à son renforcement en termes de responsabilité, dans la mesure où il autorise sous conditions l'engagement par un tiers de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle d'une partie en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'une obligation : voir : Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

²¹¹³ Ils précisent effectivement que si « *la loi contractuelle est déterminée par les parties, (...) l'évolution de l'interprétation et, plus généralement, du droit, est allée dans le sens d'une extension de la loi contractuelle à d'autres sources, pouvant être complètement extérieures à l'intention des parties* » et à une application également étendue au-delà des relations entre les parties : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2014, p. 265.

juridiques différents, ils n'en demeurent pas moins liés l'un à l'autre en ce que le premier est la source du second. Il serait donc logique de retrouver dans l'obligation les caractéristiques principales de l'acte juridique parmi lesquelles figure en bonne place cette dualité inhérente à l'association indispensable du subjectif et de l'objectif²¹¹⁴. La remise en cause de la conception volontariste de l'acte juridique engage par conséquent à faire de même pour l'obligation qui en constitue le contenu²¹¹⁵. Demeurant cependant le dernier bastion de la volonté au sein de l'acte juridique²¹¹⁶, l'obligation paraissait plus rétive à admettre une telle dualité en son sein. Elle devait néanmoins être affirmée par la doctrine concrétisant sa signification normative duale sous la plume de Grégoire Forest.

2. Une dualité affirmée de la signification normative de l'obligation

352.L'affirmation par le droit positif de la dualité du contrat et de l'obligation. Consciente que le constat de la dualité du contrat s'imposait à elle, la doctrine civiliste en a pris acte aussi bien dans le cadre de réflexions théoriques que de travaux pédagogiques. Si celles-là suggèrent son approfondissement ainsi que son extension à l'obligation, ceux-ci en rendent compte et participent du même coup à sa banalisation dans le discours doctrinal. Au titre des premières, la contribution de Thierry Revet²¹¹⁷ marque d'ailleurs la consécration d'une dualité de l'obligation partagée incidemment entre une dimension subjective et objective. Si ce dernier s'engageait en faveur de la reconnaissance d'une dimension objective à tout acte juridique dès lors qu'elle permet de saisir le subjectif issu d'un accord de volontés sans pour autant s'y substituer²¹¹⁸, il s'agissait aussi de relever, selon lui, l'existence d'une association complémentaire présente dans le contrat²¹¹⁹, et par extension à travers les obligations qui le

²¹¹⁴ Pierre Hébraud affirmait d'ailleurs que cette « convergence qui peut se produire ainsi sur l'objet de l'acte, au sens étroit et technique du terme, peut aussi s'étendre à tous les éléments objectifs dont la volonté compose l'acte juridique » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 441.

²¹¹⁵ Pierre Hébraud précisait déjà que « la coexistence ou l'alternative de points de vue subjectif et objectif (...) peut toujours se rattacher, de quelque manière, au dualisme des éléments de l'acte » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 443.

²¹¹⁶ Il était effectivement considéré que « le noyau du contrat est certainement formé par les obligations (...). C'est par là que la volonté est, et reste, à la racine de toute l'efficacité de l'acte juridique » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 451.

²¹¹⁷ REVET Th., « Objectivisation ou subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 83 et s.

²¹¹⁸ C'est-à-dire d'autoriser son déploiement « en dehors de sa sphère sans que son origine, sinon sa nature, ne soit, pour autant, foncièrement ignorée » : REVET Th., *op. cit.*, p. 83.

²¹¹⁹ Il précisait en effet que cela supposait « non seulement que cet acte comprenne du subjectif et de l'objectif, mais encore que son régime connaisse des processus de déplacement de « l'objectif » vers « le subjectif », et inversement » : REVET Th., *Ibid.*

composent²¹²⁰. Il n'était dès lors plus question pour lui de suggérer une telle dualité, mais bien d'en rendre compte en tant que fondement immanent du contrat²¹²¹, et d'en tirer les conséquences pour l'obligation. Inefficace pour assurer la rencontre de volontés, la dimension objective du contrat était indispensable à sa reconnaissance par le système juridique, et donc à la consécration de ses effets en tant que réalité juridique objective et que lien de droit entre les parties²¹²². Thierry Revet évoquait ainsi la dualité subséquente de l'obligation elle-même²¹²³ et révélait la distinction de ses effets partagés entre la création d'un lien de droit subjectif et l'édictation d'une norme juridique objective. De même que Pierre Dauchy avant lui²¹²⁴, il tirait les conséquences de la dualité du contrat sur l'appréhension de l'obligation²¹²⁵ dont la compréhension impliquerait une approche dualiste²¹²⁶ de ses effets.

Alors que les récents travaux pédagogiques permettent de prendre la mesure de la banalisation du discours doctrinal sur la dualité des effets du contrat, rares sont ceux qui l'étendent également aux obligations²¹²⁷. Avant la réforme de 2016, divers ouvrages confirment en

²¹²⁰ Alors que « *la perception du contrat comme entrelacs de données objectives et subjectives est difficilement contestable, si l'on veut bien le recevoir comme un acte normateur né de la décision de ceux qu'il assujettit* » : REVET Th., *Ibid.*

²¹²¹ Thierry Revet affirmait que l'articulation complémentaire de l'objectif et du subjectif constituait un élément cardinal « *au point de ressortir à « l'immanent contractuel »* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 84.

²¹²² En plus d'assurer par son objectivation l'existence de la volonté, « *le contrat est aussi le support d'un lien interpersonnel unissant les contractants, donnée qui appelle une subjectivisation de l'effet obligationnel du contrat assurant une présence des parties dans l'acte juridique et actualisant, ainsi, la volonté initiale en une donnée permanente de cet acte* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 86. Il s'agissait, en d'autres termes, de reconnaître son versant objectif et subjectif. Dès lors que la transformation de la volonté en acte juridique induit l'existence d'une « *instance assurant le passage du vouloir, qui est subjectif, à l'acte, qui est objectif* » et donc in fine à la coexistence de l'un et de l'autre : REVET Th., *Ibid.* Alfred Rieg avait d'ailleurs pu démontrer que « *l'élément véritable sur lequel peut reposer la validité juridique se trouve en dehors de la promesse même et est à rechercher dans les circonstances qui l'entourent* » : RIEG A., « *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXe siècle* », *APD*, 1957, p. 129.

²¹²³ Il affirmait par exemple que, « *parce qu'ils participent de la structure du contrat, subjectivisme et objectivisme irradient de façon naturelle l'ensemble du régime de cet acte* », et donc recouvrent également les obligations qui le composent : REVET Th., *op. cit.*, p. 90.

²¹²⁴ Pierre Dauchy envisageait, comme pour le contrat, une approche objective du lien d'obligation ; c'est-à-dire une coexistence du subjectif et de l'objectif au sein même de l'obligation et non seulement du contrat : DAUCHY P., « *Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat* », *APD*, vol. 26, 1981, p. 269 et s.

²¹²⁵ Celle-ci serait inhérente à la fois aux sujets qui l'a créée par la rencontre de leurs volontés et à un objet existant dans l'ordonnement juridique à l'égard des parties et des tiers. Ils étaient par conséquent reconnus tous deux comme « *une volonté objectivée, un projet qui, initialement subjectif, ne peut s'accomplir qu'en se transmuant en un fait extérieur à la source dont il procède* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 83.

²¹²⁶ Dans la mesure notamment où « *sans objectivation de la volonté, celle-ci, qui est à l'origine du contrat, ne pourrait le créer car la volonté n'est pas la norme. Sans subjectivation du contrat, cet acte, créateur d'obligations, ne saurait instaurer une relation interpersonnelle puisque, directement et immédiatement, il établit une norme* » : REVET Th., *op. cit.*, p. 89 et 90.

²¹²⁷ Citons à ce titre le travail conduit par François Chabas, lequel rappelait que si « *l'obligation qui pèse sur les parties, ne lie pas les tiers (...) l'obligation est un fait, opposable aux tiers, de l'existence duquel ils peuvent se prévaloir, et qu'ils ne peuvent méconnaître* » : CHABAS Fr., *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 866.

l'occurrence que l'effet direct des obligations ne joue, en vertu de l'effet relatif, qu'à l'égard des parties au contrat ayant exprimé leur volonté²¹²⁸. Ils précisent par contre que les effets indirects exprimés par le principe d'opposabilité ne sont imputables qu'aux contrats²¹²⁹ dans la mesure où « *cette règle est indispensable à l'efficacité du contrat* »²¹³⁰. L'état du droit positif adoptait alors encore cette conception de la signification normative duale du contrat en tant que lien de droit dont l'effectivité dépend de sa consécration par le droit objectif et du principe de son opposabilité qui en découle²¹³¹. Les juges du Quai de l'Horloge allaient cependant rompre le silence sur son implication induite sur les obligations qui le composent en autorisant qu'un tiers puisse se prévaloir de la non-exécution d'une obligation contractuelle qui lui aurait causé un dommage afin d'en obtenir réparation²¹³². Il s'agit là non seulement d'une extension du champ d'application des effets de l'obligation mais également, à travers elle, de la manifestation concrète de sa dimension objective et de sa dimension subjective²¹³³. Si l'effet relatif de l'obligation limité aux parties renforce l'expression de celle-ci, son opposabilité traduirait celle-là en ce qu'elle résulte de la transformation de la volonté en un acte juridique par un processus d'objectivation. La doctrine manifestait toutefois une certaine réticence en restreignant l'opposabilité au seul contrat, et en l'envisageant comme une

²¹²⁸ Il est par exemple largement admis que « *le propre du contrat, en tant qu'acte juridique particulier, est de n'assujettir que des personnes non seulement déterminées, mais encore consentantes* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2014, p. 299. Et d'ajouter que « *les effets du contrat sont dits relatifs en ce sens qu'ils ne se produisent qu'à l'égard de certaines personnes* ».

²¹²⁹ Dès lors que « *bien que les tiers ne soient pas soumis à la loi contractuelle, cette loi s'impose à eux comme une réalité objective susceptible d'agir sur leur situation* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *op. cit.*, p. 300.

²¹³⁰ ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Ibid.*

²¹³¹ Ces deux auteurs, à l'instar de bien d'autres, précisent d'ailleurs que « *si les effets du contrat à l'égard des parties ne pouvaient pas être opposés aux tiers, ils seraient privés d'une grande part de leur utilité* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *op. cit.*, p. 301. Et de poursuivre en indiquant que « *l'opposabilité signifie que les tiers doivent respecter la situation créée par le contrat* ».

²¹³² Voir sur ce point : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23, et plus récemment : Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axium Kinésithérapie*, n° 16-11203. La doctrine considère depuis lors que « *l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat est, par elle-même, de nature à préjudicier à un tiers (...), ce qui revient, mécaniquement, à élargir aux tiers la sphère d'efficacité de l'acte contractuel* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *op. cit.*, p. 302.

²¹³³ François Chabas rappelait ainsi la nécessité de « *soigneusement distinguer l'effet et l'opposabilité de l'obligation : en principe, l'obligation ne lie pas les tiers, mais elle existe à leur égard* » en vertu de son intégration de l'ordre juridique objectif : CHABAS Fr., *op. cit.*, p. 869. De même, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette évoquent également le principe d'opposabilité comme le complément de celui de l'effet relatif. Alors, disent-ils, que « *le principe de relativité des conventions signifie que les tiers ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs en raison d'un contrat auquel ils n'ont pas été parties (...). Le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont, dit-on, opposables aux tiers en tant que faits* » consacrés par le droit objectif : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, p. 547. Et d'ajouter que « *l'opposabilité de la situation contractuelle aux tiers apparaît comme « le complément nécessaire de la force obligatoire du contrat » dans la mesure où, « à défaut d'opposabilité, le contrat risquerait d'être privé d'efficacité puisque les tiers pourraient impunément méconnaître la situation juridique qui en est issue* ».

conséquence détachée des effets des obligations²¹³⁴. Or une telle lecture du droit positif révèle surtout l'influence du dogme de l'autonomie de la volonté en vertu duquel l'obligation ne saurait produire d'effets qu'entre les parties, et néglige ce faisant l'apport de plus d'un demi-siècle de réflexions selon lesquelles l'obligation, à l'instar de l'acte juridique qui l'enveloppe, ne produit d'effets qu'en tant qu'elle s'inscrit dans l'ordre juridique²¹³⁵.

Aussi l'obligation présenterait-elle une dimension objective indispensable à la production de ses effets subjectifs comme le suggérait la jurisprudence *Boot Shop* en vertu de laquelle l'opposabilité autorise un tiers à se prévaloir de l'inexécution d'une obligation contractuelle pour obtenir réparation du dommage qu'elle lui aurait causé. Loin de revenir sur cette extension jurisprudentielle contestée de l'opposabilité²¹³⁶, l'ordonnance du 10 février 2016 la confirme d'ailleurs en scindant en deux dispositions l'ancien article 1165. Alors que le nouvel article 1199 réaffirme que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* », le nouvel article 1200 ajoute quant à lui que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». Cette évolution formelle du droit positif contribue à conforter l'hypothèse d'une distinction concomitante de l'effet relatif et de l'opposabilité de l'obligation évoqués par deux articles distincts au sein du chapitre du Code civil consacré aux effets du contrat²¹³⁷. Car au-delà de celle du contrat, l'opposabilité ainsi codifiée renvoie à celle de l'obligation et suggère que son effet relatif n'existe qu'à travers son intégration dans l'ordre juridique, laquelle

²¹³⁴ Parlant aisément de l'effet relatif des obligations, effet obligationnel, elle évoquait principalement l'opposabilité du contrat en tant que résultante de sa force obligatoire²¹³⁴, laquelle ne recouvre effectivement pas que ces derniers comme le démontrait Pascal Ancel. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette soulignent d'ailleurs avant la réforme de 2016 que la distinction de l'un et de l'autre implique une « *limitation du lien obligatoire (effet de l'obligation) aux parties, (et une) opposabilité de la situation juridique (effet du contrat) aux tiers, telles sont donc les deux grandes directives qui gouvernent la définition de l'étendue du lien contractuel* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 542.

²¹³⁵ C'est-à-dire à l'issue de son objectivation induite par celle de l'instrument juridique qui la contient.

²¹³⁶ Une extension jurisprudence qui aurait été effectuée, pour certains auteurs, aux détriments de l'effet relatif. Ainsi François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette relèvent-ils en ces termes la problématique apparue à l'aune de la décision *Boot Shop* : « *il est néanmoins permis de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle analyse. Permettre à un tiers d'invoquer la faute contractuelle du débiteur, c'est en effet lui permettre de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie. Autrement dit, c'est, sous couvert d'opposabilité du contrat, porter directement atteinte au principe de l'effet relatif* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 553. Voir dans le même sens : LAGARDE X., « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP*, 2008.I.200, p. 17 et s. Ce dernier voyait effectivement dans la solution retenue une atteinte au principe de l'effet relatif dès lors qu'il doit être considéré comme « *méconnu si le préjudice dont se plaint le tiers consiste dans une atteinte à un droit n'ayant d'autre cause que le contrat. En pareille hypothèse en effet, la créance de réparation naît du contrat lui-même et le tiers qui s'en prévaut méconnaît ouvertement les dispositions de l'article 1165 du Code civil* » : LAGARDE X., *op. cit.*, p. 20. Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet considèrent pour leur part qu'une « *telle solution heurte de front le principe de l'effet relatif des contrats et devrait donc être abandonnée* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *op. cit.*, p. 302.

²¹³⁷ Si la réforme engagée ne modifie rien de ce qui concerne le premier, elle présente dans la forme une évolution considérable dans la prise en compte des effets liées expressément à l'objectivation de l'obligation née de la volonté des parties : son opposabilité aux tiers.

implique qu'elle acquiert une dimension objective qui la rende opposable aux tiers. Alors que tous les effets de l'obligation nécessitent eux-aussi une objectivation qui les rende effectifs, celle-ci se manifeste à travers l'opposabilité qui confirme la dualité de l'obligation.

Sans remettre en cause le principe cardinal de l'effet relatif, la transformation opérée par le législateur codifie une jurisprudence parfois discutée²¹³⁸ en faveur de la reconnaissance d'une dimension objective du contrat dont il s'agit d'apprécier la portée en adoptant une approche différente de celle retenue par la doctrine. Au lieu de distinguer les effets de l'obligation, exclusivement subjectifs, et les effets du contrat, à la fois subjectifs et objectifs, il s'agit d'en déduire que l'obligation présente une dimension subjective retranscrite par son effet relatif, et une dimension objective mise en évidence par l'opposabilité de ses effets aux tiers. Il est d'ailleurs possible d'appuyer cette relecture sur le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2006 à l'occasion duquel, à la suite de la décision *Boot Shop*, la haute-juridiction soulignait qu'il existait des « obligations qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression »²¹³⁹. Alors que le nouvel article 1200 du Code civil consacre cette solution confirmée par les juges du Quai de l'Horloge²¹⁴⁰ en affirmant que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat », il est concevable de déceler en arrière-plan d'une telle opposabilité l'existence d'une dimension objective de l'obligation en ce qu'elle relève justement de la situation juridique créée par le contrat²¹⁴¹. En

²¹³⁸ Précédemment évoqué, le commentaire de Xavier Lagarde sur la portée de la décision *Boot Shop* suggérait effectivement, à l'instar de Pascal Ancel, qu'elle ne satisfaisait pas l'ensemble de la doctrine. Aussi proposait-il notamment d'en limiter la portée afin d'en atténuer les conséquences sur l'effet relatif. Il s'agissait selon lui de « considérer que les tiers ne peuvent invoquer un manquement contractuel à la condition d'établir que leur préjudice consiste dans une atteinte à un droit acquis en dehors du contrat dont la violation est alléguée » : LAGARDE X., *op. cit.*, p. 20 ; c'est-à-dire in fine du dommage que cette violation lui cause à l'égard « de « droits propres » pour invoquer utilement la violation d'un contrat auquel elle n'a pas été partie » et donc invoquer la méconnaissance d'un droit distinct de celui invocable par une partie au contrat. Voir de le même sens : Cass. civ. 2^e, 25 janvier 2007, *Bull. civ.* II, n° 20.

²¹³⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 2006, p. 399. Il convient en outre de relever que, même parmi ses contempteurs les plus pugnaces, il était admis que certaines obligations puissent *ab initio* produire des effets dépassant la sphère des parties²¹³⁹ et de ce fait être opposables aux tiers ou par les tiers. Quand bien même il rappelait qu'il était « par principe paradoxal de s'interroger sur la volonté des parties pour identifier la portée à l'égard des tiers des obligations contractuelles », Xavier Lagarde reconnaissait que leur intégration nécessaire dans l'ordre juridique objectif imposait paradoxalement qu'il soit également admis que les tiers puissent opposer l'inexécution d'une obligation aux parties : LAGARDE X., *op. cit.*, p. 19.

²¹⁴⁰ Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axium Kinésithérapie*, n° 16-11203.

²¹⁴¹ L'avis d'André Gariazzo prononcé à l'occasion de l'arrêt *Boot Shop* engageait d'ailleurs la doctrine à poursuivre dans cette voie sa réflexion sur l'opposabilité du contrat et des stipulations juridiques qu'il contient, à savoir principalement les obligations. Il évoquait notamment, au soutien de la solution rendue, les travaux conduits par la doctrine au cours du XXe siècle et, tout particulièrement, « la théorie du « contrat-fait » et (...) le principe de l'opposabilité du contrat : le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux

tant qu'élément essentiel d'un fait juridique intégré à l'ordonnancement objectif, l'obligation présente donc une dimension à la fois subjective et objective. Certes, le contrat ne saurait être à l'origine d'une obligation à la charge des tiers²¹⁴², mais pour autant chacune des obligations qui le composent en vertu de l'expression de la volonté des parties participe de la création d'un lien de droit subjectif qui acquiert une dimension objective une fois reconnu par l'ordre juridique. Cette interprétation du nouvel article 1200 du Code civil conduit ainsi à déceler une implication originale du principe d'opposabilité à l'égard des obligations que consacre d'ailleurs Grégoire Forest dans son *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*.

353. Une présentation duale de l'obligation consacrée par Grégoire Forest. La décision *Boot Shop* invitait la doctrine à adopter une lecture renouvelée de l'opposabilité des effets du contrat en consacrant définitivement l'incidence de l'objectivation d'un acte juridique sur les obligations qu'il contient. En affirmant « *que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »²¹⁴³, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ne réaffirmait²¹⁴⁴ pas seulement l'assimilation de la faute contractuelle à une faute délictuelle lorsqu'elle cause un préjudice à un tiers²¹⁴⁵ ; elle engageait également à appréhender différemment la portée des effets des obligations dès lors qu'un tiers pouvait se prévaloir de leur inexécution en ce qu'elle constituait une faute contractuelle entre les parties et une faute

tiers en tant que faits » : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, 2006.II.10181, p. 2112.

²¹⁴² Christian Larroumet et Sarah Bros rappellent que « *le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers signifie que les tiers (...) doivent tenir compte de l'existence du contrat dans la mesure où il peut leur nuire, sans qu'il crée pour autant une obligation à leur charge* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 862.

²¹⁴³ Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ. ass. plén.*, p. 23.

²¹⁴⁴ On peut tout à fait parler, dans ce cas, de réaffirmation jurisprudentielle de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle dans la mesure où la Cour de cassation, et tout particulièrement la première chambre civile, avait déjà procédé par le passé à une telle assimilation : par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 368. Les juges affirmaient alors que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle a causé un dommage* » en retenant comme visa à la fois l'ancien article 1165 et l'ancien article 1382. Voir dans le même sens : Cass. ass., 17 novembre 2000, *Perruche*, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 9 ainsi que : Cass. ass., 13 juillet 2001, n° 97-17.359, n° 97-19.282 et n° 98-19.190.

²¹⁴⁵ Alors que la jurisprudence imposait jusque-là que l'opposabilité ne puisse jouer dans de pareilles situations qu'en tant que les tiers parviennent à apporter la preuve d'une « *faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel* » ; c'est-à-dire d'une faute détachable du contrat et d'une mauvaise exécution des obligations qui le composent : par exemple : Cass. civ., 1^{re}, 7 novembre 1962, *Bull. civ. I*, n° 465, ou plus récemment : Cass. civ., 1^{re}, 23 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 201, ce revirement opéré en 2006 prenait acte d'une évolution précédemment admise en vertu de laquelle l'inexécution d'une obligation contractuelle suffit à fonder l'existence d'une faute délictuelle : voir par exemple : Cass. soc., 2 mars 1972, *RTD civ.*, 1973, p. 128.

délictuelle à l'égard des tiers²¹⁴⁶. Malgré une certaine instabilité, les juges du Quai de l'Horloge admettaient d'ailleurs, depuis une vingtaine d'années²¹⁴⁷, que l'inexécution d'une obligation contractuelle puisse constituer à l'égard d'un tiers, et en cas de dommage, une faute délictuelle fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil²¹⁴⁸. Il était donc soutenable de tracer un parallèle entre la dualité de la faute, consécutive à l'inexécution d'une obligation contractuelle, et la dualité de l'obligation elle-même²¹⁴⁹. La défaite de la thèse de la relativité de l'inexécution des obligations marquait par conséquent celle de l'effet exclusivement subjectif et relatif des obligations contractuelles alors que l'émergence de leur dimension objective avait par le passé renforcé la théorie du contrat pour favoriser aujourd'hui le renouvellement de la notion d'obligation en droit privé.

En reliant étroitement le contrat à l'obligation comme devrait l'être tout contenant à son contenu, Pierre Dauchy plaidait par exemple dès le début des années 1980 en faveur de la transmission de la dualité de tout acte juridique aux obligations qui le composent²¹⁵⁰. L'un comme l'autre devait être présenté dans une démarche structurale²¹⁵¹ à la fois comme le reflet de la volonté des sujets qui les crée, et en tant qu'objet distinct des parties qu'il unit en

²¹⁴⁶ Les juges du Quai de l'Horloge avaient d'ailleurs précédemment reconnu l'identité des fautes contractuelle et délictuelle dès lors qu'une telle faute a une « double nature, à la fois manquement à l'obligation volontaire et, s'il y a, parmi les victimes, des tiers, faute délictuelle » : Cass. com., 16 janvier 1973, *Bull. civ. IV*, n° 28.

²¹⁴⁷ On retrouve sur ce point de nombreuses décisions : Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 250 ou encore : Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 316.

²¹⁴⁸ Alors que jusque-là une faute contractuelle n'était susceptible d'être appréhendée comme un « fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage » qu'à la condition que ce dommage aurait pu être causé en dehors du contrat afin qu'il puisse être imposé « à celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » : cf. Cass. com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858 : la chambre commerciale rappelait alors qu'un tiers à un contrat ne pouvait invoquer la responsabilité délictuelle d'un contractant défaillant qu'à la condition qu'il démontre l'existence d'un dommage causé par un manquement de ce dernier au devoir général de ne pas nuire à autrui sanctionné par cette disposition du Code civil. Une solution réaffirmée par l'arrêt : Cass. com., 5 avril 2005, *Bull. civ. IV*, n° 81.

²¹⁴⁹ Une partie de la doctrine rappelait d'ailleurs que, « en invoquant l'inexécution, le tiers se borne à faire valoir une situation qui lui porte préjudice et qui n'aurait pas dû être. De même que le tiers peut se voir opposer le contrat avec ses effets, de même peut-il faire valoir, à titre délictuel, la faute commise par l'un des contractants dans l'exécution de son obligation et qui lui a causé un dommage », à charge pour lui de démontrer un lien de causalité : FLOUR J., AUBERT J.-L., FLOUR Y. et SAVAUX É., *Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, p. 115 et 116.

²¹⁵⁰ Il contestait en effet la conception individualiste et volontariste du contrat et de l'obligation selon laquelle « les contrats, relations interindividuelles, n'ont de source autre que les individus qui les créent ; leur contenu est celui que leur donnent les individus ; leur force obligatoire découle de l'accord de volontés ; ils ne concernent que les parties à l'accord » : DAUCHY P., « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », *APD*, vol. 26, 1981, p. 270.

²¹⁵¹ Il rappelait que l'approche structuraliste était ainsi, citant Louis Hjelmslev, essentielle « à la compréhension du principe de l'analyse : tant l'objet examiné que ses parties n'existent qu'en vertu de ces rapports ou dépendances ; la totalité de l'objet examiné n'en est que la somme, et chacune de ses parties ne se définit que par les relations qui peuvent être établies entre elle et les autres parties d'un même niveau, la totalité elle-même et ses parties du niveau suivant et enfin l'ensemble des relations entre ces dernières » : HJELMSLEV L., *Prolégomènes à une théorie du langage*, Éditions de Minuit, 1968, p. 40.

conformité avec des exigences imposées par l'ordre juridique²¹⁵². Participant du constat déjà posé de la dualité subjective et objective de tout acte juridique, il prolongeait celui-ci par l'étude du lien d'obligation qui le compose et lui attribuait une double dimension en insistant sur son caractère objectif. Selon lui, même entre les parties, « *le lien d'obligation a pour effet de les rendre responsables de leur attitude contractuelle, c'est-à-dire de la façon dont elles interprètent le contrat, conçu comme une partition qu'elles n'ont pas écrite, mais qu'elles ont choisi de jouer* »²¹⁵³. Ainsi suggérait-il l'existence d'un effet objectif des obligations à l'égard des tiers dès lors que leur inexécution entraîne un dommage dont les parties sont responsables²¹⁵⁴. La consécration jurisprudentielle puis législative de cette dimension objective de l'obligation devait par la suite ouvrir la voie à l'étape ultime de l'évolution de la notion d'obligation, à partir de sa conception justinienne puis classique, pour être présentée par la doctrine « *comme le droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement* »²¹⁵⁵.

En ce qu'il adopte tout d'abord une approche historique de la notion d'obligation envisagée sous l'angle de la dette par les Romains, puis de la créance par les juristes du XIX^e siècle, Grégoire Forest insiste ensuite sur sa dualité intrinsèque partagée entre une dimension objective et subjective²¹⁵⁶. Il en tire alors un argument décisif en faveur de la présentation d'une structure théorique binaire de l'obligation déjà tentée près d'un demi siècle plus tôt par Fabio-Konder Comparato²¹⁵⁷. Prenant acte de l'établissement de l'obligation comme une médaille à deux faces, Grégoire Forest se propose de l'approfondir et de la justifier par l'élaboration d'une conception néo-classique. Alors que ce dernier rejette l'hypothèse d'une

²¹⁵² Les effets du contrat ne rencontreraient *in fine* pas de frontière linéaire séparant les parties et les tiers, mais s'exerceraient plutôt dans « *un champ cohérent, non pas déterminé par une limite, mais rayonnant à partir d'un centre, qui est l'échange d'informations et de prestations entre les parties selon un système socialement significatif et utile (...) comme une structure enchâssée dans la structure plus vaste de la société* » : DAUCHY P., *op. cit.*, p. 276.

²¹⁵³ DAUCHY P., *op. cit.*, p. 278.

²¹⁵⁴ Il précisait d'ailleurs que le lien d'obligation pouvait être perçu comme une œuvre musicale jouée par les parties, effet subjectif, mais également comme « *un concert réalisant des finalités sociales externes aux individus et générales* » : DAUCHY P., *op. cit.*, p. 279.

²¹⁵⁵ Préface de Fabrice Leduc à : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. XVI.

²¹⁵⁶ Aussi évoque-t-il par exemple l'ouvrage de Gabriel Baudry-Lacantinerie et Louis Barde pour lesquels « *l'obligation a donc deux faces, suivant qu'on l'envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier* » : BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. I, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, p. 2.

²¹⁵⁷ Proposant un *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, ce dernier tâchait d'adapter l'analyse germanique de l'obligation en droit français à partir de la distinction entre le devoir (qui est un « *rapport en vertu duquel une partie doit accomplir une prestation en faveur d'une autre* » : COMPARATO F.-K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1963, p. 31) et l'engagement (qui correspond quant à lui au « *rapport de contrainte et de sujétion (...) dont la réalisation est indépendante de la volonté du débiteur* » : COMPARATO F.-K., *op. cit.*, p. 49).

conception dualiste de l'obligation qui se substituerait à la conception classique²¹⁵⁸, il préfère apporter des corrections à cette dernière afin d'en atténuer les insuffisances. La considérant trop dogmatique et sans application pratique²¹⁵⁹, il s'en détourne alors pour reprendre à la marge la conception initiale dans la mesure où il considère la conception dualiste comme étant « *inapte à supplanter la conception classique de l'obligation* »²¹⁶⁰. Aussi s'engage-t-il sur la voie d'un dépassement de la seconde tout en conservant ses principaux fondements, ainsi que le bénéfice de son prestige historique. S'appuyant sur la structure binaire de l'obligation construite au fil du temps sur les deux piliers que sont la dette et la créance, il démontre qu'elle « *est la réunion de ces deux éléments : elle est un droit (subjectif) à l'exécution d'une norme de comportement* »²¹⁶¹. Il propose donc une conception néo-classique de l'obligation dont le socle repose sur cette structure binaire. Celle-ci résulte notamment de la correction apportée qui la substitue à l'unité artificielle de la conception classique²¹⁶² : une norme objective imposant son exécution, la dette, et un droit subjectif à l'exécution, la créance.

Ces corrections autorisent l'élaboration d'une conception néo-classique consacrant malgré tout la structure duale de l'obligation. Ayant écarté l'approche dualiste, il ne demeure en effet pas moins convaincu de la pertinence de la dualité de l'obligation partagée entre une dimension subjective et objective. Il préfère cependant l'aborder comme une structure binaire dans la mesure où ces deux dimensions sont complémentaires et non indépendantes l'une de l'autre²¹⁶³. Il affirme en l'occurrence que dette et créance, devoir et engagement, « *concourent ensemble à former l'obligation, mais leur existence ne se situe pas sur le même plan du droit. La dette, qui ressort du domaine du normatif, se place pour cette raison sur le plan du droit*

²¹⁵⁸ Inspirée des réflexions de la doctrine allemande, elle visait selon lui à remplacer la conception française classique par une conception fondée sur une lecture différente de l'obligation divisée entre le lien de prestation, le « *Schuld* », et le lien de sujétion, l'« *Haftung* ».

²¹⁵⁹ Grégoire Forest juge en effet « *qu'en dehors de l'idée d'une filiation historique, aucune offre de justification juridique d'ensemble n'accompagne les développements des tenants de l'analyse dualiste. Or la théorie comporte des lacunes qui rendent malaisée son application systématique à la totalité du droit des obligations* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 63.

²¹⁶⁰ FOREST G., *op. cit.*, p. 74. Ainsi juge-t-il notamment qu'une telle inaptitude résulte des incohérences liées à la structures de l'obligation telle que proposée par l'analyse dualiste : cf. FOREST G., *op. cit.*, p. 74 et s.

²¹⁶¹ FOREST G., *op. cit.*, p. 171.

²¹⁶² Il affirme que « *parce que l'obligation possède deux éléments indissociables qui ne peuvent cependant être assimilés l'un à l'autre, c'est-à-dire, en un mot, parce que sa structure est binaire que la définition classique doit être corrigée* » du fait de « *la différence de nature irréductible qui sépare la dette de la créance* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 173.

²¹⁶³ Ainsi tient-il à préciser que, « *à parler exactement, il n'y a donc pas de dualisme dans l'obligation, dans la mesure où le dualisme suppose l'existence de deux éléments indépendants, de l'éclatement desquels le concept défini peut s'accommoder sans perdre son identité. Bien plus est-on face à un système binaire, c'est-à-dire composé de deux unités qui ne peuvent se disjoindre sans disqualifier la notion* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 171.

objectif (...). La créance, quant à elle, n'est pas le simple reflet de cette norme. Elle se situe donc sur un plan différent de celui de la dette : celui des droits subjectifs »²¹⁶⁴. La confrontation de ces deux conceptions permet donc de confirmer la présentation duale de l'obligation bien que la conception néo-classique élaborée par Grégoire Forest s'en détache initialement. La correction apportée invite en effet à appréhender l'obligation sous l'angle de la dualité, bien qu'elle ne se confonde pas non plus avec l'approche dualiste promue par exemple par Fabio-Konder Comparato. Néanmoins, elle est sûrement duale dès lors qu'elle « *est l'addition d'une norme de comportement (objective) et d'un droit subjectif* »²¹⁶⁵. Cette dualité, ou structure binaire, se répercute en outre sur la signification normative²¹⁶⁶. La conception élaborée par Grégoire Forest se distingue cependant de la conception dualiste précédemment évoquée. Ces deux conceptions ne reposent pas, d'une part, sur le même socle théorique puisque la seconde s'abstrait de la conception classique²¹⁶⁷ alors que la conception néo-classique se fonde sur celle-ci. Elles n'associent pas, d'autre part, de la même façon les deux faces de cette médaille. Si pour la conception dualiste l'avert et l'envers de l'obligation constituent deux rapports de droit distincts articulés l'un avec l'autre²¹⁶⁸, pour la conception néo-classique les dimensions objective et subjective de l'obligation s'articulent de manière complémentaire pour forger l'obligation qui sera duale, faute d'être dualiste.

Alors que la conception dualiste rejetée par Grégoire Forest engage à saisir l'obligation à travers « *l'existence simultanée de deux principes irréductibles l'un à l'autre* »²¹⁶⁹, la conception néo-classique reconnaît l'existence de ces deux principes sans pour autant les opposer. Il est toutefois question, pour l'une comme pour l'autre, de distinguer au sein de l'obligation deux dimensions subjective et objective répondant en écho à la dualité des actes juridiques. Ainsi confirment-elles chacune l'hypothèse de sa signification normative duale²¹⁷⁰.

²¹⁶⁴ FOREST G., *op. cit.*, p. 170 et 171.

²¹⁶⁵ FOREST G., *op. cit.*, p. 209.

²¹⁶⁶ Alors que l'obligation résulte de « *la conjonction de deux éléments dont chacun possède une fonction propre : la dette, élément normatif de l'obligation, explique au débiteur ce qu'il doit faire ; la créance, élément subjectif de l'obligation, assure au créancier l'attribution de l'activité déployée par le débiteur* » : FOREST G., *Ibid.*

²¹⁶⁷ La conception dualiste poursuivait effectivement un objectif déterminé à l'aune de la remise en cause de théorie volontariste, à savoir une obligation fondée sur une base nouvelle dont l'objectivation constitue la clef de voûte par la sanction qu'elle autorise mais sans pour autant exclure l'expression de la volonté. C'est pour cette raison que la distinction de l'école allemande entre le « *Schuld* » et le « *Haftung* » rapportée par Fabio-Konder Comparato reposait sur ce fragile équilibre entre la prestation et la responsabilité, le devoir et la contrainte.

²¹⁶⁸ Fabio-Konder Comparato rappelait d'ailleurs que « *l'obligation (...) était une institution hybride, constituée par la fusion (...) tardive de deux rapports de droit distincts* » : COMPARATO F.-K., *op. cit.*, p. 12.

²¹⁶⁹ PRIGENT S., « *Le dualisme dans l'obligation* », *RTD civ.*, 2008, p. 401.

²¹⁷⁰ Une signification normative duale que l'on retrouve à la fois chez Grégoire Forest, mais aussi chez les tenants d'une conception proprement dualiste du contrat en vertu de laquelle « *s'opposent (...) deux points de*

Stéphane Prigent soulignait d'ailleurs que l'intérêt de l'approche dualiste résidait notamment dans sa propension « à montrer comment les deux principes entrent en rapport, se combinent ou se combattent »²¹⁷¹ quand la conception néo-classique admet leur combinaison mais exclut toute confrontation du droit subjectif et du devoir objectif. Les travaux de Jean Hauser sur l'association de ces deux dimensions au sein de l'acte juridique invitent alors à revenir au droit public tant il semblait s'en inspirer pour nourrir ses propres réflexions²¹⁷². À l'instar de la doctrine civiliste, il convient d'envisager désormais l'émergence d'une signification normative duale de l'obligation en droit administratif à partir de l'observation de son instrumentalisation par l'externalisation. Si la première a su en effet évoluer vers une acception dualiste, ou binaire, de l'obligation, il s'agirait d'adopter une approche similaire afin d'appréhender la signification normative duale de l'obligation au sein de l'externalisation en empruntant un cheminement inverse ; c'est-à-dire du droit civil vers le droit public²¹⁷³.

§2 : *L'observation d'une signification normative duale de l'obligation au sein de l'externalisation*

354. Le dépassement de la signification objective de l'obligation en droit public. Alors qu'Hans Kelsen démontrait l'existence d'une signification normative duale de l'obligation au sein des contrats et plus généralement en droit civil, il semblait en même temps proscrire son extension à tout rapport juridique entre les particuliers et les autorités administratives. Il érigeait d'ailleurs la notion d'obligation en tant que principale pierre d'achoppement entre le droit privé et le droit public. Si pour le premier celle-ci désignait principalement un rapport subjectif, elle basculait pour le second dans une conception exclusivement objective²¹⁷⁴.

vue, l'un mettant l'accent sur le rapport dont l'un des termes sera l'engagement subjectif que suppose la dette et donc le devoir du débiteur, et l'autre, visant le lien objectif qui impose une contrainte au sujet » : PIERI G., « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 226 et 227.

²¹⁷¹ PRIGENT S., *Ibid*, citant le dictionnaire encyclopédique Quillet à l'entrée du dualisme.

²¹⁷² Et ce, tout particulièrement lorsqu'il convenait de rendre compte du présupposé théorique qui y avait cours en vertu duquel les publicistes « subordonnaient le subjectif à l'objectif légal » au point d'inciter à l'excès inverse ; c'est-à-dire à masquer la dimension subjective de l'acte juridique et de l'obligation : HAUSER J., *op. cit.*, p. 24.

²¹⁷³ Alors que les auteurs civilistes s'étaient inspirés des réflexions de la doctrine publiciste pour avancer dans la détermination d'une conception duale de l'obligation (Pierre Hébraud ne précisait-il pas que son entreprise de conciliation de l'objectif et du subjectif, au sein de l'acte juridique, pouvait « être tentée sur des bases que les conceptions générales d'Hauriou contribuent à éclairer » : HÉBRAUD P., *op. cit.*, p. 423), nous considérons en effet qu'il est temps de parvenir à un résultat similaire en droit administratif. Et si de manière générale les mêmes causes produisent les mêmes effets, c'est au premier chef dans ces travaux de la doctrine civiliste qu'il s'agit de trouver une première source d'inspiration.

²¹⁷⁴ Il rappelait en effet que « ce qu'on appelle le droit public se distingue précisément du droit privé en ce que l'obligation de l'un par rapport à l'autre n'est pas créée par un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire un accord de volontés entre le sujet qui doit être obligé et celui par rapport auquel le premier doit être lié (...), mais par un

Toute dimension subjective de l'obligation en matière administrative était donc effacée par la théorie juridique et l'idée selon laquelle le droit public repose sur l'exercice de la puissance publique normative par laquelle il est possible de contraindre et d'obliger contre la volonté des individus. Les travaux conduits par Jean Hauser rappelaient d'ailleurs l'exclusion d'une dimension duale de l'obligation en droit administratif alors que lui-même suggérait que l'analyse publiciste de l'acte juridique tendait à le restreindre à une dimension exclusivement objective dans la mesure où « *il n'y a de véritable « droit » qu'objectif auquel se trouve soumis l'individu lequel ne saurait avoir dans ce cadre des droits subjectifs analysés comme des pouvoirs d'exiger* »²¹⁷⁵. Une analyse que ne manquerait pas de critiquer par la suite Norbert Foulquier²¹⁷⁶ mais qui devait connaître un franc succès tout au long du XX^e siècle.

Le rejet apparent de toute dimension subjective de l'obligation en droit administratif peut toutefois être contournée par la voie même qui semblait devoir l'imposer. La théorie juridique de la convention proposée par Hans Kelsen incitait effectivement à renouveler en profondeur la conception traditionnelle du contrat, et, par là, celle des obligations qu'il contient. Il précisait en l'occurrence qu'en tant qu'acte juridique créateur de normes, le contrat où qu'il intervienne induisait une fonction normative de l'obligation semblable à celle endossée par l'expression de la volonté des institutions publiques représentatives de la volonté du souverain²¹⁷⁷ car « *dans tous ces cas la norme (...) est formée (...) par un organe composé d'individus dont la volonté ont la même direction, c'est-à-dire le même contenu, ont le même but, sont dirigés vers un même objet* »²¹⁷⁸. Au-delà de ce rapprochement suggéré de la norme juridique conventionnelle et de la norme légale, l'expression d'une signification normative duale de l'obligation administrative semblait possible dans la mesure où il était déjà admis par le maître de Vienne que la première demeurait singulière en ce qu'elle présentait toujours, à la différence de la seconde, une dimension subjective irréductible²¹⁷⁹. Aussi envisageait-il que la

acte unilatéral du sujet par rapport auquel l'autre est obligé : KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », APD, 1940, p. 49.

²¹⁷⁵ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971, p. 51.

²¹⁷⁶ FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003.

²¹⁷⁷ Il précisait en effet qu'elle était « *analogue au cas de la création de normes par l'expression de volontés concordantes de deux rois ou de deux consuls dans la dyarchie, forme politique de l'antiquité ; ou de deux Chambres d'un Parlement dans un système dualiste* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 75.

²¹⁷⁸ KELSEN H., *op. cit.*, p. 76.

²¹⁷⁹ Alors que la loi était invariablement générale et impersonnelle, et surtout imposée au nom des individus mais sans l'expression de leur consentement voire contre leur volonté, l'obligation née du contrat comprenait à la fois cette dimension objective en ce qu'elle pouvait être opposée à tous sans leur consentement mais aussi une dimension subjective en ce qu'elle réservait ses effets principaux aux parties contractantes²¹⁷⁹ ; c'est-à-dire aux

fonction normative duale de l'obligation en droit civil soit transposable à l'obligation en matière administrative malgré les réticences apparentes de cette dernière. Il manquait cependant une illustration susceptible de confirmer cette transposition qu'apporte désormais le concept d'externalisation administrative.

Les développements précédents ont effectivement abouti à la démonstration d'une fonction normative duale portée par l'obligation telle qu'instrumentalisée par l'externalisation administrative au service d'une finalité habilitante, ainsi que d'une signification normative duale de l'obligation, désormais admise en droit civil. Le concept d'externalisation administrative se présente donc comme un point de convergence susceptible de faire basculer l'appréhension dualiste de l'obligation dans le discours doctrinal en droit public. Il lui confère en l'occurrence une fonction normative habilitante par laquelle elle instaure un lien de droit subjectif entre l'administration compétente et son partenaire tout en édictant à l'encontre de chacun d'eux une norme objective de comportement. Aussi la logique voudrait-elle qu'à une telle fonction duale corresponde une signification normative qui le serait tout autant. Il convient alors de s'atteler à la démonstration d'une telle signification duale de l'obligation à partir des réflexions conduites par la doctrine civiliste. En ce qu'elle admet la correction normativiste apportée à la conception classique, celle-ci refuse en effet de tomber dans l'excès inverse du tout objectif²¹⁸⁰ et manifeste sa préférence pour une voie médiane ; c'est-à-dire pour une conception renouvelée de l'obligation fondée sur une signification normative duale en vertu de laquelle celle-ci constituerait un lien de droit subjectif en même temps que la manifestation d'une norme juridique objective. Aussi cette conception néo-classique de l'obligation trouverait-elle parfaitement à s'appliquer en droit administratif comme le suggère l'observation de son instrumentalisation par l'externalisation administrative éclairée par le modèle du contrat-coopération. Elle ouvre alors la voie à l'appréhension de la signification normative duale de l'obligation en tant qu'elle apparaît manifestement subjective comme un droit sur une activité (A). Or l'admission d'une telle signification duale impose de revenir sur

individus reliés par une *vinculum juris* composé de droits subjectifs réciproques : Il rappelait effectivement qu'un « *un critère de distinction plus sûr, réside dans le fait que la norme créée par l'acte de volonté concordante de deux rois ou de deux parlements (...) est destiné à obliger et autoriser d'autres sujets que ceux qui ont créé la norme, tandis que pour la norme conventionnelle, au moins dans le cas normal, il y a identité des sujets qui créent la norme et de ceux qui lui sont soumis* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 76.

²¹⁸⁰ Ainsi Suzanne Lequette précise-t-elle que Georges Rouhette envisageait « *la norme contractuelle comme strictement objective parce que coupée de tout lien avec la volonté des parties* » alors qu'elle reconnaissait que « *l'accord des volontés joue (...) un rôle essentiel : il opère la conciliation des intérêts économiques que le contrat cristallise en son sein lorsqu'il se forme* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 55.

l'examen de sa signification objective dans la mesure où son articulation avec une signification subjective invite à explorer les conséquences de son renouvellement en tant que norme de comportement déterminée (B).

A. Une signification subjective manifeste : le droit d'exercer et de contrôler une activité

355.L'obligation dans l'externalisation : un lien de droit subjectif. La conceptualisation de l'externalisation administrative à partir de son essence coopérative et de la prise en compte de la spécificité de son objet a conduit à souligner l'importance de la fonction habilitante. Elle constitue en effet la clef de l'intervention d'une personne publique ou privée dans la réalisation d'une compétence matérielle que le droit objectif ne lui aurait pas attribuée à l'origine par une norme d'habilitation primaire, mais qu'il autoriserait finalement au moyen de l'édiction par l'autorité compétente d'une habilitation dérivée exprimée à travers l'obligation. Cette instrumentalisation conduit alors à l'identification d'une fonction normative duale que l'obligation endosse au service de la réalisation coopérative d'une compétence matérielle nécessitant l'édiction d'une norme d'habilitation. Admise par Hans Kelsen au rang des fonctions normatives susceptibles d'exprimer un « devoir-être »²¹⁸¹, la fonction habilitante suppose en l'occurrence un dédoublement de l'obligation à la fois objective, car elle concerne la réalisation d'une compétence, et subjective dans la mesure où elle relie pour ce faire deux personnes distinctes par l'expression de leur volonté. Or il est encore aujourd'hui traditionnellement admis en droit administratif que l'obligation présenterait une dimension exclusivement objective lorsqu'elle associe une personne publique à une autre personne dans la mesure où celle-ci est soumise au devoir de respecter les commandements émis par la première. Ce qui apparaissait de manière sous-jacente pour ce qui concerne l'identification de sa fonction normative duale est donc plus compliqué à démontrer sur le terrain de la signification de l'obligation qui recouvre en principe une réalité objective excluant la reconnaissance d'un droit subjectif. Il convient alors de s'inspirer des réflexions civilistes évoquées auparavant pour donner corps à cette conséquence irrémédiable du concept d'externalisation administrative : l'existence d'une signification normative duale de l'obligation, et donc celle de sa dimension subjective en tant que lien de droit. L'apport de la conception néo-classique élaborée par Grégoire Forest est sur ce point déterminant pour l'identification d'une telle dimension de l'obligation en droit administratif, et plus

²¹⁸¹ Voir notamment : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996.

précisément dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation. La réflexion qu'il propose éclaire en effet parfaitement la signification subjective de l'obligation en droit civil, notamment à travers sa conciliation avec une dimension objective. Ainsi montre-t-il la voie à la démonstration inverse de l'existence d'un lien de droit subjectif qui unirait la personne publique compétente à son partenaire dans le cadre de l'externalisation administrative.

Une approche qui fait d'ailleurs écho aux réflexions conduites par Benoît Plessix. Alors que ce dernier insistait sur la place accordée à l'obligation dans la réalité de l'action administrative, il précisait qu'elle demeurerait toujours à l'origine inhérente à l'existence d'un lien de droit²¹⁸². Un siècle d'objectivisme avait cependant mené la doctrine dans une forme d'impasse sur ce sujet dès lors qu'il n'était pas admis qu'un tel lien de droit puisse exprimer une dimension subjective susceptible d'accorder aux administrés ou aux partenaires de l'administration un droit sur la puissance publique²¹⁸³. C'est en cela que les travaux de Grégoire Forest sont utiles au prolongement de la démonstration apportée par Benoît Plessix en faveur de l'établissement d'une « *théorie générale des obligations en matière administrative* » nécessitant une remise à plat de la « *conception restrictive et objective que retient le juge administratif* »²¹⁸⁴. Ils offrent effectivement une confirmation de la possibilité d'une conciliation des dimensions objective et subjective de la signification de l'obligation en tant que droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement. Une signification normative duale que confirme également la traduction juridique du concept d'externalisation administrative inspirée du modèle du contrat-coopération. Celle-ci conduit en l'occurrence à étudier l'expression de ce lien de droit subjectif en fonction de chacun des sujets concernés par la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en se focalisant donc, dans un premier temps, sur les parties ; c'est-à-dire la personne publique compétente et son partenaire, personne publique ou personne privée²¹⁸⁵. D'une part, il s'agit d'évoquer l'autorisation délivrée par la personne publique compétente à son partenaire ; celle-ci constituant pour ce dernier un

²¹⁸² Il rappelait que, « *depuis toujours, la notion d'obligation renvoie au lien de droit, au vinculum juris, au rapport entre deux personnes impliquant des situations réciproques de domination et d'assujettissement* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 284.

²¹⁸³ Et qu'il était notamment hors de question qu'un administré, ou une personne privée en général, puisse disposer à l'encontre de l'administration d'une position de domination voire d'assujettissement. Norbert Foulquier précisait également que « *la doctrine française négligea le fait que le droit subjectif fût avant tout un rapport de droit* » quand bien même il apparaissait déjà comme un *vinculum juris* : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 178.

²¹⁸⁴ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283.

²¹⁸⁵ Soumis au principe de l'effet relatif, cette dimension subjective de l'obligation ne s'appliquerait en droit administratif qu'à l'égard des individus ayant exprimé par leur volonté un consentement.

véritable droit subjectif à l'exercice d'une activité qui lui est en principe interdit. D'autre part, il convient ensuite d'étudier le droit subjectif de contrôle que l'obligation confère à la personne publique compétente afin de s'assurer de la bonne réalisation de cette activité selon les conditions imposées à son partenaire. À travers l'obligation essentielle portant la norme d'habilitation dérivée et le rôle complémentaire des obligations accessoires apparaît en effet un agencement singulier reposant sur un lien de droit duquel émerge un faisceau de droits subjectifs : comme le droit de participer à la réalisation d'une compétence matérielle et celui d'exercer un contrôle sur le respect des conditions imposées à cette intervention de l'acteur habilité. Ainsi l'obligation est-elle la source de droits subjectifs réciproques reliant chacun des acteurs d'une opération d'externalisation de la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique. Il convient par conséquent de présenter cette signification subjective en tant que lien de droit suggérée par Benoît Plessix (1) afin d'en déceler plus précisément l'expression au cœur de l'externalisation administrative (2)

1. Une signification subjective suggérée par Benoît Plessix

356.L'obligation administrative selon Benoît Plessix : un lien de droit. Rappelant son étymologie avant même sa définition justinienne, Benoît Plessix insistait sur le fait que « *l'obligation est donc dès l'origine l'acte de lier, l'acte qui lie, le lien de droit établi entre un assujetti et un dominant* »²¹⁸⁶. Consubstantielle à celle-ci plus que simple conséquence, sa dimension subjective imposait sans nul doute qu'elle soit conservée à l'occasion de sa transposition en droit administratif et ce, malgré l'opposition du juge et d'une partie de la doctrine. Mais au-delà de cette constatation, il proposait une argumentation décisive au service de l'identification de l'obligation administrative en tant que lien de droit, aussi bien dans le cadre d'une lecture subjectiviste qu'objectiviste des relations administratives. Alors que le terme *obligatio* recouvre le fait « *soit (d') entourer quelque chose ou quelqu'un d'un lien, soit (d') unir par un lien* »²¹⁸⁷, il associe chacune de ces deux acceptions à l'une et l'autre de ces lectures pour finalement imposer l'obligation administrative comme un lien de droit. Il rappelait cependant que la doctrine ainsi que le droit positif avaient longtemps ignoré la notion civiliste classique d'obligation, passant directement de son acception romaniste à son application dans la sphère publique. Ce faisant, ils étaient passés selon lui « *à côté d'une*

²¹⁸⁶ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 284.

²¹⁸⁷ PIERI G., « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 223.

analyse originale de l'obligation en matière administrative »²¹⁸⁸ qui admettrait sa dimension subjective dans un contexte dominé par l'objectif. Un constat par ailleurs déjà posé par Jacques Chevallier quelques années auparavant à propos de l'exclusion par la doctrine publiciste de « toute idée de transposition du rapport d'obligation de droit privé »²¹⁸⁹ préférant privilégier une approche romaniste et normativiste de l'obligation en tant qu'expression d'une puissance de contrainte ; c'est-à-dire d'un « devoir-être » de commandement²¹⁹⁰.

Benoît Plessix soulignait à juste titre que les emprunts effectués par le juge administratif, avec pour objectif premier de combler les lacunes d'un régime juridique parcellaire sur le terrain des rapports d'obligation entre personnes publiques et privées²¹⁹¹, demeuraient toujours marqués par l'influence de la puissance publique ; c'est-à-dire en ce qui concerne la théorie des obligations, par une conception objective conforme à l'esprit du droit public et à l'acception originelle du *vinculum juris*. Certes était-il toujours question d'apporter des solutions dans les relations entre l'administration et les particuliers ; mais il était difficilement admis que ces dernières puissent revêtir un caractère subjectif à l'instar des relations interindividuelles du droit civil dans la mesure où l'autorité administrative était à la fois garante de l'intérêt général et détentrice de prérogatives de puissance publique. Il rappelait même qu'un courant doctrinal avait pu, un temps, chercher à imposer une conception de l'obligation propre à la science du droit public et à la prise en compte de ses caractéristiques : souveraineté, unilatéralité et commandement. L'auteur développait alors l'idée d'une obligation à l'origine d'une relation irrémédiablement inégalitaire²¹⁹². Aussi ne fallait-il pas ignorer l'obligation administrative, mais plutôt la façonner à partir d'une esquisse influencée

²¹⁸⁸ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283.

²¹⁸⁹ CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179. Et de préciser « le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et de non-réciprocité du rapport d'obligation ».

²¹⁹⁰ Aussi renvoyait-il aux travaux conduits par Hans Kelsen selon lesquels « l'obligation n'est ainsi rien d'autre que « la norme juridique elle-même », en tant qu'elle oblige à un certain comportement, en attachant à la conduite contraire une sanction (...); l'obligation juridique n'est donc que l'expression de la puissance normative du droit, attachée à l'existence d'une sanction » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 180.

²¹⁹¹ Jean-Jacques Bienvenu soulignait dès les années 1970 que « l'absence d'une conception unitaire et cohérente de l'obligation administrative est une lacune souvent dénoncée » : BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, t. II, thèse dact., Paris II – Panthéon Assas, 1979, p. 117.

²¹⁹² Participant pendant un temps de l'émergence de ce courant, Jacques Chevallier affirmait par exemple que « le principe de souveraineté donne à l'idée d'obligation une portée tout à fait singulière en droit public (...), l'État apparaît comme le foyer de toute normativité, le siège de toute contrainte et donc la source de toute obligation ; en retour, il ne saurait se trouver placé dans un rapport d'obligation que dans la mesure où il l'a expressément voulu et accepté, par le jeu de sa volonté souveraine. Le rapport d'obligation dans lequel est impliqué l'État se trouve ainsi caractérisé par une structure inégalitaire, régi par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 181 et 182.

par le modèle publiciste et la supériorité affirmée de l'administration par rapport aux particuliers²¹⁹³. Il devait toutefois y avoir à la fin du XX^e siècle une lueur d'espoir pour la prise en compte de la dimension subjective de l'obligation en droit administratif ; c'est-à-dire pour la reconnaissance du lien de droit subjectif qu'elle instaure entre la personne publique et son partenaire. Elle trouvait notamment sa source dans les travaux conduits en faveur d'une renaissance de la théorie de la personnalité morale des personnes publiques. Dès lors que l'État comme toute autorité administrative pouvait être considéré comme un sujet de droit à part entière, il était délicat, voire impossible, de maintenir la proscription de toutes relations subjectives. Détentrice indiscutable de créances à l'encontre des particuliers, l'autorité administrative se présentait d'ailleurs parfois, et tout spécialement dans les situations de gestion du service public²¹⁹⁴, comme débitrice à leur égard ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance d'un lien de droit établi par l'obligation et composé d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques. Elle demeurait néanmoins marquée par l'idéologie du devoir, et donc par une dimension sensiblement objective délaissant dans une certaine mesure sa signification civiliste classique subjective en tant que lien de droit²¹⁹⁵.

Jacques Chevallier évoquait d'ailleurs le paradoxe apparent, soulevé par la prise en compte de la notion d'obligation en droit administratif, en présentant ses deux acceptions : de devoir contraignant et sanctionné, et de lien juridique existant entre deux personnes du fait de l'expression de leurs volontés. Cette dernière se heurtait toutefois en droit public à la conception profondément inégalitaire des relations entretenues par la puissance publique²¹⁹⁶.

²¹⁹³ André Hauriou rappelait par exemple que « *par la possession de droit de puissance publique, de la prérogative d'action d'office et d'une maîtrise incontestable sur les règles de droit, les administrations publiques sont dans une position de supériorité très nette, vis-à-vis des administrés, se comportant, à leur égard, d'une façon toute différente de celle des individus entre eux sur le plan du droit civil* » : HAURIOU A., « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1935, p. 94.

²¹⁹⁴ Ainsi Benoît Plessix soulignait-il qu'il « *s'est produit une inversion du rapport administratif, les attentes de résultats étant désormais celles de l'usager vis-à-vis des services publics et non plus celles de l'État à l'égard des sujets. L'État n'est plus une puissance de domination, mais un prestataire de services* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 282.

²¹⁹⁵ Benoît Plessix considérait en effet que la doctrine publiciste avait alors retenu une conception de l'obligation administrative « *réduite à une règle de conduite, à un comportement imposé aux acteurs de la vie administrative* » au point que « *l'idée de devoir imposé par la loi prospère sur le terrain de la doctrine publiciste normativiste et d'un droit administratif articulé autour de l'exécution du service public* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283. Et de conclure finalement que de ce point de vue « *le rapport de droit est délaissé, pour ne plus s'intéresser qu'à un seul acteur de la relation, en l'occurrence l'Administration, moins débitrice que plus simplement redevable envers les administrés d'une foule de services* ».

²¹⁹⁶ Il indiquait notamment que « *cette problématique de l'obligation semble se heurter à l'irréductible spécificité du droit public, résultant de la dissymétrie, du « déséquilibre fondamental du rapport juridique » entre l'État et les administrés (...), elle se trouve écartée en droit public au profit de la mise en évidence d'un*

L'appréhension de l'obligation administrative en tant que lien de droit subjectif reliant une personne publique à une autre personne, publique ou privée, semblait donc condamnée dans la mesure où « *le soubassement « subjectiviste » sur lequel repose la théorie privatiste des obligations se trouve contredit par la prédominance en droit public d'un point de vue « objectiviste »* »²¹⁹⁷. Néanmoins la sentence n'était pas irrévocable et paraissait même susceptible d'appel alors que certains auteurs suggéraient qu'un tel rejet de la dimension subjective de l'obligation en droit administratif ne traduisait pas « *une opposition radicale d'essence avec le droit privé* » mais bien plutôt une « *une conceptualisation différente* »²¹⁹⁸. Aussi convenait-il de s'engouffrer dans la brèche, à l'instar de Benoît Plessix, afin de proposer une acception renouvelée de l'obligation administrative inspirée du droit romain²¹⁹⁹ et fondée par conséquent sur l'existence d'un lien de droit. Certes devait-elle être appréhendée comme un lien qui enchaîne en ce qu'il contraint objectivement la personne qui en a la charge. Mais elle pouvait tout autant apparaître comme un lien qui unit deux personnes autour de la réalisation d'une prestation dans l'intérêt de chacun, voire dans un intérêt commun. Benoît Plessix suggérait d'ailleurs l'existence de l'obligation administrative en tant que lien de droit subjectif unissant l'administration à d'autres personnes dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative²²⁰⁰. Il étayait alors sa démonstration par la référence à la jurisprudence administrative aux yeux de laquelle l'obligation devait effectivement être envisagée comme un lien de droit unissant un créancier à son débiteur ; c'est-à-dire comme un lien de droit subjectif dédié à la satisfaction de leurs intérêts²²⁰¹. Il convient alors de poursuivre cette réflexion engagée par Benoît Plessix au regard des évolutions postérieures de la doctrine, et notamment de la conception néo-classique de l'obligation développée par Grégoire Forest et de l'émergence de la logique de coopération économique. Il s'agira par la suite d'envisager l'application de cette démonstration au concept d'externalisation administrative et à son instrumentalisation de l'obligation.

« régime administratif », caractérisé par un équilibre complexe de prérogatives mais aussi de sujétions exorbitantes du droit commun » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 180.

²¹⁹⁷ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 181.

²¹⁹⁸ CHEVALLIER J., *Ibid.*

²¹⁹⁹ Benoît Plessix démontrait en effet que si l'obligation était bel et bien au cœur de l'action administrative et encrée dans la réalité, elle était néanmoins dotée d'une « *conception particulière (...), pas même celle du droit civil positif, mais plutôt celle du droit romain* » dont la prise en compte était indispensable pour assurer sa bonne compréhension : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 283.

²²⁰⁰ Il affirmait finalement que « *dans les rapports d'obligation en droit public, le vinculum juris évoque donc tout autant le fait de retenir un sujet de droit dans un lien (c'est l'image de la personne publique choisissant d'abord, et dirigeant ensuite son contractant) que celui pour un sujet de s'unir à un autre pour établir une collaboration spontanée et volontaire (c'est l'image de l'entrepreneur décidant de se porter candidat à un appel d'offres pour s'unir à une collectivité publique, parce que cela est dans son intérêt économique)* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 285.

²²⁰¹ Voir sur ce point ses développements : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 285 et s.

357.L'obligation administrative face à la conception néo-classique et à la coopération.

Confrontés à la conception néo-classique de l'obligation élaborée par Grégoire Forest, les travaux conduits par Benoît Plessix apportent en effet une confirmation des premiers en ce que cette conception admet en droit civil l'existence d'une signification normative duale de l'obligation comme lien de droit subjectif comportant une norme objective de comportement. Si une telle réflexion pouvait paraître *a priori* sans incidence sur la conception objective de l'obligation administrative traditionnellement retenue par la doctrine, le fait qu'elle entre en résonance avec les conclusions du premier invite à préciser les conséquences de cette rencontre organisée. Dès lors, la correction apportée à la conception classique de l'obligation²²⁰² consiste à envisager son caractère binaire partagé entre une norme objective et un droit subjectif. Outre cette association de deux dimensions complémentaires au sein de l'obligation, la démonstration proposée par Grégoire Forest renforce ainsi l'importance du lien de droit subjectif qu'elle instaure²²⁰³ ; alors que la norme objective de comportement précise le sens de la conduite à suivre²²⁰⁴, le lien de droit subjectif assure l'expression du rapport de droit qui unit le créancier au débiteur ainsi que le droit subjectif du premier à l'exécution par le second de son devoir envers lui²²⁰⁵. Celle-ci relève alors de la sphère des parties, et assure la réalisation de l'opération qu'elles ont souhaité. La conception néo-classique élaborée par Grégoire Forest autorise par conséquent à dépasser la conception classique fondée sur les développements romanistes en vertu desquels l'obligation était un lien de droit objectif²²⁰⁶, devenu exclusivement subjectif sous l'influence postérieure de la doctrine civiliste française.

²²⁰² Grégoire Forest affirme en effet que « *c'est donc parce que l'obligation possède deux éléments indissociables qui ne peuvent cependant être assimilés l'un à l'autre, c'est-à-dire, en un mot, parce que sa structure est binaire que la définition classique doit être corrigée* » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 173.

²²⁰³ Il précise d'ailleurs que « *l'obligation fonctionne normalement quand, suite à l'exécution de son devoir par le débiteur, le créancier use de son droit pour s'en attribuer le résultat* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 223.

²²⁰⁴ « *La dette est une norme individuelle de comportement, qui appartient au droit objectif. Sa fonction est de définir l'activité à laquelle le débiteur est astreint, l'élevant par là même au rang de nécessité juridique* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 228.

²²⁰⁵ Ce n'est que par leur étroite articulation que l'obligation acquiert *in fine* toute son efficacité juridique : « *La créance relève d'un autre plan du droit. Elle est le droit subjectif à l'exécution de la norme de comportement que constitue la dette. Son rôle est d'assurer l'attribution des utilités de ce comportement au créancier* » : FOREST G., *Ibid.*

²²⁰⁶ Ainsi rappelle-t-il que, « *à ses origines, qui sont romaines, l'obligation n'a été qu'un lien idéalisé d'astriktion (...)* (qui) *présentait alors un caractère rigoureusement objectif, qui a empêché quasiment jusqu'au XVIe siècle que l'on conçoive l'obligation en termes de prérogatives individuelles du créancier* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 229.

Il convient alors de rappeler que la conception de l'obligation administrative avancée par Benoît Plessix reposait également sur cette conception classique détachée des approfondissements apportés par les auteurs français ; en l'espèce, sur la reconnaissance d'un lien de droit essentiellement objectif²²⁰⁷. Il précisait d'ailleurs que si l'obligation désigne l'action de lier, « *l'acte par lequel on se lie ou on est lié, une fois réalisé, se trouve objectivé pour devenir l'état d'être lié* »²²⁰⁸, supposant alors que l'obligation elle-même était ainsi objectivée. Plus que le *vinculum juris*, c'est donc la dette qui constituait le centre névralgique de l'obligation en tant qu'instrument de contrainte exercée sur autrui au service de la réalisation d'une prestation déterminée²²⁰⁹. Quand bien même était-elle présentée comme un lien de droit unissant des personnes distinctes, elle recouvrait surtout la nécessité d'en assurer l'exécution au moyen d'une sanction organisée par l'ordre juridique. L'obligation demeurait donc dominée par une dimension objective liée aux impératifs du droit administratif et à la spécificité inhérente aux personnes publiques détentrices de la puissance normative. Il est toutefois possible d'admettre que la correction opérée par Grégoire Forest soit tout à fait applicable à la conception développée par Benoît Plessix en ce qu'elle incite à atténuer les positions radicales relatives à la notion d'obligation pour favoriser une acception duale recouvrant à la fois la dimension subjective, essentielle en droit civil, et la dimension objective, primordiale en droit administratif. Plus qu'une confirmation, cette correction permet d'ailleurs d'envisager plus clairement encore l'obligation administrative comme un lien de droit subjectif unissant une personne publique à une autre personne, publique ou privée. Une tendance à laquelle Benoît Plessix semblait d'ailleurs souscrire lorsqu'il reconnaissait l'importance de la prise en compte des intérêts des parties dans l'examen des rapports d'obligation²²¹⁰.

²²⁰⁷ La conception de l'obligation administrative que présentait Benoît Plessix rejoignait la conception classique corrigée par Grégoire Forest. Il précisait notamment, qu'outre le lien de droit, l'élément cardinal de l'obligation résidait dans la dette située au cœur du *vinculum juris*. Il indiquait alors qu'il y avait une « *obligation, au sens romain du terme, chaque fois que le créancier dispose contre son débiteur d'une action in personam, d'une voie de droit lui permettant d'en obtenir le paiement* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 287. Et de conclure que « *l'obligation n'est pas seulement un rapport, c'est surtout un pouvoir de contrainte* » justifiant alors sa conception objective : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 289.

²²⁰⁸ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 290.

²²⁰⁹ Il précisait d'ailleurs que la conception de l'obligation retenue en droit administratif insistait finalement sur l'exécution « *d'un lien de droit d'où découle la nécessité d'une prestation* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 287.

²²¹⁰ Il relevait que certains emprunts jurisprudentiels au droit civil engageaient à appréhender l'obligation à travers l'examen des « *liens de droit entre les personnes publiques et les particuliers comportant pour l'un le devoir d'exécuter une prestation afin de satisfaire l'intérêt économique de l'autre* », et in fine à rendre compte de l'intégration par les personnes publiques d'une « *maille de relations juridiques interpersonnelles* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 284 et 289.

Lorsqu'il précisait que le droit privé les envisageait comme un élément indispensable pour la compréhension des rapports subjectifs d'obligation, Benoît Plessix relevait que les emprunts au droit civil effectués par les juges du Palais-Royal découlaient en particulier du mutisme du droit administratif à propos des liens de droit portant sur la réalisation d'une prestation dictée par des intérêts distincts²²¹¹. Ainsi convient-il d'ajouter à cet approfondissement par la conception néo-classique celui qui résulterait de son association avec le modèle élaboré par Suzanne Lequette, laquelle rend effectivement compte, à travers la promotion du contrat-coopération, de l'évolution de la fonction contemporaine de l'obligation et notamment de son rôle dans l'organisation des échanges économiques²²¹². Il s'agit donc de confronter l'hypothèse défendue par Benoît Plessix²²¹³ aux conséquences de la traduction juridique de la logique coopérative, alors que la démarche qu'il engageait semble rejoindre cette tendance civiliste à observer l'obligation sous l'angle de son utilité dans la traduction juridique des opérations économiques mise en œuvre par les personnes juridiques. Il engageait en effet à inverser l'approche traditionnellement retenue par la doctrine administrativiste²²¹⁴ et à s'intéresser à l'articulation initiale des intérêts que l'obligation opère. Or, c'est justement à partir de cette articulation que le modèle du contrat-coopération a finalement été conçu pour rendre compte d'une opération économique intermédiaire entre l'échange et l'organisation reposant sur la poursuite d'un intérêt commun²²¹⁵.

²²¹¹ Alors qu'il précisait que, « *comme en droit privé, il n'y a guère en matière administrative de rapports d'obligation qui restent étrangers aux intérêts pécuniaires* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 287, il affirmait notamment que « *le droit administratif était démuné pour résoudre les multiples questions posées par l'existence de liens dont découle la nécessité d'une prestation destinée à satisfaire des intérêts pécuniaires* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 292.

²²¹² Une fonction économique par ailleurs largement admise par la doctrine depuis la fin du XXe siècle. Ainsi Jean-Louis Sourioux présentait-il comme une « *clef du siècle à venir* » la nécessité d'envisager l'obligation, « *d'une part, comme un rapport à la fois de comportements spécifiques (de débiteur et de créancier) et de l'altérité variable, d'autre part, en tant que composante du patrimoine et valeur d'échange* » : SOURIOUX J.-L., « *Introduction au cours de droit des obligations* », in *Clefs pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 519.

²²¹³ Il considérait que l'obligation permettait mieux que tout autre instrument juridique à la disposition des personnes publiques et de la doctrine de « *donner à l'Administration comme à ses partenaires les moyens juridiques destinés* » à servir de support à leurs relations : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 292.

²²¹⁴ Ainsi rappelait-il qu'« *une appréhension subjective des conditions de naissance des obligations a été délaissée au profit d'un regard simplement objectif de la façon d'assurer leur extinction, c'est-à-dire le paiement des prestations attendues* » : PLESSIX B., *Ibid.* Il convenait donc d'envisager l'obligation sous un autre angle, et plus précisément en fonction de la conciliation des intérêts qu'elle organise.

²²¹⁵ Ayant relevé l'utilité des modèles échangiste et organisationnel, respectivement pour assurer la permutation des biens ou des services et pour leur agrégation au service d'un but identique, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette confirment d'ailleurs la démonstration menée par Suzanne Lequette et proposent « *d'identifier une troisième catégorie, celle des contrats d'intérêt commun, encore nommés contrats-coopération (...). Comme dans le contrat-échange, il y a fourniture de biens ou de services moyennant rémunération par l'autre partie. Mais ces contrats se rapprochent du contrat-organisation en ce que celui qui fournit ce bien ou ce service est intéressé à l'utilisation qui en est faite par celui qui le reçoit* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, p. 104.

Aujourd'hui, une partie de la doctrine s'accorde en effet pour reconnaître le contrat-coopération comme un modèle contractuel à part entière caractérisé notamment par l'organisation d'une convergence des intérêts des parties²²¹⁶. Cette convergence est alors assurée par l'agencement des obligations qui le composent. Bien qu'il diffère de ceux instaurés par les autres modèles²²¹⁷, le contrat-coopération repose donc également sur un lien de droit de nature obligationnelle assurant la satisfaction des intérêts des parties par la garantie de leur convergence pour la réalisation d'un intérêt commun. L'examen de leur objet, aussi bien que de leur cause, conduit alors à souligner l'existence d'un lien de droit subjectif dont la finalité est également de l'approfondir afin d'assurer la coordination de leur prestation pour la réalisation d'un objectif commun. Le lien de droit obligationnel au cœur du contrat-coopération paraît donc encore plus étroit et plus fort en ce qu'il traduit une logique coopérative²²¹⁸. Il convient donc de puiser dans ce modèle contractuel un argument supplémentaire en faveur de la démonstration conduite par Benoît Plessix. Un tel modèle autorise en outre l'approfondissement de son enrichissement par sa confrontation avec la conception néo-classique de l'obligation. Celle-ci présente donc dans la sphère administrative une dimension subjective qui apparaît nettement à travers l'examen du concept d'externalisation administrative dans la mesure où il s'inspire du modèle du contrat-coopération, et en tire les conséquences qu'il implique sur le plan des obligations. Instrumentalisée au service de la réalisation coopérative d'une compétence matérielle, l'obligation administrative contribue avant tout à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre les parties sur lequel repose leur coopération, à savoir l'autorité administrative compétente et son partenaire. Elle garantit à la fois la convergence des intérêts particuliers

²²¹⁶ Il est admis en effet que, « *alors que les intérêts des parties sont opposés dans le contrat-échange et identiques dans le contrat-organisation, ils sont (...) « convergents mais différents »* » TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 105. Cf. contra : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013, p. 239 et

²²¹⁷ « *Pour marquer la spécificité du lien qui unit alors les deux obligations, on a proposé de parler de « lien de complémentarité ordonné », afin de souligner que les deux obligations sont complémentaires (...), on constate que les intérêts des parties y sont non pas contraires mais convergents, dans la mesure où chacun apporte sa contribution à une même entreprise afin qu'il en résulte un effet de synergie dans leur intérêt commun* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 339.

²²¹⁸ Ainsi est-il admis qu'il existe dans toute forme de contrat-coopération « *l'opération fonctionnera au mieux de l'intérêt des deux parties, si les moyens fournis sont de qualité et que leur exploitation est conduite avec efficacité (...) chaque obligation, qu'elle soit instrumentale ou finale, est ordonnée à la poursuite d'un projet commun qui profite aux deux parties, en sorte qu'il existe entre elles un lien de complémentarité et qu'on peut parler à leur propos non de contreprestation mais de « coprestation »* » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 395. Il convient en outre de préciser que le lien de droit ainsi créé s'étend nécessairement dans la durée (« (...), contrairement à l'échange qui peut être aussi bien instantané que successif, cette opération ne se conçoit que dans l'épaisseur du temps » : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 532) et impose un cadre plus contraint à chacune des parties en relation étroite avec son partenaire et avec l'intérêt qu'elles poursuivent.

vers la satisfaction de l'intérêt général et l'agencement des prestations respectives, instrumentales et finales, afin d'y parvenir au bénéfice de chacun et de tous.

2. Une signification subjective au cœur de l'externalisation administrative

358. Le droit du partenaire de participer à la réalisation d'une compétence matérielle.

L'obligation administrative, en tant que lien de droit, fut longtemps appréhendée par la doctrine à travers sa dimension objective du fait de l'influence des relations inégalitaires entretenues entre les personnes publiques et privées, ainsi que par la détention par les premières d'une puissance normative. Il apparaissait cependant qu'elle soit susceptible de présenter, à l'instar du droit civil, une dimension subjective en tant que lien de droit unissant deux personnes juridiques distinctes par un faisceau de droits et d'engagements destiné à organiser leurs comportements en vue de la réalisation d'une opération économique recherchée par les parties afin de satisfaire leurs intérêts. Une hypothèse avancée par Benoît Plessix²²¹⁹ qui s'avère être renforcée par l'observation de l'instrumentalisation de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative. Éclairée par la conception néo-classique de l'obligation et par le modèle du contrat-coopération, cette observation démontre effectivement que l'obligation présente une fonction normative duale dont la signification impose la prise en compte d'une dimension subjective d'autant plus évidente qu'elle se trouve au cœur de la transposition en droit d'une logique économique de coopération. En ce qu'elle met en relation une personne publique titulaire d'une compétence matérielle et une autre personne, publique ou privée, avec laquelle elle envisage d'assurer en commun la mise en œuvre de cette compétence, l'externalisation administrative révèle par essence une relation subjective étroite entre chacune des parties dont le modèle du contrat-coopération permet de donner une traduction juridique concrète à partir de l'agencement singulier des obligations qui le composent. Il s'agit en l'occurrence d'assurer la convergence des intérêts de chacune de ces parties, intérêt général et intérêt du partenaire, afin d'assurer la satisfaction du premier, commun à tous, par la convergence des intérêts particuliers propres à chacun. Pour ce faire, le modèle proposé par Suzanne Lequette repose principalement sur un rapport de complémentarité ordonnancée des obligations et des prestations qu'elles prennent pour objet et qui pèsent sur chacune des parties. Les obligations instaurent alors un lien de droit subjectif duquel chacun des protagonistes tire un droit subjectif à l'exécution d'une prestation

²²¹⁹ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 286 et s.

nécessaire à l'accomplissement de l'objectif poursuivi²²²⁰. Aussi convient-il de s'arrêter successivement sur la situation de chacune des parties à une relation d'externalisation administrative afin d'identifier cette signification de l'obligation en tant que source d'un droit subjectif. Un examen qui conduit, selon l'agencement logique des obligations propre au contrat-coopération, à envisager dans un premier temps le droit subjectif issu de l'obligation instrumentale ; c'est-à-dire le droit pour le partenaire de l'autorité administrative de participer à la réalisation d'une compétence matérielle qu'il tire de l'habilitation dérivée exprimée par l'obligation essentielle.

Alors que la traduction juridique de l'externalisation administrative est envisagée ici à partir de l'observation du modèle du contrat-coopération, elle lui emprunte sa structure obligationnelle et avec elle l'agencement singulier des obligations qui assure la convergence des intérêts en présence au service de la réalisation d'un intérêt commun. Cette structure consiste en l'occurrence à imposer à l'une des parties la réalisation d'une prestation dite instrumentale, non pas en contrepartie d'une rémunération, mais afin de fournir à l'autre partie les moyens nécessaires à la réalisation d'une prestation dite finale assurant la satisfaction de cet intérêt et, incidemment, celui de chacune des parties par l'accomplissement de leur objectif partagé. Dès lors, il apparaît un lien de droit subjectif étroit dont il convient de préciser la teneur par l'examen de chacune de ses extrémités. Le premier point à aborder réside en l'occurrence dans l'obligation à l'origine de la réalisation de la prestation instrumentale sans laquelle il ne peut y avoir d'objectif commun atteint. Suzanne Lequette précise d'ailleurs que cette dernière est relativement similaire à une obligation du modèle échangiste reliant deux sujets de droit pour la réalisation d'une prestation déterminée²²²¹. Dans la mesure où cette obligation impose, dans le cas de l'externalisation administrative, à la personne publique compétente d'autoriser son partenaire à intervenir dans la réalisation de la compétence matérielle par l'édition d'une norme d'habilitation dérivée, elle comporte nécessairement une dimension subjective en ce qu'elle confère à ce dernier le droit de recevoir et de bénéficier de cette habilitation, ou de l'exiger. Ainsi l'obligation essentielle au

²²²⁰ Une observation d'ailleurs conforme à la conception néo-classique de l'obligation défendue par Grégoire Forest en vertu de laquelle toute obligation présente nécessairement une dimension subjective en ce qu'elle « confère à son titulaire une double prérogative : le droit de recevoir la prestation et le droit de l'exiger » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 194.

²²²¹ Elle indique en effet que « l'obligation instrumentale s'inscrit dans la lignée de l'obligation contractuelle échangiste (...) de donner et avoir pour objet d'opérer un transfert de propriété » instaurant un lien de droit typiquement subjectif entre les parties concernées : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 302.

cœur de la mise en œuvre juridique de l'externalisation administrative attribue-t-elle un droit subjectif au partenaire de l'administration qui conduit incidemment à reconnaître, au moins en partie, l'instauration d'un lien de droit correspondant entre celui-ci et l'autorité administrative compétente dans la mesure où elle instaure un élément du faisceau de droits et d'engagements qui constitue tout lien de droit subjectif.

Cette observation est par ailleurs confortée par la conception néo-classique de l'obligation élaborée par Grégoire Forest. Celui-ci affirme en effet que l'obligation confère, d'une part, le droit de recevoir ou d'exiger une prestation et, d'autre part, que ce dernier se présente parfois sous la forme d'une « *attribution de l'activité du débiteur* »²²²² au bénéfice du créancier. Alors que le caractère binaire de l'obligation induit à la fois une dimension objective en tant que norme de comportement et subjective en tant que lien de droit, l'implication précédemment soulignée du modèle du contrat-coopération sur la perception de l'obligation dans le cadre du concept d'externalisation paraît devoir être renforcée. Il est ainsi évident que l'obligation instrumentalisée de la sorte présente une dimension subjective en tant que lien de droit dès lors que tout créancier est titulaire d'un droit sur une autre personne ; c'est-à-dire d'un droit subjectif. La conception néo-classique apporte également un approfondissement utile à l'hypothèse ici défendue en ce qu'elle précise le contenu de ce droit, lequel concorde avec l'analyse de l'obligation essentielle située au cœur de la traduction juridique du concept d'externalisation administrative. À la fois droit de recevoir et d'exiger la prestation instrumentale, la créance née de l'obligation se retrouve aussi dans la mise en œuvre de ce concept du point de vue du partenaire de l'administration qui bénéficie d'une habilitation dérivée lui donnant droit à participer à la réalisation d'une compétence matérielle. Or, s'il est possible de retrouver en théorie dans ce droit de recevoir ou d'exiger « *les éléments de volonté inhérents au droit subjectif* »²²²³, ceux-ci transparaissent nécessairement de l'obligation essentielle. Cette conception inédite de l'obligation avancée en droit civil apporte en outre un second élément de confirmation de l'identification de ce droit subjectif du partenaire de l'autorité administrative compétente. La conception néo-classique précise effectivement que ce dernier assure toujours au créancier le bénéfice de la prestation effectuée par le débiteur²²²⁴, ce qui constitue la logique même du contrat-coopération dans la mesure où le

²²²² FOREST G., *op. cit.*, p. 209.

²²²³ FOREST G., *op. cit.*, p. 196.

²²²⁴ Grégoire Forest précise en effet que « *la créance sert quant à elle à attribuer les fruits de ce comportement (...), la créance permet à son titulaire de s'approprier le résultat du comportement du débiteur (...). Son rôle est d'assurer l'attribution des utilités de ce comportement au créancier* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 223 et 228.

prestataire instrumental, la personne publique compétente, fournit par l'édition d'une norme d'habilitation au prestataire final, son partenaire, le moyen indispensable à l'accomplissement de leur objectif commun. Mais l'identification de ce lien de droit subjectif instauré entre l'administration et son partenaire ne saurait être complète sans l'appréhension du droit correspondant que la première tire de sa relation de coopération avec le second.

359. Le droit de la personne publique d'exiger et de contrôler l'activité exercée. Autant que l'externalisation administrative à travers son critère organique, l'obligation essentielle qui participe de sa traduction juridique suppose la présence d'au moins deux personnes distinctes pour en assurer l'effectivité. L'identification de la signification subjective de l'obligation au sein de ce concept ne peut donc être accomplie sans l'observation de la situation de la personne publique compétente à l'égard de ce faisceau de droits et d'engagements qui la relierait à son partenaire. La détermination d'un tel lien de droit nécessite effectivement que chacune des parties dispose d'un droit subjectif à l'égard de son alter-ego ; c'est-à-dire de la créance qui est la cause de son engagement en tant que débiteur, de même qu'il est de l'essence de l'externalisation administrative que la relation de coopération qu'elle instaure associe étroitement deux parties au service de la satisfaction de l'intérêt général. Une fois de plus, c'est sur l'obligation essentielle qu'il s'agit de focaliser l'attention dans la mesure où c'est d'elle que le partenaire de la personne publique compétente tire son droit subjectif à bénéficier d'une habilitation dérivée à participer à l'accomplissement d'une compétence matérielle. Il convient alors de préciser les conditions de cet engagement de l'autorité administrative à conférer un tel titre à agir ; c'est-à-dire, finalement, d'en déterminer la cause. Outre le fait qu'elle attende de son partenaire qu'il exécute la prestation finale qui lui incombe et qui constitue en soi la cause de son engagement, et de l'opération d'externalisation dans son ensemble, la personne publique compétente tire de la norme d'habilitation un autre droit subjectif concomitant à celui-ci et qui consiste dans le droit de contrôler l'activité exercée par son partenaire afin de vérifier que la prestation finale qu'elle est en droit d'exiger corresponde à la prestation attendue selon les exigences préalablement déterminées en conformité avec les impératifs posés par l'intérêt général. Si le droit d'exiger la prestation finale pourrait suffire à l'identification d'un lien de droit subjectif au cœur de la mise en œuvre de l'externalisation administrative, il est intéressant de pousser au-delà l'analyse dès lors qu'il sert de support à un second droit subjectif caractéristique garantissant le respect des exigences d'intérêt général. Il s'agit par conséquent de déterminer précisément à partir de ces derniers la situation de

l'autorité administrative compétente par rapport au faisceau de droits et d'engagements duquel son partenaire tire son droit de participer à la réalisation de sa compétence matérielle.

A priori caractéristique du lien de droit subjectif instauré entre la personne publique compétente et son partenaire, le droit d'exiger l'accomplissement par celui-ci de la prestation finale pour laquelle il bénéficie d'une habilitation dérivée permet dans un premier temps de conforter l'hypothèse de son existence au cœur du concept d'externalisation administrative ; autrement dit, de confirmer la signification subjective de l'obligation. Il apparaît cependant insuffisant à lui seul pour confirmer que l'autorité administrative tire de cette relation un droit subjectif qui lui soit propre. Il convient toutefois d'en présenter brièvement les contours afin de poser les bases propices à l'identification de celui-ci. Alors que la conception néo-classique de l'obligation conduit à envisager toute créance comme un droit subjectif, la détermination de celui que l'autorité administrative compétente tire de sa relation avec son partenaire revient à identifier le contenu de sa créance. Or, si celle-ci désigne bien « *le droit subjectif à l'exécution de la norme de comportement que constitue la dette* »²²²⁵, il paraît logique que le droit subjectif détenu par la personne publique corresponde à celui qui lui permet de bénéficier de la réalisation de la prestation finale qui incombe à son partenaire, ou à défaut d'en exiger l'accomplissement. En ce qu'elle assure la distribution au créancier des bénéfices de la prestation du débiteur, la dimension subjective de l'obligation soulignée par Grégoire Forest autorise par conséquent à identifier le droit subjectif de l'autorité administrative compétente dans le droit de percevoir les bénéfices attendus de la réalisation de la prestation finale²²²⁶. Une identification qui concorde d'ailleurs avec l'agencement caractéristique des obligations organisé dans le cadre de la structure du contrat-coopération²²²⁷, mais qui comporte également une insuffisance que ce modèle permet de mettre en évidence à travers la rupture avec le lien de réciprocité des engagements caractéristiques du contrat-échange. Suzanne Lequette précise en effet que la prestation finale, objet de l'obligation essentielle, présente une originalité irréductible en ce qu'elle sert l'intérêt commun, ainsi que les intérêts de chacune des parties²²²⁸. Aussi convient-il de ne pas s'arrêter

²²²⁵ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 228.

²²²⁶ Car, « *en droit français, l'attribution est l'effet du droit subjectif de créance* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 224.

²²²⁷ Suzanne Lequette démontre en effet « *que la cause de l'engagement du prestataire instrumental réside dans le droit d'exiger la prestation finale, et la cause de l'engagement du prestataire final, dans le droit d'exiger la prestation instrumentale* » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 139.

²²²⁸ Suzanne Lequette indique que la prestation finale « *présente cette originalité de service deux intérêts économiques différents. Elle est ainsi mise au service aussi bien de l'intérêt de celui qui l'exécute – qui entend*

à ce droit de recevoir ou d'exiger les bénéfices de la prestation finale pour apprécier la situation propre à la personne publique compétente à l'égard du lien de droit subjectif qui l'unit à son partenaire²²²⁹. Cette situation renvoie en l'occurrence à un second droit détenu, cette fois-ci exclusivement, par l'autorité administrative : le droit de contrôler l'activité exercée par son partenaire.

Certes, la personne publique compétente dispose-t-elle à titre personnel et exclusif du droit subjectif d'exiger de son partenaire la réalisation de la prestation finale²²³⁰, mais elle n'est toutefois pas la seule à détenir le droit d'en recevoir les utilités dans la mesure où celles-ci sont distribuées dans les conditions préalablement déterminées entre les deux parties en conformité avec la co-prestation qu'elles ont organisé. Il est par conséquent incertain de fonder sa situation subjective sur l'identification d'un droit qui ne lui est que partiellement propre. Elle ne saurait donc être complète sans l'examen d'un droit concomitant que la personne publique tire également de la relation de coopération instaurée avec son partenaire : celui de contrôler le bon accomplissement de la prestation finale qu'elle est en droit d'exiger. Il a été précédemment démontré en effet que l'obligation essentielle imposait au partenaire de l'autorité administrative compétente de participer à la réalisation d'une compétence matérielle dans des conditions strictes déterminées à l'aune des exigences de l'intérêt général. Aussi a-t-il été précisé qu'il en découlait un droit subjectif singulier²²³¹ de contrôle propre à la personne publique en tant que ressource puisée de la norme d'habilitation dérivée. Il est par conséquent possible de compléter le droit d'exiger la réalisation de la prestation finale avec celui d'en contrôler le bon accomplissement ce qui entérine finalement l'hypothèse de l'existence d'une signification subjective de l'obligation au cœur de l'externalisation administrative dès lors qu'elle instaure irrémédiablement un faisceau de droits et d'engagements entre les parties. Un lien de droit auquel viennent s'ajouter les obligations accessoires renforçant l'étendue du

réaliser des bénéfices à partir de l'exploitation tout en acceptant d'assumer les pertes de celle-ci – que de son cocontractant – qui a le droit de recevoir une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires mais qui ne contribue pas à proprement parler aux pertes de l'exploitation commerciale » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 137.

²²²⁹ Son insuffisance résulte ainsi du fait que la prestation finale, si elle ne peut être exigée que par la personne publique compétente, ne bénéficie pas exclusivement à celle-ci mais bien aux deux parties (Suzanne Lequette précise également « *que le contrat-coopération opère un transfert de valeurs le temps pour celui qui en bénéficie de l'exploiter dans l'intérêt des deux parties* » : LEQUETTE S., *Ibid*) dès lors qu'elle vise à la satisfaction de leur intérêt commun ; c'est-à-dire ici l'intérêt général dans le cadre de l'externalisation administrative.

²²³⁰ Aussi Suzanne Lequette réaffirme-t-elle la détention d'un tel droit à l'aune de l'exemple fourni par le contrat d'édition dans la mesure où il est prévu que la cause de l'engagement de l'auteur, prestataire instrumental, auprès de l'éditeur, prestataire final, réside « *plus exactement dans le droit d'exiger l'exploitation commerciale de l'œuvre auquel fait suite le droit d'exiger une rémunération proportionnelle aux produits de l'exploitation* » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 138.

²²³¹ Et qui constitue d'ailleurs l'un des éléments principaux du critère fonctionnel du concept d'externalisation administrative.

contrôle exercé par la personne publique ainsi que les engagements de chacun afin de pérenniser la relation de coopération. Aussi apparaît-il que la situation de l'autorité compétente à l'égard de ce lien de droit subjectif présente toujours l'aspect inégalitaire des rapports d'obligation envisagés par le passé par la doctrine administrativiste. Cela démontre à la fois qu'il n'est pas impossible de déterminer la signification subjective de l'obligation au cœur de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, mais aussi que cette signification subjective ne peut non plus se suffire à elle-même et qu'elle conduit à l'examen d'une signification objective admise de longue date mais pourtant inexplorée en ce qu'elle porte sur l'adoption par les individus concernés d'un comportement déterminé imposé par l'intérêt général.

B. Une signification objective renouvelée : l'adoption d'un comportement déterminé

360. La réactivation d'une signification objective délaissée par la doctrine. Profondément mêlée à la conception romaniste originelle, l'obligation fut longtemps présentée en droit administratif à partir de sa dimension objective caractéristique des traits saillants et des exigences imposées par la présence de la puissance publique²²³². Certains auteurs affirmaient néanmoins qu'il était pressant de prendre en compte sa dimension substantiellement subjective, et donc d'en tirer les conséquences sur le plan de sa signification objective²²³³. Se reposait alors à nouveau le dilemme engendré par la difficile mais nécessaire conciliation entre le subjectif et l'objectif au sein de l'obligation²²³⁴ déjà suggérée dans les réflexions normativistes²²³⁵, elles-mêmes reprises par la doctrine civiliste afin de consacrer la

²²³² Ainsi Jacques Chevallier rappelait-il qu'en droit public « l'obligation est en effet alors indissociable de l'idée de norme, en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179. Et d'ajouter que la conception classique retenue par la doctrine civiliste devait « se heurter à l'irréductible spécificité du droit public, résultant de la dissymétrie, du « déséquilibre fondamental du rapport juridique » entre l'État et les administrés » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 180.

²²³³ Jacques Chevallier démontrait par exemple que la notion d'obligation offrait à la doctrine l'occasion d'une relecture de ses fondements, et notamment de son particularisme par rapport au droit privé : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179 et s., voir également dans le même sens : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 278 et s.

²²³⁴ Voir : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 922.

²²³⁵ Tenant d'une théorie du droit positif dite « pure », et non d'une théorie du droit naturel, Hans Kelsen constatait en effet l'ambivalence de la signification de l'acte juridique partagée entre l'objectif et le subjectif. Il affirmait également que dans un contexte où toute norme juridique est garante de la direction des conduites humaines par l'instauration de rapports de droit l'obligation devait nécessairement être appréhendée, en tant que norme juridique, comme un lien de droit subjectif et une norme juridique objective. Il précisait alors qu'« à l'idée que l'obligation juridique est une impulsion intérieure de l'homme (subjective), une poussée vers une conduite ressentie par lui comme prescrite, la liaison par une norme (objective) qui, norme naturelle ou norme

signification duale de l'obligation. La doctrine administrativiste semble cependant délaisser cette question préférant substituer à une approche théorique une ambition technique fondée sur sa seule dimension objective²²³⁶. Pourtant, l'expression de l'obligation en droit administratif ne peut guère s'émanciper d'une conception théorique en vertu de laquelle elle endosserait la signification d'une norme de comportement manifestée à partir d'un lien de droit subjectif, et ce à plus forte raison lorsque le droit civil consacre cette signification duale et que le concept d'externalisation administrative semble également devoir s'en servir provoquant un alignement de sa signification avec sa fonction normative. Il ne fait alors pas de doute que sa signification puisse être appréhendée comme celle d'une norme objective de comportement²²³⁷ dès lors qu'elle s'appuie également sur un lien de droit subjectif qui confère un droit à l'exécution de celle-ci.

L'évolution de la conception classique de l'obligation en droit civil contribue en effet à mettre d'autant plus en lumière les lacunes du droit administratif en la matière parmi lesquelles figure, d'une part, la non prise en compte de la signification subjective de l'obligation et, d'autre part, le délaislement de l'étude de sa signification objective en tant que norme de comportement édictée en fonction des exigences de l'intérêt général. Certains auteurs appelaient toutefois depuis le début du XXI^e siècle à adopter une démarche théorique ouverte à une réflexion sur la conception de l'obligation pour rendre compte de sa signification duale²²³⁸ à la fois subjective et objective. Cette conception doctrinale demeurait cependant

divine, serait innée en lui, et dont le droit positif ne ferait qu'assurer l'obéissance en établissant une sanction » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 124.

²²³⁶ Benoît Plessix indiquait par exemple que l'« *appréhension subjective des conditions de naissance des obligations a été délaissée au profit d'un regard simplement objectif sur la façon d'assurer leur extinction* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 292.

²²³⁷ Le phénomène de contractualisation et le débat qui l'accompagnait participent par exemple de la résurgence d'une réflexion théorique favorable à la reconnaissance de l'obligation en tant que norme objective de comportement imposée en partie par l'intérêt général. Ainsi Didier Truchet soulignait-il la nouvelle fonction de l'État face au développement croissant de l'économie de marché en précisant qu'il « *s'impose au marché, mais moins pour lui dicter ce qu'il doit faire que pour lui dire où et comment il doit user de sa liberté* » : TRUCHET D., « État et marché », *APD*, 1996, t. 40, p. 321. Notons tout particulièrement sur cette question associant l'évolution de la posture de commandement et la notion d'obligation la réflexion menée par Salim Ziani : ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015, p. 66 et s.

²²³⁸ Rappelant l'ambivalence de l'obligation du point de vue des personnes publiques, Jacques Chevallier suggérait que l'État puisse être perçu autant comme une « *source d'obligations* » que comme un « *sujet d'obligations* » capable « *d'entrer dans un authentique rapport d'obligations* » (CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 182, 183 et 184) avec d'autres personnes par l'instauration d'un lien de droit subjectif fait de droits et d'engagements réciproques. Une dichotomie qui renvoie alors à la distinction opérée auparavant entre la compétence normative, expression de la puissance publique commandante et souveraine, et la compétence matérielle, expression de l'autorité administrative agissante ou habilitante dans le cadre de laquelle de tels rapports d'obligation subjectifs seraient possibles.

enserrée dans un carcan qui maintenait la prééminence de sa dimension objective en tant que devoir imposé verticalement par la contrainte et qui s'opposait à l'influence civiliste²²³⁹. La doctrine administrativiste négligeait finalement l'étude de l'obligation pour ne plus s'y intéresser qu'à la marge, sur des points techniques. La doctrine montrait par conséquent une certaine inertie face aux mutations de la conception théorique de l'obligation, incapable d'en proposer une vision d'ensemble. Aussi le concept d'externalisation administrative offre-t-il l'opportunité de revenir sur ce terrain dès lors que sa mise en œuvre juridique repose sur une instrumentalisation de l'obligation de laquelle transparait une dualité ayant précédemment conduit à constater l'évidence de sa dimension subjective et, au-delà, celle de la dualité de sa fonction normative d'habilitation. Il ne saurait cependant être question de substituer cette dernière à la dimension objective mais plutôt de profiter de son émergence pour approfondir la connaissance de celle-ci à travers l'étude de leur conciliation. Loin d'être remise en cause, la signification objective de l'obligation en droit administratif est donc réactivée par l'étude de ce concept. Aussi est-il possible d'éclairer cette signification objective renouvelée à la lumière des réflexions conduites par Grégoire Forest (1). Un renouvellement qui s'exprime tout particulièrement dans la mise en œuvre de l'externalisation administrative (2).

1. Une signification renouvelée éclairée par la réflexion de Grégoire Forest

361.La signification objective de l'obligation néo-classique : une norme de comportement.

Alors que la conception classique de l'obligation en tant que lien de droit subjectif instauré entre un débiteur et un créancier semblait constituer un pilier de l'édifice du droit civil, la doctrine contemporaine y apporte une correction utile inspirée à la fois des réflexions théoriques menées par les normativistes et des racines romanistes de la notion d'obligation. Si cette correction a permis de renforcer la dimension subjective de sa signification par la réaffirmation du contenu de l'obligation source de droits subjectifs pour les créanciers, elle a dans le même temps participé à la consécration de l'émergence d'une dimension objective dotée d'une signification en tant que norme objective de comportement imposée à chaque débiteur. Ainsi la conception néo-classique se substitue-t-elle à la conception classique entraînant avec elle la nécessité de prendre en compte cette dimension de la signification de l'obligation en droit civil déjà sous-entendue aussi bien par le droit romain que par les travaux

²²³⁹ Jacques Chevallier soulignait que « *le principe de souveraineté semble opposer à première vue un obstacle infranchissable à toute transposition en droit public de la théorie classique des obligations* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 190.

conduits par les normativistes. Dans un cas comme dans l'autre en effet, il était admis que l'obligation, en tant que *vinculum juris* ou que norme juridique, présentait nécessairement une dimension objective²²⁴⁰ dès lors qu'elle était garantie par la contrainte que lui associe l'ordre juridique. Ainsi reposait-elle invariablement sur l'instauration d'un lien de droit subjectif dont l'effectivité était assurée par le droit objectif comme le rappellent les *Institutes* de Justinien²²⁴¹ ou les réflexions conduites par Hans Kelsen²²⁴². Cette dimension fut cependant longtemps oubliée par la doctrine qui préférait insister sur l'importance du lien de droit, et ce jusqu'aux remous suscités par les tenants d'une conception dualiste de l'obligation et à la solution finalement proposée par Grégoire Forest.

Après avoir entamé sa démonstration par le rejet de toute conception exclusivement objective de l'obligation en droit privé, Grégoire Forest parvient en effet à élaborer cette conception néo-classique en assurant la conciliation logique de ses dimensions à la fois subjective et objective. Selon lui, une conception purement objective de l'obligation devait nécessairement conduire à négliger l'importance du lien de droit au profit de la mise en évidence de sa propre valeur patrimoniale reconnue par le droit objectif qui garantit son exécution²²⁴³. Elle devait donc être écartée²²⁴⁴, tout comme la conception dualiste en vertu de laquelle la dette et la

²²⁴⁰ Georges Pieri soulignait d'ailleurs que dans la langue du droit romain, le terme obligation « signifie étymologiquement l'acte de lier et le lien qui en résulte, traduisant une conception objective de la notion qu'il sous-tend » : PIERI G., « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 221.

²²⁴¹ Il définissait en l'occurrence l'obligation comme un lien de droit tissé entre deux personnes distinctes en vertu « duquel nous sommes astreints (*adstringimur*) à exécuter une prestation (*alicuius solvendae rei*) conformément au droit de notre cité » : nous soulignons ici la référence explicite au droit objectif dans cette définition de l'obligation en tant qu'élément déterminant de la garantie de son effectivité.

²²⁴² Pour ce qui est de ce dernier, la référence à une dimension objective de l'obligation était encore plus évidente. Associant du point de vue de la théorie pure du droit l'obligation au droit, il affirmait que tout droit subjectif « présuppose l'obligation juridique d'autrui » : KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997, p. 126. Aussi reconnaissait-il à la fois explicitement la dimension subjective de l'obligation en tant que source de droit et implicitement sa dimension objective en l'opposant toujours au droit subjectif (le même constat revient d'ailleurs à propos de la phrase suivante : « *ma liberté juridique correspond toujours à la contrainte juridique d'autrui, mon droit subjectif à l'obligation juridique d'autrui* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 127). Une référence encore plus explicite dans sa *Théorie pure du droit* alors qu'il affirmait que « si l'on conçoit le droit comme un ordre de contrainte, on ne peut dire qu'une conduite donnée est objectivement prescrite en droit et qu'elle peut par suite être considérée comme faisant l'objet d'une obligation juridique, que si une norme juridique attache à la conduite contraire la sanction d'un acte de contrainte » : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 123. Or toute obligation juridique était justement associée selon lui à une sanction organisée par l'ordre juridique. Il affirmait d'ailleurs que la notion d'obligation juridique « est essentiellement liée à celle de sanction » confirmant ainsi sa dimension objective en tant que norme juridique : KELSEN H., *op. cit.*, p. 124.

²²⁴³ Cette conception objective de l'obligation prenait effectivement acte du « déplacement du centre de gravité de l'obligation de ses sujets vers son objet » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 27.

²²⁴⁴ Une nécessité mise en évidence quelques pages loin lorsqu'il affirme que « la conception de l'obligation comme d'un droit subjectif ne peut plus sérieusement être remise en cause. Il n'est en effet pas possible de nier qu'en droit positif le créancier est titulaire d'un droit de créance » : FOREST G., *op. cit.*, p. 83.

créance étaient nécessairement opposées. Il s'en inspire cependant pour proposer une correction attendue de la conception classique de l'obligation fondée sur une structure binaire impliquant une signification duale issue de l'association étroite de la créance en tant que droit subjectif et de la dette en tant que norme objective de comportement. Sans basculer dans une acception exclusivement objective il parvient de cette façon à consacrer l'émergence d'une telle signification de l'obligation en droit civil. Certes, la dette et la créance ne sont pas de natures semblables et doivent être distinguées. Mais elles ne doivent pas non plus être opposées ce qui implique d'aboucher à sa signification subjective une signification objective complémentaire. Dès lors, si l'obligation désigne toujours un droit subjectif détenu par le créancier, elle recouvre également le comportement objet de ce droit qui est imposé par une norme objective à son débiteur. La notion d'obligation apparaît donc comme un mécanisme juridique complexe fait de l'association complémentaire d'un droit subjectif et d'une norme objective²²⁴⁵ parfaitement résumé par la définition retenue par Grégoire Forest envisageant l'obligation comme « *la réunion de ces deux éléments : elle est un droit (subjectif) à l'exécution d'une norme de comportement* »²²⁴⁶.

Il convient alors de préciser brièvement le contenu objectif de l'obligation ainsi conférée par la conception néo-classique. Une fois posé le constat théorique d'une dimension normative intrinsèque à la notion d'obligation²²⁴⁷, Grégoire Forest poursuit sa démarche et démontre la pertinence de l'association complémentaire d'une dimension subjective et objective en son sein. Il précise en l'occurrence que si la créance est un droit subjectif, la dette est la norme de comportement sur laquelle peut être exercé ce droit afin d'en recevoir les bénéfices. Aussi affirme-t-il explicitement qu'elle « *est une norme objective et individuelle* » à travers laquelle l'obligation acquiert une signification objective qui « *vise à contraindre le débiteur à adopter tel comportement* »²²⁴⁸. L'obligation présente par conséquent une dimension objective en tant que devoir imposé à un individu par l'ordre juridique qui est en outre le garant de son respect par l'organisation d'une sanction. Si la fonction normative de l'obligation est d'assurer la distribution au créancier des bénéfices de la prestation exécutée par le débiteur, sa signification objective concerne tout particulièrement la prestation à exécuter alors que sa

²²⁴⁵ Aussi précise-t-il que, « *pour fonctionner, le droit positif en général, et l'obligation en particulier, ont tout autant besoin de l'idée de norme que de celle de droit subjectif* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 170.

²²⁴⁶ FOREST G., *op. cit.*, p. 171.

²²⁴⁷ Il indique qu'il « *y a donc du normatif dans l'obligation, et cette idée de devoir juridique correspond assez bien, sous la plume des juristes du XIXe siècle, aux avancées des philosophies collectivistes qui, se lassant de l'individu, ont cherché à reconquérir le groupe et la cité* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 173.

²²⁴⁸ FOREST G., *op. cit.*, p. 174 et 175.

signification subjective désigne le droit du créancier d'en bénéficier²²⁴⁹. Plus précisément encore, la conception néo-classique de l'obligation lui reconnaît un contenu en tant que norme objective destinée à fixer le cadre du comportement attendu de la part du débiteur ; c'est-à-dire de la prestation qu'il doit fournir à son créancier. En admettant par conséquent que l'obligation présente une signification objective en tant que norme de comportement, il paraît judicieux de tâcher de transposer cette conception néo-classique de l'obligation en droit administratif pour favoriser l'émergence d'une signification subjective de l'obligation. Une telle inspiration de la conception néo-classique permet également de confirmer le renouvellement de la signification objective de l'obligation induit par la prise en compte d'une signification duale révélée par le concept d'externalisation administrative qui instrumentalise l'obligation pour édicter notamment une norme d'habilitation à la fois ressource, dans la mesure où elle confère des droits subjectifs, et contrainte, dès lors qu'elle fixe un cadre à respecter et des devoirs objectifs à remplir.

362.La signification objective renouvelée de l'obligation administrative. Benoît Plessix ne manquait pas de rappeler les racines romanistes de la conception traditionnelle de l'obligation en droit administratif. Ce faisant, il précisait qu'elle y désignait un lien de droit dominé par une dimension objective en tant que devoir²²⁵⁰ imposé aux individus par l'administration ; c'est-à-dire comme un « *ordre donné par le régime juridique à l'individu et que celui-ci doit observer* »²²⁵¹. C'était donc davantage le caractère contraignant de l'obligation qui engageait la doctrine à mettre en évidence sa signification objective²²⁵². L'obligation était une règle de droit individualisée, un ordre, dont la caractéristique principale était d'être intégrée à l'ordonnement juridique et ainsi associée à une sanction. Une signification objective de l'obligation qui répondait en outre aux spécificités du droit administratif marqué par

²²⁴⁹ Grégoire Forest précise que le résultat de l'obligation « *s'obtient par la conjonction de deux éléments dont chacun possède une fonction propre : la dette, élément normatif de l'obligation, explique au débiteur ce qu'il doit faire ; la créance, élément subjectif de l'obligation, assure au créancier l'attribution de l'activité déployée par le débiteur* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 209.

²²⁵⁰ Il démontrait en effet qu'au-delà du lien de droit, l'élément essentiel de l'obligation résidait finalement dans « *la prestation due à raison de laquelle le débiteur se trouve astreint (et donc contraint) envers le créancier de l'exécuter* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 287. Et d'ajouter que « *l'obligation n'est pas seulement un rapport, c'est surtout un pouvoir de contrainte* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 289.

²²⁵¹ VON TUHR A., *Partie générale du Code des obligations*, vol. 1, Imprimerie centrale, 2^e éd., 1933, p. 9. Voir dans le même sens : AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2010, p. 198.

²²⁵² Contrairement à l'évolution historique de la pensée civiliste sur l'obligation, la doctrine administrativiste conservait une vision romaniste de l'obligation dans laquelle la contrainte exercée sur le lien entre les individus résultait d'une objectivation par l'ordre juridique. Elle demeurait alors par conséquent ce « *rapport juridique contraignant (et donc objectif) liant le créancier au débiteur une fois l'engagement (subjectif) souscrit, non l'acte ou le fait produisant l'obligation* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 290.

l'inégalité des rapports entre les personnes publiques et les particuliers, ainsi que par la supériorité correspondante des premières titulaires de prérogatives de puissance publique et du pouvoir de commandement unilatéral. La prise en compte de l'obligation comme un vecteur juridique d'un ordre contraignant imposé aux administrés prenait donc logiquement le pas sur son essence subjective en tant que lien droit, et sur son appréhension en tant que norme de comportement pourtant envisagée par les théories normativistes. Aussi l'émergence de la conception néo-classique et son influence précédemment évoquée sur l'irruption d'une telle signification objective de l'obligation en droit civil présente-t-elle un intérêt évident pour l'enrichissement de la signification objective traditionnelle de l'obligation en droit administratif. Il convient en effet d'admettre que l'obligation ne soit pas seulement une règle de droit édictée par une autorité administrative imposant par la contrainte un devoir aux particuliers. Elle doit également être appréhendée comme une « *norme de droit objectif imposant un comportement sous la menace d'une sanction de nature coercitive ou répressive* »²²⁵³. Un renouvellement de la signification objective de l'obligation administrative qui marquerait ainsi une certaine rupture par rapport à sa signification traditionnelle.

La signification objective de l'obligation traditionnellement retenue par la doctrine administrativiste semblait pourtant ne plus laisser la place à la discussion. Michel Villey la bousculait toutefois quelque peu sur le plan de la théorie en dénonçant un dévoiement certain de la conception romaniste qui n'identifiait l'obligation qu'à travers l'existence d'un lien de droit subjectif, sanctionné par l'ordre juridique, reliant un créancier à son débiteur²²⁵⁴. Aussi imputait-il principalement aux théoriciens modernes la faute d'un tel glissement de la signification de l'obligation vers une dimension objective opposée à sa signification initiale en tant que lien de droit subjectif²²⁵⁵. Selon lui, la dimension objective de l'obligation adoptée en droit public résultait de son instrumentalisation afin de justifier l'encadrement des conduites individuelles, par nature libres, à partir de la signature du contrat social et donc dans un rapport toujours vertical. C'est d'ailleurs cette appellation même de contrat social qui

²²⁵³ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 175.

²²⁵⁴ Il rappelait effectivement que le droit romain n'identifiait l'obligation « *que lorsqu'existe ce que nous appelons aujourd'hui un droit personnel, ou pour parler comme les romains, chaque fois qu'un créancier dispose contre son débiteur (...), d'un actio in personam* » : VILLEY M., « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, 1970, p. 291.

²²⁵⁵ Ainsi soulignait-il que, « *pour les théoriciens modernes, qui construisent leur système autour de la notion d'individu, par exemple chez Hobbes ou chez Wolff, l'obligation est l'antithèse du droit attribué à l'individu* » : VILLEY M., *op. cit.*, p. 292.

invitait la doctrine à emprunter aux romanistes le vocable de l'obligation pour en faire un instrument juridique de contrainte objective finalement distinct de l'obligation en tant que lien de droit issu de l'expression de la volonté des parties. Il convenait alors de différencier l'obligation juridique et l'obligation politique, laquelle devait correspondre au sens large au devoir de tout citoyen d'obéir aux commandements de l'administration édictés dans l'intérêt général. Ce faisant, Michel Villey mettait clairement en évidence une rupture entre la conception classique de l'obligation et la conception administrativiste recouvrant une signification exclusivement objective. Si la première impliquait toujours une forme d'objectivation indispensable pour garantir son effectivité à travers l'instauration d'une sanction par l'ordre juridique, du moins la seconde se détachait-elle nettement de toute référence subjective au point qu'il ne semblait plus nécessaire de s'y intéresser. C'est pourtant le constat de la prise en compte nécessaire d'une signification subjective de l'obligation qui peut conduire la doctrine à s'intéresser de nouveau à sa signification objective afin de préciser les conditions de sa conciliation avec la première. Celle-ci permet par conséquent de prendre la mesure du renouvellement imposé à la signification traditionnelle de l'obligation en droit administratif : d'un devoir objectif imposé verticalement par l'ordre juridique elle devient une norme objective de comportement imposée horizontalement entre les parties. Hans Kelsen affirmait d'ailleurs que, dans sa dimension objective, « *l'obligation n'est pas quelque chose de différent de la norme, l'obligation est la norme dans sa relation avec le sujet dont le comportement est commandé* »²²⁵⁶. Ainsi suggérait-il déjà cette ambivalence caractéristique que mettrait en lumière plus d'un demi-siècle plus tard la doctrine civiliste, en particulier sous la plume de Pascal Ancel et de Grégoire Forest²²⁵⁷. L'obligation serait ainsi à la fois une norme juridique sur le plan objectif, et un droit personnel à l'exécution d'une prestation sur le plan subjectif car si elle est une « *norme* » ce n'est que « *dans la relation avec le sujet dont le comportement est commandé* ».

Le concept d'externalisation administrative permet en l'occurrence de mettre en évidence ce renouvellement de la signification objective de l'obligation en droit administratif. Il ne saurait effectivement plus être question de l'envisager, comme auparavant, en tant qu'obligation politique contraignant tout individu à obéir aux commandements de l'administration. Il s'agit

²²⁵⁶ KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 175.

²²⁵⁷ Ce dernier affirme en effet dans son *Essai sur la notion d'obligation en droit privé* l'existence d'une définition néo-classique de l'obligation en vertu de laquelle elle présente une structure binaire avec d'un côté « *la dette, qui ressort du domaine du normatif, se place pour cette raison sur le plan du droit objectif* », et de l'autre « *la créance, quant à elle, n'est pas le simple reflet de cette norme. Elle est un élément autonome qui possède la nature d'un droit personnel* » : FOREST G., *op. cit.*, p. 171.

plutôt d'en revenir à une conception proprement juridique éclairée par la correction apportée par Grégoire Forest. Si Benoît Plessix proposait dès le début du XXI^e siècle d'envisager l'obligation administrative comme un lien de droit par lequel l'administration ou un administré se retrouve contraint à exécuter une prestation au bénéfice de l'autre sous peine d'une sanction²²⁵⁸, il suggérait déjà les linéaments de la conception néo-classique ou, du moins, de sa transposition en droit administratif selon laquelle l'obligation est un lien de droit subjectif exprimant également la signification d'une norme objective de comportement²²⁵⁹. Cette construction civiliste permet alors d'approfondir davantage la signification objective renouvelée de l'obligation administrative en tant que norme de comportement à part entière édictée par l'ordre juridique au bénéfice du créancier détenteur du droit subjectif correspondant. En droit public, l'obligation serait également une norme de comportement édictée au nom de l'intérêt général, garantie par l'ordre juridique, dont le créancier pourrait exiger la réalisation.

Une signification renouvelée qui trouve par ailleurs une illustration concrète à travers l'instrumentalisation de l'obligation par le concept d'externalisation administrative. Outre le fait que le modèle du contrat-coopération ait été conçu en partie sur la prise en compte de cette dualité de l'obligation²²⁶⁰, le concept étudié comporte en lui-même à travers ses critères fonctionnel et matériel les ferments d'un tel renouvellement. Si l'obligation essentielle est au cœur de sa mise en œuvre en tant que support juridique de la norme d'habilitation dérivée indispensable à la participation d'un tiers à la réalisation d'une compétence matérielle, et que selon Hans Kelsen l'habilitation était bien l'une des fonctions normatives objectives reconnues par l'ordre juridique, alors l'obligation essentielle est une norme juridique objective ; c'est-à-dire une norme de comportement. Essentielle ou accessoire, l'obligation présente d'ailleurs bien dans le cadre de l'externalisation administrative une dimension

²²⁵⁸ S'appuyant sur la définition justinienne, il indiquait qu'il était possible de « *dire que l'obligation administrative est un lien de droit par l'effet duquel l'Administration ou un administré se trouve contraint à la nécessité d'exécuter une prestation* » du fait de l'expression de leur volonté dès lors que celle-ci est reconnue par le droit objectif : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 284.

²²⁵⁹ Une dualité que l'on retrouve d'ailleurs déjà dans les travaux conduits par Hans Kelsen. Ce dernier démontrait en l'occurrence que « *l'obligation juridique n'est pas autre chose qu'une norme juridique dans son rapport à l'individu à la conduite duquel la norme attache une sanction* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 11.

²²⁶⁰ Suzanne Lequette rappelle qu'à côté du lien de droit subjectif instauré par l'obligation, celle-ci engendre également une nouvelle norme juridique inscrite dans l'ordonnement juridique. C'est en l'occurrence à partir de cette distinction proposée par Pascal Ancel qu'elle parvient à poser les linéaments de son modèle. Elle affirme alors qu'il est possible d'admettre « *que le rapport d'obligation, en tant qu'il lie les intérêts, dicte la production d'effets juridiques obligatoires nouveaux* » dont la réunion forme la structure obligationnelle du contrat-coopération mêlant ainsi les significations subjective et objective de l'obligation : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 55.

expressément objective qui constitue pour chaque partie « son « *ordre de mission* » »²²⁶¹ dictée en partie en fonction des exigences de l'intérêt général. Il convient cependant de préciser encore davantage les contours de cette signification objective renouvelée de l'obligation révélée par l'externalisation administrative.

2. Une signification renouvelée révélée par l'externalisation.

363. Une norme objective de comportement exprimant l'habilitation dérivée. Le premier signe du renouvellement de la signification objective de l'obligation qu'il est possible de déceler à travers l'examen de son instrumentalisation par le concept d'externalisation administrative résulte des conséquences même du constat de la fonction normative duale qui en découle, alors qu'elle sert de vecteur juridique à l'édiction d'une norme d'habilitation indispensable à la mise en œuvre de cet outil de gestion dans la sphère publique. Dans la mesure où la participation d'un tiers à la réalisation d'une compétence matérielle dépend de son habilitation par l'autorité administrative compétente, l'obligation poursuit de toute évidence une finalité habilitante qui suppose à la fois l'existence d'un rapport de droit subjectif précédemment évoqué entre l'acteur habilitant et l'acteur habilité qui se présente comme une ressource pour l'un et l'autre²²⁶², mais aussi l'existence d'une signification objective évidente. D'une part, parce que l'édiction d'une norme d'habilitation dérivée d'une habilitation primaire organisée par l'ordre juridique confère à la première une telle dimension en ce qu'elle résulte du fonctionnement dynamique de cet ordre. D'autre part, car le cadre qu'elle fixe à chacun est irrémédiablement objectif en ce qu'il s'impose au nom de l'intérêt général et n'est pas directement le résultat de l'expression d'un accord de volontés. Dès lors que la norme d'habilitation, primaire ou dérivée, est invariablement une norme de comportement objective²²⁶³ en ce qu'elle indique à chacun des acteurs la conduite à tenir, il s'agit de

²²⁶¹ FOREST G., *op. cit.*, p. 210.

²²⁶² Le concept de norme d'habilitation développé par Guillaume Tusseau autorise à considérer que la « *norme d'habilitation augmente les possibilités d'action des acteurs au-delà de leur capacité naturelle* » comme le fait explicitement la norme d'habilitation dérivée dans le cadre de l'externalisation administrative : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 481. Et d'ajouter que « *l'habilitation s'avère de la sorte une ressource que l'acteur mobilise en vue d'atteindre certains objectifs* ».

²²⁶³ Guillaume Tusseau démontrait qu'une approche fonctionnelle du concept de norme d'habilitation renvoyait toujours au constat de sa signification essentiellement objective qui permet de l'appréhender indépendamment des acteurs qu'elle concerne en tant que norme de conduite. Il précisait en l'occurrence qu'« *en faisant abstraction de la manière dont ces derniers peuvent concevoir, modeler ou subir l'ordre juridique, l'approche fonctionnelle du concept de norme d'habilitation met en évidence la fonction objective des énoncés habilitants* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 195. Il précisait d'ailleurs que cette approche conduisait nécessairement à considérer que « *les normes d'habilitation sont l'un des facteurs qui déterminent la conduite des individus* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 231.

déterminer les manifestations de cette signification objective pour l'acteur habilité, puis pour l'acteur habilitant dans le cas de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Pour ce faire, il convient de s'aider de la transposition de la conception néo-classique de l'obligation en droit administratif afin de préciser l'identification des contours d'une telle signification de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative en tant que norme objective de comportement²²⁶⁴ destinée à permettre l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation d'une compétence.

Concernant l'acteur habilité, la signification objective de l'obligation essentielle paraît en effet recouvrir celle d'une norme de comportement, à l'instar de celle dévoilée par la conception néo-classique de l'obligation et par le concept de norme d'habilitation. Grégoire Forest affirme dans ce sens que la dette se distingue de la créance en ce qu'elle attrait non pas essentiellement au sujet auquel elle incombe mais à l'objet sur lequel elle porte ; c'est-à-dire la détermination de la prestation attendue de la part du débiteur quel qu'il soit. La dette invite donc à appréhender la prestation attendue par chacune des parties comme le résultat d'un comportement que chaque débiteur doit adopter afin d'en fournir les résultats au créancier. Elle se combine alors avec la créance pour assurer la réalisation de l'opération attendue : le débiteur est objectivement astreint à suivre un comportement déterminé alors que le créancier dispose quant à lui d'un droit subjectif à en recevoir ou en exiger les bénéfices. De façon assez similaire, le concept de norme d'habilitation développé par Guillaume Tusseau repose sur la reconnaissance de son caractère contraignant en ce que cette norme impose à chacun des acteurs une conduite déterminée dont ils ne peuvent s'écarter sous peine de sortir de la légalité²²⁶⁵. Ainsi la norme d'habilitation dérivée portée par l'obligation essentielle présente-t-elle bien pour l'acteur habilité, comme en droit civil, la signification objective d'une « *norme de comportement, qui contraint le débiteur à adopter une conduite déterminée* »²²⁶⁶ afin, dans le cas présent, de fournir la prestation finale attendue par l'autorité administrative compétente.

²²⁶⁴ Cette signification objective est également confirmée par la conception néo-classique de l'obligation développée en droit civil. Celle-ci indique en effet que la source de la dette, si elle résulte toujours de l'expression de la volonté des parties, n'acquiert une portée effective qu'en vertu de sa reconnaissance par l'ordre juridique qui lui confère son caractère contraignant pour le débiteur.

²²⁶⁵ Guillaume Tusseau démontrait d'ailleurs que « *chacun est contraint de prendre en compte les autres et les réactions qu'autorisent leurs propres normes d'habilitation, avérées ou potentielles* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 559. Voir également sur l'appréhension de la norme d'habilitation comme une norme de conduite : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 231 et s. Il affirmait notamment que « *le fait que les énoncés habilitants constituent des modèles de conduites pour les acteurs juridiques peut être établi à partir des réflexions de H.L.A Hart* » : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 233.

²²⁶⁶ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 212.

À la différence près que le comportement attendu n'est pas uniquement déterminé à l'aune de la volonté des parties, mais également des exigences imposées à toute action administrative par l'intérêt général. C'est donc à un double titre que l'obligation essentielle, en tant que support juridique de l'habilitation dérivée, présente une signification objective renouvelée dont le contenu correspond à l'expression d'une norme de comportement qui dicte à l'acteur habilité la prestation finale qu'il doit exécuter à la fois pour son créancier, sur un plan subjectif, et pour la satisfaction de l'intérêt général, sur un plan objectif. Alors que l'acteur habilité dispose envers son partenaire d'un droit subjectif qui lui est propre et lui permet d'exercer une activité qui lui est en principe interdite, il se voit imposer un comportement déterminé par la norme d'habilitation dérivée qui précise le contenu et les conditions de réalisation de la prestation attendue²²⁶⁷. Celle-ci apparaît cependant également comme une source de contrainte pour l'acteur habilitant illustrant une fois encore la signification objective de l'obligation essentielle.

Quand Herbert Hart précisait que les normes d'habilitation présentaient une signification de norme de conduite en ce qu'elles « *guident le comportement de ceux qui exercent des pouvoirs* » et se rapprochent ainsi « *d'instructions expliquant comment réaliser certains résultats* »²²⁶⁸, il suggérait par là qu'elles s'appliquaient ainsi à chacun des acteurs d'une habilitation. Dans la cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, l'acteur habilité n'est par conséquent pas le seul à subir la dimension objective contraignante de l'obligation essentielle. En plus de devoir fournir à son partenaire l'autorisation à participer à la réalisation de sa compétence, qui constitue la prestation instrumentale qu'elle lui commande, l'autorité administrative compétente doit également s'assurer, en vertu de l'habilitation dérivée qu'elle a édicté et de l'habilitation primaire qui lui confère son titre à agir, que l'acteur habilité respecte les conditions de son habilitation et de l'enjoindre à le faire dans le cas contraire. Le caractère contraignant de la norme d'habilitation dévoilé par Guillaume Tusseau²²⁶⁹ trouve d'ailleurs ici une illustration éclairante dans la mesure où l'obligation essentielle qui exprime l'habilitation dérivée dans le cadre de l'externalisation administrative impose des charges aussi bien à l'un qu'à l'autre des acteurs. Comme cela

²²⁶⁷ Grégoire Forest indique en effet que « *la prestation est le comportement que le débiteur doit adopter. Son exécution est l'objet du droit du créancier* » : FOREST G., *Ibid.*

²²⁶⁸ HART H. L. A., « Bentham on Legal Powers », in *Jeremy Bentham – Critical Assessments*, vol. 3 *Law and Politics*, Routledge, 1993, p. 136.

²²⁶⁹ Il démontrait finalement que, « *parce qu'elle est une ressource juridique capitale, convoitée par des acteurs qui se font concurrence et interagissent les uns avec les autres, la norme d'habilitation fait figure de contrainte* » pour tous les acteurs qu'elle concerne : TUSSEAU G., *op. cit.*, p. 633.

vient d'être évoqué, celles incombant à l'acteur habilité apparaissent expressément et sont confirmées par la conception néo-classique de l'obligation. Il n'en demeure pas moins que celles attribuées à l'acteur habilitant ne doivent pas non plus être négligées qu'il s'agisse de la détermination de la prestation instrumentale qu'il doit fournir ou du contrôle qu'il doit exercer²²⁷⁰. En outre, celle-ci ne résulte pas, à la différence de sa prestation instrumentale, de l'expression de la volonté de son partenaire mais d'une exigence imposée par l'ordre juridique au nom de l'intérêt général confirmant également cette signification objective de l'obligation. Une signification qui est d'ailleurs précisée par les obligations accessoires.

364. Une norme objective de comportement précisée par les obligations accessoires.

Étroitement associées dans le cadre de la structure obligationnelle caractéristique du contrat-coopération, et de la traduction juridique du concept d'externalisation administrative, les obligations essentielle et accessoires contribuent de manière complémentaire à la fonction normative duale d'habilitation ; c'est-à-dire à l'instauration d'un lien de droit subjectif support de l'édiction d'une norme objective de comportement. Si la première sert directement à l'expression de la norme d'habilitation dérivée, les secondes n'en jouent pas moins un rôle important dans la mesure où elles consistent justement à préciser le contenu de la norme de comportement et à renforcer le lien de droit. Elles indiquent effectivement à l'un comme à l'autre des acteurs la conduite à tenir, et plus précisément les conditions dans lesquelles il convient de la mettre en œuvre. Certes, il ne peut être considéré qu'elles expriment à proprement parler une norme de comportement à l'instar de l'obligation essentielle dans la mesure où elles ne sauraient être apparentées à un « *ordre de mission* »²²⁷¹ énoncé à l'encontre des parties à la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation administrative. À la différence de l'obligation essentielle, elles ne participent pas en effet à la détermination de la prestation instrumentale ou de la prestation finale. Elles n'ont donc *prima facie* rien à voir avec le comportement imposé par l'habilitation dérivée à l'autorité administrative compétente et à son partenaire. Il convient cependant de procéder à quelques brefs rappels sur la signification des obligations accessoires dans le cadre du modèle du contrat-coopération afin de mieux appréhender celle qu'elles expriment dans le cadre de leur instrumentalisation par le concept d'externalisation administrative. Elles y apparaissent en l'occurrence comme un

²²⁷⁰ Cette obligation de contrôle lui incombe du fait du maintien de sa compétence et exprime une norme de conduite dans la mesure où elle lui indique le comportement qu'il se doit d'adopter afin d'assurer le bon accomplissement de sa compétence par l'acteur habilité

²²⁷¹ FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 210.

maillon indispensable de la chaîne que constitue l'agencement des obligations susceptibles d'instaurer une relation de coopération²²⁷² pérenne au service de la réalisation d'un intérêt commun, et cela aux côtés des obligations essentielles (d'où leur désignation accessoire qui ne reflète pas l'importance de leur fonction mais leur situation par rapport à celles-ci).

Certes les obligations accessoires ne participent-elles pas directement à l'instauration du lien de droit subjectif dans lequel est exprimée la norme de comportement imposé à chacune des parties dans le cadre d'une relation d'externalisation administrative. Mais, malgré leur dénomination, elles « revêtent une portée substantielle essentielle en ce qu'elles agissent sur le lien qui unit les intérêts économiques des partenaires »²²⁷³, et ce afin de garantir son effectivité²²⁷⁴. Le modèle du contrat-coopération apporte donc de nouveau un enseignement utile pour déceler dans le cadre de l'externalisation administrative la dimension objective de l'obligation en tant que norme de comportement dès lors qu'il relie étroitement les obligations accessoires à la norme de comportement édictée par l'obligation essentielle précédemment identifiée. Il permet en effet d'affirmer que ces obligations contribuent à préciser la signification de la norme exprimée par l'obligation essentielle en fixant un cadre objectif susceptible d'éclairer les conditions de sa mise en œuvre par chacune des parties²²⁷⁵. Il n'y a donc pas que la norme d'habilitation dérivée, exprimée par l'obligation essentielle, qui présente dans le cadre de l'externalisation administrative une signification objective en tant que norme de comportement. Ou plutôt, il convient d'ajouter qu'elle implique nécessairement un complément indispensable à la bonne réalisation de l'opération de coopération envisagée par chacune des parties. Il s'agit tout particulièrement de ces obligations accessoires destinées à encadrer la conduite attendue par chacun des acteurs de l'habilitation, non pas tant pour préciser leurs prestations respectives, instrumentale et finale, qui sont l'objet de l'obligation essentielle, que pour renforcer le cadre coopératif de sa réalisation et ainsi assurer que chacun remplisse son rôle conformément à l'objectif commun poursuivi. Ainsi contribuent-elles

²²⁷² Valérie Pironon précisait en l'occurrence, à travers l'exemple des joint ventures, que la logique de coopération se traduit « par l'insertion dans le contrat de clauses singulières » qui s'identifient comme des obligations accessoires : PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004, n° 93.

²²⁷³ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 317.

²²⁷⁴ Jacques Raynard considère qu'il s'agit de « dispositions qui ne tiennent pas de la prestation caractéristique de l'accord mais qui concourent à sa prise d'effet optimum » : RAYNARD J., « Le domaine des prérogatives contractuelles, variété et développement », *RDC*, 2011, p. 702.

²²⁷⁵ Elles contribuent à renforcer « le rapport de complémentarité ordonnée qu'entretiennent les obligations, c'est-à-dire le lien qui unit les intérêts convergents mais différents des partenaires » ou « permettent de délimiter le champ matériel et temporel de la coopération » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 330 et 331.

d'une certaine façon à l'édition d'une norme de comportement objective en précisant les contours de chacune des prestations qui doit être fournie dans le cadre de l'opération de coopération envisagée.

Or la conception néo-classique de l'obligation précise que tout élément qui participe de la définition de la prestation due par un débiteur en vertu d'une obligation peut être considéré comme une composante de la norme de comportement qui détermine la conduite d'une partie dans le cadre d'une relation qui l'unit à une autre personne juridique. Aussi l'obligation accessoire présente-elle dans le cadre de l'externalisation administrative une signification de norme objective de comportement²²⁷⁶ dès lors qu'elle précise simplement les conditions selon lesquelles l'acteur habilitant et l'acteur habilité doivent fournir leurs prestations réciproques. Un autre élément tiré de la conception néo-classique invite également à reconnaître à l'obligation accessoire cette signification objective en tant que norme de comportement. Il s'agit de la précision apportée, à propos de la dette, sur la définition de la prestation qui constitue l'objet de la norme de comportement exprimée par la dimension objective de l'obligation. Dans la mesure où elle apporte un avantage au créancier, celle-ci doit imposer au débiteur une conduite exorbitante ; c'est-à-dire une conduite qu'il n'aurait pas adoptée de lui-même mais qu'il se trouve contraint de suivre dans le cadre de l'obligation²²⁷⁷. Or l'obligation accessoire est particulièrement conforme à cette définition alors qu'elle impose à chacun des acteurs d'une relation d'externalisation de suivre un comportement singulier déterminé à l'aune des exigences de l'intérêt général, et donc qu'ils n'auraient pas envisagé de poursuivre s'il s'était agi exclusivement de leur intérêt propre. Tous ces éléments conduisent par conséquent à admettre que les obligations accessoires participant à la structure obligationnelle caractéristique de la traduction juridique du concept d'externalisation administrative précisent la conduite que chacune des parties doit suivre. Ces obligations présentent par conséquent elles aussi une signification objective renouvelée en tant que norme de comportement exprimée à partir d'un lien de droit subjectif, et donc étroitement liée à des droits subjectifs. Il ne reste alors qu'à en donner une illustration pour le confirmer. Sur ce point, aucun exemple

²²⁷⁶ Grégoire Forest affirme « que l'obligation est une norme de comportement, qui contraint le débiteur à adopter une conduite déterminée » : FOREST G., *op. cit.*, p. 212. Muriel Fabre-Magnan considérerait d'ailleurs que tout ce qui relève du faire dans une obligation relevait nécessairement d'une norme de comportement dans la mesure où « tout ce à quoi un homme peut s'engager est compris dans le mot faire » : FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 89.

²²⁷⁷ Il indique par exemple que « par l'obligation, le débiteur doit être tenu de faire plus envers le créancier que ce à quoi tout autre sujet de droit est normalement astreint (...). La prestation s'entend alors d'un comportement attendu d'un débiteur déterminé, consistant en un sacrifice supérieur à celui que l'on peut légitimement attendre d'un tiers » : FOREST G., *op. cit.*, p. 214.

ne pourrait être plus significatif que celui déjà évoqué de l'obligation de service public ou de l'obligation domaniale. Non seulement ces dernières contribuent à l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation d'une compétence matérielle, l'accomplissement d'une activité de service public ou la gestion d'une dépendance du domaine public. Mais elles en fixent également les conditions au nom des exigences particulières imposées par l'intérêt général : règles tarifaires ou de fonctionnement du service pour la première et occupation conforme ou préservation du domaine public pour la seconde.

Conclusion de section. Qu'elle soit essentielle ou accessoire, l'obligation est donc bien instrumentalisée dans le cadre du concept d'externalisation administrative afin d'endosser une fonction normative duale dont la finalité est de permettre l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation d'une compétence matérielle d'une personne publique à partir de l'instauration d'un lien de droit subjectif. Elle présente par conséquent une signification duale en tant que source de droits subjectifs et que norme de comportement objective pour chacune des parties. L'étude de la traduction juridique de ce concept, éclairée par le modèle du contrat-coopération et le concept de norme d'habilitation, conduit en l'occurrence à l'observation d'une illustration manifeste de l'existence d'une telle signification de l'obligation en droit administratif. Aussi, lorsqu'elle est mise au service de l'instauration d'une relation de coopération, l'obligation comporte-t-elle à la fois l'expression du droit subjectif dont dispose un individu sur le comportement d'un autre pour obtenir la satisfaction de son intérêt, et un « devoir être » objectif imposé à une personne juridique pour garantir la satisfaction de l'intérêt général. Sa signification ainsi renouvelée repose en particulier sur la conciliation d'une dimension objective et subjective rendue indispensable pour la mise en œuvre, en droit administratif, d'une opération de coopération telle que l'externalisation administrative. Ainsi favorise-t-elle l'articulation des prestations attendues de la part de chacune des parties afin de parvenir à la concrétisation de l'objectif commun qu'elles poursuivent et à la satisfaction de leurs intérêts respectifs.

Conclusion de Chapitre.

L'étude de la finalisation de l'obligation instrumentalisée par le concept d'externalisation administrative au service de l'organisation d'une habilitation à la réalisation d'une compétence matérielle dévoile une fonction normative duale jusque-là ignorée par la doctrine publiciste malgré des suggestions théoriques ponctuelles allant de ce sens. Cette fonction

normative repose notamment sur une conception renouvelée de la dimension objective de l'obligation sur laquelle reposait auparavant la conception traditionnellement retenue en droit administratif en tant que rapport de droit objectif exprimant un devoir imposé à son destinataire par l'ordre juridique. Un renouvellement suscité par son association avec une dimension subjective longtemps rejetée par la doctrine alors qu'elle constituait la substance même de la conception classique retenue par les civilistes. Aussi cette fonction normative duale de l'obligation découverte à l'occasion de l'observation du concept d'externalisation administrative consiste-t-elle en l'instauration d'un lien de droit subjectif entre l'autorité administrative compétente et son partenaire au sein duquel est édictée une norme d'habilitation. Cette dernière est en l'occurrence indispensable à la mise en œuvre juridique de ce concept, dans la mesure où elle permet à la première d'autoriser le second à participer à la réalisation d'une compétence matérielle dans des conditions strictement définies à l'aune des exigences de l'intérêt général, et sous le contrôle de la personne publique. Il est également possible d'en déduire la signification normative duale à laquelle elle correspond et qui éclaire encore davantage la structure obligationnelle de la traduction juridique de l'externalisation administrative. L'instrumentalisation de l'obligation comme norme d'habilitation dérivée conduit effectivement à constater qu'elle exprime à la fois une source de droits subjectifs et une norme de comportement adressée à chacune des parties à l'opération de coopération envisagée.

Une telle finalisation de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative fait alors écho à diverses évolutions ayant traversé l'étude de l'obligation juridique ; qu'il s'agisse des réflexions menées par les normativistes, ou encore les nombreux travaux contemporains conduits par la doctrine civiliste. Elle répond tout particulièrement à l'élaboration récente par Grégoire Forest d'une conception néo-classique de l'obligation désormais envisagée à partir d'une structure binaire comme le droit subjectif détenu par un créancier à l'exécution d'une norme objective de comportement imposé à son débiteur. Si l'obligation demeure encore en droit administratif, dans de nombreuses hypothèses où les personnes publiques agissent en vertu de leurs compétences normatives pour l'édition de commandement, un rapport de droit objectif exprimant un devoir sanctionné par l'ordre juridique. Il convient désormais d'admettre, à la lumière de l'étude du concept d'externalisation administrative, qu'elle puisse également être appréhendée, comme en droit civil, en tant que lien de droit subjectif au sein duquel s'exprime également une norme objective de comportement. Il existe donc un point de convergence entre le droit privé et le droit public sur la conception de l'obligation qui se

manifeste explicitement dans le cadre de la mise en œuvre de ce concept. La prise en compte du fait que l'obligation concilierait finalement les droits subjectifs et les normes de comportement objectives n'est toutefois pas sans poser de nouvelles questions que l'étude entreprise permet de mettre en évidence, et potentiellement de résoudre. Bien qu'un nœud supplémentaire ait été à peine dénoué pour éclairer la traduction juridique du concept d'externalisation administrative, de nouvelles difficultés se profilent déjà eu égard aux conséquences que cette conception renouvelée de l'obligation implique sur le régime de l'action publique ; qu'il s'agisse du régime des actes administratifs ou de celui de leur contentieux. Il convient alors d'évaluer plus précisément les conséquences d'une telle finalisation de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative afin d'envisager un approfondissement de la traduction juridique possible de ce dernier.

Chapitre 8 : Les conséquences de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative

« Mais les conclusions des publicistes, surtout lorsqu'elles sont absolues ne sont pas transposables sans nuances dans le domaine du droit privé ; au-delà de ces extrémismes, il est permis de rechercher le juste milieu et de se demander si la vérité n'est pas entre un subjectivisme et un objectivisme également absolus et également intenable »

Préface de Pierre Raynaud à la thèse : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 117, 1971, p. I et II.

365. Une lecture des transformations contemporaines de la normativité en droit administratif. Si Benoît Plessix rappelle que la conception objectiviste du droit administratif²²⁷⁸ a pu conduire un temps au renforcement de la théorie moderne d'une discipline focalisée sur son objet, en tant qu'elle serait animée par une finalité dominante visant à assurer l'encadrement des comportements individuels et à garantir la satisfaction de l'intérêt général, il souligne néanmoins l'importance revêtue par la prise en compte des sujets de droit et, à travers eux, celle de l'expression de leur volonté. Ceci explique en grande partie pourquoi ce courant doctrinal n'a finalement jamais emporté pleinement la conviction des théoriciens, et justifie qu'il soit admis sur ce point que Maurice Hauriou ait peu à peu remporté cette confrontation qui l'opposait sans cesse à Léon Duguit. La théorie de l'Institution développée par le premier offrait effectivement une présentation de l'organisation de l'administration et de son action reprise par la suite par les théories normativistes. L'exercice d'un pouvoir normatif par les autorités publiques relèverait à la fois de l'expression de leur volonté dans les conditions strictement définies par l'ordre juridique et l'idée animant l'institution ainsi créée : à savoir la satisfaction de l'intérêt général, ainsi que d'un encadrement objectif en vertu duquel ce pouvoir ne serait légitime qu'en tant qu'il s'inscrit dans un ordonnancement particulier déterminé à l'aune de la formation de l'institution. Cette vision mêlant l'objectivisme et le subjectivisme autorisait par conséquent la conceptualisation du pouvoir normatif des personnes publiques autour de son objet, l'encadrement et la direction des conduites humaines, et des sujets qui en étaient investis par le droit objectif, les autorités administratives titulaires au nom de l'institution d'un pouvoir de

²²⁷⁸ Une conception selon laquelle il convenait en l'occurrence de « rechercher le fondement du droit administratif, non plus dans la volonté du sujet, mais dans la règle de droit dont l'objet est de régir les rapports sociaux qui naissent objectivement de la solidarité et de l'interdépendance sociale » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 232.

domination et d'une puissance exorbitante²²⁷⁹. L'évocation par le maître de Toulouse d'une telle conception de l'administration et de son action le conduisait en outre à prendre la mesure réelle de la portée de l'expression de la volonté des personnes publiques dans les limites objectives fixées par l'institution elle-même. Il était par conséquent déjà admis que leur action normative par l'édition d'actes juridiques reflétait autant l'exercice d'un pouvoir autoritaire de domination que l'instauration « *de rapports de droit, de relations juridiques, de vinculum juris, mettant face à face un débiteur qui doit et un créancier qui a le droit* »²²⁸⁰, suggérant déjà la conception duale de l'obligation développée précédemment et proposée en droit civil sous la plume notamment de Grégoire Forest.

Cette conceptualisation devait néanmoins s'effacer un temps des débats doctrinaux, ceux-ci ne retenant en l'occurrence de la théorie de l'Institution que la dimension objectiviste en vertu de laquelle l'action et les pouvoirs normatifs de l'administration étaient déterminés et encadrés à l'aune de leur objet : la direction des conduites humaines au service d'une idée commune. Dès lors, tout acte juridique émanant de l'exercice par les personnes publiques de leur pouvoir normatif était envisagé dans sa conformité avec le droit objectif imposé aux administrés comme aux administrations. La normativité en droit administratif ne pouvait par conséquent être appréhendée traditionnellement, en tant que manifestation de la supériorité du pouvoir politique, que comme une force contraignante à l'égard des individus et contrainte pour les autorités administratives. Elle exprimait alors, en tant qu'instrument mis au service d'une finalité déterminée par le droit objectif²²⁸¹, la manifestation d'un pouvoir de commandement autoritaire guidé dans sa mise en œuvre par les exigences de l'intérêt général. Il ne faut cependant pas négliger le fait que la période contemporaine post-moderne marque le retour de la conception subjectiviste, ou, du moins, d'une conception mêlant l'objectif et le subjectif par laquelle il est de plus en plus admis que l'exercice par les personnes publiques de leur pouvoir normatif ne manifeste pas exclusivement l'exercice d'une force exorbitante qui s'impose mais également l'instauration de liens d'obligation, d'un *vinculum juris*, associant droits et devoirs de chacun au service de la réalisation d'un intérêt commun. Cette période admettrait notamment que le droit administratif n'ait finalement pas perdu, au fil des

²²⁷⁹ Ainsi Benoît Plessix rappelle-t-il que l'on doit notamment à Maurice Hauriou d'être parvenu à trouver « *dans la vision subjectiviste le moyen de fonder, d'encadrer et de comprendre juridiquement l'activité administrative, la souveraineté en action, l'État en mouvement (...), caractérisée, comme on le sait, par une volonté de domination dans l'exercice libre et souverain d'un pouvoir normatif destiné à assurer la continuité de la société publique* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 545 et 546.

²²⁸⁰ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 546.

²²⁸¹ Voir sur ce point : BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 217 et s. et p. 259 et s.

décennies et des remises en cause, son esprit objectif²²⁸² et suggérerait plutôt que celui-ci se soit progressivement accommodé des ajustements subjectivistes dont il ne pouvait en fin de compte pas s'abstraire. Une conception que l'étude du concept d'externalisation administrative incite par conséquent à poursuivre sur le terrain de l'appréhension des transformations contemporaines de la normativité en droit administratif.

C'est ainsi que l'objectif théorique assigné à cette étude conduit finalement à prolonger l'identification des conséquences de l'application du concept d'externalisation en droit administratif en s'intéressant tout particulièrement à celles inhérentes à la finalisation de l'obligation que sa traduction juridique implique et qui incite à retrouver, comme la théorie de l'Institution s'y attelait, un mariage heureux de la conception objectiviste et subjectiviste afin d'appréhender plus nettement les contours et les rouages de l'organisation administrative et plus spécialement de la normativité. Comme pour les précédentes hypothèses avancées, par exemple la relecture du principe d'indisponibilité ou le renouvellement de la conception retenue par la doctrine administrativiste de la notion d'obligation, il s'agit en l'occurrence d'éclairer d'une manière originale une autre zone mésopotamique du droit administratif : celle de la normativité, à l'aune de la prise en compte incontournable de la dimension subjectiviste de l'action administrative qu'elle ne saurait méconnaître tout en maintenant celle de sa dimension objective dont elle ne saurait se défaire. Il s'agira tout spécialement d'envisager sous cet angle, d'une part, l'évolution des modalités d'expression de la normativité en droit administratif à travers l'examen des conséquences du renouvellement de la conception de l'obligation sur les modes de réglementation des conduites individuelles et, d'autre part, celles que cette instrumentalisation suggère quant à la détermination indispensable des sanctions de cette normativité appréhendée à l'aune de l'émergence et du déploiement du concept d'externalisation administrative²²⁸³. Il convient en effet de constater que la finalisation de l'obligation induite par le concept d'externalisation administrative invite à prendre la mesure de l'apparition d'une forme de mouvement « d'aller et retour » impliquant, d'une part,

²²⁸² Benoît Plessix remarque d'ailleurs que, « même si les vastes spéculations théoriques de l'école de Bordeaux n'ont pas affecté l'esprit général du droit public français, la technique juridique du droit administratif, y compris dans ses aspects juridictionnels, n'est pas sans avoir été influencée par des idées objectivistes (statut légal et réglementaire de l'usager ou du fonctionnaire, acte-condition, recours pour excès de pouvoir, socialisation des risques en matière de responsabilité, etc. » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 552.

²²⁸³ Une démarche que l'on retrouve d'ailleurs dans la réflexion conduite par Grégoire Forest en droit civil à propos de l'élaboration d'une conception néo-classique que de l'obligation. Il précise en effet l'importance de l'utilité d'une construction théorique au-delà de sa seule élaboration. Aussi affirme-t-il que « c'est au nombre de ses conséquences pratiques qu'on juge l'utilité d'une théorie » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 231.

l'émergence d'une dimension subjective dans l'expression de la normativité en droit administratif et, d'autre part, le renforcement de la dimension objective dans la sanction de celle-ci. En somme, une lecture originale de la normativité en droit administratif qui révèle également un rapprochement sensible de ce dernier avec le droit civil que suggérait déjà le renouvellement de la conception de l'obligation inspirée de la conception néo-classique.

366. Le constat d'un rapprochement sensible avec le droit civil. Dès la première moitié du XX^e siècle, Léon Duguit envisageait de ne plus opposer systématiquement les solutions en vigueur en droit civil et celles mises en œuvre en droit administratif. Rejetant l'idée d'une supériorité de la volonté des personnes publiques sur celle des personnes privées, il affirmait en effet qu'il ne fallait pas surestimer la portée de la distinction de ces deux branches du droit. Il indiquait alors que « *les actes juridiques de droit public et ceux de droit privé sont formés par les mêmes éléments* » et que « *la sanction du droit public et la sanction du droit privé ne peuvent exister dans les mêmes conditions ; la réalisation d'une situation de droit privé ne peut être obtenue de la même manière* »²²⁸⁴. Des propos qui devraient utilement guider la réflexion conduite tout au long de ces lignes à partir d'une approche dialectique du concept d'externalisation administrative consistant à confronter les réponses offertes par la doctrine civiliste aux questionnements que suscitent autant les mutations du droit positif que les travaux de la doctrine administrativiste. Alors qu'il a ainsi été possible, dans un premier temps, de proposer une conceptualisation de l'externalisation en droit administratif fondée sur l'essence coopérative de cette notion élaborée dans le cadre des sciences du management puis intégrée aux instruments contemporains du droit civil, il a précédemment été démontré, dans un second temps, que cette conceptualisation reposait tout particulièrement sur l'emploi de la notion d'obligation dont la finalisation imposée pour la traduction juridique de ce concept invitait à un renouvellement de sa conception administrative largement inspiré de la conception néo-classique élaborée récemment par Grégoire Forest. Il convient par conséquent de conclure logiquement ce dialogue entre le droit civil et le droit administratif par le constat d'un dernier rapprochement sensible en matière d'appréhension contemporaine de la normativité. C'est sur ce point ultime du raisonnement ici avancé que les propos du maître de Bordeaux entrent en résonance avec le sens des conclusions qui découlent de l'instrumentalisation de l'obligation dans le cadre du concept d'externalisation administrative et ce, sur deux points. Sur le terrain des actes administratifs tout d'abord : il apparaît

²²⁸⁴ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, 2^e éd., E. de Boccard, 1923, p. 713.

désormais avec acuité que, de droit public ou de droit privé, les actes juridiques sont finalement composés de la même façon à partir d'une structure obligationnelle déterminée eu égard à la fonction attribuée par son ou ses auteurs selon l'expression de leur volonté. Sur le terrain de leur sanction ensuite : si elle est nécessairement organisée d'une manière différente dans la mesure où elle dépend de l'ordre juridictionnel qui est tenu d'en assurer la garantie en fonction des intérêts à défendre, il n'en demeure pas moins non plus qu'elle présente irrémédiablement des similitudes liées à l'association des dimensions subjective et objective au sein même de l'obligation que reconnaît le droit civil et que suggère le concept d'externalisation administrative.

En outre, la doctrine contemporaine suggérait déjà l'existence d'un tel rapprochement lorsqu'elle soulignait encore récemment, et ce à de multiples reprises, l'état d'un droit administratif qui aurait perdu son identité en se rapprochant du droit commun ; en d'autres termes, en se « banalisant ». Il est toutefois possible de ne pas y voir ni une crise ni, encore moins d'ailleurs, une perte d'identité, mais plutôt le signe d'une transformation de son appréhension. Alors que Jean Boulouis affirmait que « *le droit administratif est l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières* »²²⁸⁵, il convient de remarquer en effet que si notre ombre évolue au fil d'une journée, et ce chaque jour invariablement, ce n'est pas tant dû au fait que nous changions nous-même mais plus sûrement à cause de la course du soleil dans le ciel. De même le droit administratif n'aurait par conséquent pas profondément perdu son identité, celle-ci serait tout simplement éclairée d'une façon nouvelle invitant à l'observer différemment en fonction de ces variations au rang desquelles figurent en particulier les transformations de la normativité. L'approche dialectique retenue dans le cadre de cette étude incite par ailleurs à ne pas envisager cette « banalisation » rampante du droit administratif comme un facteur de perturbation, mais davantage comme un facteur de compréhension d'une discipline qu'il s'agit désormais d'éclairer de nouveau « *par la lumière du siècle* ». Or, traversé à la fois des ultimes convulsions de l'État-providence et de l'apparition de l'État post-moderne, celui-ci dicte une nouvelle direction à l'identification du droit administratif et de ses frontières. L'admission sans cesse étendue de l'intervention des personnes privées dans l'action publique exprime notamment dans ce contexte l'adoption d'une posture managériale des personnes publiques décidées désormais à engager des démarches coopératives pour la mise en œuvre de leurs

²²⁸⁵ BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 12.

compétences matérielles. Apparaît alors à ce titre le concept d'externalisation administrative dont la structure juridique, largement inspirée de la structure obligationnelle du contrat-coopération élaborée en droit civil par Suzanne Lequette, révèle un possible renouvellement de la conception administrative traditionnelle de l'obligation dotée d'une signification duale à la fois objective et subjective, à l'instar de la conception néo-classique admise également en droit civil.

Or cette conception que révèle en particulier l'externalisation administrative induit certaines conséquences sur la perception du droit administratif qui ne remettent pas en cause son autonomie mais découvrent plutôt une évolution théorique de son appréhension et de sa mise en œuvre illustrée par les transformations contemporaines de la normativité. Alors qu'elle s'exprimait auparavant essentiellement par l'emploi par les personnes publiques de procédés exorbitants par la voie privilégiée des actes unilatéraux, la normativité en droit administratif se distinguait nettement de son pendant manifesté dans les interactions juridiques entre personnes privées dominées quant à elles par le dogme de l'autonomie de la volonté et la recherche du consentement au service de la création et de l'exécution des obligations alors envisagées comme un lien de droit par lequel un individu s'engage à donner ou faire quelque chose en contrepartie d'une prestation qu'il est en droit de réclamer de la part de son partenaire. Les tendances contemporaines parcourant le droit administratif, au sein desquelles se trouve le concept ici étudié, dévoilent cependant un rapprochement très net de l'action normative des personnes publiques et de celle des personnes privées convergeant toutes deux vers une prise en compte de la coopération²²⁸⁶. Comme en témoigne le renouvellement de l'obligation précédemment mis à jour, celle-ci pourrait en l'occurrence être appréhendée d'une façon similaire à celle qui tend à se développer également en droit civil ; c'est-à-dire sous l'angle d'une signification duale partagée entre une dimension subjective et une dimension objective. Aussi un tel rapprochement incite-t-il finalement à revoir en premier lieu les modalités d'expression de la normativité en droit administratif afin de percevoir notamment les conséquences à tirer d'un tel rapprochement en vertu duquel cette expression

²²⁸⁶ Rappelons d'ailleurs qu'une telle convergence avait déjà pu être suggérée à la fin du XIX^e siècle par Maurice Hauriou. Ce dernier affirmait en effet dès 1899 que l'« *on sent tout de suite la réalité de cette collaboration du milieu administrable à l'action administrative ; on voit bien qu'il y a des cas où la volonté de l'administrateur tend à s'imposer par sa seule énergie (action normative traditionnelle), qu'il en est d'autres au contraire où elle est accompagnée d'un concours de volontés qui facilite sa tâche ; on s'aperçoit que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité (action normative purement objective), ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 8.

serait désormais « *en réalité moins librement décidée que librement acceptée* »²²⁸⁷ par ses destinataires comme cela est en l'occurrence le cas en matière d'organisation des conduites individuelles dans les rapports juridiques et normatifs entre particuliers²²⁸⁸. Un renouvellement de l'expression de la normativité qui ne saurait dans ces conditions être sans conséquence sur l'appréhension des actes administratifs tant il dévoile une certaine « *répugnance actuelle des personnes publiques à affirmer leur autorité, à utiliser explicitement les moyens juridiques exorbitants mis à leur disposition pour faire prévaloir leur volonté et la promotion de l'intérêt général* » et préférant alors « *se présenter comme les égales de leurs assujettis* »²²⁸⁹, comme c'est le cas dans la mise en œuvre d'une logique coopérative. Une transformation de l'expression de la normativité qui questionne nécessairement sur ses incidences en matière de sanction dès lors que l'obligation n'est plus seulement l'expression d'un devoir objectif mais également un lien de droit subjectif au sein duquel il se manifeste. Il s'agira alors de déterminer comment la dimension duale de l'obligation induite au cœur des actes administratifs par une telle finalisation peut être sanctionnée par une organisation contentieuse partagée entre les contentieux objectif et subjectif qui participent de manière complémentaire à la garantie des sanctions de l'action administrative lorsqu'elle dépasse les limites fixées par le principe de légalité et l'exigence de responsabilité.

Annnonce de plan. La finalisation de l'obligation dans le cadre de l'examen de la réalisation de l'externalisation administrative a permis de révéler une conception duale semblable à celle retenue par la doctrine civiliste dans le cadre de la conception néo-classique de l'obligation. Partagée entre une signification à la fois subjective en tant que lien de droit, et objective en tant que norme de comportement édictée à l'intérieur de ce lien, l'obligation offre un éclairage original pour la lecture des transformations contemporaines de la normativité en droit administratif, et ce aussi bien sur le terrain de son expression que sur celui, contingent, de sa sanction. Aussi s'agit-il finalement d'évaluer les conséquences de cette finalisation sur l'appréhension des actes administratifs en tant qu'expression normative (section 1) puis sur celle de la sanction d'une obligation duale (section 2) composant leur structure.

²²⁸⁷ SEILLER B., *Droit administratif*, Tome 2, Flammarion, 4^e éd., 2011, p. 24.

²²⁸⁸ Bertrand Seiller rappelle sur ce point de rapprochement entre le droit administratif et le droit civil que l'abandon d'une action normative exclusivement au moyen d'instruments juridiques unilatéraux par les personnes publiques tend à encourager dans le même temps à adopter une expression de la normativité propre jusque-là à la sphère privée et par laquelle « *deux personnes s'engagent réciproquement aux fins de régler leurs relations juridiques* » : SEILLER B., *Ibid.* Et d'ajouter que celle-ci conduit alors les autorités normatives « *à renoncer à leurs prérogatives d'action unilatérale pour associer les destinataires aux actes qu'elles prennent* ».

²²⁸⁹ SEILLER B., *op. cit.*, p. 26.

Section 1 : L'influence de la finalisation de l'obligation sur les actes administratifs

367. Un éclairage des évolutions de l'expression de la normativité par l'habilitation. Inspirée par les corrections contemporaines apportées par la doctrine civiliste à la conception classique de l'obligation, sa finalisation au sein du concept d'externalisation administrative laisse apparaître une fonction habilitante endossée au service de la réalisation coopérative d'une compétence matérielle attribuée à une personne publique déterminée. Élément indispensable de la traduction en droit administratif de cet outil de gestion, l'obligation présente alors, à l'instar de la conception néo-classique, une signification duale en tant que lien de droit subjectif unissant une autorité administrative à un partenaire et exprimant également une norme objective de comportement. Ainsi dédiée à la manifestation d'une norme d'habilitation dérivée, l'obligation en tant que norme juridique suppose une transformation certaine de l'appréhension de la normativité en droit administratif, et plus particulièrement de ses modalités d'expression. Détachée de la conception traditionnellement retenue par la doctrine en tant que rapport de droit objectif manifestant un « devoir être » imposé aux individus par une autorité normative, elle se présente en effet comme l'expression d'une norme objective de comportement manifestée dans le cadre d'un lien de subjectif ; autrement dit, dans une relation non plus verticale placée sous le signe d'un commandement autoritaire comme le suppose la conception impérativiste de la normativité²²⁹⁰, mais plutôt dans une relation subjective horizontale marquée par la prégnance de l'expression de la volonté sur celle de l'autorité objective de l'ordre juridique. Ainsi est-il possible de suggérer que la finalisation de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative ne dévoile pas seulement la possibilité d'un renouvellement de sa conception en droit administratif à l'aune des travaux conduits par les civilistes, mais participe également à l'éclairage des évolutions contemporaines de l'expression de la normativité en droit administratif et de son rapprochement avec son expression en droit civil mêlant l'objectif et le subjectif ; c'est-à-dire le devoir et la volonté.

²²⁹⁰ Rappelons qu'il s'agit là de la conception classique de la normativité retenue en théorie du droit selon laquelle la normativité juridique doit être appréhendée comme la manifestation d'un pouvoir de commandement caractéristique de « l'exercice d'une autorité sur les hommes » : HART H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 20. Henri Motulsky précisait pour sa part que « le caractère normatif congénital du Droit postule le trait dominant de la règle de Droit : elle ne peut qu'avoir un caractère impératif » : MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p 13.

Si la normativité peut être appréhendée à travers sa dimension instrumentale comme « *un outil : il remplit une fonction et sa raison d'être tient à ce qu'il peut être utilisé pour atteindre une certaine finalité* »²²⁹¹, la prise de conscience de l'existence d'une fonction habilitante de l'obligation incite effectivement à s'intéresser aux évolutions qu'elle révèle de l'expression de la normativité dans la mesure où, si le concept de normativité reste inchangé, la transformation de sa finalité implique nécessairement une mutation de ses manifestations. Au premier rang de ces changements se trouve en particulier l'apparition d'une appréciation différente de celle proposée par la conception impérativiste, laquelle conduisait jusque-là à réduire son expression à la force obligatoire d'un énoncé ; en d'autres termes, à sa dimension de devoir impératif. Il s'agissait là de la conception classiquement retenue de la normativité juridique envisagée comme la manifestation obligatoire d'un pouvoir de commandement caractéristique de « *l'exercice d'une autorité sur les hommes* »²²⁹² au nom de l'ordre juridique et de l'intérêt général. Employée pour encadrer la conduite des individus dans la société, la norme juridique édictait des devoirs à chacun conformes à la nécessaire préservation du bien être de tous. La conception de l'obligation traditionnellement retenue par la doctrine administrativiste faisait en l'occurrence écho à cette appréciation impérative de la normativité lorsqu'elle était présentée comme un rapport de droit objectif instauré par les personnes publiques et intégré à l'ordonnement juridique garantissant sa force obligatoire et contraignante²²⁹³. Aussi la normativité s'exprimait-elle dans les relations entretenues entre les personnes publiques et les particuliers par l'exercice d'un pouvoir de commandement autoritaire²²⁹⁴ surpassant la volonté des seconds²²⁹⁵, et donc essentiellement par l'emploi de procédés exorbitants tels que les actes administratifs unilatéraux²²⁹⁶. Clef de voûte de l'édifice

²²⁹¹ BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 217.

²²⁹² HART H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 20. François Brunet rappelle d'ailleurs que, dans cette conception classique de la normativité impérative, « *ni le consentement ni l'adhésion ne seraient des conditions de la normativité juridique, celle-ci serait l'exemple typique du commandement* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 227.

²²⁹³ Jacques Chevallier précisait d'ailleurs que, détenue par les autorités publiques, « *la souveraineté se caractérise par le pouvoir de commandement unilatéral que l'État détient sur ses ressortissants, pouvoir qui s'exprime dans/par la norme juridique : l'État a le pouvoir d'imposer certaines obligations de comportement sous peine de sanction* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 182.

²²⁹⁴ Celui-ci apparaissait effectivement comme « *le pouvoir de prendre des décisions s'imposant par la seule volonté de leur auteur et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent* » et était considéré en l'occurrence comme « *un pouvoir remarquable de l'administration : la première des prérogatives de la puissance publique* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 501.

²²⁹⁵ En cela l'expression principale de la normativité résidait dans l'édition par les autorités publiques d'un « *« devoir-être » catégorique, sans pouvoir être altéré à ce titre par une volonté contraire ou simplement réticente* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 227.

²²⁹⁶ La doctrine considérait en l'occurrence depuis Maurice Hauriou et Gaston Jèze que « *seul l'acte administratif unilatéral offre aux autorités administratives la garantie de la primauté de l'intérêt général*

du droit administratif, cette catégorie d'actes résultait en effet de la « *faculté de prendre des décisions qui obligent les individus sans leur consentement* » et qui « *marque le caractère inégalitaire de la relation administrative* »²²⁹⁷. L'obligation était alors logiquement entendue dans son acception de devoir objectif édictant une prescription revêtue par l'ordre juridique d'un effet obligatoire. Elle excluait par ailleurs qu'une telle normativité puisse être exprimée par la voie contractuelle dans la mesure où elle ne garantissait pas suffisamment l'intérêt général du fait de la prise en compte de la volonté de chacun, et donc des intérêts des destinataires de la norme²²⁹⁸.

Les réflexions doctrinales et théoriques ont cependant conduit à revoir cette conception impérativiste de la normativité pour finalement envisager qu'elle puisse s'exprimer autrement qu'à travers l'édition d'un devoir associé à une contrainte²²⁹⁹. Étroitement liée aux finalités poursuivies par les autorités normatives²³⁰⁰, l'expression de la normativité était d'ailleurs susceptible d'évoluer concomitamment à celles-ci. Demeurant un instrument au service de la direction des conduites individuelles, la normativité pouvait néanmoins être amenée à emprunter des voies nouvelles distinctes de sa seule expression en tant que devoir objectif²³⁰¹. Or l'évolution de cette finalité que découvre le concept d'externalisation administrative traduit notamment un dépassement de cette conception dans un contexte marqué par le déploiement du paradigme de la post-modernité et la disparition progressive du dogme de la puissance publique commandante. Aussi la doctrine admet-elle désormais que, « *pour bien*

puisque un tel acte déploie ses effets sans le consentement de ses destinataires » : SEILLER B., « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, coll. Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 108.

²²⁹⁷ DUPRÉ DE BOULOIS X., « Les actes administratifs unilatéraux », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2011, p. 158. Aussi était-il admis de longue date qu'ils puissent « *créer une obligation à la charge de son destinataire sans son consentement* » : DUPRÉ DE BOULOIS X., *op. cit.*, p. 182.

²²⁹⁸ Bertrand Seiller précisait d'ailleurs que si « *le procédé contractuel implique l'égalité entre l'intérêt privé et l'intérêt public parce qu'il suppose le consentement des parties. Il ne garantit donc pas que l'accord des volontés s'opère sans concession faite au détriment de l'intérêt général* » : SEILLER B., *op. cit.*, p. 109.

²²⁹⁹ François Brunet indique d'ailleurs que « *les réflexions de Stefano Berteaux sont à cet égard d'une importance considérable. En montrant que la normativité en droit est fondamentalement une rationalité, cet auteur permet de comprendre que l'impérativité est un moyen particulièrement adéquat d'assurer cohérence et stabilité dans un ordre juridique* », mais qu'il ne saurait en aucun cas être considéré comme l'unique moyen pour y parvenir : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 230.

²³⁰⁰ Aussi est-il rappelé que « *le critère de la normativité, sur le plan purement instrumental, est donc l'existence d'un lien rationnel entre l'instrument et l'action* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 232.

²³⁰¹ Alors que Jean Ray affirmait que la fonction normative « *est peut-être moins encore de donner des ordres que de faire régner l'ordre : si la loi commandement, c'est parce qu'il y a là un moyen de faire régner l'ordre, ou plutôt un ordre* » : RAY J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Librairie Félix Alcan, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1926, p. 46, François Brunet précise que « *le caractère de commandement et donc d'impératif du droit n'est jamais que la conséquence de la finalité du droit ; l'impératif n'est plus au fondement de la normativité, c'est au contraire le sens de la normativité juridique qui donne la mesure du recours à l'impérativité* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 233.

comprendre la normativité, il faut renoncer à concevoir toute norme comme n'étant que l'expression d'un commandement impératif ne laissant aucun choix à son destinataire »²³⁰². L'émergence du commandement coopératif, décelée à partir de l'examen du concept d'externalisation administrative, confirme d'ailleurs cette évolution qu'il convient d'éclairer eu égard à la finalisation singulière de l'obligation sur laquelle la traduction juridique de ce concept repose. L'analyse de l'application de l'externalisation en droit administratif incite alors à envisager un enrichissement par le commandement coopératif des modalités de réglementation des conduites individuelles en société, ainsi que le dépassement subséquent de la distinction stricte entre l'acte administratif unilatéral et le contrat. Bien qu'ils demeurent distincts l'un de l'autre, ceux-ci semblent effectivement pouvoir converger dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative et de l'émergence de procédés alternatifs de commandement dans lesquels l'obligation ne serait plus seulement un rapport de droit objectif imposant un « devoir-être », mais se doterait aussi d'une fonction habilitante particulière. Elle s'exprime alors, en tant que norme juridique²³⁰³, sous la forme d'une norme d'habilitation dérivée instaurant un lien de droit subjectif entre les acteurs et édictant une norme objective de comportement acceptée par chacun. Les parties en présence, unies par un lien de droit duquel elles tirent chacune des droits subjectifs afin de satisfaire leurs propres intérêts, sont également destinataires de normes objectives de comportement destinées à garantir la satisfaction de l'intérêt commun qu'elles poursuivent : à savoir celle de l'intérêt général. Ainsi l'obligation apparaît-elle pleinement comme un instrument normatif d'orientation des conduites individuelles dans lequel le caractère impératif de la norme s'associe dans une logique coopérative à la prise en compte de la volonté des acteurs²³⁰⁴ ; autrement dit, dans lequel le subjectif vient compléter l'objectif.

Annonce de plan. L'identification à travers l'étude du concept d'externalisation administrative de l'avènement d'un procédé coopératif de commandement soulève par conséquent la question suivante : la satisfaction de l'intérêt général impose-t-elle toujours

²³⁰² BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 226.

²³⁰³ Il a pu être démontré d'ailleurs que l'obligation s'imposait dans cette configuration juridique comme un instrument normatif destiné à orienter le comportement des partenaires associés dans le cadre de la mise en œuvre de cet outil stratégique.

²³⁰⁴ Notons que l'on retrouve à travers l'étude du concept d'externalisation administrative, et de la finalisation de l'obligation par l'intermédiaire de laquelle il s'exprime, l'idée préalablement défendue par Christophe Grzegorzczak selon laquelle « fonder le droit, ou tout autre ordre normatif, sur la force, c'est oublier (...) la liberté fondamentale de l'homme qui, pour se sentir « obligé », doit (...) prendre une décision (...). Il ne faut donc jamais oublier que le devoir est lui aussi un choix » : GRZEGORCZYK Ch., *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 1982, p. 241.

l'intervention autoritaire de la puissance publique pour garantir la primauté de ses exigences sur les intérêts particuliers ? Les développements précédents conduisent à y répondre par la négative dès lors que le concept d'externalisation administrative et l'instrumentalisation de l'obligation sur laquelle il repose révèlent la possibilité d'une action coopérative fondée sur la volonté des parties et la conciliation des intérêts en présence et non plus sur l'impérativité du commandement et l'opposition de ces intérêts. Il est alors possible d'envisager sous cet éclairage l'enrichissement manifeste des modalités de réglementation des conduites induit par le concept d'externalisation administrative (§1), lequel incite également à prendre la mesure d'un dépassement potentiel de la distinction entre l'acte administratif unilatéral et le contrat pour la mise en œuvre de l'action administrative (§2).

§1 : Un enrichissement manifeste des modalités de réglementation des conduites

368.La fonction habilitante de l'obligation et la perception du commandement. Dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, l'obligation se présente davantage comme une norme juridique de référence à caractère persuasif que comme une norme juridique impérative²³⁰⁵. Si elle demeure une norme juridique au sens kelsenien du terme dans la mesure où elle comporte toujours la signification d'un « devoir-être », elle s'écarte de la prescription en ce qu'elle incite plus qu'elle ne contraint, et fixe un objectif commun que chaque partie cherche à atteindre par l'expression ou la prise en compte de sa volonté propre²³⁰⁶. Alors que la conception classique de la normativité en droit administratif conduisait à envisager l'obligation dans une acception strictement objective en tant que devoir imposé verticalement à chaque destinataire d'une norme au nom des exigences exprimées par l'ordre juridique, la finalisation habilitante de l'obligation étudiée au cours du chapitre précédent indique la possibilité de son renouvellement dont il convient d'évaluer les

²³⁰⁵ Rappelons que cette distinction proposée par François Brunet repose sur la différenciation de deux caractères de la norme juridique. Alors que les normes impératives présentent « *une signification imposée (...) parce que ce caractère impératif participe des raisons d'utiliser cette référence* » qui résident dans la volonté d'encadrer de façon autoritaire les conduites individuelles, les normes persuasives présentent une signification dont « *l'usage n'est certes pas imposé, mais la valeur des normes en question semble suffisamment importante pour que leurs significations prennent la place d'une référence dans le jugement rationnel des acteurs juridiques* » qui conservent néanmoins une certaine liberté de choix dans le comportement à adopter en fonction de leur volonté : BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 252 et 253.

²³⁰⁶ Nous retrouvons ici la distinction évoquée par Norberto Bobbio entre le conseil et le commandement. Si le second ordonne un comportement destiné à être obéi sans restriction par son destinataire, le premier se caractérise par le fait que son auteur « *ne met pas en avant son propre pouvoir, mais avance des arguments dans le but de persuader et d'obtenir l'approbation de la valeur de ce qui est conseillé* » : BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, LGDJ, coll. La Pensée Juridique, 1998, p. 150.

conséquences sur l'expression de la normativité en droit administratif, et notamment sur l'utilisation des actes administratifs par les autorités publiques dans le cadre de l'encadrement des conduites individuelles. Il est effectivement admis que la fonction attribuée à une norme juridique est un élément essentiel à la détermination de son contenu²³⁰⁷, et tout particulièrement de son contenu obligationnel. Or, si toute norme contribue à l'organisation de la vie sociale conformément aux exigences de l'ordre public et de l'intérêt général, celle-ci se décline de différentes façons selon les modalités retenues par les autorités publiques parmi lesquelles se trouvent les normes « relationnelles » et persuasives dont la norme d'habilitation constitue une parfaite expression. Bien qu'elle soit à part entière une norme de comportement, elle poursuit en tant qu'instrument juridique une finalité singulière dont le contenu est irrémédiablement caractéristique. Aussi l'évolution de l'expression de la normativité en droit administratif se traduit-elle notamment par l'émergence de procédés alternatifs de commandement délaissant l'impérativité pour d'autres formes d'encadrement des conduites fondées sur la volonté. Il convient par conséquent de rendre compte en premier lieu de l'émergence de procédés de commandement alternatifs avant de s'intéresser plus spécialement à leurs conséquences sur la portée de la distinction entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats.

Il s'agit en l'espèce de préciser l'emploi, au cœur même du concept d'externalisation administrative, d'un procédé de commandement alternatif différent du commandement autoritaire. Symptomatique de la conception de l'État moderne et de la normativité impérative, le commandement autoritaire témoignait alors de la faculté du pouvoir politique de diriger les conduites individuelles par la manifestation de sa supériorité par rapport aux volontés individuelles alors que le concept d'externalisation administrative envisage davantage une orientation des comportements compatible avec les exigences de l'intérêt général. Si la différence entre diriger et orienter pourrait sembler d'ordre sémantique et purement anecdotique, elle révèle en réalité une profonde mutation de l'expression de la normativité et des modalités de réglementation des conduites individuelles en société. Tandis que la direction implique l'exercice d'un commandement perçu comme autoritaire dès lors qu'il s'impose aux particuliers sans leur consentement et parfois contre leurs intérêts et sans liberté de choix de la personne publique compétente, l'orientation repose quant à elle sur une

²³⁰⁷ François Brunet démontre que si la norme juridique est un instrument juridique, il convient d'admettre que « *seul le sens et donc les finalités permettent de saisir de quoi il est véritablement question lorsque la technique normative est utilisée en droit* » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 259.

idée d'incitation et de conciliation des intérêts en présence afin de garantir la satisfaction de l'intérêt général sans obérer celle des intérêts particuliers²³⁰⁸. Caractéristique de la logique coopérative précédemment évoquée et conceptualisée, cette modalité de commandement doit donc être perçue sous cet angle. Alors que la fonction habilitante endossée par l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative contribue à la traduction juridique de la coopération en droit administratif, elle invite par conséquent à percevoir là un procédé alternatif de commandement : le commandement coopératif, par lequel une personne publique compétente peut encadrer le comportement des individus en fonction des exigences de l'intérêt général en tenant compte de leurs intérêts particuliers et de leur volonté, et cela sans être contrainte excessivement dans son intervention par les exigences de l'ordre juridique.

Il est d'ailleurs possible de tracer ici un parallèle entre l'ambivalence de la fonction normative, prescriptive/impérative et habilitante/incitative, et le double visage que la doctrine reconnaissait à l'administration contemporaine envisagée soit « *comme une institution commandante, imposant sa volonté* », soit « *comme une institution contractante* »²³⁰⁹ ; c'est-à-dire agissant avec le consentement des particuliers. Le concept d'externalisation administrative, et la finalisation singulière de l'obligation qu'il suppose, dévoilent donc, au-delà d'une transformation de la posture des personnes publiques, une perception différente de l'exercice du commandement qui en découle. Fondée sur l'édiction d'une norme d'habilitation dérivée destinée à autoriser un tiers à participer à la réalisation coopérative de la compétence matérielle d'une personne publique, l'expression juridique de ce concept repose en effet sur l'adoption d'un procédé de commandement coopératif qui contribue à l'encadrement des comportements individuels en associant ces derniers à la satisfaction de l'intérêt général. Outre la logique employée pour la réalisation de l'action administrative, l'évolution de la manifestation du pouvoir de commandement rejoint également celle de la conception de l'obligation à travers laquelle elle se manifeste. Il est donc important de souligner le lien étroit qui unit le renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif par le prisme de la fonction habilitante qu'elle acquiert au sein de l'externalisation administrative et celui de la perception du pouvoir de commandement exercé par les personnes publiques. Il convient pour ce faire d'évoquer dans un premier temps

²³⁰⁸ Il s'agit en effet de favoriser l'intervention des particuliers non pas contre leurs intérêts mais dans leurs intérêts.

²³⁰⁹ CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 499.

l'émergence du commandement coopératif dans le cadre de l'action publique (A) avant d'en préciser le fonctionnement (B).

A. L'émergence du commandement coopératif

369. La remise en cause de la conception autoritaire du commandement. Fondé sur une conception objectiviste du droit, à l'instar de la conception qu'il retenait de la notion d'obligation, le droit administratif fut élaboré à l'origine en lien étroit avec la notion de puissance publique. Il s'agissait notamment de parvenir à encadrer²³¹⁰ l'exercice par les autorités administratives habilitées de leurs prérogatives, et tout particulièrement de leurs pouvoirs normatifs déterminés selon le contenu de leurs compétences. Celles-ci leur conféraient en particulier un pouvoir de commandement par la contrainte « *révélant la supériorité du pouvoir politique sur les particuliers, telles simplement les activités de réglementation, de contrôle ou de police* »²³¹¹. Il convenait alors d'imposer aux individus un comportement conforme à l'ordre public, ou utile à la satisfaction de l'intérêt général, ne laissant que peu de place à la prise en compte de la volonté des personnes publiques et encore moins des particuliers. L'étude du caractère exorbitant de ce pouvoir menée par Élodie Saillant souligne d'ailleurs que son caractère objectif invitait inévitablement à l'envisager sous l'angle de la sujétion et non seulement comme une prérogative. Aussi les personnes publiques ne pouvaient-elles pas renoncer à l'exercice de leurs compétences ou confier leur réalisation à un tiers, en vertu notamment du principe d'indisponibilité, pas plus qu'elles n'avaient en principe le choix d'une direction des conduites s'écartant de l'emploi de ce pouvoir de commandement autoritaire fondé sur la contrainte²³¹². Dépositaire de la puissance publique souveraine, et avec elle du monopole de la contrainte légitime selon Max Weber, les autorités administratives intervenaient donc dans un cadre objectif strict imposant ses propres limites à la fois concernant leur champ d'action, essentiellement focalisé sur la direction des

²³¹⁰ Un encadrement qui devait d'ailleurs être considérablement renforcé par l'émergence de l'État de droit, puis progressivement par le développement des droits de l'homme qui contribuèrent à renforcer ce cadre contraignant en précisant les modalités et les conditions de mise en œuvre de ces prérogatives.

²³¹¹ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 413.

²³¹² Élodie Saillant précise que « *l'exorbitance, de par sa définition, ne peut qu'être une sujétion pour le pouvoir politique : les moyens juridiques exorbitants n'existent et n'étant mis à sa disposition qu'en raison du caractère spécifique de certains besoins et activités, que dans la mesure où leur satisfaction implique l'usage de procédés juridiques contraignants principalement, le pouvoir politique doit, dans ces conditions, les utiliser* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 449.

conduites, et leurs moyens, monopolisant principalement des instruments autoritaires et unilatéraux typiques de l'exercice du pouvoir politique²³¹³.

La définition de la norme juridique proposée par Hans Kelsen conduisait également à envisager de manière objective le pouvoir normatif des personnes publiques ; c'est-à-dire leur faculté à imposer aux administrés une conduite conforme au respect de l'ordre public et propre à participer à la satisfaction des exigences d'intérêt général. Tout en admettant que sa mise en œuvre résultait toujours de l'expression d'une volonté²³¹⁴, il précisait qu'elle devait contenir une signification objective déterminée en accord avec la hiérarchie des normes, et tout spécialement avec la norme supérieure²³¹⁵. Une telle conception objective du pouvoir normatif devait d'ailleurs laisser une empreinte suffisamment forte pour que ses manifestations se perpétuent encore aujourd'hui, au point qu'il soit admis qu'à travers « *les devoirs juridiques objectifs des gouvernants, nous avons par la même déterminé leur pouvoir juridique objectif* » qui « *n'est donc point un droit particulier des gouvernants* »²³¹⁶, mais simplement un pouvoir de vouloir et de contraindre dans les conditions fixées par le droit objectif²³¹⁷. La dimension objective du droit administratif et de l'obligation reléguait par

²³¹³ Dans la même veine, Benjamin Defoort rappelle pour sa part l'existence d'un tel cadre contraignant imposé à l'action administrative. Il souligne notamment l'importance de la réglementation à la fois édictée par les personnes publiques à destination des administrés, et pour les personnes publiques, afin de déterminer les instruments juridiques exprimant l'exercice de leur pouvoir normatif. Il indique notamment que la réglementation des interventions engagées par la personne publique « *constitue à la fois l'habilitation lui donnant la possibilité ou l'obligation d'agir et une source de limitation de cette action par la fixation d'un « champ de réglementation », laissant à l'administration un certain degré de liberté* », et donc à contrario faisant peser sur elle une forte contrainte : DEFOORT B., *La décision administrative*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 36. Il affirme d'ailleurs que « *la réglementation constitue la source du « pouvoir normatif (...) ayant vocation à régir la conduite des administrés* » : DEFOORT B., *op. cit.*, p. 37.

²³¹⁴ Hans Kelsen affirmait effectivement que si « *la fonction spécifique d'une norme est le commandement d'un certain comportement* », il ne fallait pas perdre de vue que « *« commander » ou « prescrire » est la signification d'un acte de volonté* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 125. Aussi tout acte de commandement était-il à l'origine un acte de volonté de la part des personnes publiques.

²³¹⁵ Otto Pfersmann rapportait en outre que selon Hans Kelsen, « *la définition « la norme est la signification d'un acte de volonté » est incomplète. Il faut, par ailleurs, non seulement que cette signification ait pour objet de rendre autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement, mais aussi que l'acte (...) soit à son tour qualifié par une autre norme* » : PFERSMANN O., « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, 1999, p. 86.

²³¹⁶ DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, rééd. de Albert Fontemoing, 1901, p. 267 et 269.

²³¹⁷ Charles Eisenmann renforçait d'ailleurs cette conception objective du cadre juridique de l'action normative des personnes publiques lorsqu'il affirmait que « *les règles relatives à l'action de l'Administration sont des règles de compétence (...) qui habilite un certain sujet à faire valablement un certain acte* » : EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 239. Aussi apparaît-il tout à fait logique d'admettre et d'expliquer, dans le cadre d'une telle conception objective, « *que ne puissent être déléguées au secteur privé les tâches sans lesquelles l'État ne serait plus souverain, à savoir l'exercice même de la contrainte physique et toutes les responsabilités décisionnelles, impliquant notamment le pouvoir réglementaire de fixer le cadre juridique d'une mission de police ou de service public* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 255.

conséquent au second plan la prise en compte de la volonté, qu'il s'agisse de celle des personnes publiques autant que de celle des personnes privées. Ayant précédemment conduit à envisager une relecture du principe d'indisponibilité des compétences, cette approche objective autorise également à prendre la mesure de la remise en cause de cette conception traditionnellement autoritaire de l'exercice par les personnes publiques de leur pouvoir de commandement. Si le droit objectif les habilitait en effet à intervenir le plus souvent par la mise en œuvre contrainte d'un commandement autoritaire, le fait qu'il puisse être aujourd'hui envisagé que les personnes publiques accomplissent leurs missions dans une logique de coopération invite nécessairement à questionner cette attitude et à prendre en compte l'expression de la volonté qu'elle suppose. Il apparaît par conséquent que le développement du concept d'externalisation administrative, à la fois du fait de son objet – la réalisation de la compétence matérielle – et de la finalisation habilitante de l'obligation qu'il induit, incite à constater l'effacement de la prégnance traditionnelle du commandement autoritaire des personnes publiques (1) face au développement concomitant du commandement coopératif (2).

1. La prégnance traditionnelle du commandement autoritaire

370. Un pouvoir de commandement fondé sur le pouvoir politique. Édouard Lafferrière affirmait en son temps que « *l'Administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif (...) elle est chargée de faire exécuter les lois, d'édicter des prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, de régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police* ». Il proposait alors une délimitation précise du domaine dans lequel « *elle intervient pas voie de prescriptions générales ou individuelles, d'injonctions ou de défenses (...) comme autorité, comme puissance et ses actes sont dits actes de commandement ou de puissance publique* »²³¹⁸. Aussi ne faisait-il pas de doute dès le début du siècle dernier que l'action administrative reposait principalement, et de manière peut-être déséquilibrée, sur l'un de ses deux piliers : la prescription²³¹⁹, expression de la supériorité d'un pouvoir politique

²³¹⁸ LAFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 5.

²³¹⁹ Bien qu'il ne fût alors pas question de négliger d'une quelconque manière l'importance de l'intervention des personnes publiques par prestations, qui se développerait considérablement durant le XX^e siècle, leurs actions se matérialisaient effectivement le plus souvent par ces « *actes de commandement ou de puissance publique* ».

souverain²³²⁰. Comparant la relation de l'État et des individus à celle d'un géant confronté à toute une cohorte de pygmées²³²¹, Ferdinand Larnaude soulignait pour sa part la différence fondamentale opposant les personnes publiques et les personnes privées, dont les liens étaient nécessairement placés sous le signe de cette supériorité du pouvoir politique. Située au cœur de sa démonstration, Élodie Saillant la réaffirme d'ailleurs encore aujourd'hui et identifie sa traduction juridique dans l'exercice d'un pouvoir normatif singulier, de commandement, destiné à encadrer et à dicter les conduites individuelles²³²².

Au-delà d'une simple divergence de contenu, le droit administratif et le droit privé se distinguaient en effet dès l'origine par l'excessivité du premier par référence au second²³²³. Ainsi Maurice Hauriou soulignait-il très tôt la supériorité du pouvoir politique détenu par les personnes publiques lorsqu'il affirmait que la puissance publique entraînant toujours dans son sillage des prérogatives qui lui permettaient de s'imposer naturellement aux individus comme en attestait le domaine de la police, de la justice, ou encore de la fiscalité²³²⁴. Bien qu'elle se traduise par de nombreuses sujétions à leur encontre, les autorités administratives tiraient de la puissance publique souveraine un pouvoir de contraindre qu'elles exerçaient sur les administrés par l'édition de commandements autoritaires auxquels ceux-ci étaient

²³²⁰ Ainsi Maurice Hauriou rappelait-il qu'à la différence du droit privé, fondé sur l'égalité et la liberté individuelle, « l'élément fondamental de la vie publique c'est (...) le pouvoir de domination portant sur les hommes libres » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4^e éd., Sirey, 1900, p. 394. Pour sa part, Olivier Beaud considérait en outre que « la souveraineté interne est une puissance de commandement qui se manifeste par des actes unilatéraux qui traduisent un rapport de subordination entre l'auteur et l'adressataire de la norme » : BEAUD O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 16.

²³²¹ Ferdinand Larnaude s'étonnait en effet que l'on puisse « comparer l'État, ce géant, ce Fafner, qui fait trembler le sol quand il marche, cet être colossal et qui grandit toujours, à nous !... à ce pygmé qu'est l'individu » : LARNAUDE F., « Le droit public. Sa conception. Sa méthode », in *Les méthodes juridiques*, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, Giard et Brière, coll. Études économiques et sociales, XII, 1911, p. 41.

²³²² Elle démontre notamment que « cette spécificité est celle de puissance publique, au sens du pouvoir politique. Qualifier quelque chose d'exorbitant, indique en fait la présence du pouvoir politique. Et, surtout, d'un pouvoir politique qui est supérieur aux individus » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 91. Aussi ajoute-t-elle que le « pouvoir de commandement procède d'une nécessité politique, celle de la satisfaction des besoins d'un groupe d'hommes (et non de ceux d'un seul comme en droit civil) », et que pour ce faire « la puissance devient pouvoir, elle devient la traduction en droit, sous la forme du pouvoir de commandement, de la spécificité des besoins politiques » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 133.

²³²³ Qu'il s'agisse des prérogatives dont elles bénéficient, ou des sujétions qu'elles subissent, les autorités administratives ont effectivement toujours vu leurs activités encadrées par des règles objectives « qui diffèrent des règles applicables aux relations entre les particuliers », et qui ne peuvent « être dissocié(es) de l'idée d'excessivité qu'(elles) véhiculent » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 108.

²³²⁴ Il précisait d'ailleurs que la personnalité publique « dépasse par ses proportions la personnalité juridique individuelle, car elle comporte la jouissance de droits de la puissance publique exorbitants du droit commun, tels que les droits de police, justice et finance, le droit de disposer de la force armée, de battre monnaie, de conférer des grades, de lever l'impôt » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 209 et 210.

nécessairement soumis²³²⁵. Il s'agissait alors pour elles d'employer la voie de l'autorité par principe, par opposition à l'autre voie qui leur était occasionnellement ouverte pour leurs interventions par prestations : la voie de la gestion²³²⁶. Les autorités administratives intervenaient donc soit à titre subsidiaire comme des personnes privées ordinaires par la fourniture de prestations, soit par principe comme leur essence le leur permettait en tant que puissance publique commandante. Leur supériorité se manifestait, et se manifeste encore aujourd'hui, principalement à travers l'édiction de commandements autoritaires à destination des particuliers afin de leur imposer une conduite dans un sens conforme à l'ordre public et aux exigences imposées par l'intérêt général²³²⁷. Dès la fin du XIX^e siècle, la doctrine considérait d'ailleurs déjà que tous les actes qui émanaient de la puissance publique « *portent l'empreinte de l'autorité publique, et commandent également l'obéissance* »²³²⁸ de ceux qui en sont les destinataires.

Par la détention du pouvoir politique, les personnes publiques pouvaient ainsi traditionnellement imposer des obligations ou conférer des droits de manière autoritaire, sans le consentement des destinataires de ces décisions²³²⁹. Cette faculté de commander aux particuliers de manière impérieuse retranscrivait donc juridiquement la puissance publique

²³²⁵ Selon Maurice Hauriou, les autorités administratives tiraient effectivement de la puissance publique un pouvoir politique exorbitant dont la caractéristique principale était de pouvoir « *imposer aux citoyens des obligations, à la propriété privée des servitudes exceptionnelles* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 213.

²³²⁶ Aussi affirmait-il « *qu'il existe deux modes d'activités de l'administration, l'un qui est la voie d'autorité, l'autre qui la voie de la gestion* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 2. Et d'ajouter en outre que « *la voie d'autorité a quelque chose de facilement saisissable, on a cherché en elle le point de départ, on a dit : il y a commandement ou il n'y a pas commandement, lorsqu'il n'y a pas commandement il y a gestion* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 3. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'il suggérait la distinction suivante des activités mises en œuvre par les personnes publiques dans la mesure où « *l'administration apparaît tantôt comme un pouvoir qui s'affirme, tantôt comme un service, c'est-à-dire un travail, qui s'accomplit* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 5.

²³²⁷ René Chapus rappelait d'ailleurs que « *le pouvoir de prendre des décisions s'imposant par leur seule volonté et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent est un pouvoir remarquable de l'administration : la première des prérogatives de la puissance publique* » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 501.

²³²⁸ PRADIER-FODÉRE P., *Précis de droit administratif*, Guillemin et Pedone, 7^e éd., 1872, p. 12.

²³²⁹ Aussi était-ce tout le sens de la démonstration conduite par Franck Moderne lorsqu'il affirmait si le « *pouvoir apparaît comme un phénomène inhérent à toute société : il est indispensable qu'une autorité, une direction sociale soit instituée en sein du groupe, pour en diffuser les objectifs, en maintenir la cohésion, en ordonner les activités, sanctionner les écarts ou les désobéissances* », il était nécessaire d'admettre « *que pour accomplir sa mission, l'État soit en mesure d'obliger unilatéralement les membres de la société politique* » : MODERNE F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, t. I, thèse dact., Bordeaux, 1960, p. 20 et 99. Une commandement d'autant plus dominant qu'il bénéficiait également du privilège du préalable ; c'est-à-dire du principe de l'application de toutes les décisions publiques sans qu'il soit besoin de solliciter une exécution forcée auprès d'un juge : CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S, 1915.3.0, note Maurice Hauriou.

supérieure des autorités administratives²³³⁰. C'est par conséquent dans l'expression de ce pouvoir des personnes publiques que se manifestait, en premier lieu, pour la doctrine l'exorbitance du droit administratif en ce qu'il encadrait l'exercice du pouvoir politique²³³¹. Au-delà du contenu de l'acte de commandement, c'était essentiellement le pouvoir de commander en lui-même qui était considéré comme exorbitant dans la mesure où il relevait du pouvoir politique détenu par la puissance publique en vertu de l'ordre juridique lui-même²³³². Aussi se manifestait-il alors indistinctement à travers la production d'un acte administratif unilatéral ou d'un acte contractuel²³³³, et donc sans considération aucune des formes qu'elle empreintait pour se manifester²³³⁴. Généralisant les conséquences de l'exorbitance du droit public, Élodie Saillant démontre d'ailleurs que ce pouvoir de commandement autoritaire constitue l'essence même de cette exorbitance en tant qu'il constitue l'expression juridique du pouvoir politique²³³⁵. Il convient toutefois de s'intéresser également au contenu de ces actes pour en prendre la juste mesure, et tout particulièrement aux obligations qu'ils produisent afin d'appréhender au mieux l'expression traditionnelle du commandement autoritaire en droit administratif qui s'exerce de manière contraignante sur les

²³³⁰ Élodie Saillant démontre que « *l'excessivité au regard des particuliers et du droit régissant leurs relations se réalise pleinement dans le pouvoir de commander aux particuliers, et plus précisément de modifier de manière unilatérale et obligatoire leur situation juridique* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 112.

²³³¹ Il s'agissait en effet, selon Didier Truchet, de l'une des prérogatives qui compte dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative dans la mesure où elle recouvre « *la capacité d'édicter unilatéralement des règles contraignantes pour les administrés, donc de leur conférer des droits et de leur imposer des obligations* » : TRUCHET D., « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1052.

²³³² Georges Vedel appréhendait d'ailleurs non pas les actes d'autorités, à la différence de Maurice Hauriou, mais bien plutôt l'exercice de ce « *pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte* » : VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 42.

²³³³ Notons sur ce point la réflexion menée par Michel Rousset pour qui ce pouvoir de commandement autoritaire exerçait une force « neutre » ; c'est-à-dire qui « *ne suppose en effet absolument pas (...) le caractère formellement ou foncièrement unilatéral des actes* » : ROUSSET M., *L'idée de puissance publique en droit administratif français*, Dalloz, 1960, p. 163.

²³³⁴ Élodie Saillant souligne que « *ce pouvoir d'imposer aux particuliers ne se limite en rien à l'édiction d'actes administratifs unilatéraux, même bénéficiant du privilège du préalable et de la possibilité de l'exécution forcée, ainsi qu'à la même action unilatérale au sein d'un contrat administratif. Il convient de remarquer que ce pouvoir d'imposer peut en effet s'exercer de diverses manières, par le truchement de différents types d'actes* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 115. Et d'ajouter finalement que ce pouvoir de commandement se retrouve en fin de compte à travers des procédés « *aussi sensiblement différents que l'expropriation et la réquisition, atteintes au droit de propriété, mais aussi le pouvoir de police ou le pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux, et encore les prérogatives de la personne publique dans l'exécution du contrat* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 112.

²³³⁵ Ainsi rejoint-elle d'une certaine façon la grande majorité de la doctrine selon laquelle ce qui est exorbitant n'est pas l'acte édicté en lui-même mais le pouvoir qui préside à son édition. Sur ce point, Jean Rivero et Jean Waline affirmaient d'ailleurs par exemple que si, « *en règle générale, nul, dans les rapports entre particuliers, ne peut voir sa situation juridique modifiée sans son consentement, par la seule volonté d'autrui (...). En droit administratif au contraire, l'administration peut modifier les situations juridiques par sa seule volonté, sans le consentement des intéressés* », et peu importe la façon dont elle y parvient : contrat, acte unilatérale, loi, etc... : RIVERO J. et WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, 21^e éd., 2006, p. 343.

individus, et dont l'exercice est contraint par le droit objectif. Ce pouvoir de commandement autoritaire détenu par les personnes publiques traduisait effectivement un double rapport de subordination : à la fois des particuliers envers la personne publique, et de la personne publique envers l'ordre juridique.

371. Un pouvoir de commandement contraignant et contraint. Paraphrasant Georges Vedel, la doctrine contemporaine envisage toujours cette conséquence de l'exorbitance du droit administratif et de la détention de la puissance publique comme un « *pouvoir d'action juridique qui permet (aux autorités administratives) d'imposer unilatéralement des décisions aux sujets de droit et d'en ramener, le cas échéant, l'exécution par la contrainte* »²³³⁶. L'exercice par les personnes publiques d'un tel pouvoir de commandement autoritaire implique par conséquent que les décisions prises, indépendamment de leur forme, soient toutes revêtues d'une force obligatoire sans pour autant que le consentement de leurs destinataires ne soit requis pour produire un tel effet de droit²³³⁷. Le caractère autoritaire de cette faculté de commandement détenue par les autorités administratives en vertu de la puissance publique dont elles sont investies conduit dès lors à constater qu'elle se traduit juridiquement par la production d'obligations nettement distinctes des obligations contractuelles telles qu'elles sont conçues classiquement en droit civil comme un lien de droit issu de la rencontre de volontés des parties²³³⁸. Celles-là correspondent davantage à l'obligation appréhendée traditionnellement comme un rapport de droit objectif valable dès lors qu'il intègre l'ordre juridique ; c'est-à-dire, à l'instar de la conception romaniste de l'obligation²³³⁹, comme un devoir imposé à leurs destinataires. Intrinsèque au pouvoir politique²³⁴⁰, l'exercice du pouvoir de commandement autoritaire détenu par les autorités administratives renvoie en l'occurrence à la définition de l'obligation politique telle

²³³⁶ DENIZEAU Ch., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004, p. 114.

²³³⁷ Georges Burdeau affirmait d'ailleurs que l'autorité administrative « *n'a pas besoin d'attendre ou de solliciter l'accord des gouvernés ; la manifestation unilatérale de volonté des gouvernants a force obligatoire* » : BURDEAU G., *Traité de science politique. Tome II, L'État*, LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 361.

²³³⁸ Franck Moderne avait d'ailleurs pu affirmer que c'est « *dans la création unilatérale d'obligations que se manifestent essentiellement l'imperium étatique* » : MODERNE F., *op. cit.*, p. 139. Jacques Chevallier ajoutait pour sa part qu'à la différence d'une personne privée, « *l'État a ainsi le privilège d'imposer des obligations aux individus sans leur consentement : indissolublement lié à l'idée de souveraineté, ce privilège modifie radicalement la nature du lien juridique sur lequel s'appuie la théorie des obligations* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 183.

²³³⁹ Une conception qui traduisait alors cette « *règle capitale du droit public romain (qui veut) que la notion d'imperium est prise pour base* » : MOMMSEN T., *Le droit public romain*, tome 1, Ernest Thorin, 1892, p. 6.

²³⁴⁰ Élodie Saillant affirme effectivement que « *le pouvoir de commandement est la traduction juridique dans le droit de la spécificité du pouvoir politique, c'est-à-dire du fait qu'il prend en charge des activités spécifiques, pour lesquelles on lui confie le pouvoir de commander aux hommes, pouvoir exorbitant qui a dès lors pour résultat de constituer en droit sa supériorité juridique* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 148.

qu'envisagée par Michel Villey par opposition à l'obligation juridique²³⁴¹. Une conception de l'obligation qui devait être longtemps retenue par la doctrine administrativiste concomitamment au maintien de la prégnance du pouvoir de commandement autoritaire qui constituait le terrain d'élection de sa mise en œuvre²³⁴².

Il convient alors de dresser brièvement le lien étroit unissant la conception traditionnelle de l'obligation administrative et l'existence du pouvoir de commandement autoritaire, expression juridique du pouvoir politique. Cette conception ne pouvait effectivement pas s'émanciper des modalités de son utilisation par les autorités administratives, et ce d'autant plus que la conception romaniste lui fournissait un terreau favorable à une appréhension en ce sens²³⁴³. Fondé sur une inégalité profonde entre l'administration et les administrés du fait de la détention par la première de la puissance publique souveraine, tout rapport de droit instauré par le biais d'une obligation ne pouvait par conséquent donner lieu qu'à un rapport objectif de domination irrésistible et inconditionné dans lequel la personne publique apparaissait nécessairement comme « *le siège de toute contrainte et donc la source de toute obligation* »²³⁴⁴. Construit sur l'idée de souveraineté²³⁴⁵, l'État disposait en outre « *d'une puissance de commandement qui résulte de sa « volonté » propre et non pas du consentement des sujets qui sont tenus à l'obéissance* »²³⁴⁶. Ainsi la conception de l'État moderne²³⁴⁷

²³⁴¹ Ainsi l'obligation à travers laquelle s'exprime juridiquement le commandement autoritaire ne relève-t-elle pas de la rencontre de volontés dont émerge un lien de droit subjectif, mais plutôt de devoirs qui lient les individus à l'État au premier rang desquels figure le devoir d'obéissance. S'il se demandait alors où se situaient le créancier et le débiteur de telles obligations, Michel Villey indiquait toutefois que « *le devoir de se soumettre à l'ordre politique s'infère en dernière analyse des groupes existants* » : VILLEY M., « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, 1970, p. 299. Il s'agissait néanmoins de les envisager distinctement dans la mesure où « *la doctrine politique moderne et le droit romain sont moins deux disciplines distinctes que deux façons très différentes de penser à la fois le droit et la politique* » : VILLEY M., *op. cit.*, p. 288 et 289.

²³⁴² Elle était, ce faisant, dans son acception de devoir au sens large, « *indissociable de l'idée de norme, en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée, traduction de sa « force obligatoire* » » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 179.

²³⁴³ Rappelons que la définition justinienne de l'obligation renvoyait tout simplement à la reconnaissance d'un lien de droit consacré par le droit de la cité en vertu duquel un individu était obligé de faire quelque chose au profit d'un autre individu ; c'est-à-dire, même si les romains n'employèrent pas ce terme, à la reconnaissance d'un lien de droit objectif.

²³⁴⁴ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 181.

²³⁴⁵ Jean Bodin précisait en effet que l'essence même de la souveraineté réside dans « *la puissance de donner et de casser la Loy, à tous en général et à chacun en particulier* » : BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Jacques du Puys, 1578, 3^e éd., p. 163.

²³⁴⁶ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 182.

²³⁴⁷ Construit au fil des siècles à partir du Moyen-Âge, l'État moderne fondé sur la souveraineté propose « *un modèle étatique très spécifique (...) : doté d'une forte autonomie par rapport au reste de la société et investi de fonctions étendues qui attestent de sa suprématie, (il) apparaît comme la clef de voûte de la société et la garante de l'identité collective* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 2003, p. 24. Il « *n'est en effet rien d'autre qu'un artefact (le Léviathan) et la puissance souveraine dont il est investi n'est en fin de compte que l'expression de la puissance collective détenue par les citoyens eux-mêmes* » : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 16.

encourageait-elle à distinguer nettement l'obligation au sens civiliste, dominée par le dogme de l'autonomie de la volonté et l'égalité de tous, et l'obligation administrative envisagée comme un devoir objectif imposé à tout individu sans que son consentement ne soit nécessaire. Il convient toutefois de préciser que le consentement de la personne publique elle-même n'a pas toujours été présent dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir de commandement. Certes était-il irrésistible pour les destinataires, mais il n'était pas non plus libre pour des autorités administratives, lesquelles étaient le plus souvent contraintes objectivement de l'employer.

Lorsqu'il soulignait la structure dissymétrique du droit administratif jusqu'au milieu du XX^e siècle, Jacques Chevallier rappelait que si les personnes publiques étaient la source de toute obligation normative contraignante à travers l'exercice de leur pouvoir de commandement autoritaire²³⁴⁸, elles étaient également soumises au respect d'un cadre juridique objectif leur imposant certains comportements ainsi que la manière de les adopter. Alors qu'il était admis de plus en plus par la doctrine que l'État et les personnes publiques présentaient un double visage selon que leur intervention s'inscrivait dans le sillon de la puissance publique ou dans celui de l'action ordinaire, de l'autorité ou de la gestion, apparurent assez rapidement un certain nombre de limites à cette alternative dont la plus évidente demeure encore aujourd'hui celle imposée par le principe d'indisponibilité des compétences. La supériorité du pouvoir politique sur les particuliers imposait en effet que certaines interventions à la charge des personnes publiques ne puissent en aucun cas être confiées à un tiers, ou encore admettre qu'elles attendent le consentement des destinataires pour agir. Ainsi n'avaient-elles pas la libre disposition du pouvoir qui leur était conféré par la compétence²³⁴⁹. L'étude du pouvoir de commandement autoritaire renvoie donc bien, du fait de la conception de l'obligation qu'il entraîne dans son sillage, à la prise en compte de la contrainte indépassable qui s'impose à l'action de toute personne publique : l'indisponibilité de sa compétence²³⁵⁰, laquelle peut la

²³⁴⁸ Il rappelait en l'occurrence que « *la souveraineté se caractérise par le pouvoir de commandement unilatéral que l'État détient sur ses ressortissants, pouvoir qui s'exprime dans/par la norme juridique : l'État a le pouvoir d'imposer certaines obligations de comportement sous peine de sanction ; impliquant un véritable « pouvoir d'exigibilité », la contrainte se traduit par la faculté d'obtenir des destinataires qu'ils se conforment aux normes édictées, indépendamment de leur consentement et au besoin contre leur gré* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 182.

²³⁴⁹ Une limite contraignante imposée par le droit objectif aux personnes publiques dans l'exercice de leur pouvoir dont la doctrine avait pris de longue date la mesure. Ainsi Jean Delvolvé affirmait-il déjà que « *par sa nature, le pouvoir échappe à leur appropriation et ils n'en ont pas la disposition* » : DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930, p. 61.

²³⁵⁰ Anne-Laure Girard affirme en effet que « *l'analyse objective du pouvoir de production des administratifs unilatéraux nourrit le discours doctrinal sur l'indisponibilité des compétences* » : GIRARD A.-L., *La formation*

contraindre à exercer ce pouvoir normatif de commandement. Car, si l'exorbitance du droit administratif manifeste la supériorité du pouvoir politique, elle induit également une conséquence sur la liberté des personnes publiques en ce qu'elle est parfois irrésistible. En ce qu'il apparaît ainsi comme une sujétion imposée aux autorités administratives, l'exercice du pouvoir de commandement autoritaire doit être considéré comme une contrainte lorsqu'elles n'ont pas le choix de sa mise en œuvre²³⁵¹ quand elle s'avère nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général²³⁵². Il est cependant admis que le pouvoir politique s'accommode parfois des transformations sociales et admette ainsi une évolution de ses manifestations juridiques dans la mesure où elles concordent toujours avec son objectif de satisfaction des besoins de la société. Ainsi a-t-il peu à peu été constaté l'émergence, aux côtés du commandement autoritaire, d'un commandement coopératif adapté à l'apparition d'exigences nouvelles aussi bien sur les résultats à atteindre que sur la façon de les obtenir.

2. Le développement contemporain du commandement coopératif

372. Un contexte marqué par le développement de la post-modernité : l'apparition de la gouvernance. Il vient d'être rappelé que le paradigme de l'État moderne²³⁵³, dominé par l'idée de souveraineté et de supériorité du pouvoir politique qu'elle implique, avait conduit la doctrine administrativiste à envisager la notion d'obligation comme un devoir issu d'un rapport de droit objectif au moyen duquel les autorités administratives édictaient des commandements autoritaires afin de diriger la conduite des particuliers dans le sens exigé par

historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 281.

²³⁵¹ Ainsi Jacques Moreau avait-il parfaitement exposé cette contrainte à travers l'exemple tiré de l'exercice des pouvoirs de police. Il affirmait alors que « *l'administration doit agir, elle doit agir selon des modalités précises, à savoir par voie unilatérale* » : MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 17.

²³⁵² Élodie Saillant rappelle d'ailleurs que, « *dans la mesure où les prérogatives de puissance publique, et plus globalement, les moyens juridiques exorbitants du pouvoir politique, n'existent que parce qu'ils sont nécessaires à la satisfaction de certains besoins d'intérêt collectif, le renversement de cette proposition implique que, dès que de tels besoins doivent être satisfaits, le pouvoir politique agisse en faisant usage de ses moyens exorbitants* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 553. Aussi Franck Moderne avait-il d'ailleurs déjà pu affirmer que « *chaque fois que l'utilisation de prérogatives de puissance publique est susceptible d'aider au maintien de l'ordre social, au fonctionnement régulier et continu des services publics, on ne saurait tolérer que l'Administration ait la faculté de renoncer à s'en prévaloir* » : MODERNE F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse dact., Bordeaux, 1960, p. 195.

²³⁵³ Celui-ci impliquait en l'occurrence la détention par les personnes publiques d'« *un pouvoir commun qui les tient en respect et dirige leurs actions en vue de l'avantage commun* » : HOBBS Th., *Léviathan ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Dalloz, 1999, p. 177.

l'intérêt général²³⁵⁴. Il convient cependant d'en préciser les contours afin de prendre la mesure des conséquences du renversement opéré avec l'apparition de l'État post-moderne²³⁵⁵. Car, si l'obligation appréhendée de la sorte comme une manifestation de la domination des personnes publiques sur les administrés s'écartait de la conception classique retenue par le droit civil²³⁵⁶, elle le devait en grande partie à la recherche doctrinale d'édification d'une théorie du droit administratif marquée par la prégnance du commandement autoritaire induit par la souveraineté de l'État et par sa détention du pouvoir politique. Aussi le développement de la post-modernité devait-il entraîner nécessairement la remise en cause à la fois de cette conception du pouvoir de commandement, et de celle de l'obligation traditionnellement retenue²³⁵⁷. La modernité avait effectivement conduit la doctrine à n'observer les rapports juridiques entretenus par les autorités administratives que sous l'angle de la souveraineté, laquelle appelait inévitablement la reconnaissance à leur bénéfice d'un pouvoir de commandement autoritaire²³⁵⁸ exprimé par l'édiction de normes juridiques contraignantes : une obligation singulière traduisant en droit l'inégalité naturelle entre le pouvoir politique et le pouvoir des individus²³⁵⁹. Cette conception moderne de l'État impliquait finalement,

²³⁵⁴ Une telle attitude de la doctrine est d'ailleurs rapportée par Benoît Plessix lorsqu'il indiquait que l'obligation avait été appréhendée « *comme un synonyme de devoir, et l'analyse publiciste glisse inévitablement vers une réflexion sur les règles de conduite imposées par la loi à l'Administration et aux administrés* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 281. Il ajoutait en l'occurrence que « *là encore, une telle approche est constante chez les théoriciens du droit public, quelles que soient les périodes de l'histoire* » pour finalement préciser « *qu'en la matière, les doctrines juridiques ont été, selon l'heureuse expression de M. Legendre, des « doctrines en combat », les juristes cherchant, soit à organiser et rationaliser l'entreprise historique d'un État affirmant sa souveraineté à l'endroit de ses concurrents (Église, féodalité), (...). De sorte que l'on comprend fort bien les centres d'intérêts des publicistes et, partant, le caractère fragmentaire et orienté de leurs préoccupations scientifiques* ».

²³⁵⁵ Depuis le début du XXI^e siècle, les auteurs s'accordent effectivement pour reconnaître que l'on « *serait en passe d'assister à une transformation en profondeur du modèle d'organisation étatique né en Occident et à l'émergence consécutive d'un nouveau type d'État, un État « post-moderne »* » fondé sur un renouvellement du rapport au pouvoir politique et à son autorité : CHEVALLIER J., « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, n° 39, 2004, p. 107.

²³⁵⁶ André Hauriou avait affirmé que « *par la possession des droits de puissance publique, de la prérogative de l'action d'office et d'une maîtrise incontestable sur les règles de droit, les administrations publiques sont dans une position de supériorité très nette, vis-à-vis des administrés, se comportant, à leur égard, d'une façon toute différente de celle des individus entre eux sur le plan du droit civil* », et par le maniement de la notion d'obligation en particulier : HAURIOU A., « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1935, p. 94.

²³⁵⁷ En effet, caractéristique de l'État moderne, « *le principe de souveraineté donne à l'idée d'obligation une portée tout à fait singulière en droit public* » : CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 181.

²³⁵⁸ Ainsi Franck Moderne soulignait-il par exemple que « *le rapport politique est par essence un rapport autoritaire* » : MODERNE F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse dact., Bordeaux, 1960, p. 23.

²³⁵⁹ À l'instar de Gaston Jèze, la doctrine du début du XX^e siècle reconnaissait d'ailleurs qu'il existait « *un fait, qui paraissait extraordinaire aux civilistes qui, par occasion, s'occupaient de droit public : l'effet juridique est produit par une volonté émanant d'un seul côté. Ce phénomène – auquel les civilistes n'étaient pas accoutumés – ne pouvait s'expliquer, à leur avis, que par la nature suprahumaine de l'État et par sa volonté suprahumaine* » : JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, Giard et Brière, 2^e éd., 1914, p. 24.

comme le rappelaient d'ailleurs les tenants du contrat social, que les membres du corps social se soumettent à son autorité au nom de l'intérêt général. Chaque personne publique puisait alors de cette nécessaire soumission au pouvoir politique la faculté d'imposer un comportement et de contraindre les individus²³⁶⁰. Ainsi la philosophie et la théorie politique modernes reposaient-elles tout spécialement sur ce présupposé essentiel au point qu'il apparaisse « *aujourd'hui comme une banalité dans la doctrine administrativiste* » que les personnes publiques disposent « *de procédés autoritaires pour satisfaire les besoins collectifs* »²³⁶¹.

La prégnance du commandement autoritaire, expression juridique de la supériorité du pouvoir politique sur les individus, constituait donc bien une caractéristique fondamentale de la modernité²³⁶². Elle autorisait dans ces conditions les personnes publiques à employer l'obligation comme une norme juridique objective destinée à traduire juridiquement l'exercice d'un pouvoir coercitif au nom de la satisfaction des besoins du groupe social. Aussi le dépassement de celle-ci laisse-t-il supposer l'émergence d'autres voies pour l'exercice de ce commandement. S'il ne saurait être question pour les personnes publiques de s'en départir en vertu par exemple du principe d'indisponibilité des compétences, le développement de la post-modernité incite à envisager l'émergence de procédés alternatifs. Ses conséquences juridiques devraient en effet favoriser l'émergence d'un contexte propre à l'apparition d'un commandement moins autoritaire, plus consensuel, ainsi que la remise en cause de cette conception traditionnelle de l'obligation adaptée à ce contexte particulier dans lequel l'autorité administrative détient « *le monopole de la violence physique légitime* »²³⁶³ lui permettant d'imposer aux particuliers un comportement utile à tous quand bien même ils n'y auraient pas consenti. Il s'agit en l'occurrence d'une différence fondamentale opposant la modernité à la post-modernité au sein de laquelle il n'est plus toujours admis que la

²³⁶⁰ Henri-François d'Aguesseau considérait qu'« *aucune multitude, aucune société de plusieurs hommes ou de plusieurs familles, ne peut être heureuse, ni en général ni en particulier, si elle n'a un chef, une puissance supérieure qui préside sagement à toutes les opérations de ses membres* » : AGUESSEAU H.-Fr. (d'), *Essai d'une institution au droit public*, rééd. Sirey, 1955, p. 110. Une affirmation reprise bien plus tard par la doctrine, à l'instar d'Anselme Batbie, pour qui « *le premier besoin d'une société, c'est la constitution d'un pouvoir public, sans lequel la vie commune serait tourmentée par le désordre en permanence* » : BATBIE A., *Introduction générale au droit public et administratif*, Cotillon, 1861, p. 15.

²³⁶¹ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 140.

²³⁶² Aussi Olivier Beaud précisait-il que « *la formation de l'État moderne et de la souveraineté est due à la monopolisation par le Prince du droit positif, c'est-à-dire du commandement appelé la loi par Jean Bodin ; grâce à ce phénomène de concentration normative, le pouvoir a pu être construit sous la forme structurée d'une puissance publique* » : BEAUD O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 24.

²³⁶³ WEBER M., *Le Savant et le politique*, Plon, 1959, p. 124.

supériorité du pouvoir politique implique systématiquement l'exercice d'un pouvoir de commandement autoritaire. Le dépassement de la conception moderne de l'État et de l'exercice du pouvoir politique repose en effet en partie sur une crise de la légitimité démocratique apportée par la représentation, et incidemment d'une nécessité accrue de participation des citoyens à la prise de décisions qui encadrent leurs conduites²³⁶⁴. Or, il est aisé de convenir qu'une telle évolution ne puisse laisser inchangé l'exercice d'un pouvoir de commandement autoritaire par essence indifférent aux consentements et à la volonté des individus. Dans ces conditions, l'émergence de la post-modernité conduit sans doute à un renouvellement des modalités d'exercice du pouvoir politique qui se traduit juridiquement par un reflux conséquent de l'emploi du commandement autoritaire et par un renouvellement de la conception de l'obligation conforme à la nécessaire prise en compte de la volonté des individus.

En ce qu'il met un terme à la prégnance du pouvoir de commandement autoritaire dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative, le développement de la post-modernité incite à un décloisonnement de l'État qui deviendrait alors « *un espace de discussion, un lieu de négociation, marqué par l'indétermination* » dans lequel s'instaurerait une forme de démocratie délibérative et participative « *donnant aux citoyens un droit de regard et une emprise plus directe sur la chose publique* »²³⁶⁵. Une évolution de la conception moderne de l'État qui s'offre d'ailleurs une concrétisation dans le cadre de la promotion du paradigme de « *la nouvelle gouvernance négociée* »²³⁶⁶ en vertu duquel l'action étatique « *renvoie (...) à deux dimensions fondamentales : d'une part des rapports horizontaux entre acteurs étatiques et acteurs non étatiques (et non plus verticaux comme dans le cadre du gouvernement, notion opposée à celle de gouvernance) ; d'autre part l'importance donnée à la négociation entre acteurs multiples (mode de coordination rendant possible l'action publique)* »²³⁶⁷. La prise en compte de cette nécessaire négociation, conséquence de l'émergence de la post-modernité,

²³⁶⁴ Les réflexions contemporaines menées sur l'exercice du pouvoir politique et la définition du lien politique unissant les gouvernants aux gouvernés conduisent en effet au constat suivant selon lequel ce dernier « *paraît en voie de se distendre dans les pays libéraux : tandis que l'autorité des gouvernants ne va plus de soi, les citoyens semblent ne plus se satisfaire d'être cantonnés dans le rôle restreint qui leur est assigné dans le jeu politique ; la crise de la représentation se double d'une crise de la participation, qui en est le corollaire logique* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 1^{ère} éd., 2003, p. 145.

²³⁶⁵ CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 171.

²³⁶⁶ Nous empruntons cette formulation à Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès selon lesquels « *la multiplication des acteurs et des instruments de coordination dans un nombre toujours plus élevé de secteurs a fait émerger un paradigme de « la nouvelle gouvernance négociée »* » : LASCOUMES P. et LE GALÈS P., « L'action publique saisie par les instruments », in *Gouverner par les instruments*, Presses de la FNSP, 2004, p. 23.

²³⁶⁷ HASSENTEUFEL P., *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, 2008, p. 269.

induit alors une atténuation certaine de l'exorbitance du droit administratif à travers une réduction mesurée de la supériorité du pouvoir politique, ou du moins de sa traduction autoritaire²³⁶⁸. Ainsi la doctrine contemporaine envisage-t-elle la possibilité d'un affaiblissement de la prégnance de ce pouvoir de commandement²³⁶⁹, sans pour autant constater sa disparition. Il serait alors davantage question de songer à une diversification des modalités juridiques d'expression du pouvoir politique au-delà du seul procédé autoritaire²³⁷⁰. Jacques Caillosse précise en outre les contours de ce « *nouveau style de conduite de l'action publique et d'exercice du pouvoir* »²³⁷¹ par l'emploi d'instruments de pilotage de l'action administrative assurant l'installation « *de nouvelles façons juridiques de voir et de faire* »²³⁷². Ainsi marquée par la négociation et la multiplication des acteurs²³⁷³, la gouvernance incite par conséquent à engager une réflexion profonde sur ces outils juridiques désormais mis en œuvre pour assurer la direction des conduites humaines. Une réflexion qui rejoint immanquablement le concept d'externalisation administrative²³⁷⁴ et, par là, l'obligation qui en constitue le rouage essentiel.

373. Une illustration par le concept d'externalisation administrative : la rénovation de l'obligation. Jacques Caillosse propose d'ailleurs un inventaire de ce « *nouveau répertoire qu'emprunte l'action publique* »²³⁷⁵ évoquant pêle-mêle : l'instauration de procédés de

²³⁶⁸ Élodie Saillant précise d'ailleurs que parmi les transformations susceptibles de réduire l'exorbitance du droit administratif, il convient de noter que « *le service public est désormais assez généralement considéré comme une activité requérant des garanties particulières, mais sans qu'elle relève nécessairement de l'exorbitance. Il est moins marqué par l'inégalité, la supériorité du pouvoir politique sur les particuliers* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 412.

²³⁶⁹ Ainsi les réflexions récentes conduisent-elles à admettre que « *la contrainte peut être évincée, lorsque sont recherchés et employés des procédés alternatifs à l'exercice du pouvoir de commandement* » : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 403.

²³⁷⁰ Et d'ajouter que « *la contrainte peut être modifiée, à travers l'encadrement et l'atténuation du caractère précisément contraignant du pouvoir de commandement* » : SAILLANT É., *Ibid.*

²³⁷¹ CAILLOSSE J., *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 56, 2015, p. 108.

²³⁷² CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 110.

²³⁷³ François Ost précisait que « *La montée en puissance de la gouvernance traduit une remise en cause sérieuse du modèle wébérien de gouvernement fondé sur l'autorité, la hiérarchie et une bureaucratie puissante. La construction de l'ordre social et politique se fonde désormais moins sur un appareil autocentré et hiérarchique que sur un processus polycentrique et négocié, une multitude d'ajustements partiels, un réseau de relations à la recherche de principes de coordination* » : OST Fr., « De la pyramide au réseau : un nouveau paradigme pour la science du droit ? », in *Tisser le lien social*, éditions MSH, 2004, p. 190.

²³⁷⁴ Jacques Caillosse propose en effet un inventaire de ce « *nouveau répertoire qu'emprunte l'action publique* » (CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 125) évoquant pêle-mêle : l'instauration de procédés de régulation, de contractualisation ou encore de partenariat et de participation. Et si le rapprochement de l'externalisation administrative avec le premier paraît délicat, bien qu'elle y soit liée, la filiation avec les trois autres ne fait pas le moindre doute. Qu'il s'agisse du recours accru au contrat, ou encore plus précisément à une logique partenariale alliée au souci grandissant de participation des divers acteurs de la société, le paradigme de la gouvernance recouvre en effet sans difficulté le déploiement contemporain de l'externalisation dans la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques.

²³⁷⁵ CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 125.

régulation, de contractualisation ou encore de partenariat et de participation²³⁷⁶. Dès lors, la réglementation autoritaire des comportements voit fleurir à côté d'elle des modalités de direction impliquant plus étroitement leurs destinataires²³⁷⁷. Et si le rapprochement de l'externalisation administrative avec le premier paraît délicat, bien qu'elle y soit liée, la filiation avec les trois autres ne fait pas le moindre doute. Qu'il s'agisse du recours accru au contrat, ou encore plus précisément à une logique partenariale²³⁷⁸ alliée au souci grandissant de participation des divers acteurs de la société, le paradigme de la gouvernance recouvre donc sans difficulté le déploiement contemporain de l'externalisation dans la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques. En associant des acteurs économiques à la satisfaction de l'intérêt général par des relations juridiques subjectives portées par l'obligation, l'externalisation administrative offre ainsi indiscutablement l'illustration de la possibilité d'une nouvelle forme d'encadrement des comportements individuels appréhendée davantage dans le sens d'une orientation consentie de leurs conduites. Comme le montre le développement récent de ce concept, les transformations contemporaines du droit administratif laisseraient en l'occurrence transparaître une remise en cause certaine du commandement autoritaire par le paradigme de la nouvelle gouvernance négociée²³⁷⁹, ou du moins une remise en cause de sa prégnance. Une mutation qui n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine. Ainsi Élodie Saillant souligne-t-elle par exemple que, bien que le commandement autoritaire soit maintenu dans la mesure où il doit être mis en œuvre lorsque les besoins politiques le rendent nécessaire²³⁸⁰, il s'exprime désormais dans un périmètre plus restreint : celui délimité par la réalisation de la compétence normative.

²³⁷⁶ Il souligne le passage, « *par exemple, de la réglementation à la régulation, de la décision unilatérale au contrat, de la division public/privé au partenariat, ou encore, de la représentation à la participation* » : CAILLOSSE J., *Ibid.*

²³⁷⁷ Jacques Caillosse affirme que « *le déclin des formes les plus contraignantes du vieux droit, c'est-à-dire les modes de direction autoritaire et hétéronome des conduites collectives, va de pair avec la promotion spectaculaire d'une direction juridique autonome des comportements où la recommandation tend à se substituer au commandement* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 126.

²³⁷⁸ L'auteur rappelle en effet qu'il s'agit d'une « *forme particulière de l'« agir contractuel » dans laquelle se loge la gouvernance : les interactions public/privé qui en sont l'une des expressions privilégiées trouvent là un cadre juridique favorable à leur institutionnalisation* » : CAILLOSSE J., *op. cit.*, p. 129.

²³⁷⁹ La doctrine contemporaine admet d'ailleurs que, « *pour le juriste, la notion de gouvernance se manifeste par la contestation de la puissance publique (...), et l'apparition concomitante de nouveaux instruments de l'action publique, qui ne marquent plus l'idée de hiérarchie, parce que n'étant plus, ou en tous les cas moins, contraignants* » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 402.

²³⁸⁰ Alors qu'elle rappelle que « *pour décrire les transformations de l'État et de l'action publique, sont volontiers utilisées des notions comme celle de gouvernance* » qui « *renvoie inexorablement au constat que font certains de l'incapacité de l'État souverain à répondre aux problèmes qui lui sont soumis* » au moyen du commandement autoritaire, Élodie Saillant démontre néanmoins qu'il existe des éléments en droit positif « *propres à emporter la conviction de la rémanence du pouvoir de commandement, traduction de la rémanence*

Une telle réduction du champ d'application imposé au pouvoir de commandement autoritaire par le droit objectif incite d'autant plus à opérer un rapprochement avec le développement du concept d'externalisation administrative dès lors que ce repliement du commandement autoritaire correspond parfaitement au déploiement de celle-ci dans le cadre de la réalisation de la compétence matérielle. Ainsi serait-il possible de suggérer que la mise en œuvre de l'externalisation administrative implique davantage l'exercice d'un pouvoir de commandement alternatif fondé, non plus sur la contrainte non consentie, mais sur une direction volontaire des conduites. Sans parler de disparition du commandement, dont il ne saurait être question, la démonstration conduite jusqu'ici laisse en effet entrevoir à partir de ce concept la prise en compte en droit administratif d'une logique économique de coopération reposant par définition sur l'intervention conjointe de plusieurs individus pour la réalisation d'un objectif commun. Caractéristique de la post-modernité et de la gouvernance, le développement de l'externalisation administrative constitue par conséquent l'illustration évidente de l'émergence d'un mode alternatif de commandement qui trouverait à se déployer pour favoriser la réalisation des compétences matérielles des personnes publiques et se traduirait par « *la recherche de procédés moins contraignants* »²³⁸¹ dont découle nécessairement « *une redéfinition de la manière dont s'exerce le pouvoir politique* »²³⁸², et de la conception de l'obligation qui le permet. Qu'il s'agisse alors de l'emploi d'un procédé unilatéral ou contractuel, la mise en œuvre de l'externalisation administrative permet de mettre en évidence l'évolution respective de leur caractère contraignant à travers le renouvellement de la conception traditionnelle de l'obligation envisagée comme un rapport de droit objectif. La remise en cause de la prégnance du pouvoir de commandement autoritaire qu'illustre l'apparition de ce concept invite donc à en préciser les conditions à partir de l'examen des incidences de la transformation de l'obligation et non de la seule observation du développement de la contractualisation qui ne donne qu'une vision parcellaire de l'émergence du commandement coopératif limitée à l'emploi de l'instrument contractuel.

Celui-ci s'appréhende effectivement avec plus de facilité, et de manière moins lacunaire, à travers l'examen de l'obligation telle qu'elle est instrumentalisée au sein du concept

de la supériorité du pouvoir politique », laquelle ne saurait être remise en cause : SAILLANT É., *op. cit.*, p. 401 et 403.

²³⁸¹ DUPUIS G., GUÉDON M.-J. et CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, Sirey, 11^e éd., 2008, p. 436.

²³⁸² SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 424.

d'externalisation administrative. La finalisation que ce dernier applique à la notion d'obligation a effectivement conduit à constater la possibilité d'un renouvellement de sa conception qui dépasse son appréhension limitée jusque-là à l'identification d'un rapport de droit objectif vertical²³⁸³. Dès lors que le concept d'externalisation administrative, de part son essence coopérative, relève des nouveaux procédés de gouvernance, il n'est donc plus question pour les personnes publiques d'employer l'obligation au service d'un commandement autoritaire²³⁸⁴. Alors qu'à la suite de cette transformation de la conception de l'État et de ses modalités d'intervention le pouvoir de commandement dont il dispose devient nécessairement moins contraignant, il cherche à compenser cette perte par une recherche de consentement en lieu et place de la contrainte extérieure. Il convient alors d'observer, à travers l'exemple offert par le concept d'externalisation administrative, l'évolution concomitante de l'administré qui n'est plus assujéti à l'autorité publique mais s'impose comme son partenaire volontaire²³⁸⁵. Aussi faut-il voir là un argument supplémentaire en faveur du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif suggéré précédemment. N'étant plus dès lors un instrument juridique de la traduction du pouvoir politique par l'exercice d'un pouvoir de commandement autoritaire marqué par la contrainte, celle-ci se détache de sa conception classique en tant que rapport de droit exclusivement objectif. Elle apparaît bel et bien désormais comme un lien de droit subjectif, en ce qu'elle est instaurée par la manifestation de la volonté des parties, exprimant une norme objective de comportement, dans la mesure où elle traduit toujours une forme de commandement exigé et reconnu par l'ordre juridique. L'obligation située au cœur du mécanisme de mise en œuvre en droit administratif du concept d'externalisation contribue donc par sa finalisation singulière à éclairer également l'émergence d'un procédé alternatif de commandement sur lequel repose le développement de ce concept : le commandement coopératif associant la dimension objective du devoir et la dimension subjective de la volonté.

²³⁸³ C'est-à-dire comme un devoir imposé par l'ordre juridique sans le consentement de son destinataire.

²³⁸⁴ Alors que celle-ci servait auparavant à exprimer ce pouvoir de commandement autoritaire « *sous la forme de prescriptions obligatoires, parlant à l'impératif* » par lesquelles « *l'administration tend à dicter sa loi au milieu social ; les administrés sont considérés comme des « assujettis », tenus de se plier à ses injonctions* » : CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 64.

²³⁸⁵ Yves Jégouzo soulignait d'ailleurs dans un autre domaine que « *la participation tant des administrés destinataires des actes de l'administration à la décision administrative que des usagers bénéficiaires de ses prestations à la gestion des services se présente (...) à la fois comme l'instrument d'une démocratisation plus accomplie et l'outil de réforme administrative recherchant une meilleure efficacité de l'administration* » : JÉGOUZO Y., « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 583.

B. Le fonctionnement du commandement coopératif

374. Un mode alternatif de commandement fondé sur la coopération des individus.

Caractéristique de la mise en œuvre en droit administratif d'une logique économique de coopération, le concept d'externalisation administrative repose en partie sur l'émergence d'un mode d'orientation des conduites distinct de l'exercice traditionnel d'un pouvoir de commandement autoritaire²³⁸⁶. Après avoir précisé le contexte d'émergence d'une forme alternative de commandement délaissant l'autorité pour la participation, il s'agit à présent d'en spécifier les contours en lien avec ceux de l'externalisation administrative au sein de laquelle il contribue à l'instauration d'une relation de coopération au service de la satisfaction de l'intérêt général. Il convient alors d'envisager le caractère coopératif de ce commandement en lien avec la traduction juridique suggérée auparavant de l'essence coopérative de l'externalisation administrative. De la même façon que la notion de régulation suppose une transformation des modalités de réglementation employées par les personnes publiques, l'externalisation administrative renvoie nécessairement à l'appréciation d'une évolution de la normativité juridique et de l'obligation qui permet son expression dès lors qu'elle manifeste la fait que « *la direction juridique autoritaire des conduites, la direction imposée, agissant par voie de commandement, ferait place à une direction juridique non autoritaire, faite de recommandations et d'incitations, sans cependant totalement le remplacer* »²³⁸⁷. Abandonnant ainsi ponctuellement les habits de la puissance publique dominatrice, le commandement coopératif, tout comme l'externalisation administrative qui l'exerce, rencontre néanmoins certains obstacles dont il s'agit de rendre compte afin d'apprécier les conditions de sa mise en œuvre privilégiant l'orientation des conduites plutôt que leur direction autoritaire, et l'expression de la volonté plutôt que la manifestation des exigences de l'ordre juridique. Il sera alors envisageable d'évoquer ensuite les ressorts juridiques caractéristiques de la mise en œuvre par les personnes publiques d'un tel pouvoir de

²³⁸⁶ Il convient de rappeler qu'à l'instar de la contractualisation, mais avec une portée dépassant les limites de l'emploi du seul instrument contractuel, la mise en œuvre de ce concept en droit administratif « *correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action publique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité* » : Conseil d'État, 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, EDCE, n°59, 2008, p. 15. Une évolution déjà soulignée par la doctrine au-delà du phénomène de la contractualisation par Jacques Chevallier pour qui « *les commandements juridiques traditionnels, marqués par la contrainte et l'unilatéralité, tendent à faire place à des procédés plus souples de type incitatif, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »* » : CHEVALLIER J., « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n°5/6, 1998, p. 1806.

²³⁸⁷ SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 433.

commandement dans le cadre de l'externalisation administrative à partir de la prise en compte du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif.

Il convient donc d'en préciser le fonctionnement en s'appuyant sur l'observation du concept d'externalisation administrative. Les critères fonctionnel et matériel qui lui ont été attribués encouragent en ce cas à distinguer deux temps dans la mise en œuvre du commandement coopératif. D'une part, celui de son principe fondé sur un objet singulier portant sur la réalisation coopérative de la compétence matérielle des personnes publiques et qui fixe, comme pour l'externalisation administrative, les limites de son champ d'application tout en mettant l'accent sur l'élément juridique indispensable à son fonctionnement : la norme d'habilitation. D'autre part, celui de la structure obligationnelle assurant sa réalisation et qui est liée à la finalisation de l'obligation en tant que norme d'habilitation dérivée. Ainsi l'obligation n'apparaît-elle plus seulement ici comme un rapport juridique objectif source de devoirs pour les individus mais plutôt comme un lien de droit subjectif dans lequel est édictée une norme objective de comportement. Elle se présente en d'autres termes comme un faisceau de droits et d'engagements résultant de l'expression de la volonté de chacune des parties et dans lequel chacune trouve les moyens de parvenir à la réalisation de sa propre fin au service de la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi marque-t-elle désormais l'adhésion volontaire des partenaires de l'administration au comportement qui leur est demandé d'adopter en assurant pour ce faire la conciliation de la satisfaction de l'intérêt général avec celle de leurs intérêts particuliers. L'observation du concept d'externalisation administrative et de la finalisation de l'obligation qu'il induit, autorise donc à préciser le principe du commandement coopératif pour la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques (1), ainsi que la structure obligationnelle qu'il nécessite pour sa mise en œuvre (2).

1. Le principe du commandement coopératif pour la réalisation de la compétence

375. Un principe fondé sur la relecture « habilitante » de l'indisponibilité. En ce qu'il s'exprime dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation en droit administratif, le commandement coopératif est irrémédiablement confronté aux mêmes limites que celles que le premier rencontre dans le cadre de l'action publique du fait, notamment, de l'horizon indépassable du principe d'indisponibilité des compétences. Aussi le pouvoir de commandement coopératif ne saurait-il aller à l'encontre de la répartition des compétences décidée par l'ordre juridique objectif et imposée aux autorités administratives. Une limitation

d'autant plus concrète qu'elle fait écho au caractère irrésistible de la supériorité du pouvoir politique, et donc à la contrainte d'exercer un commandement autoritaire lorsque cela est justifié par le besoin à satisfaire²³⁸⁸. Il s'agit d'ailleurs de ne pas négliger le fait qu'une certaine vision de la supériorité du pouvoir politique conduit à le percevoir parfois comme une sujétion imposée aux autorités publiques²³⁸⁹, et de préciser que l'approche initialement « naturelle » du principe d'indisponibilité des compétences, selon lequel une personne publique ne saurait disposer librement d'une compétence liée à l'exercice d'une activité par nature indisponible²³⁹⁰, confirme là aussi l'impossibilité pour une personne publique de se défaire de son pouvoir de commandement autoritaire dès lors que ce dernier constitue l'expression juridique du pouvoir politique ; et donc de la souveraineté par nature indisponible. Le principe de la mise en œuvre de ce procédé de commandement coopératif pour la réalisation d'une compétence serait par ailleurs identique à celui de la mise en œuvre de l'externalisation administrative. *A priori* opposé à l'abandon de l'exercice d'un commandement autoritaire pour la réglementation des conduites individuelles au nom de l'intérêt général, le principe d'indisponibilité des compétences s'impose là aussi comme la limite au-delà de laquelle il ne saurait être question de recourir au commandement coopératif dans la mesure où la personne publique ne pourrait tout simplement pas renoncer à employer un procédé contraignant pour dicter un comportement à un administré, ni même quérir son consentement. Il est toutefois possible de s'inspirer de la démonstration précédemment menée pour l'envisager tout autant comme le principe même du recours par les autorités administratives à un procédé de commandement coopératif, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation.

²³⁸⁸ Élodie Saillant démontre que « s'ils sont véritablement la conséquence du caractère politique de certaines activités, s'ils sont le seul procédé possible pour satisfaire certains besoins, n'existant précisément que pour cet usage, les moyens exorbitants (parmi lesquels figure au premier plan l'exercice du pouvoir de commandement autoritaire) doivent, en toute logique, être choisis et employés dès que de tels besoins se font sentir » : SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011, p. 549.

²³⁸⁹ Elle ajoute que « l'exorbitance, de par sa définition, ne peut être qu'une sujétion pour le pouvoir politique : les moyens juridiques exorbitants n'existant et n'étant mis à sa disposition qu'en raison du caractère spécifique de certains besoins et activités, que dans la mesure où leur satisfaction implique l'usage de procédés juridiques contraignants principalement, le pouvoir politique doit, dans ces conditions, les utiliser » : SAILLANT É., *Ibid.*

²³⁹⁰ Rappelons que cette approche « naturelle » du principe d'indisponibilité des compétences trouve son origine dans la formulation évasive retenue par les juges du Palais-Royal à l'occasion de la décision *Ville de Castelnaudary* à l'occasion de laquelle il était considéré que « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents publics placés sous l'autorité directe de l'administration » dès lors que seule cette dernière disposait du pouvoir de commandement autoritaire : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595.

L'étroit rattachement de l'externalisation administrative à l'émergence d'un procédé de commandement coopératif incite effectivement à emprunter la même approche pour déterminer le principe de sa mise en œuvre. S'il ne fait aucun doute que le concept étudié trouve sa limite dans le principe d'indisponibilité des compétences, il a également pu être démontré qu'il pouvait y puiser au moyen d'une relecture de ce dernier un fondement essentiel de sa mise en œuvre. Dès lors que cette limite consiste à imposer à tout acteur juridique investi d'une compétence, par une habilitation primaire, « *que les éléments acteur, action, champ d'application et champ de réglementation (...) soient respectés par le producteur d'un acte pour que celui-ci soit valide d'un point de vue dynamique* »²³⁹¹, il n'est pas incongru de transposer cette restriction à l'édiction par une autorité compétente d'un commandement coopératif, et ce pour deux raisons. D'une part, parce que la mise en œuvre d'un tel procédé alternatif de commandement se fait notamment dans le cadre de l'externalisation administrative, elle-même soumise à une telle exigence. D'autre part, car cette règle fondamentale en droit public recouvre en particulier tous les cas dans lesquels une personne publique produit une norme juridique qui pour être valide doit respecter les prescriptions des normes juridiques qui lui sont hiérarchiquement supérieures²³⁹² dans l'ordonnement juridique. Or, la relecture « habilitante » du principe d'indisponibilité des compétences exposée durant le titre précédent a permis de dégager une interprétation différente de son application sur l'externalisation administrative. Il est pour lors possible de considérer que, dans les conditions qu'elle fixe, la règle d'indisponibilité puisse être appréhendée comme le principe même de la mise en œuvre de ce concept en droit administratif dans le cadre de la réalisation des compétences matérielles attribuées aux personnes publiques²³⁹³. Il s'agit par conséquent d'envisager que, pour les mêmes raisons, cette règle soit conçue comme le principe de l'édiction d'un commandement coopératif dans le cadre de la réalisation d'une compétence matérielle ; en d'autres termes, comme un « *élément définitionnel déterminant de l'aptitude à agir spécifique des autorités publiques* »²³⁹⁴, et donc notamment de leur aptitude à agir par la voie du commandement.

²³⁹¹ AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 699.

²³⁹² En outre, toute compétence doit être exercée, en tant que pouvoir-devoir objectif, « *conformément aux conditions objectives que prescrit la loi ou, ce qui revient au même, conformément à l'habilitation implicite de l'ordre public général* » : PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984, p. 681.

²³⁹³ Philippe Azouaou ne manque d'ailleurs pas remarquer que « *le principe d'indisponibilité des compétences a été mis à contribution pour justifier des mécanismes (...) nouveaux* » comme par exemple le mandat ou la délégation de compétence : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 263.

²³⁹⁴ TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 108.

Celui-ci serait alors impérativement autoritaire lorsqu'il découle de la réalisation d'une compétence normative, et éventuellement coopératif lorsqu'il découle de la réalisation d'une compétence matérielle selon le contenu habilitant de celle-ci.

Enrichie par les travaux menés par Roger Bonnard, l'hypothèse d'une dichotomie au sein des compétences des personnes publiques repose en outre sur une classification binaire des activités des personnes publiques selon qu'elles assurent « *d'une part, des besoins juridiques, et, d'autre part, des besoins matériels* »²³⁹⁵. Ce à quoi l'auteur faisait correspondre l'opposition entre la compétence normative entraînant l'exercice de la puissance publique « *supérieure à celle des particuliers* »²³⁹⁶ et la compétence matérielle engageant la personne publique sur la voie de la gestion à l'instar des individus ordinaires²³⁹⁷. La distinction des compétences normative et matérielle se trouve finalement fondée sur l'antagonisme instauré, notamment par Rodolphe Dareste, entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Aussi est-il donc bien concevable d'y ajouter désormais, à l'aune du concept d'externalisation administrative, la distinction entre le commandement autoritaire, lié à la compétence normative, et le commandement coopératif, lié à la compétence matérielle. Sans égard pour la nature de l'activité exercée, c'est en fin de compte le contenu de la norme d'habilitation primaire²³⁹⁸ ; c'est-à-dire de la compétence attribuée par le droit positif à une autorité administrative, qui détermine la possibilité ou non d'employer un procédé de commandement coopératif pour déterminer les comportements que les administrés devraient adopter, et ce de la même façon que ce dernier détermine la possibilité ou non pour une personne publique de recourir à l'externalisation pour sa réalisation. En tant qu'il engage les personnes publiques à orienter les conduites individuelles, le commandement coopératif employé dans le cadre de l'externalisation administrative repose par conséquent tout autant que cet outil de gestion des ressources sur le concept de norme d'habilitation qui conditionne la validité de leur comportement au regard du droit objectif. Aussi la relecture de l'indisponibilité conduit-elle à

²³⁹⁵ BONNARD R., *Précis de droit public*, Sirey, 5^e éd., 1939, p. 4.

²³⁹⁶ BONNARD R., *op. cit.*, p. 9.

²³⁹⁷ Roger Bonnard affirmait que, bien que « *assez généralement abandonnée (...), le but poursuivi par la distinction consistait à vouloir, d'une part, soustraire aux règles du droit privé les actes de puissance publique, parce que, émanant d'une volonté supérieure, on ne pouvait que leur appliquer des règles spéciales, pour, d'autre part, soumettre au droit privé les actes de gestion, puisqu'ils étaient analogues à ceux des particuliers* » : BONNARD R., *op. cit.*, p. 9 et 10.

²³⁹⁸ La réflexion doctrinale conduite sur le principe d'indisponibilité des compétences incite d'ailleurs aujourd'hui à admettre qu'il puisse permettre « *de rendre compte parfaitement du phénomène d'habilitation, contrairement aux autres notions (...), parce qu'il met en évidence le principe de validité des normes juridiques* » édictées par les autorités administratives en fonction des normes supérieures dont fait partie l'habilitation : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 549.

l'envisager comme le principe de la mise en œuvre du commandement coopératif et incite, comme pour l'externalisation administrative, à relier ce principe à l'emploi du concept de norme d'habilitation.

376. Un principe fondé sur l'emploi du concept de norme d'habilitation. Si la règle de l'indisponibilité des compétences peut être envisagée de la sorte comme un principe permissif pour l'emploi d'un procédé de commandement coopératif, elle doit être complétée par une précision relative à l'importance de la norme d'habilitation²³⁹⁹, aussi bien primaire car elle détermine par son contenu les limites de son emploi, que dérivée dans la mesure où elle autorise la coopération volontaire du partenaire de l'autorité administrative à la réalisation de la compétence matérielle de cette dernière. S'agissant de l'habilitation primaire, les développements précédents ont d'ailleurs permis de mettre en évidence le lien étroit l'unissant à la règle de l'indisponibilité dans la mesure où son étendue se mesurerait finalement à l'aune du contenu de la norme d'habilitation qu'est la compétence²⁴⁰⁰. Les travaux conduits en la matière par Guillaume Tusseau confirment en outre cette hypothèse lorsqu'il démontrait que la norme d'habilitation se présentait à la fois comme une ressource pour l'acteur habilité, mais aussi comme une contrainte qui fixe un cadre déterminé à la légalité de son action²⁴⁰¹. Ainsi en va-t-il de la personne publique titulaire d'une compétence en vertu d'une norme d'habilitation primaire autorisant son action dans des conditions strictement définies desquelles elle ne saurait s'écarter. Or, parmi ces conditions se trouve notamment la manifestation du principe d'indisponibilité des compétences proscrivant à une autorité administrative à la fois de confier son pouvoir à un tiers, ou de renoncer à l'exercer lorsque cela est nécessaire. Seule la norme d'habilitation primaire peut néanmoins permettre d'envisager cette règle cardinale du droit public comme un principe permissif dès lors que son contenu prévoit que la compétence en question puisse être réalisée en coopération avec un

²³⁹⁹ Une partie de la doctrine s'accorde effectivement pour admettre une relecture dynamique du principe d'indisponibilité des compétences. Ainsi Philippe Azouaou précise-t-il par exemple qu'un « *principe nouveau d'indisponibilité peut précisément remplir cette fonction, à condition d'être construit à partir du concept de norme d'habilitation* » : AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 549.

²⁴⁰⁰ Philippe Azouaou démontre que le principe d'indisponibilité des compétences s'applique comme une limite indépassable imposée à l'action des personnes publiques lorsqu'elles produisent un acte de disposition à l'égard de leur compétence. Or il affirme également qu'une « *autorité normative ne produit un acte de disposition que si l'acte édicté sort du cadre fixé par certains éléments de la norme d'habilitation, considérés comme constitutifs de la substance de la norme d'habilitation* » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 558.

²⁴⁰¹ Il est désormais admis en effet que la norme d'habilitation présente pour tout acteur cette double facette dans la mesure où si « *l'acteur renforce sa position institutionnelle, les normes d'habilitation font alors figure de ressources* », alors que, « *leur maniement stratégique imposant certaines conduites, les normes d'habilitation font alors figure de contraintes* » : TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006, p. 479.

tiers par l'emploi d'un procédé de commandement coopératif. Ainsi le recours à un tel procédé dans le cadre de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation implique-t-il que la compétence en question prévoit dans son contenu une telle possibilité. L'indisponibilité n'apparaît donc plus seulement comme une limitation objective imposée à chaque personne publique mais comme l'un des éléments déterminants du principe même de leur action dès lors que la fonction habilitante de la compétence est ainsi appréhendée dans une perspective dynamique et non plus simplement statique. Si elle souhaite instaurer une relation de coopération et orienter la conduite d'un individu au lieu de le contraindre, elle ne peut y parvenir qu'à condition que cela soit prévu par son titre à agir. Il ne lui reste plus dès lors qu'à édicter une norme d'habilitation dérivée en ce sens, conforme au contenu de son habilitation primaire²⁴⁰².

Le rôle prépondérant du concept de norme d'habilitation apparaît de surcroît de manière encore plus évidente à travers l'observation de la norme d'habilitation dérivée. Indispensable à toute manifestation juridique de l'externalisation en droit administratif, elle constitue le rouage essentiel de sa traduction dans la mesure où elle matérialise juridiquement la volonté de la personne publique compétente, conformément au contenu de la norme d'habilitation primaire, de confier la réalisation d'une compétence matérielle à un tiers ne disposant pas d'un titre à agir²⁴⁰³. Là encore, la norme d'habilitation dérivée se présente par ailleurs à la fois comme une ressource, en autorisant un tiers à exercer une activité qui lui serait en principe proscrite, et comme une contrainte, en imposant un cadre strictement déterminé à son intervention. C'est pourquoi il convient de souligner qu'une telle norme se présente irrémédiablement comme le rouage essentiel de l'édiction d'un commandement coopératif dans la mesure où le partenaire de l'administration participe, grâce à elle, à la réalisation d'une compétence matérielle de sa propre volonté et non comme s'il y avait été requis sous la contrainte. Quelle que soit sa forme, la norme d'habilitation dérivée confère alors un titre à agir à un individu afin qu'il puisse participer de sa propre volonté à la réalisation d'une compétence dont il pourrait tirer un bénéfice satisfaisant son intérêt personnel tout en contribuant à la satisfaction de l'intérêt général. Elle permet également à l'autorité administrative compétente de fixer un cadre à cette intervention, et donc, dans une certaine

²⁴⁰² Car finalement une autorité administrative contrevient au principe d'indisponibilité des compétences essentiellement lorsqu'elle porte « atteinte à la substance de la norme d'habilitation » ; c'est-à-dire lorsqu'elle « sort du cadre fixé par certains éléments de la norme d'habilitation, considérés comme constitutifs de la norme d'habilitation » : AZOUAOU Ph., *op. cit.*, p. 557 et 558.

²⁴⁰³ Elle constitue par conséquent l'acte indispensable par lequel ce dernier accède à une activité que l'ordre juridique lui refusait.

mesure, d'orienter le comportement de son partenaire sans pour autant avoir recours à la contrainte. Par conséquent, c'est à travers la norme d'habilitation dérivée que peut se manifester en droit administratif l'aspect coopératif de ce procédé alternatif de commandement qui s'exprime de manière patente dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Délaissant la contrainte pour imposer aux particuliers un comportement conforme aux nécessités exigées par les besoins sociaux, l'autorité administrative s'associe étroitement par cette norme d'habilitation dérivée à un partenaire avec lequel ils participeront tout deux, coopérativement, à la satisfaction de l'intérêt général. Le principe de l'emploi d'un tel procédé de commandement repose donc aussi sur l'existence d'une norme d'habilitation dérivée qui se manifeste sous la forme d'une obligation qui fonde l'intervention volontaire d'un tiers dans la réalisation d'une compétence. Une participation qui devient alors parfaitement consentie alors qu'auparavant ces comportements étaient imposés de manière verticale par les autorités publiques compétentes, et qui témoigne également du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif sous l'influence de sa finalisation au sein du concept d'externalisation administrative.

Les développements précédents ont au demeurant permis de démontrer que c'est à travers la norme d'habilitation dérivée, sous la forme juridique d'une obligation, située au cœur de la traduction juridique du concept d'externalisation administrative qu'il convient d'identifier l'expression d'une adhésion de chacune des parties au comportement qui leur est commandé. En s'inspirant de l'élaboration de la conception néo-classique proposée par Grégoire Forest, ainsi que de l'acquis des réflexions conduites par les normativistes, il a été suggéré que l'obligation administrative puisse être alors appréhendée également comme une médaille à deux faces complémentaires lorsqu'elle endosse une fonction habilitante. Au-delà de ce dualisme de l'obligation, il s'agit bien ici de rappeler que cette conception renouvelée impose de reconnaître dans toute obligation un rapport de droit subjectif dans lequel s'exprime une norme de comportement. Or l'association de ce lien de droit et d'une telle norme juridique invite à prendre conscience du caractère nécessairement volontaire du comportement commandé²⁴⁰⁴ par la voie de l'obligation ainsi appréhendée. Qu'elle repose sur un

²⁴⁰⁴ Un consentement au comportement commandé qui apparaît nettement dans les développements proposés par Grégoire Forest. Il affirme en effet que, dans le cadre d'un rapport d'obligation ordinaire unissant un créancier à son débiteur, « *le créancier n'est pas le prescripteur véritable du comportement imposé au débiteur – le fait même que la formation de l'obligation nécessite l'accord du débiteur ou la réunion des conditions d'une prescription légale le démontre – et ne peut en aucun cas procéder lui-même à la sanction de celui-ci en cas*

consentement gratuit, une acceptation pure et simple, ou encore sur un consentement « monnayé » dès lors qu'il serait obtenu en échange d'une contrepartie, le commandement en question manifesté par la norme juridique n'est plus vertical et autoritaire mais horizontal et négocié en ce qu'il résulte d'une manifestation de volonté de chacun des acteurs. Il convient alors de souligner qu'à travers la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en droit administratif, l'obligation permet l'expression par une personne publique compétente d'un commandement coopératif. Tandis que la dimension subjective issue de sa fonction habilitante assure que la relation de coopération instaurée résulte de la volonté des parties, sa dimension objective engage à confirmer l'identification d'un nouveau procédé de commandement caractéristique de la post-modernité : le commandement coopératif à travers lequel une autorité administrative n'impose plus sa volonté en tant que telle mais tire sa légitimité et sa force obligatoire de l'accord des destinataires²⁴⁰⁵. Ainsi cette hypothèse trouve-t-elle une confirmation éclairante dans le renouvellement de la conception de l'obligation et dans la mise en œuvre du commandement coopératif qui conduit à s'intéresser aux conséquences d'une telle finalisation de l'obligation dans le cadre de l'externalisation administrative. Son instrumentalisation traduit en effet à un double titre le fonctionnement coopératif de ce procédé alternatif de commandement : d'une part, l'obligation dans son acception civiliste repose toujours sur l'expression d'une volonté et, d'autre part, elle se présente dans le cas particulier du modèle du contrat-coopération comme un instrument de conciliation des intérêts des parties au service de la réalisation d'un intérêt commun.

2. La structure obligationnelle de la réalisation du commandement coopératif

377. Une structure fondée sur l'expression de la volonté des parties. Alors que l'externalisation administrative contribue au déploiement de la nouvelle gouvernance dans la sphère publique par laquelle « *l'action publique devient le produit d'interactions entre des acteurs multiples, publics et privés, dont on cherche à concilier les stratégies et à harmoniser les intérêts* »²⁴⁰⁶, elle illustre parfaitement celui d'un nouveau procédé de commandement fondé non plus sur la direction mais sur l'orientation volontaire des conduites. Le développement de ce concept

d'inexécution » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 184.

²⁴⁰⁵ Alors que « *le droit moderne était doté d'une puissance normative intrinsèque (...), apparaissait comme l'expression d'un ordre hétéronome, auquel il était, non seulement impossible de se soustraire, mais encore nécessaire et juste de se soumettre* », « *la force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 2003, p. 123.

²⁴⁰⁶ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 2003, p. 127.

permet par conséquent d'appréhender plus nettement les contours d'un tel procédé alternatif de commandement qu'il était déjà possible de percevoir à travers le phénomène de contractualisation²⁴⁰⁷. Il confirme de la sorte l'existence d'une voie contemporaine²⁴⁰⁸ pour garantir l'encadrement des conduites individuelles au nom de l'intérêt général par un procédé de commandement coopératif associant les dimensions subjective et objective de l'obligation afin d'assurer l'orientation des comportements sans passer par l'emploi de procédés autoritaires. Déjà présente dans le cadre de l'observation du phénomène de contractualisation, la fonction de l'obligation dans le recours à un tel procédé de commandement coopératif est désormais parfaitement perceptible à partir de l'examen du concept d'externalisation administrative. En ce qu'elle repose sur l'instrumentalisation de l'obligation au service de la réalisation coopérative de la compétence matérielle, la mise en œuvre de ce concept s'appuie sur une finalisation singulière de celle-ci destinée à exprimer une norme d'habilitation indispensable à la participation d'une personne juridique à l'action administrative. Il en résulte ainsi deux aspects de l'obligation susceptibles de contribuer à l'expression juridique d'un commandement coopératif. D'une part, l'obligation invite à rechercher, au-delà d'un consentement explicitement formulé, une volition de chacun des acteurs relative au comportement auquel ils sont astreints et au lien de droit subjectif qui les réunit. D'autre part, l'obligation se présente également selon un agencement singulier mis en évidence par le modèle du contrat coopération dans lequel elle assure la conciliation et la convergence des intérêts particuliers pour garantir la satisfaction d'un intérêt commun. Une traduction qu'il s'agit d'ailleurs d'étendre, grâce à la notion d'obligation, à l'ensemble des actes administratifs susceptibles de participer à l'expression juridique de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire à tous les actes manifestant une volonté et non seulement aux actes contractuels caractérisés par l'existence d'un consentement explicite. Aussi convient-il d'abord d'appréhender le premier élément caractéristique de la structure obligationnelle indispensable à la mise en œuvre d'un commandement coopératif : en l'espce, la manifestation d'une volition, laquelle n'implique pas nécessairement l'existence d'un accord de volontés.

²⁴⁰⁷ Jacques Chevallier rappelait que, dans le cadre de cette nouvelle gouvernance, « *le contrat est le moyen de formaliser cette coopération* » : CHEVALLIER J., *Ibid.*

²⁴⁰⁸ François Ost et Michel van de Kerchove insistaient sur une telle transformation de la normativité à l'aune de la post-modernité dont l'ultime étape consiste en un « *désengagement de la puissance publique (...) lorsque l'État se contente d'un rôle d'incitateur, renonçant à l'usage de la norme et de la contrainte et lui préférant la recommandation* » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002, p. 153. Et d'ajouter que, « *simple catalyseur de réactions normatives dont le devenir lui échappe, l'État se retranche alors dans un rôle d'orientation et de conseil* ».

Alors que la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative conduit à adopter une conception renouvelée de celle-ci présentant une dimension à la fois subjective en tant que lien de droit et objective en tant que norme de comportement, une telle association autorise la personne publique qui l'emploie à orienter le comportement du partenaire avec lequel elle est en relation en se fondant justement sur ce lien de droit qui les unit et qui les engage réciproquement l'un envers l'autre par l'expression de leur propre volonté et non plus à imposer un comportement conforme aux exigences objectives de l'ordre juridique²⁴⁰⁹. En tant qu'elle exprime juridiquement la signification d'une norme d'habilitation dérivée, l'obligation assure en effet l'intégration et la manifestation d'une norme objective de comportement dans le cadre d'une relation subjective souhaitée de part et d'autre par laquelle un individu acquiert le droit d'exercer une activité en se conformant à un comportement qui lui est suggéré²⁴¹⁰, mais toujours à partir de l'expression de sa volonté et jamais à son encontre. Aussi faut-il insister ici sur la différence fondamentale entre le commandement autoritaire et le commandement coopératif sur le plan de l'emploi de la notion d'obligation. Alors que, pour le premier, l'obligation présente une dimension exclusivement objective expression d'un devoir imposé verticalement par l'ordre juridique et le pouvoir politique, le second implique une dimension duale toujours objective en tant que devoir imposé par le pouvoir politique mais désormais dans le cadre d'une relation horizontale manifestée par la dimension subjective de l'obligation qui exprime et prend en compte la volonté de chacun, soit formellement par la recherche d'un accord, soit matériellement par l'élaboration d'un contenu singulier de l'acte juridique composé d'un faisceau obligationnel de droits et d'engagements accordant à chacun des droits subjectifs lui permettant d'assurer la satisfaction de ses intérêts et qui manifestent donc d'une certaine manière la prise en compte de sa volonté par l'auteur de l'acte sans que celle-ci n'ait pourtant participé formellement à l'élaboration de l'acte.

Deux arguments supplémentaires viennent d'ailleurs illustrer cette hypothèse. D'une part, l'habilitation est une ressource pour les parties qu'elle met en relation et donc une source de droits réciproques voulus par l'une comme pour l'autre et, d'autre part, elle est également une

²⁴⁰⁹ L'obligation s'impose alors comme le rapport de droit reliant l'autorité administrative compétente à son partenaire dans une relation acceptée. Eugène Gaudemet soulignait d'ailleurs « *la volonté, en règle générale, est capable par elle-même de créer des obligations* » reléguant ainsi l'exigence d'un consentement à l'identification du contrat : GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 27.

²⁴¹⁰ Hans Kelsen indiquait d'ailleurs que le comportement d'un individu était effectivement « *libre seulement au sein des limites qui lui sont fixées par les normes juridiques qui (...) l'habilitent à un certain comportement, qui règlent ainsi positivement son comportement* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 171.

contrainte pour celles-ci ; c'est-à-dire une source de devoirs qui renforce davantage les liens subjectifs qui les unissent et permet à chacun, et notamment à la personne publique compétente, d'orienter le comportement de son partenaire. Ainsi l'obligation présente-t-elle une utilité en matière d'orientation des comportements qui se retrouve lorsqu'il s'avère qu'elle se présente également comme une contrainte pour le partenaire de l'administration dans la mesure où il n'est pas libre d'agir comme il l'entend et que son comportement est finalement orienté par la personne publique qui l'habilite selon le cadre de la relation de droit prévue par la norme d'habilitation dérivée. La relation de coopération, dont l'organisation constitue la finalité de l'obligation, associe donc étroitement ses dimensions subjective et objective afin de parvenir à un encadrement des comportements à la fois au sein de la relation entre les parties selon leurs intérêts particuliers, et conformément à l'expression de leur volonté et en dehors à l'égard de tous pour la satisfaction de l'intérêt général. Il convient en outre de préciser que l'organisation d'une telle relation de coopération n'implique pas nécessairement l'identification explicite d'un consentement dès lors que l'obligation en elle-même, pivot de la traduction de l'externalisation en droit administratif, demeure simplement la manifestation juridique d'une volonté et non systématiquement d'un consentement²⁴¹¹. Au-delà donc d'un accord de volonté, le commandement coopératif mis en œuvre dans le cadre de l'externalisation administrative par une finalisation particulière de l'obligation repose essentiellement sur l'expression de volontés convergentes mais différentes au service d'un intérêt commun²⁴¹². Une convergence qui se manifeste alors de différentes manières : d'abord par l'existence d'un consentement explicite, par une rencontre des volontés au sein d'un même acte administratif, mais également par l'expression d'une volonté unique accordant néanmoins des contreparties subjectives aux devoirs objectifs imposés au destinataire de l'obligation ; c'est-à-dire l'expression d'une seule volonté, celle de l'autorité administrative compétente, prenant en compte celle de son partenaire et des intérêts qu'il poursuit²⁴¹³.

²⁴¹¹ . Il est toutefois possible de relever son expression, du moins latente, dans la mesure où l'agencement des obligations conduit à identifier un rapport de droit subjectif fait de droits et d'engagements réciproques destinés à encadrer la relation de coopération dans laquelle chacune des parties s'engage volontairement. Précisons cependant qu'une grande majorité de la doctrine refuse par exemple d'admettre qu'il y ait consentement dès lors qu'une personne publique attribue à une autre personne une autorisation qu'elle aurait sollicité.

²⁴¹² Confirmée récemment par la nouvelle rédaction de l'article 1100 du Code civil, il convient par exemple de rappeler ici la théorie de l'engagement unilatéral de volonté en vertu de laquelle « *la volonté individuelle pourrait créer une obligation, sans même qu'une autre volonté s'accorde avec elle pour cela* », et ainsi créer un lien de droit subjectif entre deux parties reflète de l'expression d'une volonté : GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 31. Il s'agissait en l'occurrence d'admettre qu'il existe, « *à côté du contrat, un nouveau mode volontaire de s'obliger* » que le commandement coopératif adopte de nouveau en l'adaptant au contexte singulier de la mise en œuvre de l'action administrative.

²⁴¹³ Ainsi est-il par exemple possible d'évoquer le cas des autorisations d'occupation du domaine public dans lesquelles la volonté du bénéficiaire ne s'exprime pas explicitement mais dont il est aisé de déceler des

Dans ces conditions, il serait par conséquent inexact de parler d'une fonction normative de commandement au sujet de la norme d'habilitation²⁴¹⁴, du moins au sens de commandement autoritaire tel que le concevait Hans Kelsen. Alors que sa dimension subjective en tant que lien de droit rappelle qu'elle est un lieu de rencontre et de prise en compte des volontés exprimées par le ou les auteurs d'un acte juridique, la dimension objective de la fonction habilitante autorise en premier lieu une orientation relative du comportement adopté par le partenaire de la personne publique habilitante par l'édition d'un devoir dans le cadre d'une relation horizontale prenant en compte la volonté de chacun²⁴¹⁵, et qui se manifeste par exemple par les droits subjectifs accordés. Le second aspect indispensable de la fonction habilitante de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative réside quant à lui dans cette alternative qu'elle propose aux personnes publiques entre un comportement « commandé » et un comportement « orienté ». Il s'agit dans ce cas d'associer à la nécessaire autorisation d'un tiers à participer volontairement à la réalisation de la compétence matérielle d'une personne publique la possibilité d'orienter le comportement des parties dans le sens imposé par les exigences inhérentes à l'intérêt général²⁴¹⁶; c'est-à-dire selon des impératifs étrangers à l'expression de leur volonté, mais qu'il est possible de concilier avec cette dernière. *In fine* la norme d'habilitation dérivée portée par l'obligation n'a donc pas pour seule finalité d'instaurer un lien de droit voulu par chacune des parties en vertu duquel son partenaire peut exercer une activité à laquelle il n'aurait en principe pas accès. Elle permet également à l'autorité compétente d'en fixer les conditions de réalisation acceptées par les parties²⁴¹⁷. Dans le cadre d'une telle relation de

manifestations dans le contenu de l'acte à travers les droits subjectifs que l'autorité administrative compétente lui accorde.

²⁴¹⁴ Rappelons d'ailleurs qu'Hans Kelsen insistait sur la nécessité de distinguer la fonction de commandement et la fonction d'habilitation au sein du genre des normes de comportement exprimant la signification d'un « devoir-être ».

²⁴¹⁵ Il s'agit d'une conséquence logique de cette fonction normative dans la mesure où elle demeure toujours la manifestation d'une signification ayant pour objet le comportement d'un individu. Hans Kelsen affirmait en effet qu'une norme juridique « *peut non seulement commander un certain comportement, elle peut aussi habilitier un certain comportement* » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 126. On retrouve également, en creux, dans cet exemple tiré de la notion d'obligation l'idée selon laquelle la distinction du commandement et de l'habilitation à adopter un certain comportement résulte d'une autre distinction associée : celle « *entre observer une norme* (et adopter un comportement expressément prescrit) *et l'appliquer* (et donc respecter les orientations fixées tout en conservant une certaine marge de manœuvre dans la détermination du comportement à adopter) » : KELSEN H., *op. cit.*, p. 136.

²⁴¹⁶ Notons en outre que la personne publique conserve la maîtrise de sa compétence et peut, à ce titre, contraindre son partenaire pour l'inciter à agir d'une certaine façon.

²⁴¹⁷ Elle peut en effet édicter dans une certaine mesure un comportement type qui devra guider leur action mais qui ne saurait en aucune façon être envisagé sous l'angle de la contrainte dans la mesure où il comporte une contrepartie et résulte d'une rencontre, ou d'une moins d'une convergence de volontés de laquelle chacun tire un droit subjectif garantissant la satisfaction de son propre intérêt.

coopération organisée par le concept d'externalisation administrative, l'instrumentalisation de l'obligation favorise par conséquent une orientation des comportements individuels à la fois par la volonté des personnes concernées et par des exigences extérieures, un commandement conforme aux traits dessinés de la « néo-modernité »²⁴¹⁸. C'est d'ailleurs sur ce point qu'apparaît la seconde caractéristique essentielle de la structure obligationnelle du commandement coopératif : un agencement des obligations destiné à assurer la conciliation des intérêts des parties et de l'intérêt commun qu'elles poursuivent.

378. Une structure obligationnelle permettant la conciliation des intérêts des parties. Le redéploiement des personnes publiques au cours de la période contemporaine traduit pour de nombreux auteurs l'émergence puis la pérennisation d'un État post-moderne confronté à une économie de marché dominée par l'idéologie néo-libérale²⁴¹⁹. Au sein de ce dernier, le rôle des autorités administratives n'est plus d'intervenir directement par la prestation ou la prescription autoritaire mais bien plutôt d'orienter les conduites dans le sens le plus utile à la satisfaction de l'intérêt général en permettant la satisfaction de l'intérêt particulier de ses partenaires²⁴²⁰. Il y aurait cependant *a priori* une contradiction à admettre qu'un tel remplacement des autorités administratives y parvienne tant ces divers intérêts paraissent ne pas pouvoir être réunis, du moins harmonisés pour assurer leur accomplissement²⁴²¹. Un paradoxe apparent qui peut désormais être levé au moyen de la logique coopérative, et tout spécialement de sa traduction juridique inspirée du modèle du contrat-coopération dans lequel

²⁴¹⁸ Guylain Clamour rappelait ainsi que « dans les traits de la « néo-modernité », les intérêts privés participent de l'intérêt général jusqu'à preuve du contraire et selon une logique de subsidiarité fonctionnelle » sur laquelle repose notamment la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative par l'emploi d'un procédé de commandement coopératif : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 758.

²⁴¹⁹ François Ost et Michel van de Kerchove soulignaient d'ailleurs que, « concevant désormais son rôle sous la forme de l'entremise, l'État allait de plus en plus se borner à favoriser la négociation entre « partenaires sociaux », se contentant de leur indiquer l'objectif qu'il serait souhaitable d'atteindre et tentant une certaine mise en concordance des compromis négociés au sein des divers secteurs sociaux. La théorie du droit d'inspiration néo-libérale de N. Luhmann et G. Teubner y verra une confirmation de ses analyses sur l'imperméabilité normative de systèmes sociaux « autopoïétiques » et qualifiera de « réflexif » l'État ainsi cantonné dans une fonction de bons offices » : OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002, p. 152.

²⁴²⁰ Georges Vedel suggérait d'ailleurs que si la « première erreur serait de croire que l'intérêt public n'est que la somme des intérêts particuliers, (...) une seconde erreur, plus subtile, serait de croire que l'intérêt public n'a rien à voir avec les individus ou avec les groupes composant la nation (...). Finalement, l'intérêt public n'est pas par essence distinct de l'intérêt des personnes ou des groupes ; il est un arbitrage entre les divers intérêts particuliers » : VEDEL G., *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1973, p. 311.

²⁴²¹ Rappelons sur ce point les propos tenus par la doctrine au début du XX^e siècle et selon lesquels l'exercice d'un commandement autoritaire par les personnes publiques se justifiait en grande partie par la nécessité d'assurer la prédominance et la priorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers. Gaston Jèze affirmait ainsi que « le procédé de droit public (...) repose lui-même sur l'idée d'inégalité des intérêts en conflit ; l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt privé » : JÈZE G., « Le service public », *RDP*, 1926, p. 169.

l'une des fonctions principales de l'obligation est d'assurer la convergence et la conciliation des intérêts de chacune des parties au service d'un intérêt supérieur qu'elles partagent²⁴²². Il s'avère alors que les enseignements tirés de l'observation du droit privé enrichissent l'appréhension de la fonction de l'obligation dans cette posture nouvelle des personnes publiques à laquelle se rattache étroitement le concept d'externalisation administrative²⁴²³, et qui manifeste la mise en œuvre d'un procédé coopératif de commandement. À ce titre, la recherche conduite par Suzanne Lequette paraît particulièrement instructive en ce qu'elle propose un modèle contractuel destiné à part entière à rendre compte de cette réalité économique de coopération, et de surcroît fondé sur la conciliation des intérêts particuliers pour la réalisation d'un intérêt commun²⁴²⁴. Un modèle qui repose en l'occurrence sur un agencement caractéristique des intérêts des parties qui le distingue très nettement de modèles tels que le contrat-permutation (ou échange) et le contrat-organisation (ou concentration) dans la mesure où cet agencement souhaité conditionne l'articulation des obligations afin de parvenir à la réalisation de l'opération économique attendue²⁴²⁵ non par une satisfaction réciproque d'intérêts antagonistes (pour le contrat-permutation), ni même par la concentration des intérêts en un seul se substituant à tous les autres (pour le contrat-organisation).

En ce qu'elle dépasse la considération habituellement accordée par la doctrine à la coopération en tant que simple devoir imposé aux parties dans toute relation contractuelle²⁴²⁶,

²⁴²² À la différence du contrat-échange, qui « repose sur une opposition d'intérêts » (LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 4), et du contrat-concentration, qui recouvre « les « contrats d'union » qui reposent sur une « communauté d'intérêts » » (LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 10), le contrat-coopération s'émancipe et se distingue de ces deux modèles contractuels classiques pour rendre compte d'un troisième mode de gouvernance, hybride, fondé sur la coopération et par conséquent débarrassé des « idées d'échange ou d'intégration » (LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 11). Or, pour ce faire, ce modèle contractuel intermédiaire présente nécessairement une organisation singulière des obligations dans la mesure où elle représente « l'expression du mode de coordination des intérêts économiques par le contrat » qui ne relève alors ni de l'échange, ni de l'alliance mais de la coopération afin de parvenir à la réalisation d'un intérêt commun : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 129.

²⁴²³ Lequel invite également à opérer sur le terrain juridique une conciliation indispensable des intérêts en présence qui constitue le nœud de la mise en œuvre de cet instrument de coopération.

²⁴²⁴ Suzanne Lequette précise en l'occurrence que « la coopération économique trouve son expression naturelle au sein des contrats d'intérêt commun, lesquels, nous l'avons vu, coordonnent plus précisément des intérêts économiques convergents mais différents » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 131.

²⁴²⁵ Alors que la doctrine civiliste admet qu'il existe « trois modes de rapports d'intérêts dans les contrats » (LICARI F.-X., « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDA*, 2007, n° 785, p. 94), elle considère que le choix du contrat dépend en grande partie de la solution retenue pour accorder ces intérêts les uns avec les autres de façon à atteindre le plus efficacement l'objectif poursuivi et d'assurer la réalisation de l'opération économique attendue : échange, concentration voire pour certains coopération.

²⁴²⁶ Une partie de la doctrine civiliste continue effectivement d'affirmer que « le solidarisme met (...) en lumière une dimension longtemps méconnu du rapport (contractuel) : la coopération » : LOKIEC P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 161, 2004, p. 115. Voir dans le même sens l'hypothèse défendue par les tenants du courant porté notamment par

Suzanne Lequette l'érige en objet caractéristique d'une nouvelle catégorie de contrats dont la structure obligationnelle permet une articulation inédite des intérêts afin d'aboutir à l'instauration d'une synergie propre à la réalisation d'une véritable coopération économique²⁴²⁷ distincte de l'échange et de l'intégration²⁴²⁸. Ainsi le contrat-coopération présente-t-il une articulation complémentaire des obligations qui le composent propre à garantir un rapport d'adéquation²⁴²⁹ entre les prestations effectuées, les moyens, et les fins poursuivies afin de parvenir à la concrétisation d'une finalité commune par la satisfaction des intérêts particuliers²⁴³⁰. Car, au-delà du contrat, c'est bien l'obligation qui participe à la conciliation des intérêts indispensable à l'instauration d'une relation de coopération entre les parties. À la différence des modèles échangiste ou sociétaire²⁴³¹, le contrat-coopération organise effectivement un rapport d'obligations singulier destiné à assurer la convergence des intérêts pour la réalisation d'un intérêt commun supérieur²⁴³². Il attribue alors aux obligations

Jacques Ghestin : GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013, GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 et GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001.

²⁴²⁷ Il convient d'ailleurs de préciser que, dans la mesure où l'instrument contractuel constitue de manière générale « le moyen juridique par excellence permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses besoins » (OPPETIT B., « Droit et économie », *APD*, 1992, vol. 37, p. 19), le contrat-coopération est bien destiné en premier lieu à favoriser l'agencement des intérêts de chacun afin de parvenir à la concrétisation de l'objectif poursuivi.

²⁴²⁸ Alors que jusque-là la coopération était appréhendée par la doctrine dans toute forme contractuelle comme un devoir accessoire à la relation instaurée. À l'instar du courant doctrinal que sa réflexion engendre, Suzanne Lequette invite à l'envisager à part entière comme une logique contractuelle. Une hypothèse d'autant plus pertinente qu'elle résulte de l'observation du développement considérable des opérations contractuelles portées par la poursuite d'un intérêt commun distinct de l'intérêt propre de chacune des parties. Monopolisant un certain nombre d'exemples concrets (contrat d'édition ou contrat de franchise), Suzanne Lequette démontre en l'occurrence que « la coopération économique trouve son expression naturelle au sein des contrats d'intérêt commun, lesquels, nous l'avons vu, coordonnent plus précisément des intérêts économiques convergents mais différents » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 131.

²⁴²⁹ Ainsi parvient-elle à convaincre que le contrat-coopération « établit entre les prestations réelles et les intérêts des parties, un rapport d'adéquation moyen-fin (...) (qui) suppose ici de prendre davantage de hauteur et de considérer les prestations réelles comme les moyens de concourir à la finalité à laquelle le contrat est ordonné » sans négliger non plus celles, plus personnelles, poursuivies par chacune des parties isolément : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 135 et 136.

²⁴³⁰ Un agencement des prestations que suggérait déjà Marie-Élodie Ancel lorsqu'elle observait les contrats dits de coopération dans lesquels il était possible de relever « l'enchaînement d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale (...). Cet enchaînement implique que les parties ont toutes deux intérêt à la réalisation de la prestation finale, tant le prestataire final, qui est l'exploitant en première ligne, que le prestataire instrumental qui a droit à un pourcentage des recettes ou qui récupère, au terme du contrat, un bien ou une position améliorés » : ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 261.

²⁴³¹ Suzanne Lequette rappelle notamment que « le contrat-permutation propose un cadre juridique aux échanges économiques et forme un rapport d'obligations interdépendantes de manière à concilier les intérêts contraires des parties », et que « le contrat-concentration sert d'enveloppe juridique aux entreprises sociétaires et donne naissance à un rapport d'obligations conjonctif qui épouse étroitement les formes de l'union des intérêts identiques associés » : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 89.

²⁴³² Suzanne Lequette démontre en effet que la contrat-coopération « opère la rencontre des intérêts convergents mais différents des partenaires, non seulement par le truchement des obligations essentielles, mais encore par toute une série de clauses accessoires » ; c'est-à-dire d'obligations accessoires : LEQUETTE S., *op. cit.*, p. 317.

qu'il comporte une fonction normative dont la finalité est de concilier les intérêts différents des parties au service de cet intérêt commun.

Aussi cette finalité se retrouve-t-elle nécessairement dans l'étude du concept d'externalisation administrative dont la transposition est inspirée du modèle développé par Suzanne Lequette. À l'instar de celui-ci, tout instrument juridique participant de sa mise en œuvre suppose l'organisation d'un rapport d'obligations marqué par une complémentarité ordonnancée destinée à assurer la convergence des intérêts différents des parties au service de la réalisation d'une compétence matérielle qui s'impose comme l'intérêt commun poursuivi. Aussi l'obligation y apparaît-elle irrémédiablement, à travers sa fonction normative duale, comme un instrument juridique de conciliation des intérêts particuliers. Une hypothèse qui résulte non seulement de l'influence du modèle civiliste, mais également de sa dimension objective renouvelée dans la mesure où la norme de comportement que l'obligation exprime est de nature objective ; c'est-à-dire étrangère à la volonté des parties. Elle s'impose par conséquent à elles pour orienter leurs agissements dans un sens favorable à la satisfaction de l'intérêt général sans pour autant mettre à mal la satisfaction de leurs intérêts particuliers qui sont quant à eux satisfaits par le faisceau de droits subjectifs que recèle également l'obligation à travers sa signification subjective. Sans perdre leur souveraineté intrinsèque, voire même en l'accentuant d'un certain point de vue, les personnes publiques développent ainsi des stratégies de coopération destinées à garantir un action administrative efficace et dans lesquelles la répartition des rôles est particulièrement claire et précise : si ses partenaires sont chargés de la réalisation concrète des compétences matérielles, l'administration veille quant à elle au respect des engagements pris au nom de l'intérêt général. Or ce dernier est bien entendu différent des intérêts individuels²⁴³³, par son origine aussi bien que par sa finalité²⁴³⁴. Il convient en conséquence d'admettre qu'à travers la dimension objective de l'obligation,

²⁴³³ Guylain Clamour ne manquait pas de rappeler que « *la conception politique et juridique française de l'intérêt général repose (...) sur un idéal-type volontariste qui refuse l'immanence de l'intérêt public aux intérêts particuliers* » : CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006, p. 162. Voir dans le même sens le rapport annuel du Conseil d'État de 1999 à l'occasion duquel étaient évoquées les deux conceptions envisageables de l'intérêt général : soit d'inspiration utilitariste, selon laquelle il ne serait « *que la somme arithmétique des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques* », soit d'inspiration volontariste qui ne saurait se satisfaire « *d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques* » et qui repose finalement sur une définition objective selon l'expression de la volonté générale : Conseil d'État, *L'intérêt général*, Rapport annuel 1999, EDCE, n° 50, La documentation française, 2000, p. 245.

²⁴³⁴ Alors que le second « *donne à chacun la possibilité de poursuivre la réalisation de ses propres fins* », le premier résulte du « *principe d'ordre et de totalisation, qui permet à la société de parvenir à l'intégration, de réaliser son unité* » : CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 2003, p. 64.

l'externalisation administrative permet la satisfaction subjective des intérêts individuels dans un cadre normatif habilitant assurant concomitamment la satisfaction objective d'un intérêt supérieur bénéfique à tous²⁴³⁵ ; c'est-à-dire par la mise en œuvre d'un procédé alternatif de commandement fondé sur la coopération et non plus sur l'autorité.

Il convient cependant d'apporter une précision supplémentaire eu égard à la fonction habilitante de l'obligation ainsi observée. À la différence du modèle civiliste de traduction juridique de la logique économique de coopération, le concept d'externalisation dépasse les frontières contractuelles et engage à identifier, jusque dans les actes unilatéraux, la possibilité d'un tel agencement des obligations destiné à favoriser la conciliation des intérêts particuliers au service de la satisfaction de l'intérêt général. Il a pu d'ailleurs être précédemment démontré que la finalisation de l'obligation dont il est ici question manifeste l'exercice d'un pouvoir de commandement coopératif reposant davantage sur la rencontre et la convergence des volontés que sur un accord exprès de celles-ci ; c'est-à-dire sur un consentement. Aussi est-il possible d'envisager que la mise en œuvre de ce procédé alternatif de commandement dans le cadre de l'externalisation administrative ne repose pas exclusivement sur un recours au contrat, à la différence du phénomène de contractualisation, mais également sur l'emploi d'actes unilatéraux dont la structure obligationnelle révélerait l'adoption d'une telle logique même en l'absence d'un consentement explicite. La finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative révèle donc également, en arrière-plan de la transformation du commandement autoritaire, une autre évolution des manifestations de la normativité en droit administratif. Dès lors qu'elle constitue la structure singulière de tout acte juridique destiné à traduire en droit la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation, il serait possible d'envisager également un dépassement potentiel de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, à tout le moins de sa portée. Une telle concurrence imposée au commandement autoritaire et à l'impérativité de la norme juridique par le développement de la logique coopérative invite par conséquent à appréhender d'une toute autre façon le clivage traditionnel opposant les actes administratifs unilatéraux et les actes contractuels. Si la finalité du recours à la normativité juridique donne le ton s'agissant de l'exercice d'un pouvoir impératif, il doit être concevable d'envisager que la normativité en droit administratif puisse se manifester aussi bien par l'intermédiaire de l'un ou l'autre de ces actes selon la fonction

²⁴³⁵ Il reflète donc grâce à cette dimension objective de l'obligation à la fois la conception volontariste de l'intérêt général en ce qu'il le distingue de manière évidente des intérêts particuliers, et la conception utilitariste en procédant à la conciliation des premiers afin d'assurer la satisfaction conjointe du second.

qui leur est attribuée et la place respective qui est accordée à l'expression de la volonté subjective et du devoir objectif.

§2 : *Un dépassement potentiel de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat*

379. La remise en cause par l'externalisation administrative d'un clivage séculaire. La finalisation singulière de l'obligation au sein de l'externalisation administrative induit un renouvellement de sa conception traditionnellement admise en droit administratif en vertu duquel il est désormais admis qu'elle présente une dimension à la fois objective, en tant que norme de comportement, et une dimension subjective, en tant qu'elle repose sur l'instauration d'un lien de droit entre plusieurs parties qui expriment leur volonté respective. Outre le fait de permettre l'expression d'un procédé de commandement alternatif fondé sur la coopération et non plus sur la contrainte, l'obligation, en tant que rapport de droit voulu par les parties, invite par conséquent à envisager l'hypothèse d'un dépassement de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat telle qu'elle était jusque-là appréhendée en fonction de l'existence d'un consentement et de la procédure d'élaboration déterminée par le droit positif. Il aurait été alors possible d'associer l'acte unilatéral au commandement autoritaire et le contrat au commandement coopératif. Mais il conviendrait plutôt de déceler dans l'émergence de celui-ci une voie possible pour déborder cette frontière. Bien évidemment, il ne saurait être question d'un abandon de celle-ci tant leurs régimes juridiques imposent un traitement différencié de l'un et de l'autre aussi bien pour leur édicition, leur exécution ou leur sanction. Il est toutefois possible de suggérer leur rapprochement dans le cadre de l'action administrative, et tout particulièrement de la mise en œuvre de l'externalisation. L'instrumentalisation de l'obligation sur laquelle elle repose incite en effet à poursuivre cette réflexion tant elle conduit à « *appréhender tout ce qui se passe à l'intérieur même d'un lien contractuel* »²⁴³⁶, et plus largement d'un lien de droit, peu importe la forme juridique qu'il emprunte. Si le critère organique lié à l'identification du nombre d'auteurs suffisait pour justifier la distinction entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel²⁴³⁷, celui-ci paraissait en outre être supplanté par un critère matériel fondé sur l'appréhension de la portée de la volonté exprimée à l'encontre de

²⁴³⁶ PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 192.

²⁴³⁷ Bertrand Seiller rappelle en effet que « *le nombre d'auteurs permet aisément de distinguer l'acte administratif unilatéral du contrat. L'acte unilatéral est la manifestation de volonté d'une personne unique, ce qui permet, en présence d'un acte émanant d'une seule personne, d'exclure qu'il s'agisse d'un contrat* » : SEILLER B., « Acte administratif : identification », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015, n° 38.

personnes n'ayant pas participé à l'édition de l'acte²⁴³⁸. Aussi est-il possible d'en conclure que le clivage séculaire ainsi organisé serait susceptible d'être dépassé sous l'éclairage apporté par la finalisation de l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative, et tout particulièrement à l'importance accordée dans ce cadre à l'expression des volontés individuelles. Située au cœur du mécanisme juridique permettant sa traduction en droit administratif, l'obligation assure en effet la conciliation des intérêts en présence et donc l'expression d'une volonté de la part de chacun des acteurs bien qu'il n'y ait pas nécessairement de consentements réciproques ou d'accords explicitement consacrés par le droit objectif. La logique coopérative appelle en l'occurrence une appréhension différente de la distinction évoquée dans la mesure où elle exprime toujours, quel qu'en soit l'instrument, « *une autre nature que dans la volonté solitaire* » et confirme qu'il y toujours « *dans l'affirmation d'un nous autre chose qu'un pluriel du je* »²⁴³⁹.

Un tel dépassement semble néanmoins toujours difficile à appréhender alors que le droit administratif repose durablement sur cette dichotomie opposant strictement l'acte administratif unilatéral, qui impose ses effets à d'autres personnes que ses auteurs, et le contrat, dont l'effet est restreint aux parties ayant participé à son élaboration. Malgré la « *fureur contractuelle* »²⁴⁴⁰ dont il aurait pu être permis de déduire une forte réduction de la part du premier dans la mise en œuvre de l'action administrative, il convient de souligner le maintien de ce dernier²⁴⁴¹. Jean-Marc Sauvé insistait toutefois sur la nécessité d'une juste articulation de ces instruments juridiques dans le cadre « *de la modernisation des services*

²⁴³⁸ Il précise que si « *le nombre d'auteurs d'un acte juridique ne suffit pas toujours à le ranger parmi les actes unilatéraux ou parmi les contrats* », il convient d'ajouter que « *l'acte unilatéral se caractérise moins par le fait qu'il manifeste la volonté d'une personne déterminée que par le fait que cette volonté se déploie à l'égard de personnes non associées à l'édition de l'acte* » : SEILLER B., *op. cit.*, n° 44.

²⁴³⁹ Il s'agit là d'une formule de Jean Carbonnier citée par : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 993.

²⁴⁴⁰ DELVOLVÉ P., « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'État, Rapport public 2008, La documentation française, 2008, p. 338. L'auteur relevait alors le fait que « *la mode de la contractualisation a conduit à une sorte de fureur contractuelle* ».

²⁴⁴¹ Il convient d'ailleurs de préciser que les juges du Palais Royal notaient que si le contrat s'imposait désormais comme un mode à part entière d'exercice des compétences des personnes publiques, il prenait nécessairement place aux côtés des actes unilatéraux sans s'y substituer. Ils affirmaient que, « *de plus en plus imbriqué avec la loi et l'acte administratif unilatéral, le contrat est devenu pour l'administration un instrument largement utilisé pour conduire l'action publique et édicter des normes* », soulignant par là qu'il ne devait en aucune manière s'y substituer : Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, La documentation française, 2008, p. 167. Rappelons également les propos tenus par le vice-président du Conseil d'État quelques années auparavant à propos de l'administration contractuelle et selon lesquels « *on ne saurait élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut pas gouverner par contrat. Il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement* » : DENOIX DE SAINT MARC R., « L'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 971.

publics et du renouvellement des relations entre l'État et la société »²⁴⁴² évoquant alors le passage de la modernité à la post-modernité et suggérant déjà l'émergence du commandement coopératif dans le cadre du concept d'externalisation administrative. Il s'agit par conséquent de tâcher d'employer ce dernier afin d'éclairer cette hypothèse en vertu de laquelle le recours au contrat ou à l'acte unilatéral présenterait une certaine indifférence dans la réalisation de ce concept, toujours dans les limites imposées par le droit objectif. Fondée sur l'obligation, sa mise en oeuvre invite effectivement à revoir le sens et la portée d'un partage académique : celui de la distinction séculaire entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats, dans la mesure où elle repose non pas sur un consentement explicite mais davantage sur la rencontre de volontés convergentes mais différentes au service de la réalisation d'un intérêt commun brouillant encore davantage une distinction fondée en partie sur l'identification ou non d'un consentement au moment de l'élaboration d'un acte juridique²⁴⁴³.

Le concept d'externalisation administrative incite en définitive à poursuivre cette tendance contemporaine dès lors que son hétérogénéité instrumentale apparente révèle, à travers la place qu'il réserve à la notion d'obligation, qu'il s'exprime juridiquement aussi bien par des instruments de nature contractuelle qu'unilatérale dans la mesure où, l'un comme l'autre, ils reposent sur un lien de droit obligationnel exprimant la volonté de chacun et suggérant une certaine liberté de choix de la personne publique. Ainsi la prise en compte de ce lien de droit appelle-t-elle son approfondissement afin d'envisager le dépassement de ce clivage pourtant bien ancré dans le droit administratif, mais dont la pertinence et le caractère opérationnel semblent de plus en plus souvent être remis en cause ponctuellement par la doctrine contemporaine²⁴⁴⁴. Tandis que Laurent Richer et François Lichère relèvent par exemple que

²⁴⁴² SAUVÉ J.-M., « Pour un développement maîtrisé du contrat », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'État, Rapport public 2008, La documentation française, 2008, p. 10. Il indiquait en effet que dans ce cadre « *il appartient à l'État de bien articuler l'articuler (l'usage du contrat) avec la loi et de veiller à ce qu'il tienne effectivement ses promesses, sans comporter d'effets pervers* ».

²⁴⁴³ Ce qui viendrait alimenter davantage les débats relatifs, par exemple, à la liberté de choix dont disposeraient les personnes publiques susceptibles de faire vaciller cette distinction séculaire des actes administratifs, et cela en insistant sur leur qualité de norme juridique de comportement ; c'est-à-dire d'acte de volonté. Hans Kelsen démontrait d'ailleurs cette association de la norme juridique de comportement et de l'acte de volonté lorsqu'il précisait que « *« commander » est la signification d'un acte de volonté* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 125.

²⁴⁴⁴ Symptomatique de cette tendance est la précision par Philippe Yolka de ce que, « *si la distinction entre acte unilatéral et contrat est capitale, ses effets ne doivent pas être exagérés* » : YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013, p. 44. Et d'ajouter en outre que l'on « *observe, de surcroît, une convergence des régimes (...), le droit de l'Union européenne est plutôt indifférent à la forme des actes (...), un phénomène de rapprochement a pu être relevé en droit interne, entre autres pour ce qui concerne les titres d'occupation du domaine public* ». Une remise en cause doctrinale que l'on retrouve par exemple sur la question de la liberté du choix dont disposeraient les personnes publiques entre l'un ou l'autre de ces procédés ou encore de la distinction entre concession domaniale et autorisation d'occupation du domaine public.

ces procédés, l'acte unilatéral et le contrat, sont le plus souvent « *substituables l'un à l'autre compte tenu de l'équivalence des résultats qu'ils permettent d'obtenir* »²⁴⁴⁵, Marion Ubaud-Bergeron ajoute pour sa part que « *loin de s'être substitué à l'acte unilatéral, le contrat le complète ou s'articule avec lui* »²⁴⁴⁶. A priori opposés, ces points de vue se rejoignent en fin de compte sur le fond et suggèrent l'hypothèse de leur rapprochement ; par exemple dans le cadre de la mise en œuvre de procédés alternatifs de commandement²⁴⁴⁷. L'émergence d'une stratégie d'externalisation propre à la sphère administrative invite par conséquent à prolonger ce constat. Systématisé en tant que concept juridique à part entière, cet outil managérial s'adapte en effet aux spécificités inhérentes au droit administratif mais conserve ses contours stratégiques. De la rencontre de ces deux « univers » apparaît alors une clef de compréhension inédite du droit administratif contemporain dont l'utilité se mesure notamment à l'aune de la vision que ce concept propose de l'agencement des outils juridiques qu'il pourrait recouvrir et qui restait jusqu'alors dominé par cette division. Un clivage que l'unification du champ des outils juridiques de l'externalisation administrative invite à dépasser au moins en partie par l'analyse des incidences de la finalisation de l'obligation.

Bien que le développement contemporain du contrat comme modalité de mise en œuvre de l'action publique soit à mettre en partie au crédit d'une « *remise en cause plus ou moins forte (...) des modes d'action fondés sur le commandement et la contrainte* »²⁴⁴⁸, il ne signifie pas non plus que ces derniers se soient évanouis du champ des instruments mis à la disposition des personnes publiques par le droit positif. Les développements précédents ont en outre précisé que si le commandement autoritaire avait vu émerger des procédés alternatifs d'orientation des conduites individuelles au nom de l'intérêt général, ceux-ci reposaient, à l'instar de l'externalisation administrative dans laquelle ils se déploient, sur une instrumentalisation de l'obligation commune à tous les actes juridiques qui participent à leur expression juridique, et ce indépendamment du fait qu'il s'agisse d'actes contractuels ou unilatéraux. Aussi la dichotomie du commandement autoritaire et coopératif évoquée précédemment ne semble-t-elle plus correspondre à la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat. En ce qu'il participe de la mise en évidence de cette articulation des procédés

²⁴⁴⁵ RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 59.

²⁴⁴⁶ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 14.

²⁴⁴⁷ Alors que la substituabilité évoquée par les premiers souligne leurs similitudes et la possibilité de leur rapprochement, celle avancée par la seconde implique que ni l'un ni l'autre n'ait pu parvenir à s'évincer pour accéder à une position hégémonique dans la mise en œuvre de l'action administrative. Au contraire, elle suggère l'hypothèse de leur rapprochement par ailleurs déjà envisagée ponctuellement par la doctrine et favorisée par le développement de procédés alternatifs de commandement.

²⁴⁴⁸ SAUVÉ J.-M., *op. cit.*, p. 7.

d'accomplissement de l'action administrative, le concept d'externalisation offre, par l'intermédiaire de son objet et de l'instrumentalisation de l'obligation, une possibilité d'envisager de manière harmonieuse la boîte à outils normative des autorités publiques²⁴⁴⁹. L'étude de ce concept conduit donc à envisager l'hypothèse d'un dépassement de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat dès lors que son objet conduit à les envisager à partir d'un socle normatif commun (1). Un débordement que les critères de l'externalisation administrative permettent en outre de confirmer, et ce tout particulièrement à travers la finalisation de l'obligation au service d'une fonction habilitante (2).

A. Une hypothèse suggérée par l'objet de l'externalisation administrative

380.L'effacement concevable d'une frontière « poreuse » par la notion d'objet. Tandis que l'observation du discours doctrinal et du droit positif rappelle encore la permanence d'un clivage strict entre les actes unilatéraux et les contrats qui se manifeste notamment par l'hétérogénéité des instruments juridiques à la disposition des personnes publiques, cette distinction est fréquemment disséquée sans pour autant être ébranlée²⁴⁵⁰. Si les outils normatifs employés par les personnes publiques présentent d'ailleurs certains « doublons » en ce qu'ils semblent dotés d'une même fonction²⁴⁵¹, et parfois d'un même objet, ce maintien est toutefois avéré par la répartition par le droit objectif de domaines réservés à chacun de ces procédés qui les rend complémentaires²⁴⁵². Il est néanmoins admis que ce clivage connaisse

²⁴⁴⁹ Jean-Marc Sauvé suggérait d'ailleurs l'utilité que comporterait une telle hypothèse centrée sur l'appréhension de l'objet lorsqu'il évoquait l'unité des « politiques d'externalisation permettant de répondre aux besoins du public avec souplesse, efficacité et au meilleur coût » : SAUVÉ J.-M., *op. cit.*, p. 8.

²⁴⁵⁰ Dégageant les tenants et les aboutissants d'une théorie de l'acte administratif partagée entre ces deux procédés d'expression juridique de la volonté, Benoît Plessix précise en effet que « le poids de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat est tel que la doctrine publiciste n'est jamais parvenue à l'ébranler » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 995.

²⁴⁵¹ Laurent Richer et François Lichère remarquent par exemple que « l'Administration peut se procurer un bien mobilier en l'achetant, mais elle peut aussi recourir à la réquisition », ou encore que « quand elle accorde une autorisation d'occuper le domaine public ou une subvention, c'est tantôt par voie de décision unilatérale, tantôt par voie de contrat » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 59.

²⁴⁵² Ainsi le contrat administratif est-il, par exemple, par principe exclu de l'exercice du pouvoir de police (Rappelons néanmoins qu'en la matière le recours au contrat « n'est pas inconcevable s'il n'aboutit pas au dessaisissement de l'autorité de police » ; c'est-à-dire à contrario qu'il l'est dès lors qu'il est justement question de confier l'exercice de cet autorité à un tiers : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *op. cit.*, p. 62) alors que le recours à l'acte administratif unilatéral est parfois proscrit par les règles de concurrence (La décision *Cne d'Aix-en-Provence* indiquait en effet qu'en matière de gestion déléguée des services publics, les collectivités compétentes « doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat (...) ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel » : CE, sect., 6 avril 2007,

un certain recul après avoir été longtemps hermétique et que, « *sous l'influence des modes d'administration en vogue, la frontière entre l'unilatéral et le contractuel se fait plus poreuse* »²⁴⁵³. Qu'il s'agisse de leur articulation dans le cadre de la réalisation de l'action administrative, ou encore de leur combinaison dans des actes juridiques traditionnels ou complexes²⁴⁵⁴, ces deux branches de la *summa divisio* des actes administratifs semblent finalement se rejoindre dans le tronc commun que constitue la notion d'obligation en tant qu'elle s'impose comme l'élément essentiel de leur contenu, et ce notamment à travers l'appréciation de leur objet. Aussi conviendrait-il de dépasser l'acceptation stricte de ce clivage incontournable en droit administratif pour en offrir une lecture originale fondée en particulier sur leur complémentarité plutôt que sur leur opposition.

S'il rappelle que ce clivage repose essentiellement « *sur la conception même que le Pouvoir se fait de la relation avec les administrés* »²⁴⁵⁵, Benoît Plessix en précise également les incidences pratiques en matière de régime juridique ou de contentieux. Il est toutefois possible d'envisager l'hypothèse de sa remise en cause dès lors que cette conception a pu subir le passage de la modernité à la post-modernité entraînant avec lui l'atténuation de la prégnance du commandement autoritaire fondé sur une absence de prise en compte de la volonté dans l'encadrement des conduites individuelles par l'édiction de simples devoirs objectifs. Il s'agit alors de déterminer un argument juridique susceptible de faire vaciller cette construction restée intacte depuis tant d'années et d'éclairer les conséquences des transformations de l'expression de la normativité en droit administratif sur la distinction des actes unilatéraux et des contrats. Celle-ci reposait en effet jusque-là sur deux critères de distinctions employés par le juge administratif : d'une part, l'existence ou non d'un accord de volontés et, d'autre part, la procédure d'élaboration des actes organisés par le droit positif. C'était cependant passer sous silence un aspect fondamental de la théorie générale des obligations : l'objet de l'acte juridique. Qu'il soit unilatéral ou contractuel, tout acte juridique repose effectivement sur

Cne d'Aix-en-Provence, rec. p. 155. Marion Ubaud-Bergeron rappelle d'ailleurs l'impossibilité de concevoir « *une action administrative uniquement contractuelle, car il est utile à l'administration, et même parfois nécessaire, d'avoir recours au procédé unilatéral : en somme le contrat ne peut pas tout. Ainsi, en marge du développement constant du contrat, restent préservées des sphères de l'action publique non ouvertes au contrat* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 13 et 14.

²⁴⁵³ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 992.

²⁴⁵⁴ Morgan Bunel démontre d'ailleurs la réalité de cette nécessaire complémentarité des actes unilatéraux et contractuels à travers l'exemple des chaînes d'actes. Elle affirme que « *l'hétérogénéité de la chaîne résulte d'une articulation entre les actes unilatéraux et les actes contractuels* » : BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014, p. 302.

²⁴⁵⁵ PLESSIX B., *Ibid.*

l'instauration d'un faisceau de droits et d'engagements réciproques contenu dans les obligations qui le composent et qui traduisent en droit la volonté de leurs auteurs. Aussi les obligations poursuivent-elles toutes un objet déterminé par cette volonté, ce qui conduit à le reconnaître comme un élément cardinal de la dimension volitionnelle de tout acte juridique²⁴⁵⁶ en droit civil comme en droit administratif. Bien qu'étroitement liée au contrat, il est en outre concevable de l'étendre dès lors qu'une obligation peut naître aussi bien de ce dernier que d'un acte unilatéral²⁴⁵⁷. Il désignerait alors non seulement l'objet matériel qu'une partie s'engage réaliser, mais plus généralement l'opération économique et juridique qu'elle souhaite accomplir, et donc finalement la relation instaurée. Les auteurs civilistes ont d'ailleurs progressivement considéré que l'objet ne recouvrait finalement pas une chose déterminée mais plutôt la finalité de l'acte produit par les parties²⁴⁵⁸. Ainsi est-il apparu comme l'élément traduisant « *l'opération juridique envisagée par les parties* »²⁴⁵⁹. Il ne saurait par conséquent s'épuiser dans l'identification d'un accord de volontés ou dans une procédure d'élaboration caractéristique mais engagerait également à s'intéresser à la fonction des actes et aux obligations qui les composent et s'agent au service de cette fonction²⁴⁶⁰.

Ainsi apparaît-il logique que l'ensemble des instruments juridiques, unilatéraux et contractuels, permettant la mise en œuvre du concept d'externalisation en droit administratif partagent un objet commun : celui d'habiliter une personne à participer à la réalisation d'une compétence matérielle relevant de la compétence d'une autorité administrative déterminée. La fonction habilitante endossée par l'obligation dans chacun de ces outils engage donc, en vertu de cet objet propre à l'externalisation administrative et des critères qui en découlent, à envisager de les rassembler ou du moins de les articuler plus étroitement autour de ce

²⁴⁵⁶ Déterminé à l'aune de l'objet de chacune des obligations qui le composent, l'objet de l'acte juridique est un élément déterminant de la volonté exprimé dans la mesure où il désigne « *l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser* » peu importe qu'il s'agisse d'une ou de plusieurs parties : CHABAS Fr., *Leçons de Droit Civil. Obligations – théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 232.

²⁴⁵⁷ Cela était d'ailleurs admis par la doctrine bien avant la rédaction du nouvel article 1100 du Code civil en vertu duquel « *les obligations naissent d'actes juridiques* » et impriment donc leur objet à l'acte qui les crée.

²⁴⁵⁸ Judith Rochfeld précisait en outre que tout acte juridique « *représente une entité, une réunion d'éléments qui, plus que la simple juxtaposition de ses parties, porte une finalité et une logique globale* » dont la cause et l'objet tâchent de rendre compte : ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 459.

²⁴⁵⁹ LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005, p. 19.

²⁴⁶⁰ Aussi l'obligation participe-t-elle de la traduction juridique de la prestation objet de la manifestation de volonté d'une partie, elle « *n'est pas un simple devoir, elle est le fait de devoir une prestation ; le devoir n'est rien sans la prestation, dont il est indissociable* » : ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2014, p. 47.

dernier²⁴⁶¹. L'argumentation ici exposée prendra donc pour appui l'objet de l'acte juridique servant la réalisation d'une opération d'externalisation pour envisager la possibilité d'un débordement du clivage opposant l'acte unilatéral et le contrat par la prise en compte de leur objet exprimant une volonté similaire. Une posture que l'examen des critères déduits de cet objet de l'externalisation administrative permettra également de confirmer. Il convient en somme de suggérer sur ce fondement de la prise en compte de l'objet propre au concept d'externalisation administrative une remise en cause théorique (1) et pratique (2) de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat.

1. Une remise en cause théorique de la distinction acte unilatéral/contrat

381.L'hypothèse d'une rupture par l'analyse de l'objet des actes administratifs. En droit administratif comme en droit civil, l'objet a très souvent été envisagé principalement dans le cadre de l'analyse des contrats et plus rarement de celle des actes juridiques en général. Cela ne doit cependant pas conduire à se détourner de sa prise en compte au-delà des actes contractuels. Traduction de l'opération économique et juridique recherchée par les parties, il se présente comme une manifestation de la volonté exprimée en fonction d'une finalité déterminée par une ou plusieurs personnes juridiques distinctes. Il est donc situé nécessairement au sein de tout acte juridique dès lors que chacun est le résultat d'une volonté dédiée à la création d'un effet de droit en vue de la réalisation d'un objectif déterminé ; c'est-à-dire pour la réalisation d'un objet propre qui préside à son élaboration et à sa structure. La doctrine administrativiste s'en est pourtant très rapidement détournée, préférant fonder la théorie de l'acte administratif unilatéral sur un argument objectif : celui de sa conformité à l'ordre juridique envisagée par l'examen de la légalité de ses motifs. Selon ce courant doctrinal classique, seule la conformité de l'action unilatérale au droit objectif lui conférerait valeur de norme juridique et justifierait qu'elle s'impose aux individus dont elle entend régir le comportement. Portée par le procédé du commandement autoritaire, la doctrine

²⁴⁶¹ Il convient d'ailleurs de souligner que ce clivage est également contesté par une partie de la doctrine civiliste sur un fondement analogue (voir notamment : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 7^e éd., 2014, p. 73 et s.) : celui de la prise en compte de l'objet des actes juridiques, et donc des obligations qui les composent. Ainsi Marie-Laure Mathieu démontrait-elle dans sa thèse que l'acte juridique unilatéral devait être considéré au même titre que le contrat comme une source d'obligation caractérisée par l'expression de la volonté qui l'anime et qui prend pour objet la réalisation d'une opération juridique qu'il s'oblige à réaliser. Elle affirmait alors que « le juge (...) ne consacre la force obligatoire de l'engagement que lorsqu'il est convaincu du fait que l'auteur avait la volonté de s'obliger à l'exécuter » : IZORCHE M.-L., *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1995, p. 183.

administrativiste parachevait ainsi, par l'exclusion de la prise en compte de l'objet des actes unilatéraux, une œuvre consacrée à la déconstruction du dogme civiliste de l'autonomie de la volonté. Aussi appréhendait-elle, comme le juge administratif, l'acte administratif unilatéral sous l'angle exclusif de sa légalité ; c'est-à-dire de sa conformité avec le droit objectif²⁴⁶², alors que la notion de motif déterminant imposé par le droit objectif se substituait par conséquent à celle d'objet focalisée sur la volonté de l'auteur de l'acte²⁴⁶³. Dès lors, là où les particuliers poursuivaient un objet librement déterminé selon l'expression de leur volonté délimitée seulement par leur capacité, les personnes publiques n'envisageaient pas un tel objet dans la mesure où elles se contentaient de réaliser le contenu de leur compétence justifiant l'exclusion de sa prise en compte pour l'étude de l'acte administratif unilatéral²⁴⁶⁴. Bien que reconnue en droit administratif, l'existence de l'objet fut donc marquée par la contrainte objective imposée aux autorités publiques²⁴⁶⁵. L'intérêt de son appréhension était par conséquent éliminé, si ce n'est éliminé, par sa détermination à l'aune non de la volonté des parties mais des exigences du droit objectif²⁴⁶⁶. Seule la voie contractuelle semblait

²⁴⁶² Gaston Jèze affirmait que les agents publics « ne peuvent donc pas suivre de but contraire à la loi (...). La manifestation de volonté déterminée par un motif contraire à la loi est entachée d'un vice » et condamnait par conséquent les situations suivantes : « 1° L'agent public poursuit un but interdit par la loi. 2° L'agent public poursuit un but d'intérêt général licite, mais qui n'est pas de sa compétence propre. 3° L'agent public poursuit un but d'intérêt général licite, de sa compétence, mais par l'exercice d'un pouvoir juridique général qui n'a pas été organisé pour atteindre ce but. 4° L'agent public poursuit un but qui n'est pas d'intérêt général » : JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants », *RDP*, 1922, p. 393 et 394.

²⁴⁶³ C'est ainsi que pour chaque acte administratif unilatéral, « le motif déterminant invoqué doit être licite » (JÈZE G., *op. cit.*, p. 393) alors que le Code civil prévoyait au titre des conditions de validité des conventions « un objet certain qui forme la matière de l'engagement » (ancien article 1108 du Code civil). C'est ainsi que pour chaque acte administratif unilatéral, « le motif déterminant invoqué doit être licite » (JÈZE G., *op. cit.*, p. 393) alors que le Code civil prévoyait au titre des conditions de validité des conventions « un objet certain qui forme la matière de l'engagement » (ancien article 1108 du Code civil).

²⁴⁶⁴ Ainsi l'objet d'un acte juridique entre particulier s'effaçait-il lorsqu'intervenait une personne publique garante de la satisfaction de l'intérêt général au profit de la seule prise en compte du cadre objectif imposé par leur compétence : cf. sur ce point : JÈZE G., « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP*, 1923, p. 5 et s. Anne-Laure Girard souligne d'ailleurs qu'à partir des années 1920, la doctrine attestait « qu'en droit administratif, le processus de formation de la volonté n'est pas libre » (GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 169) en particulier lorsqu'il est question de la détermination du contenu des actes et de leurs buts (Léon Michoud considérait par exemple qu'en « matière de droit public, la limitation devait apparaître plus vite parce que le droit de commander n'a presque jamais été considéré comme un droit existant dans l'intérêt exclusif de celui qui commande » : MICHOU L., « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *RGA*, 1915, p. 203. Et Maurice Hauriou d'ajouter qu'il « sera donc entendu que le but ou les buts de la fonction administrative serviront de limites aux pouvoirs de l'administration » : CE, 16 novembre 1901, *Maugras* ; note HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, t. II, Sirey, 1929, p. 335) ; c'est-à-dire de leur objet. Aussi précise-t-elle que « cet aiguillage de la volonté des agents marque le premier pas d'une approche différenciée par rapport au droit civil » : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 170.

²⁴⁶⁵ Anne-Laure Girard rappelle que, « éléments déterminateurs de l'acte juridique, les motifs sont liés à l'objet. Celui-ci est pensé et conçu en considération de ces antécédents. Ainsi, un trouble à l'ordre public impose une mesure de police, une faute conditionne l'édiction d'une mesure disciplinaire » : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 173.

²⁴⁶⁶ La doctrine contemporaine reconnaît d'ailleurs que « dès la fin du premier tiers du XXe siècle, l'acte administratif unilatéral n'est plus conçu comme le fruit d'une volonté interne libre de ses initiatives et

finalement à même de faire ressortir son intérêt dans une matière où il relevait finalement d'un consentement du partenaire et où l'autonomie de la volonté trouvait de nouveau à s'exprimer.

L'étude du contrat administratif a dans ce cas davantage incité la doctrine à s'inspirer de la théorie de l'objet dans l'élaboration de son régime juridique ou dans sa compréhension. Élément cardinal de la conception civiliste du contrat, l'objet ne pouvait être longtemps ignoré, comme le précisait d'ailleurs parfaitement Benoît Plessix²⁴⁶⁷ en remplaçant au premier plan cette notion malmenée. Bien que celle-ci demeure marquée par l'empreinte objectiviste impliquant une substitution de la légalité objective du contrat en lieu et place de la licéité de l'objet²⁴⁶⁸, elle occupe une place de plus en plus prépondérante dans la qualification et la détermination du contenu du contrat²⁴⁶⁹. Ainsi cette notion s'impose-t-elle progressivement comme la pierre angulaire de l'identification de l'économie du contrat en fonction de la volonté exprimée, et donc comme une donnée incontournable de son analyse dans la mesure où elle « *rend compte du contrat dans sa globalité* »²⁴⁷⁰. C'est toutefois en dehors des considérations de validité du contrat que la prise en compte de l'objet acquiert une importance déterminante en droit administratif. Aussi est-ce sur cet usage qu'il convient de s'attarder afin de proposer une conception différente de l'articulation des outils juridiques mis à la

souveraine dans la conception de sa décision » ; en d'autres termes dans la détermination de son objet : GIRARD A.-L., *op. cit.*, p. 174.

²⁴⁶⁷ Il précisait effectivement que « *la notion, appréhendée dans ses caractéristiques les plus élémentaires, fait également l'objet d'une transposition en droit administratif : en effet, le juge administratif, poursuivant son travail d'exploitation des dispositions de l'article 1108 du Code civil, applique aux contrats administratifs les qualités que le droit privé exige de l'objet d'une obligation* » : PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 214. Il ajoutait d'ailleurs que, « *à nouveau, l'emprunt a une origine exclusivement jurisprudentielle, la doctrine n'ayant jamais initié un tel processus et s'étant abstenue d'élaborer a posteriori une quelconque théorie de l'objet dans les contrats administratifs* ».

²⁴⁶⁸ Benoît Plessix en offrait d'ailleurs une remarquable explication lorsqu'il démontrait que « *le juge administratif n'a pas de raisons de faire appel à la notion civiliste de l'illicéité de l'objet car le droit administratif est déjà pourvu d'un imposant tissu normatif offrant au juge les moyens suffisants pour sanctionner les contrats publics illicites. En d'autres termes, il n'existe pas, en la matière, de lacunes : l'existence en droit administratif d'un ordre public contractuel particulièrement dense rend inutile tout recours au droit civil* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 219. Notons qu'encore aujourd'hui la doctrine conserve un doute sérieux « *quant à l'intérêt de son usage (de l'objet) pour approcher une cause de nullité du contrat administratif* » : BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 21. Voir sur ce point pour une illustration jurisprudentielle les conclusions prononcées par Xavier Prétot sur le jugement : TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ président du conseil général de l'Essonne*, req. n° 935418 ; concl. PRÉTOT X., *CJEG*, 1994, p. 553 et s.

²⁴⁶⁹ Le même Pierre Bourdon précise que la prise en compte de l'objet « *a trait à un critère de qualification du contrat (...), à désigner le contenu du contrat* » : BOURDON P., *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁷⁰ MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, p. 488.

disposition des personnes publiques en matière contractuelle, à l'instar de la démarche empruntée par Xavier Bezançon²⁴⁷¹ et Laure Marcus²⁴⁷².

Mais si l'objet constitue un point de passage incontournable en tant que « *notion juridique qui traduit dans le langage du droit les fonctions économiques de ces contrats* »²⁴⁷³, pourquoi ne pourrait-il pas en être de même pour les actes administratifs unilatéraux qui sont également des manifestations juridiques d'une volonté en vue de la création d'effets de droit ? Il ne saurait effectivement être question de déduire de son seul caractère unilatéral le mutisme d'un acte juridique en matière économique et relationnelle. Il est en outre possible d'opérer à partir de la notion d'objet un rapprochement entre le contrat et l'acte administratif unilatéral dans la mesure où ils sont régulièrement présentés comme des instruments juridiques destinés à guider les conduites individuelles. Seule varie finalement la forme d'expression de la puissance publique et la finalité poursuivie, commandement autoritaire ou coopératif. L'objet de l'acte administratif renvoie par conséquent une impression d'unité ou du moins de complémentarité dépassant le strict clivage qui les oppose. Ils participeraient l'un comme l'autre de l'expression de la volonté des autorités publiques compétentes et traduiraient alors l'opération économique ou sociale qu'ils souhaitent réaliser dans les conditions fixées par le cadre objectif de leur compétence. Il convient par conséquent de s'appesantir sur sa prise en compte en tant qu'il offre la possibilité de déborder l'opposition séculaire de l'acte unilatéral et du contrat par l'appréhension de l'objectif poursuivi par la ou les parties²⁴⁷⁴. Qu'il soit unilatéral ou contractuel, l'acte administratif exprime en effet invariablement « *une valeur*

²⁴⁷¹ Il engageait effectivement une analyse ontologique des contrats de délégation de missions publiques à partir de la prise en compte de leur objet afin d'en proposer une présentation ordonnancée. Il affirmait que « *de la féodalité à la République nous allons suivre une analyse ontologique fondée sur les contenus fonctionnels des contrats publics. Celle-ci met en exergue une typologie permanente des contrats publics* » : BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999, p. 23.

²⁴⁷² Laure Marcus s'inscrit dans une même perspective systémique et propose une classification des contrats administratifs en fonction de leur objet. Ainsi affirme-t-elle que « *si la diversité des contrats publics tient à la variété de leur objet, l'objet du contrat est le critère pertinent de leur classification* » : MARCUS L., *op. cit.*, p. 415. Elle ajoute également qu'il présente « *un intérêt supplémentaire en droit public, puisqu'il remédie aux défauts de la typologie des contrats publics issue du droit positif qui sont l'absence d'unité conceptuelle et le chevauchement des catégories contractuelles* » : MARCUS L., *op. cit.*, 489.

²⁴⁷³ MARCUS L., *op. cit.*, p. 490.

²⁴⁷⁴ Jean Waline semble d'ailleurs prendre acte de l'émergence de cette tendance à une étude approfondie de l'objet des actes administratifs indépendamment de leur nature unilatérale ou contractuelle, et ce notamment pour en proposer une classification originale. Il relève alors le point de vue doctrinal en vertu duquel, « *s'attachant à leur objet* », il était possible de distinguer l'acte-règle, l'acte-subjectif et l'acte-condition : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 427 et 428. Mais au-delà de la prise en compte des effets de ces actes, c'est bien l'objet qui constitue la pierre d'achoppement à l'origine de cette taxinomie des actes administratifs ; en d'autres termes, l'opération juridique que l'autorité administrative souhaite parvenir à réaliser à partir de l'expression de sa volonté.

instrumentale »²⁴⁷⁵ au service de la concrétisation d'une volonté et de la réalisation d'un objectif déterminé : son objet. Et si ce dernier porte sur l'instauration d'une relation de coopération, il implique potentiellement un dépassement de la distinction imposée dans la mesure où il induit l'instauration d'une relation juridique caractérisée par la convergence des volontés des parties au-delà de la nécessité d'un consentement.

382. Une hypothèse confirmée par l'analyse de l'objet dans le cadre de l'externalisation.

Après avoir envisagé leur rapprochement eu égard à une certaine identité d'objet²⁴⁷⁶, la doctrine s'intéressa également à un phénomène d'hybridation des actes administratifs lié à un nivellement de leur spécificité dont l'illustration la plus caractéristique se trouve dans les travaux conduits par Yves Madiot à propos de la théorie de l'acte mixte²⁴⁷⁷ qui se manifestait notamment à travers les contrats à effets réglementaires²⁴⁷⁸. Alors que la notion d'objet n'était que sous-jacente dans la démonstration proposée par ce dernier, elle laissait cependant supposer qu'une remise en cause de l'opposition traditionnelle de l'acte unilatéral et du contrat était possible, si ce n'est même souhaitable, eu égard à leur enchevêtrement dans le

²⁴⁷⁵ Tout acte administratif exprime en effet selon Benoît Plessix « une valeur instrumentale ; tour à tour, il est l'expression de la puissance publique, outil de la concrétisation des règles de droit que l'Administration doit appliquer, instrument de réalisation des missions d'intérêt général dont les collectivités publiques ont la charge » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 923.

²⁴⁷⁶ Alors qu'il envisageait la double nature du contrat de concession, tiraillée entre son caractère intrinsèquement contractuel et son apparence d'unilatéralité sur certains aspects, Maurice Hauriou engageait la doctrine à prendre la mesure de cette forme de « schizophrénie » propre à l'Administration qui la conduisait à agir tantôt par la voie du commandement, tantôt par la voie consensuelle, tantôt encore par un savant mélange de ces deux options. Il précisait d'ailleurs à propos du contrat de concession de service public dans lequel « la préoccupation de l'amélioration constante du service devient dominante, et où la réglementation du service se fait une place prépondérante à côté du contrat » : CE, 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, rec. p. 216 ; note HAURIOU M., S., 1911.III.1. Aussi démontrait-il alors que l'objet de la concession devait contribuer à gommer la différence entre les actes administratifs dans la mesure où il était parfois identique.

²⁴⁷⁷ Voir sur ce point : MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 103, 1971.

²⁴⁷⁸ Une catégorie que la doctrine classique avait déjà admis de considérer à plusieurs reprises comme des actes présentant une double nature contractuelle et unilatérale. Ainsi Maurice Hauriou remarquait-il par exemple dans sa note sous l'arrêt *Croix-de-Seguey-Tivoli* que, « dans le cas des services publics concédés, il y a bien un cahier des charges stipulé dans l'intérêt du public, ce cahier des charges contient bien des droits contractuels. Oui et non. Dans les rapports de l'Administration et du concessionnaire, il y a contrat ; vis-à-vis des administrés, il y a une situation réglementaire ; le cahier des charges, à ce point de vue, comme les tarifs, n'est qu'un règlement » : CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. p. 962 ; note HAURIOU M., S., 1907.III.3. De nouveau guidé dans cette direction par les conclusions prononcées par Léon Blum sur l'arrêt *Cie générale française des tramways* (il précisait en effet que la concession présentait bien une double nature dès lors qu'elle est, « en un sens, un agencement financier à forme certaine, en un autre sens, le mode de gestion d'un service public à besoins variables »), Maurice Hauriou rappelait l'intérêt d'appréhender la double nature des contrats de concession. Il affirmait ne plus croire « que la situation résultant d'une concession de service public soit entièrement contractuelle. On acquiert de plus en plus la conviction qu'il convient de distinguer deux éléments : les conditions financières de l'opération, qui sont à proprement parler l'objet du contrat ; les conditions d'exploitation du service concédé, qui échappent au contrat, dans la mesure où les nécessités du service public sont supérieures à des conventions particulières, et qui, dans cette même mesure, relèvent du pouvoir réglementaire » : CE, 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, rec. p. 216 ; concl. BLUM L., rec. p. 216 ; note HAURIOU M., S., 1911.III.1.

cadre de l'action administrative. La démarche empruntée à cet égard par Laure Marcus ouvre d'ailleurs une perspective particulièrement éclairante pour la réévaluation de la portée exacte de cette distinction contemporaine à l'aune de leur objet. La référence à cette notion, largement usitée en droit civil²⁴⁷⁹, renvoie effectivement à l'idée d'une prise en compte concrète de la volonté exprimée par les parties et de l'opération économique et juridique qu'elles envisagent de réaliser et non exclusivement en fonction du cadre imposé par le droit objectif. Par conséquent, dès lors qu'il s'agit d'une modalité d'appréhension de la volonté à l'origine de l'obligation, et que l'acte unilatéral repose tout autant sur la manifestation d'une telle volition de la part de son auteur²⁴⁸⁰, il n'y aurait aucune justification au fait de n'y recourir que pour l'analyse des contrats. Rares sont pourtant les réflexions ayant incité la doctrine à envisager sous cet angle les actes administratifs unilatéraux. Une prise de conscience de cette lacune semble néanmoins poindre dans le discours doctrinal actuel à l'instar des travaux conduits par Anne-Laure Girard²⁴⁸¹ et par Benjamin Defoort²⁴⁸². Aussi

²⁴⁷⁹ Cf. par exemple : OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, ou plus récemment : LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005. Une notion d'autant plus employée récemment depuis l'avènement de la notion d'économie ou de contenu du contrat : cf. : PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004, voire également : ROUVIÈRE Fr., *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005, ainsi que les nombreuses réflexions suscitées par la réforme récente du droit des obligations : FABRE-MAGNAN M., « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, p. 639 et s., SAVAUX É., « Le contenu du contrat », *JCP*, 2015, suppl. n° 21, p. 20 et s., FORTI V., « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *LPA*, 2014, p. 6 et s.

²⁴⁸⁰ Abordant la question des actes administratifs unilatéraux, Benoît Plessix souligne par exemple que « l'acte dont il est ici question, c'est une manifestation de volonté pleine et entière, traduisant la ferme intention d'agir en perspective d'accomplir quelque chose, et afin, plus précisément, de produire les effets de droit que l'Administration avait en vue lorsqu'elle a délibérément fait le choix d'édicter son acte » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1015. Éludant également la question de leur objet, Bertrand Seiller précise pour sa part que « la portée de ces effets (des actes administratifs unilatéraux) varie considérablement, ce qui ne manque pas d'influer sur leur régime juridique » : SEILLER B., *Droit administratif*, Tome 2, Flammarion, 6^e éd., 2016, p. 121. Aussi en va-t-il de même pour Xavier Dupré de Boulois qui aborde certes l'acte administratif unilatéral comme un acte de volonté, mais insistant par la suite tout particulièrement sur les classifications de ces actes en fonction de critères étrangers à la prise en compte de leur objet : DUPRÉ DE BOULOIS X., « Les actes administratifs unilatéraux », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 185 et s. Il insiste d'ailleurs quasi-exclusivement, comme la doctrine classique, sur son caractère exorbitant en tant qu'expression de la puissance publique. Il rappelle par exemple que « l'acte administratif unilatéral est aussi l'un des éléments constitutifs du modèle français d'administration » en tant qu'il « est en effet l'expression la plus significative des prérogatives exorbitantes dont dispose l'administration : le pouvoir de décision unilatérale » : DUPRÉ DE BOULOIS X., *op. cit.*, p. 158.

²⁴⁸¹ Cet auteur contribue en effet à mettre en évidence la fonction essentielle de la volonté dans la théorie des actes administratifs unilatéraux. Elle démontre notamment que « la volonté et la personnalité juridique révèlent, à la fin du XIXe siècle, l'essence logique de l'acte administratif unilatéral » : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 36. Aussi incite-t-elle à prendre en compte leur objet dès lors qu'il participe de la traduction juridique d'une telle volonté.

²⁴⁸² Il suggère que « la définition classique de la décision administrative par référence au concept de norme juridique permet de'en éclairer plusieurs caractéristiques. Produit de la volonté d'une autorité administrative, la décision administrative est exclusive de toute forme de constat » : DEFOORT B., *La décision administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015, p. 264. Et d'ajouter que l'objet compose bel et bien sa

convient-il d'étendre et d'approfondir l'étude de l'objet des actes administratifs afin d'atténuer ce clivage ou, à tout le moins, de lui attribuer une signification différente dans la mesure où « *un acte juridique n'est jamais rien d'autre que le reflet d'une activité juridique* »²⁴⁸³ ; c'est-à-dire, de son objet.

Il s'agit par conséquent de se saisir de la notion d'objet pour parvenir à embrasser « *la diversité des volitions administratives dans un concept unitaire plus abstrait* » et d'en « *faire ressortir l'existence juridique, parfois même l'essence philosophique* »²⁴⁸⁴. Une approche d'autant plus accessible qu'elle correspond à la reconnaissance de l'origine volontaire de tout acte adopté par une autorité administrative²⁴⁸⁵. Il serait alors possible de suggérer qu'à la traduction en droit d'une opération d'échange ou de coopération corresponde un certain nombre d'outils dépassant par leur communauté d'objets l'opposition entretenue entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats, en vertu de laquelle toute action ne se résout finalement que par l'adoption contrainte de l'un ou de l'autre. Or, il est aisé de mettre en évidence une telle communauté d'objets dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative dans la mesure où il en constitue d'ailleurs le critère fonctionnel. Ce concept offre ainsi l'opportunité d'aboutir à une vision unifiée, ou du moins harmonisée, du champ des instruments juridiques participant de sa manifestation en droit administratif²⁴⁸⁶. Constitue par conséquent un instrument juridique de l'externalisation administrative tout acte administratif, unilatéral ou contractuel, qui exprime la volonté d'une personne publique d'organiser la réalisation de ses compétences matérielles en coopération avec une personne distincte. Le concept d'externalisation administrative participe donc également de ce questionnement théorique de la distinction séculaire de l'acte unilatéral et du contrat dès lors qu'il incite à prendre en compte l'objet des actes administratifs indépendamment de leur nature²⁴⁸⁷. Il convient alors de préciser davantage les éléments de

Pierre angulaire, à l'instar du contrat, dans la mesure où l'acte administratif unilatéral présente une « *signification prescriptive, dont l'objet est la direction des conduites humaines concrètes* ».

²⁴⁸³ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1016.

²⁴⁸⁴ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 923.

²⁴⁸⁵ La doctrine contemporaine s'accorde effectivement pour admettre désormais que « *sans volonté d'agir, dit-on, pas d'acte juridique ; sans mise en mouvement de l'activité administrative, pas d'acte de l'Administration* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 925.

²⁴⁸⁶ Bien que son déploiement révèle un champ d'application apparemment hétérogène, il a pu être démontré précédemment que l'unicité d'objet de tous ces instruments juridiques autorisait une appréhension homogène des activités réalisées par la voie de l'externalisation ; il s'agit en principe d'activités relevant de la compétence matérielle des personnes publiques.

²⁴⁸⁷ Ainsi permet-il par exemple d'expliquer qu'une personne publique puisse avoir le choix de recourir à l'un comme à l'autre dans les limites imposées par le droit objectif, et tout particulièrement par les exigences concurrentielles.

l'externalisation administrative qui fournissent explicitement une confirmation de la porosité accrue de cette frontière avant d'en fournir des illustrations concrètes tirées de la pratique et du droit positif.

Deux incidences de la conceptualisation de l'externalisation en droit administratif à partir d'une instrumentalisation singulière de l'obligation conduisent en l'occurrence à envisager un dépassement du clivage instauré en droit administratif entre les actes unilatéraux et contractuels. Premièrement, la finalisation de l'obligation au service d'une fonction habilitante destinée à assurer la concrétisation de l'objet de l'externalisation administrative constitue un invariant quel que soit l'instrument juridique employé pour sa mise en œuvre. Aussi est-il possible de l'identifier par exemple en matière de service public à la fois dans une concession et dans un acte de dévolution unilatérale ou encore en matière de gestion du domaine public dans une convention domaniale et dans une autorisation d'occupation. Peu importe qu'un acte soit alors de nature unilatérale ou contractuelle, il sert à la réalisation d'une opération d'externalisation administrative dès lors qu'il comporte une obligation traduisant en droit son objet caractéristique : l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation coopérative d'une compétence matérielle. Ces deux exemples conduisent également à relever, deuxièmement, l'importance de l'obligation dans la traduction juridique d'une stratégie d'externalisation ; et donc l'importance de l'objet qui y est associé. Il convient sur ce point de tirer à nouveau les conséquences de l'inspiration du modèle civiliste du contrat-coopération. Ce dernier repose en effet sur « *une opération économique concrète dont il est indispensable de vérifier qu'elle respecte tant les intérêts individuels des parties que l'intérêt général* »²⁴⁸⁸, et ce au-delà même des considérations fondamentales liées à l'existence d'un accord de volontés. Aussi faut-il admettre qu'un tel accord ne constituerait pas, au moins de manière explicite, un élément déterminant de la mise en œuvre d'une stratégie d'externalisation en droit administratif. Celle-ci reposerait alors principalement sur la fonction et l'agencement des obligations ainsi que sur leur objet contribuant ainsi à encourager un dépassement de la distinction entre les actes unilatéraux et les contrats dès lors que le recours à l'un ou à l'autre est indifférent eu égard aux caractéristiques de ce concept. En outre, la dimension duale qui découle de son instrumentalisation autorise, quel que soit l'instrument juridique employé, à prendre en compte l'importance de la volonté exprimée dans la détermination de l'opération réalisée par les parties et du contenu de l'acte édicté.

²⁴⁸⁸ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 299.

Tandis qu'elle est dotée d'une fonction habilitante afin de parvenir à traduire juridiquement l'objet caractéristique de l'externalisation administrative, l'obligation présente à la fois une signification objective en tant que norme de comportement imposée à chacune des parties et une signification subjective en tant que lien de droit. Qu'il soit alors unilatéral ou contractuel, l'acte administratif par lequel une autorité publique organise une opération d'externalisation et édicte un commandement coopératif présente toujours cette structure qui n'implique pas explicitement l'existence d'un accord de volontés mais plutôt celle d'un lien de droit subjectif expression de la volonté des parties. Il s'agit alors d'illustrer l'hypothèse avancée d'un dépassement théorique de la distinction classique entre l'acte unilatéral et le contrat par une observation du droit positif et des manifestations récentes qu'il est possible d'y déceler.

2. Une remise en cause pratique de la distinction acte unilatéral/contrat

383. Une remise en cause constatée en droit interne. Parmi les manifestations évidentes d'un dépassement ponctuel de la distinction entre les actes unilatéraux et contractuels, les évolutions récentes du droit positif présentent une illustration symptomatique dont la doctrine n'a pas tardé à s'emparer. Déjà problématiques dans leurs rapports avec la délégation de service public²⁴⁸⁹, les concessions domaniales entraînent en effet dans leur sillage certaines questions que la directive concession²⁴⁹⁰ et sa transposition par l'ordonnance du 23 janvier 2016²⁴⁹¹ n'ont pas manqué de ramener sur le devant de la scène. Il apparaît notamment que la distinction entre la concession domaniale et les autorisations d'occupation privative du domaine public soit sur le point de céder le pas devant la force engrangée au fil du temps par leur objet commun : à savoir le fait de confier l'exploitation d'une dépendance publique à une autre personne juridique que son propriétaire dans la limite du respect de son affectation. Le droit positif prévoit d'ailleurs de longue date que des formules contractuelles reconnues puissent adopter un tel objet²⁴⁹². Rappelant leur nature contractuelle, la doctrine évoquait déjà la source de confusion qu'elles constituaient eu égard à d'autres concessions dont l'objet était

²⁴⁸⁹ Citons pour l'instant simplement l'emblématique affaire du stade Jean Bouin à l'occasion de laquelle se posait la difficulté de dénouer la qualification de concession domaniale et de délégation de service public : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁴⁹⁰ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, JOUE du 28 mars 2014, L 94/1 et s.

²⁴⁹¹ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

²⁴⁹² Ainsi André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé présentaient-ils les concessions domaniales comme « *des contrats par lesquels une collectivité publique confie à une autre personne une dépendance du domaine public pour lui en donner la jouissance et lui permettre d'y exercer une emprise* » : DE LAUBADÈRE A., MODERNE F. et DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 2^e éd., 1983, p. 323.

sensiblement identique mais pour lesquelles subsistait un doute quant à leur nature²⁴⁹³. En ce qu'elles disposent d'une nouvelle qualification légale depuis la codification de 2006 à l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les concessions domaniales se maintiennent donc aujourd'hui en tant que formule contractuelle ayant pour objet de permettre l'occupation et l'exploitation par une autre personne que l'autorité administrative propriétaire d'une dépendance du domaine public. Toutefois, cette disposition révèle explicitement leur confrontation avec les autorisations unilatérales lorsqu'elle déclare la compétence du juge administratif pour connaître des « *autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination* »²⁴⁹⁴.

Aussi le droit administratif des biens envisage-t-il tout à fait l'hypothèse que des dépendances du domaine public puissent être exploitées à des fins privatives dès lors que l'occupant dispose d'une autorisation, et ce peu importe sa nature. Marion Ubaud-Bergeron précise dans ce sens que « *cette autorisation n'est pas nécessairement contractuelle : l'administration peut délivrer des autorisations unilatérales d'occupation du domaine public* » ou bien « *une autorisation contractuelle* »²⁴⁹⁵. Elle ajoute en outre, confirmant le rapprochement inévitable de ces actes unilatéraux et contractuels par la communauté d'objets qu'ils présentent, que « *l'autorisation contractuelle est proche de la permission* »²⁴⁹⁶. Norbert Foulquier souligne également cette superposition des actes unilatéraux et contractuels qui ont pour objet d'autoriser une occupation privative du domaine public²⁴⁹⁷ et, au-delà, d'instaurer une relation de coopération dans la gestion de ces dépendances²⁴⁹⁸. Et si la distinction existe bel et bien,

²⁴⁹³ Ces mêmes auteurs soulignaient que « *les caractéristiques de la concession domaniale conduisent à certaines difficultés en ce qui concerne certains actes appelés « concessions », dont la nature juridique n'est pas toujours assimilable aux concessions domaniales, soit parce qu'elles ne sont pas toujours considérées comme des contrats, soit parce qu'elles ne portent pas sur le domaine public* » : DE LAUBADÈRE A., MODERNE F. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 324. Il en allait ainsi par exemple : des concessions d'emplacement dans les halles et marchés ou des concessions portant sur le domaine privé : DE LAUBADÈRE A., MODERNE F. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 324 et s.

²⁴⁹⁴ Précisons également que l'article R. 2122-1 du même code achève d'en apporter la preuve lorsqu'il dispose que « *l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être consentie, à titre précaire et révocable, par la voie d'une décision unilatérale ou d'une convention* ».

²⁴⁹⁵ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 190.

²⁴⁹⁶ UBAUD-BERGERON M., *Ibid.*

²⁴⁹⁷ Il rappelle en effet que « *les autorisations d'occupation privative du domaine public prennent la forme de deux types d'actes nominatifs : l'acte unilatéral et celle du contrat* » : FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2015, p. 310 et 311.

²⁴⁹⁸ Le régime de ces autorisations encadre désormais non seulement l'autorisation, mais aussi l'objectif d'une valorisation du domaine par celle-ci. Aussi Norbert Foulquier rappelle-t-il d'ailleurs que « *le régime de ces titres répond aussi beaucoup – et de plus en plus – au souci du législateur de permettre aux propriétaires publics de tirer toutes les richesses possibles de leur domaine... dans les limites de leur affectation* » : FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 321.

c'est essentiellement en matière de régime juridique et contentieux et non en fonction de leur objet. Cela entraîne en outre l'existence d'un régime commun prévoyant par exemple que ni les uns ni les autres ne puissent autoriser une occupation qui ne serait pas compatible avec l'affectation du domaine public, ou encore qu'elles permettent de protéger²⁴⁹⁹ le bien tout en facilitant l'investissement privé dans sa gestion. Une convergence des outils du fait de la similitude de leur objet qui conduit même la doctrine contemporaine à envisager, selon certains auteurs, l'hypothèse d'une disparition des actes unilatéraux au profit des contrats ou du moins à niveler davantage encore leurs différences de régimes²⁵⁰⁰. Alors que le législateur appelle de ses vœux une clarification de « *la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique* »²⁵⁰¹, la communauté d'objets de ces autorisations unilatérales et contractuelles interroge quant à la pérennité d'un tel clivage, si ce n'est même de l'une ou de l'autre de ces formules.

Guylain Clamour décèle en outre dans ces évolutions les ferments d'une transformation à venir des titres d'occupations du domaine public. À côté de la mise à l'écart de l'hypothèse d'une consécration de la catégorie des contrats domaniaux, les réformes en cours participent d'un renforcement de la prise en compte de l'objet des contrats pour la détermination de leurs régimes juridiques et confinent notamment à prévoir peut-être à terme un rattachement général de l'occupation domaniale aux contrats administratifs. Il se pourrait donc bien que la catégorie des autorisations unilatérales d'occupation du domaine public perde de sa superbe, voire même constitue une « espèce en voie d'extinction ». L'ordonnance du 29 janvier 2016 tend par exemple à amalgamer au sein d'un même contrat l'autorisation d'occupation et l'éventuelle mission confiée au partenaire de l'administration²⁵⁰² au risque de rendre caduc le recours à de telles autorisations. Par ailleurs, l'exigence croissante de publicité et de mise en concurrence appelée prochainement à concerner également les concessions domaniales pourrait finalement remettre en cause l'existence des autorisations unilatérales, ou du moins

²⁴⁹⁹ Caractéristique de cet impératif, le droit positif prévoit par exemple l'absence de droit à l'occupation privative du domaine public. L'autorité administrative propriétaire est donc libre d'octroyer ou non, de renouveler ou non un tel titre d'occupation, et ce peu importe qu'il soit unilatéral ou contractuel.

²⁵⁰⁰ Guylain Clamour par exemple que le temps serait venu « *de reconfigurer, sous un véritable souffle d'ensemble, le droit de l'occupation domaniale* » : CLAMOUR G., « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA*, 2016, p. 275.

²⁵⁰¹ Article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

²⁵⁰² L'article 50 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66 dispose en effet que lorsqu'un contrat de concession « *emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée* ».

conduire à leur imposer une telle mise en concurrence²⁵⁰³. Alors que la décision *Jean Bouin* avait semblé régler définitivement la question en affirmant « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance* »²⁵⁰⁴, il semblerait que le droit positif actuel conduise à réviser cette position *a priori* inflexible. Qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg²⁵⁰⁵, des préconisations du Palais Royal²⁵⁰⁶, ou encore des travaux encadrés par le Palais Bourbon ou l'hôtel de Matignon²⁵⁰⁷, le sort des autorisations unilatérales paraît bien être scellé si elles sont ainsi amenées au respect d'une telle obligation. Toute cela manifeste, quoi qu'il en soit, le rapprochement indéniable opéré en droit administratif, du fait de leur communauté d'objets, entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats en matière d'occupation privative du domaine public. Un rapprochement qui est en outre accentué par le développement et l'influence du droit de l'Union européenne sur les modalités de gestion du service public.

²⁵⁰³ Sophie Nicinski souligne d'ailleurs que la décision *Promoimpresa* rendue par la Cour de justice de l'Union européenne laisse effectivement entrevoir la possibilité d'une telle hypothèse : CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, aff. C-458/14. Cf. NICINSKI S., « Vers une obligation de mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public », *AJDA*, 2016, p. 2475 et s.

²⁵⁰⁴ CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁵⁰⁵ Sophie Nicinski met ainsi en évidence que l'évolution récente de la jurisprudence issue du plateau du Kirchberg étend la procédure de publicité et de mise en concurrence à la « *procédure d'octroi des titres d'occupation du domaine* » dès lors qu'ils conditionnent l'accès à une activité économique, voire même en permettent seulement l'exercice : NICINSKI S., *op. cit.*, p. 2476.

²⁵⁰⁶ Dans son rapport annuel de 2015, le Conseil d'État évoque effectivement l'opportunité d'une telle mise en concurrence et de « *l'introduction de règles de transparence relatives aux procédures de délivrance des autorisations d'occupation privative du domaine public* » : Conseil d'État, 2015, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française, EDCE, n° 66, 2015, p. 193.

²⁵⁰⁷ Ainsi l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dispose-t-il que le gouvernement pourra adopter les mesures nécessaires à la modernisation des « *règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation* ». Soulignant cette avancée, Guylain Clamour rappelle que la jurisprudence *Jean Bouin* et la position du Conseil d'État qu'elle exprimait constituait davantage un appel du pied au législateur qu'une posture ferme et définitive opposée à une telle mise en concurrence de la délivrance des titres d'occupation. Dès lors, précise-t-il, « *qu'une occupation domaniale peut constituer une condition déterminante de l'exercice d'une activité économique* », il éclaire cette transformation à venir qui semblerait, en l'état actuel du droit, être frappé du coin du bon sens. Aussi ajoute-t-il que « *de telles obligations devraient être réservées aux cas dans lesquels l'autorisation a pour objet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine public qui serait susceptible d'avoir une influence sur la situation du bénéficiaire sur le marché concurrentiel* » et devraient être exclues, en revanche, pour les hypothèses dans lesquelles de telles formalités seront « *impossibles, manifestement inutiles, absurdes ou inopportunes* » ainsi que s'agissant des titres d'occupation qui ne seront que « *l'accessoire* » de contrats de commande publique » : CLAMOUR G., « Le volet « *domanialité publique* » de la loi « *Sapin 2* » », *CMP*, n° 1, janvier 2017, comm. 2. Une véritable usine à gaz en perspective qui, malgré tout, annonce un rapprochement indéniable des actes unilatéraux et des contrats dès lors qu'ils ne sont nullement distingués.

384. Une remise en cause confortée par l'influence du droit de l'Union européenne. Les évolutions récentes du droit de l'Union européenne, s'agissant en particulier des exigences de publicité et de mise en concurrence, ainsi que ses implications sur le droit interne, renvoient en outre à l'examen d'un autre domaine dans lequel il est possible de déceler un rapprochement similaire des actes unilatéraux et des contrats lié à une telle identité d'objet : notamment le rapprochement relatif à la dévolution de la réalisation d'activités matérielles de service public à un tiers. Les juges du plateau du Kirchberg affichent désormais une posture homogène sur la question de la mise en concurrence préalable des autorisations d'exercer une activité économique parmi lesquelles comptent notamment certaines habilitations unilatérales à l'accomplissement matériel d'une mission de service public. La récente décision *Promoimpresa* et *Mario Melis e. a.* apporte d'ailleurs une lecture plus précise des dispositions de la directive Services 2006/123/CE. Tout en étendant l'application de ces exigences concurrentielles aux autorisations d'occupation du domaine public, ils rappellent qu'elles recouvrent « *les procédures administratives par lesquelles sont octroyées autorisations, licences, agréments ou concessions* »²⁵⁰⁸. C'est donc bien au-delà des autorisations domaniales l'ensemble des délégations unilatérales d'activités publiques qui pourraient finalement se voir opposer une obligation préalable de publicité et de mise en concurrence à l'instar des habilitations contractuelles. Dans la même veine que ces dernières, il existerait par conséquent une tendance au rapprochement entre les délégations contractuelles de service public et leurs dévolutions parfois unilatérales. Or la délégation unilatérale de service public a toujours occupé une place, certes le plus souvent mineure, dans les débats doctrinaux. En son temps, Jean-Paul Négrin ne négligeait d'ailleurs pas ce procédé d'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Tout en les envisageant à l'époque sous l'angle d'une distinction irréductible, il n'en suggérait pas moins d'en atténuer la portée du fait notamment de leur fonction identique²⁵⁰⁹ : habiliter une personne privée à participer à la réalisation d'une mission de service public.

²⁵⁰⁸ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, aff. C-458/14. Et d'ajouter que sont concernées finalement tous les actes autorisant l'accès « *à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité par les opérateurs nécessite une décision de l'autorité compétente* » dans la mesure où la rareté des ressources ou la limitation de cet accès implique une sélection des candidats.

²⁵⁰⁹ Il affirmait notamment qu'il n'était « *pas toujours aisé de déterminer en pratique quelle est la nature juridique de l'habilitation (...). Ces difficultés traduisent l'intérêt réduit de la distinction, dans le problème étudié, des habilitations selon leur nature. Cet intérêt est limité parce que, en ce domaine, toutes les conséquences théoriques de la distinction entre acte contractuel et acte unilatéral ne sont pas tirées* » : NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 66.

C'est toutefois dans les réflexions récentes de la doctrines, engagées à partir des ramifications sans cesse croissante de l'obligation de mise en concurrence dans les procédés juridiques de l'action administrative, qu'il est possible de découvrir la prise de conscience d'un rapprochement concret des actes unilatéraux et contractuels ayant pour objet la dévolution à une personne juridique distincte d'activités matérielles de service public²⁵¹⁰. Trait caractéristique depuis la loi Sapin de 1993 du régime juridique des contrats de délégation de service public, l'exigence préalable de publicité et de mise en concurrence constituait jusqu'à maintenant une pierre d'achoppement entre celles-ci et les actes unilatéraux présentant pourtant un objet similaire. Cependant, sous le régime de cette loi cependant, la doctrine ne manqua pas de relever l'imprécision, si ce n'est la contradiction, à laquelle conduisait le périmètre retenu pour la délimitation du champ desdites délégations de service public²⁵¹¹. Fustigeant en partie ce manque d'« *unité du droit des délégations de service public* »²⁵¹², François Brenet éclaire alors une voie possible pour y parvenir à partir de la diffusion des obligations de publicité et de mise en concurrence. Jusque-là reléguées au second plan, aussi bien par la doctrine que dans la pratique du fait de leur non-soumission à ces exigences²⁵¹³, les délégations unilatérales pourraient effectivement faire jeu égal avec les procédés contractuels dès lors que leurs régimes juridiques se rejoindraient sur ce standard commun. François Brenet affirme en outre que ce rapprochement serait d'autant plus logique du point de vue de leur communauté d'objet dès lors que le droit de l'Union européenne encourage l'extension du champ d'application de ces exigences de mise en concurrence « *car il envisage l'acte de dévolution de la gestion d'une mission de service public du seul point de vue de son*

²⁵¹⁰ Ainsi François Brenet considère-t-il qu'une extension de cette obligation à la délégation unilatérale de service public conduirait sûrement à l'envisager « *comme une alternative intéressante au contrat de délégation de service public* » dès lors qu'il verrait en partie son régime juridique s'aligner sur celui de cette dernière : BRENET Fr., « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, p. 1435.

²⁵¹¹ Cf. : DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 675 et s., ou encore : MARCOU G., « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1994, p. 691 et s. Il s'agissait notamment d'une incompréhension quant à la question de l'emploi de ces procédés unilatéraux dès lors qu'il existait en effet « *des délégations de service public qui sont exclues du champ d'application de la loi Sapin au seul motif (ou prétexte) qu'elles sont attribuées, non par un contrat, mais au moyen d'un acte unilatéral* » : BRENET Fr., *op. cit.*, p. 1435. Il ajoutait même que « *ces hypothèses d'investissement unilatérale se sont accumulées au fil du temps, en marge des dispositions de la loi Sapin, et sans qu'une réflexion d'ensemble soit menée sur leur place et sur leur rôle dans les techniques juridiques de délégation de service public* ».

²⁵¹² BRENET Fr., *op. cit.*, p. 1436.

²⁵¹³ La jurisprudence *Cne d'Aix-en-Provence* consacrait d'ailleurs cette délégation lorsqu'elle confirmait que si les autorités administratives compétentes pouvaient recourir librement à la gestion déléguée ou à la gestion directe des activités de service public dont elles avaient la charge, elle ajoutait également que si elle recourait à la première, l'emploi du procédé contractuel constituait le principe et celui du procédé unilatéral l'exception : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155.

objet » et donc indifféremment de « *la circonstance que l'acte dévolutif soit contractuel ou unilatéral* »²⁵¹⁴.

Le revirement opérée par la décision *Tarn-et-Garonne* par rapport à une solution pourtant réaffirmée depuis le début du XX^e siècle invite également à admettre ce rapprochement ponctuel des divers procédés de l'action administrative, mais cette fois sur le terrain des conséquences contentieuses de cette démarcation séculaire. Alors qu'il était clairement établi que les tiers ne pouvaient en principe attaquer un contrat et que le contentieux de l'excès de pouvoir devait être exclu en matière contractuelle, exceptée l'hypothèse consacrée par la jurisprudence *Martin*²⁵¹⁵, le contrat et l'acte unilatéral étaient donc fondamentalement distincts sur le terrain contentieux. Constatant la fissuration lente mais progressive de ce mur érigé entre ces deux procédés juridiques de l'action administrative, Bertrand Dacosta invite en effet la Haute juridiction à prendre acte de ces diverses évolutions et à simplifier une situation devenue au fil du temps inextricable²⁵¹⁶. Certes, de ce point de vue, le clivage persiste-t-il sur le fond, mais il se manifeste formellement à travers la personne du juge compétent et non plus dans des conditions de recevabilité différentes d'un côté à l'autre de cette frontière. C'est en outre ce que retient une majorité de la doctrine à l'instar de Pierre Delvolvé pour qui la décision prononcée ajoute une fonction nouvelle à l'office du juge du contrat qui « *n'est plus seulement le juge du contentieux qui oppose les parties au contrat ; celui-ci n'a évidemment pas disparu, mais des personnes extérieures au contrat y ont accès* »²⁵¹⁷. Apparaissant comme le pendant du recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif unilatéral, l'extension aux tiers du recours en invalidité du contrat signale également un rapprochement de ces deux types d'actes administratifs en matière contentieuse²⁵¹⁸. Il n'y aurait donc aucun

²⁵¹⁴ BRENET Fr., *op. cit.*, p. 1439. Une hypothèse de l'alignement des régimes juridiques des délégations de service public justifié par la similitude de leur objet que suggérait d'ailleurs déjà François Llorens, et qui illustre également la possibilité d'un dépassement ponctuel de la distinction entre acte unilatéral et contrat du fait de l'existence d'une communauté d'objets comme cela est le cas pour le concept d'externalisation administrative : Cf. LLORENS Fr., « Unité et pluralité des délégations de service public », *CMP*, n° 5, Mai 2003, chron. 7.

²⁵¹⁵ CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749.

²⁵¹⁶ Il indique notamment qu'il aurait été possible de « *s'accommoder de cette complexité si elle était indispensable. Nous croyons, au contraire, qu'à défaut d'une simplification drastique, il y a, au moins, matière à élaguer* » : conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70 ; concl. DACOSTA B., rec. p. 70. Aussi prône-t-il à cette fin le déplacement de « *l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné* », et donc in fine une forme d'objectivation du contentieux contractuel le rapprochant sensiblement du contentieux de l'excès de pouvoir s'agissant des actes unilatéraux : Conclusions prononcées par Bertrand Dacosta sur l'arrêt : CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70 ; concl. DACOSTA B., rec. p. 70.

²⁵¹⁷ DELVOLVÉ P., « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 441.

²⁵¹⁸ Bien qu'il en relativise la portée et ne partage pas notre point de vue, Fabrice Melleray remarque cependant que cette récente évolution de la jurisprudence en matière de contentieux contractuel, si elle poursuit pour

obstacle à ce que les instruments juridiques de l'externalisation administrative puissent être rassemblés autour de leur objet commun en dépassant ce clivage traditionnel opposant les actes unilatéraux et les contrats, et ce d'autant plus que se rajoute à cet argument de l'unicité d'objet une confirmation apportée par les critères propres à l'externalisation administrative.

B. Une hypothèse confortée par la finalisation de l'obligation

385. Un dépassement éclairé par l'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation.

La doctrine demeure encore aujourd'hui régentée par « *la pratique de la brutale simplicité de la summa divisio héritée du droit romain et de la tradition civiliste* »²⁵¹⁹ entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats²⁵²⁰, et ce sans prendre en compte les incidences de leur objet ou encore de leur structure obligationnelle. Son profond attachement aux conséquences juridiques et contentieuses de cette distinction participe d'ailleurs grandement d'un tel maintien²⁵²¹. La jurisprudence récente révèle cependant une inflexion notable des secondes²⁵²² alors que le droit positif présente également de nombreux exemples de confusion de leurs régimes juridiques respectifs²⁵²³. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'une première

objectif principal la résolution la plus rapide possible des litiges afin de purger tout risque contentieux et ainsi d'assurer « *la stabilité des relations contractuelles (...), sans pour autant remettre trop fortement en cause le droit à un recours effectif garanti au sommet de la hiérarchie des normes* », elle permet incidemment de renforcer la garantie du « *respect de la légalité* » objective, le rapprochant ainsi sensiblement selon nous du recours pour excès de pouvoir : MELLERAY F., « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA*, 2014, p. 1537. Notons d'ailleurs que Fabrice Melleray partage ce sentiment d'un rapprochement des contentieux de l'excès de pouvoir, et de plein contentieux, bien qu'il ne le fasse pas par une voie identique à la nôtre. Il affirme toutefois que, comme pour les évolutions récentes en matières contractuelles, « *nul n'ignore que l'heure est aujourd'hui davantage à la valorisation de la stabilité des situations juridiques qu'à une application mécanique du principe d'égalité* » : MELLERAY F., *op. cit.*, p. 1534.

²⁵¹⁹ PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 995.

²⁵²⁰ Une distinction dont il convient de rappeler qu'elle persiste également en droit civil comme le souligne par exemple Bertrand Seiller lorsqu'il précise que « *comme en droit privé, les actes juridiques administratifs sont soit unilatéraux, soit contractuels* » : SEILLER B., « Acte administratif : identification », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015, n° 36.

²⁵²¹ Rappelons que sur ce point, l'état du droit était relativement net jusque récemment : si les actes unilatéraux pouvaient en règle générale faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par tout individu dont un intérêt serait lésé, les contrats excluaient par principe l'ouverture d'une voie de droit pérenne à leur encontre au bénéfice des tiers pour préserver le principe de l'autonomie de la volonté et du consentement, pierre d'achoppement fondamentale de cette distinction.

²⁵²² Il s'agit essentiellement de la décision précédemment évoquée : CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70. Pierre Delvolvé souligne d'ailleurs sur ce point une « *extension en matière de recevabilité contre un contrat administratif* », et précise également à propos de cette ouverture aux tiers que « *le lien avec le contrat est distendu. La justification de l'intérêt à agir pourra le resserrer* » : DELVOLVÉ P., « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 439 et 440.

²⁵²³ Soulignons par exemple l'importance des clauses réglementaires contenues dans les contrats administratifs dont la nature induit parfois un traitement différencié par rapport au reste du contrat. Cf. par exemple :

« entorse » à ce clivage, fondée dans une certaine mesure sur l'examen de l'objet des actes administratifs, était déjà avancée par Georges Péquignot dès le milieu du XX^e siècle. Celui-ci engageait à l'époque à s'intéresser davantage à l'obligation²⁵²⁴ contenue dans tout acte juridique. Il considérait en effet qu'il existait à côté d'une théorie formaliste prenant en compte la forme des actes et des volontés exprimées une théorie matérialiste dans laquelle acte unilatéral et contrat pouvaient parfois se superposer dès lors qu'ils poursuivaient un objet identique, et donc présentaient un contenu obligationnel similaire destiné à traduire l'expression des volontés²⁵²⁵. Une telle attention accordée à l'objet de tout acte administratif conduisait alors logiquement à envisager une approche matérielle de la traduction juridique de la volonté de son ou de ses auteurs ; c'est-à-dire à appréhender la convergence de leur contenu matériel à partir de celle de leur d'objet au-delà de la différence formelle de l'*instrumentum* juridique. Alors que la distinction formelle de l'acte unilatéral et du contrat aurait été maintenue en partie en écho à la distinction théorique des actes d'autorité et des actes de gestion, il conviendrait d'envisager désormais son dépassement sur le plan fonctionnel, par rapport à leur objet, et aussi sur le plan matériel, par l'étude de leur contenu obligationnel dictés tous deux par la volonté des acteurs exprimée ou seulement prise en compte. L'émergence de procédés alternatifs de commandement, parmi lesquels figure le commandement coopératif inscrit au cœur de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, accentue cette hypothèse en ce qu'elle souligne à la fois la singularité de la fonction habilitante endossée par l'obligation et la structure obligationnelle spécifique sur laquelle ils reposent.

TERNEYRE Ph., « Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 893 et s.

²⁵²⁴ Il rappelait en effet que certains auteurs inspirés par Léon Duguit envisageaient « *de définir les actes juridiques de façon homogène en ne prenant en considération que leur matière, c'est-à-dire leur contenu, plus précisément les effets qu'ils produisent* » ; en d'autres termes de leur objet et des obligations qui en permettent la concrétisation juridique : PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Imprimerie du Midi, 1945, p. 18. Soulignons que Léon Duguit semblait vouloir tirer des conséquences de l'objet des actes administratifs, et ce indifféremment de leur nature unilatérale ou contractuelle : cf. DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, 2^e éd., E. de Boccard, 1923, p. 369 et s. Georges Péquignot ajoutait alors pour sa part « *que tout acte juridique se trouve en rapport avec une situation juridique : tout acte juridique a pour effet, soit de créer une situation juridique, soit d'investir un individu d'une situation juridique créée : la loi sur la propriété crée la situation de propriétaire ; le contrat de vente d'un objet déterminé moyennant un prix fixé, crée respectivement, pour les parties au contrat, la situation de vendeur et d'acheteur ; l'acte de nomination d'un fonctionnaire investi celui qui en est l'objet, de la situation déjà créée par les lois et les règlements portant sur le statut de la fonction publique* » : PÉQUIGNOT G., *op. cit.*, p. 18.

²⁵²⁵ Anne-Laure Girard démontre en outre que la jurisprudence administrative, puis la doctrine, devaient peu à peu admettre que « *théoriser la substance de la volonté est donc le moyen (...) de systématiser les éléments constitutifs de l'acte administratif et de progresser dans la voie de l'élaboration d'une théorie générale* » des actes fondées sur le contenu de la volonté : GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013, p. 81.

Cette fonction habilitante implique en l'occurrence une indifférence certaine de l'obligation à l'égard de la forme de l'instrument juridique employé par une autorité administrative pour confier à une autre personne la réalisation de sa compétence matérielle. Il n'est pas nécessaire en effet d'identifier un consentement explicite pour caractériser un tel acte administratif destiné à exprimer une habilitation dérivée voulue par l'autorité compétente et le plus souvent sollicitée par son partenaire. Par contre, il est toujours indispensable qu'il manifeste la volonté d'une personne publique de s'associer avec un tiers pour accomplir une de ses missions dans le cadre d'une relation de coopération. Aussi l'emploi de l'obligation n'exprime-t-il plus seulement un devoir objectif dicté par l'ordre juridique, mais également la reconnaissance de droits subjectifs qui prennent en compte la volonté des destinataires, et ce peu importe que cette volonté ait finalement participé formellement à l'élaboration de l'acte. Les développements précédents ont d'ailleurs permis de démontrer que ce n'est pas à titre principal sur un accord de volontés que repose la mise en œuvre de ce concept, mais bien plutôt sur une instrumentalisation de l'obligation dotée d'une fonction habilitante prenant en compte la volonté de chacun au lieu d'édicter un devoir objectif imposé au nom de l'intérêt général par le pouvoir politique. Aussi l'un des critères déterminant de la distinction entre les actes unilatéraux et contractuels ne trouverait-il plus à jouer pleinement dans cette hypothèse au sein de laquelle l'objet caractéristique de l'externalisation administrative conduit à dépasser la prise en compte de la forme des actes assurant sa traduction juridique pour s'intéresser davantage à leur contenu. L'indifférence de la fonction habilitante à l'égard du clivage instauré entre l'acte unilatéral et le contrat (1) se poursuit en l'espèce sur le terrain de la structure obligationnelle garantissant sa transposition en droit administratif. Or celle-ci se singularise par un agencement particulier des obligations qui composent le contenu de tout acte juridique employé pour atteindre un tel objet. Plus précisément encore, fondés sur une complémentarité ordonnancée de celles-ci, ces actes administratifs retranscrivent une volonté de coopération de la part de l'autorité administrative compétente qui garantit l'instauration d'un lien de droit subjectif entre les parties sans pour autant impliquer le consentement explicite du partenaire de l'administration²⁵²⁶. L'élément déterminant pour l'identification d'un acte juridique de traduction d'une relation d'externalisation administrative n'est dès lors pas l'existence d'un consentement mais principalement l'agencement des obligations afin d'organiser une relation de coopération pérenne reposant notamment sur l'édiction d'une

²⁵²⁶ Sous-entendu, celui-ci peut être néanmoins décelé, d'une part, dans le fait que cette coopération soit sollicitée par ce dernier ou, d'autre part, à travers ce lien de droit obligationnel duquel chacune des parties tire des droits et des engagements réciproques destinées à encadrer leur relation.

habilitation dérivée. Ainsi l'observation de la finalisation indispensable de l'obligation au sein de l'externalisation administrative offre-t-elle une confirmation supplémentaire de l'hypothèse selon laquelle il serait possible de dépasser le clivage traditionnel opposant les actes unilatéraux et contractuels. En ce qu'il présente un objet similaire, tout acte administratif employé pour y parvenir repose en effet sur un lien obligationnel indispensable à la concrétisation de celui-ci et qui révèle une indifférence notable à l'égard de cette distinction formelle (2).

1. L'indifférence de l'habilitation à l'égard du clivage acte unilatéral/contrat

386. Le rappel de la fonction habilitante indispensable de l'obligation. Débordé de toute part, le clivage entre l'acte unilatéral et le contrat peut être aujourd'hui dépassé par une prise en considération de l'objet des actes administratifs favorisant leur articulation complémentaire. Dès lors, le champ des instruments de l'externalisation administrative ne serait-il pas condamné à l'hétérogénéité, et donc à la complexité de son observation et de sa compréhension. Du fait de la communauté d'objets qui les relie, ces divers instruments juridiques peuvent désormais être présentés indifféremment de leur forme contractuelle ou unilatérale dès lors qu'ils permettent la dévolution à une autre personne de la réalisation de la dimension matérielle de la compétence d'une autorité administrative déterminée. Le maelstrom d'instruments juridiques qui composaient jusque-là la boîte à outils de l'externalisation administrative cède par conséquent la place à un établi bien ordonné sur lequel les personnes publiques peuvent piocher pour instaurer une relation de coopération destinée à améliorer les conditions d'accomplissement de la satisfaction de l'intérêt général. Mais au-delà de cet argument déterminant selon lequel l'unité des instruments juridiques de l'externalisation administrative découlerait de leur communauté d'objets, celui-ci trouve une confirmation supplémentaire dans les différents critères singuliers qui ont pu être mis en évidence dans la partie précédente. Il s'agit alors de rappeler dans un premier temps que le critère fonctionnel, qui consiste en l'existence d'une habilitation à faire agir une autre personne que l'autorité compétente, se révèle indifférent au clivage entre l'acte unilatéral et le contrat. Dans le même temps, le critère matériel lié à la place centrale de la notion d'obligation dans toute relation d'externalisation administrative invite lui aussi à le dépasser dès lors que tout acte juridique, unilatéral ou contractuel, peut être la source d'une obligation destinée à instaurer un lien de droit subjectif et à édicter une norme objective de comportement.

Intrinsèquement lié à leur objet, le critère fonctionnel implique que toute relation d'externalisation comporte une habilitation par une personne publique à faire agir une autre personne pour la réalisation d'une de ses compétences matérielles. Ainsi une autorité administrative doit-elle irrémédiablement admettre au préalable l'intervention d'une personne distincte dans son champ de compétence. Une telle exigence n'est d'ailleurs pas nouvelle en droit administratif. Car, s'il est vrai qu'à la différence des particuliers, dont la capacité juridique les autorise à agir librement sur le terrain juridique au nom de l'autonomie de la volonté, les personnes publiques sont soumises aux règles et limites objectives imposées par leurs compétences. Il convient en outre de rappeler que l'action des autorités administratives est en principe préservée des « appétits » d'ordre privé, et bénéficie d'une protection par un monopole instauré au bénéfice des personnes publiques en matière de satisfaction de l'intérêt général. Bien qu'elle soit régulièrement et de plus en plus souvent remise en cause, l'existence de ce monopole n'en demeure pas moins toujours présente en droit positif et entraîne avec lui l'une de ses traductions juridiques les plus évidentes : la nécessité d'une habilitation des personnes ne disposant pas d'un titre à agir à intervenir dans le champ de l'action administrative²⁵²⁷. Au même titre que la gestion et l'exploitation des biens publics, ou que l'accomplissement d'activités matérielles de police, la gestion et l'accomplissement de mission de service public sont ainsi maintenus sous la férule des personnes publiques désignées par le droit objectif²⁵²⁸. Ainsi est-il possible de confirmer le caractère indispensable

²⁵²⁷ Les exemples sont en effet nombreux pour démontrer la persistance de cette forme de préservation de la sphère publique. Ainsi en va-t-il par exemple de la décision *Cne d'Aix-en-Provence*, ou encore de la décision *APREI*. Dans ces deux cas symptomatiques, les juges du Palais-Royal rappellent sans ambages leur attachement à la délimitation d'une certaine « zone d'exclusion » dans laquelle il n'est possible d'entrer que sur habilitation de l'autorité compétente.

²⁵²⁸ Si la première décision citée y renvoie lorsqu'elle le principe selon lequel l'activité entreprise par une personne privée peut « *se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* » : CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155, la seconde l'exprime d'une façon encore plus claire. Les juges affirmaient en effet que l'identification et la qualification d'une activité de service public gérée par un organisme privé dépendaient en outre de la volonté exprimée par l'administration de lui en confier l'exercice. Ils considéraient alors que, « *une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées (...), il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » : CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92. Dans le même temps, l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales disposent également que la « *délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé* », soulignant ainsi qu'une telle habilitation est indispensable à la participation d'un tiers à la réalisation d'une mission de service public relevant de la compétence d'une autorité déterminée.

de l'habilitation pour toute mise en œuvre du concept d'externalisation, et ce peu importe l'instrument juridique employé pour procéder à cette dévolution. La fonction habilitante endossée par l'obligation dans cette hypothèse constitue par conséquent un invariant caractéristique qui confirme l'indifférence de l'externalisation par rapport à la distinction des actes unilatéraux et des contrats dès lors qu'ils peuvent, l'un comme l'autre, l'endosser.

De la même façon qu'une utilisation sans titre du domaine public conduit à une sanction de l'occupant irrégulier, une mission de service public ne peut en principe être accomplie par une autre personne que l'autorité compétente sauf à ce que celle-ci l'admette expressément²⁵²⁹. Les décisions du juge de la rue de Montpensier ou de celui du Palais-Royal tendent en outre à sanctuariser dans une certaine mesure les activités de sécurité dont la responsabilité appartient à titre principal aux autorités publiques²⁵³⁰. Quoi qu'il en soit, l'exigence d'une habilitation s'impose en droit positif comme le préalable indispensable à l'exercice par une personne privée, et parfois publique, d'une activité d'intérêt général relevant de la compétence d'une autorité administrative déterminée ; un constat qu'il est aisé de retrouver dans le discours doctrinal depuis l'aube du XX^e siècle. Alors qu'il suggérait dès 1899 que l'action administrative détachée de l'exercice de l'autorité publique contraignante se caractérisait par la coopération des individus²⁵³¹, Maurice Hauriou devait préciser plus tard que cette intervention soulevait une question problématique relative à la conciliation des intérêts

²⁵²⁹ Mêlant l'un et l'autre de ces cas de figure, l'affaire née des conditions d'exploitation du stade *Jean Bouin* éclaire davantage encore cette nécessité. Alors que la convention à l'origine du litige avait pour « *objet de concéder à l'association Paris Jean Bouin le droit d'occuper et d'utiliser de façon privative les dépendances du domaine public de la Ville de Paris* », les juges du Palais Royal rejetèrent la qualification de délégation de service public dans la mesure où aucun élément de cette convention « *ne traduit (...) l'organisation, par la Ville de Paris, d'un service public ni la dévolution de sa gestion à l'association Paris Jean Bouin* » : CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472.

²⁵³⁰ Alors que les seconds ont semblé infléchir la rigidité d'une posture datant de la décision *Ville de Castelnaudary* en considérant qu'il était désormais admis que des particuliers ou des personnes morales de droit privé interviennent dans des missions de police administrative à condition d'y avoir été autorisées, et de se limiter à « *des tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain de la commune* » en dehors de toute « *mission de surveillance des voies publiques* » ou de toute autre activité manifestant l'exercice de la puissance publique ; les premiers élaboraient de leur côté une jurisprudence claire affirmant notamment qu'était strictement proscrite toute délégation à une personne privée « *des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* » : CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

²⁵³¹ Rappelons à nouveau que, selon lui, « *le criterium de la gestion administrative est la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est le signe du travail d'exécution des services publics* » : HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose, p. 7. Et d'ajouter que « *dans les forces sociales en mouvement et en travail, (...) leur travail s'accomplit avec la collaboration du milieu* ».

particuliers et de l'intérêt général²⁵³². Or c'est justement pour pallier cette difficulté que le droit objectif, puis positif, imposèrent strictement une habilitation indispensable à l'intervention des personnes privées dans l'action administrative afin de ménager l'intérêt général face à « l'appétit » des intérêts privés. Elle apparaissait alors comme une garantie efficace de la meilleure satisfaction possible des besoins de la société²⁵³³. Elle présentait néanmoins une signification différente dès lors qu'elle marquait encore la supériorité du pouvoir politique et la subordination des particuliers à la volonté des autorités administratives sans laquelle ils ne pouvaient intervenir, soumis à leur pouvoir de commandement autoritaire.

Une cinquantaine d'années plus tard, Jean-Paul Négrin confirmait d'ailleurs cet état du droit lorsqu'il précisait que « *la puissance publique est seule juge de l'opportunité de l'intervention* » et doit « *s'assurer que cette intervention est conforme à l'intérêt général* »²⁵³⁴. Il renforçait en outre considérablement cet impératif pour toute personne ne disposant pas *ab initio* d'un titre à agir de bénéficiaire d'une habilitation préalablement à toute intervention dans l'action administrative²⁵³⁵. Pourtant dépourvue de consécration positive générale, l'habilitation s'exprimait selon lui aussi bien dans les travaux du législateur que dans les décisions du juge administratif²⁵³⁶, et devait même sembler confirmée par l'existence de rares exceptions admises en droit positif²⁵³⁷. François Sabiani apportait quand à lui la

²⁵³² Il soulignait effectivement la nécessité de « *concilier avec les nécessités du service les intérêts du concessionnaire qui s'est chargé de l'aménager et de l'exploiter* » : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de la 12^e éd., Sirey, 1933, p. 1015.

²⁵³³ Dans le cas bien spécifique de la concession, Maurice Hauriou affirmait que l'habilitation devait assurer « *cet équilibre entre les divers intérêts en présence (et qu'il) a été réalisé grâce à la combinaison de deux éléments : 1° La création d'une situation réglementaire ayant trait à l'institution, à l'aménagement et à l'exploitation du service public (...). 2° La conclusion d'un contrat passé avec cahier des charges et tarif maximum entre l'administration et le concessionnaire pour régler les obligations découlant de la situation réglementaire en ce qui concerne l'exploitation du service et, éventuellement, la construction d'ouvrage* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 1015 et 1016. Il ajoutait en outre en note de bas de page que « *l'acte d'institution (...) se présente, en apparence, comme une homologation, mais il contient plus qu'une homologation, on y peut rattacher, outre la réglementation du service, le droit de percevoir des taxes et aussi le droit d'occuper le domaine qui, d'ailleurs, ne se réalisera que par la délivrance de la permission de voirie* » : HAURIOU M., *op. cit.*, p. 1016.

²⁵³⁴ NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971, p. 50.

²⁵³⁵ Il lui conférait à cette fin un fondement juridique certain dont la doctrine se serait longtemps désintéressée du fait de son évidence indiscutable. Il précisait en effet que « *l'exigence d'une habilitation préalable, si elle est rarement indiquée par la doctrine, est également peu souvent contestée par les auteurs. La majorité de la doctrine est muette à ce sujet, probablement parce que cette condition est d'évidence* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 51.

²⁵³⁶ L'examen du droit positif le conduisait alors à constater que « *l'intervention dans l'action administrative est subordonnée à la détention d'un titre juridique, d'un titre légal et non périmé, donc d'un titre juridique tout court* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 54.

²⁵³⁷ Ainsi poursuivait-il en suggérant que certaines notions autorisaient finalement parfois à déroger à l'exigence d'une habilitation préalable à toute intervention dans l'action administrative telles que : « *la notion de collaboration bénévole, la théorie du fonctionnaire de fait, la théorie de la gestion d'affaires et l'enrichissement*

poutre maîtresse de cet édifice traduisant l'exigence d'une habilitation préalable à toute intervention d'une personne privée dans l'action administrative. Il la présentait en effet dans le cadre d'un essai de théorie générale « *comme l'instrument de contrôle du public de l'intervention privée* » à travers lequel une personne publique attribue à une personne privée « *les compétences nécessaires à la gestion de ce service* »²⁵³⁸. Il affirmait finalement que l'habilitation constituait « *la condition sans la réalisation de laquelle l'exercice de certaines activités est interdit aux personnes privées* »²⁵³⁹. Comme le révèle l'émergence du commandement coopératif au sein du concept d'externalisation administrative, la fonction et la signification de ce caractère indispensable de l'habilitation semblent cependant avoir évolué. Elles expriment désormais davantage l'adoption d'une logique coopérative et la prise en compte de la volonté des partenaires de l'administration que l'exercice d'une autorité contraignante pour l'encadrement des comportements individuels.

387. Le constat de son indifférence à l'égard de la distinction acte unilatéral/contrat. L'intérêt de ces deux études consacrées à la mise en évidence des fonctions essentielles de l'habilitation des personnes privées à intervenir dans l'action administrative se trouve également dans la révélation de son indifférence à l'égard de la distinction entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats. Alors que les réflexions menées par Jean-Paul Négrin le conduisaient à reconnaître que l'habilitation pouvait adopter la forme juridique de l'une comme de l'autre des deux catégories d'acte administratif²⁵⁴⁰, François Sabiani poursuivait cette constatation par un inventaire des modalités d'expression de l'habilitation en droit administratif allant de l'acte unilatéral jusqu'au contrat²⁵⁴¹. La doctrine admettait donc avec force qu'il en allait de même pour l'habilitation comme pour l'alcool selon Alfred de Musset : « qu'importe la forme, pourvu qu'on ait l'effet ». Une sentence dont la pertinence

sans cause », et d'ajouter que leur étude ne présentait en soi aucun intérêt mais devait néanmoins servir à préciser les contours d'une « *exception dont le caractère limité ne fait que confirmer la valeur et la portée du principe* » : NÉGRIN J.-P., *Ibid.*

²⁵³⁸ SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4.

²⁵³⁹ SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 5. Au-delà, il rejoignait également les réflexions menées en la matière par Maurice Hauriou en précisant la fonction d'encadrement de l'intervention et de garantie de la satisfaction de l'intérêt général que revêtait toute habilitation. Il ajoutait en effet que « *l'habilitation a pour objet de définir les conditions dans lesquelles la personne privée devra gérer le service. Cette dernière voit ainsi imposer un cadre à son activité : l'habilitation fixe notamment les objectifs assignés, les moyens juridiques, techniques, économiques et financiers qui seront utilisés, les contrôles qui devront être subis, la durée dans laquelle l'habilitation elle-même est enfermée. Ce cadre constitue le contenu de l'habilitation* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁴⁰ Il affirmait notamment « *qu'il y a deux grandes catégories d'habilitation, les unes de nature contractuelle, les autres de nature unilatérale* » : NÉGRIN J.-P., *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁴¹ Il précisait que « *quel que soit le procédé utilisé, l'habilitation, du point de vue juridique, est l'expression de la puissance publique (...) cela est évident en ce qui concerne les habilitations unilatérales, mais est vérifiable aussi pour les habilitations contractuelles* » : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 6.

n'est d'ailleurs toujours pas remise en question aujourd'hui, bien au contraire serait-il même possible d'affirmer²⁵⁴². Comme le suggéraient ces deux auteurs par le passé²⁵⁴³, les habilitations unilatérales et contractuelles constituent en effet désormais dans leurs domaines respectifs un des éléments clefs du dispositif de régulation du marché et de coopération des autorités administrative avec leurs partenaires publics et privés dans un but d'optimisation de la satisfaction de l'intérêt général par un État post-moderne et manager²⁵⁴⁴. Un élément que d'aucuns ne manquent d'ailleurs pas de ranger au sein ou aux côtés du concept ici étudié d'externalisation administrative²⁵⁴⁵. Dès lors que l'un des critères essentiels de ce dernier repose sur l'existence d'une telle habilitation émise par une autorité administrative afin de permettre de faire agir une personne distincte dans la réalisation d'une de ses compétences matérielles, il se confirme nécessairement que le champ des instruments de l'externalisation recouvre indifféremment l'ensemble des actes, unilatéraux aussi bien que contractuels, dont l'objet les conduit à exprimer en termes juridiques cette volonté d'habilitation qui se traduit sous la forme d'une obligation dotée d'une fonction normative habilitante.

Ainsi l'indifférence démontrée de l'habilitation à l'égard de la distinction traditionnellement admise entre les actes unilatéraux et contractuels corrobore-t-elle l'hypothèse précédemment

²⁵⁴² Alors que nombre d'auteurs ne manquent pas de rappeler que « *les cas d'habilitation unilatérale sont classiques et nombreux* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016, p. 639, ils ajoutent concomitamment que cela « *ne saurait cacher que le procédé contractuel est devenu le mode de principe d'habilitation à gérer le service public* » : GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 648.

²⁵⁴³ Soulignant que « *nul ne contestant plus l'étendue du champ d'application des habilitations unilatérales (...)* (qui) *concernent aussi les personnes privées qui exploitent en leur nom personnel des services publics à caractère industriel, commercial ou social* » tel que l'agrément par exemple : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 6 et 7, François Sabiani rappelait également que « *les modes contractuels d'habilitation sont probablement ceux qui ont le plus retenu l'attention* », et au premier rang desquels figurent par exemple la concession, l'affermage, la régie intéressée : SABIANI Fr., *op. cit.*, p. 8 et 9.

²⁵⁴⁴ Une posture impliquant notamment une adaptation de « *la gestion publique d'une activité ou d'un domaine donnés visant à faire prévaloir l'intérêt général dans le respect de la pluralité, de la spécificité et de l'autonomie des acteurs* » (MOUSSY J.-P., *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pourquoi, comment ?*, Rapport du Conseil Économique et Social, janvier 2003, p. 4), de la même façon que l'habilitation, quelle que soit sa forme, garantie la conciliation des intérêts privés et de l'intérêt général.

²⁵⁴⁵ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux rappellent en effet que si « *le recul des interventions directes ne signifie pas que l'État et les autres collectivités publiques cessent d'assumer leurs responsabilités en matière de choix de politique économique et sociale (...)*, les modes d'action directs sont désormais moins privilégiés que ceux, indirects, à travers lesquels la puissance publique oriente, soutient, organise et accompagne les activités économiques même lorsqu'elle les « *externalise* » » : COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2016, p. 347. Et de rajouter que, par le biais d'instruments unilatéraux ou contractuels, la préférence marquée désormais pour les procédés indirects « *conduit à l'émergence de deux figures prépondérantes de l'État : celle de partenaire, qui le voit accompagner et, ce faisant, orienter l'initiative privée sans se substituer tout à fait à elle et celle de régulateur, qui consiste à maintenir et rétablir le cas échéant des équilibres, dont les termes demeurent tributaires du pouvoir normatif classique mais dont les modalités empruntent les méthodes plus diversifiées qu'implique le pragmatisme des nouveaux modes de régulation* ».

avancée d'un dépassement possible de ce clivage à propos des instruments juridiques de l'externalisation administrative à partir de leur objet commun. Particulièrement évidente dans le cadre de la gestion du service public, cette confirmation se manifeste tout autant en matière de gestion des biens publics ou des activités de police administrative. Il existe donc un désintérêt de la notion d'habilitation à toute discrimination tenant à la nature juridique de l'acte administratif employé pour la réaliser qui se retrouve en somme dans tous les manuels contemporains de droit du service public, et plus largement de droit administratif général. S'agissant des premiers, la présentation est claire, quoi qu'elle ne fasse pas toujours référence explicitement à la notion d'habilitation mais plus souvent à celle d'acte administratif ou d'obligation. Si Gilles Jacques Guglielmi, Geneviève Koubi et Martine Long évoquent pour leur part à la fois le caractère fondamental de l'acte d'habilitation à gérer un service public et son expression « *de nature unilatérale ou contractuelle* »²⁵⁴⁶, Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Claudie Boiteau et Clotilde Deffigier ne sont quant à eux pas en reste lorsqu'ils rappellent l'existence de « *deux grandes techniques de gestion (déléguée) du service public (...) l'investissement unilatéral et la délégation contractuelle* »²⁵⁴⁷. Le résultat reste finalement le même, et l'indifférence suggérée s'impose par conséquent comme une réalité du droit positif difficilement contestable²⁵⁴⁸, alors que le cadre imposé à l'intervention des particuliers s'exprime à travers des modalités fort diverses, qu'il s'agisse d'une intervention du législateur, du pouvoir réglementaire, ou encore d'une volonté contractuelle²⁵⁴⁹. Il convient finalement de préciser que s'ajoute à cette confirmation celle résultant de l'indifférence du lien obligationnel en lui-même à l'égard de ce clivage.

²⁵⁴⁶ GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *op. cit.*, p. 619.

²⁵⁴⁷ LACHAUME J.-Fr., PAULIAT H., BOITEAU Cl. et DEFFIGIER Cl., *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. Manuel, 2^e éd., 2015, p. 371.

²⁵⁴⁸ D'autant plus que les seconds ne sont pas en reste lorsqu'ils énoncent à l'instar de Benoît Plessix, dans le cadre de la théorie générale du droit administratif, que si « *maîtriser n'est pas gérer* » cela conduit néanmoins à encadrer la participation des personnes privées à la gestion des services publics. Benoît Plessix affirme que « *maîtriser n'est pas gérer : peu importe dès lors la personnalité de l'exploitant d'un service public, pourvu que les pouvoirs publics en conservent la maîtrise juridique. Tel est, en droit français, l'une des caractéristiques les plus importantes du régime des services publics : la participation des personnes privées à leur gestion* », il n'omet toutefois pas de préciser la nécessité « *de savoir avec précision si une personne privée est ou non investie d'une mission de service public* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 831.

²⁵⁴⁹ L'auteur évoque tour à tour ces multiples procédés au rang desquels figurent l'investissement « *expressément prévue par la loi ou un acte administratif, qui habilite directement un ou plusieurs organismes privés à exploiter une mission* », ou encore les cas dans lesquels « *c'est à l'autorité administrative désignée par loi d'édicter un acte administratif, individuel ou contractuel, pour investir in concreto un organisme privé de la mission d'exploiter une activité de service public* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 837.

2. L'indifférence du lien obligationnel à l'égard du clivage acte unilatéral/contrat

388.L'évolution de la source et du contenu des obligations : expression d'une volonté. Autre critère de l'externalisation administrative dégagé durant les développements précédents, la structuration de la relation de coopération induite par la mise en œuvre de cet outil de gestion stratégique autour de la notion d'obligation apporte une confirmation supplémentaire à ce possible dépassement de la distinction entre acte unilatéral et contrat. Il apparaît d'ailleurs clairement dans les réflexions de Benoît Plessix que la notion d'obligation en droit administratif serait bien indifférente à la forme unilatérale ou contractuelle de l'acte qui la fait naître²⁵⁵⁰. En outre les travaux menés de longue date par les civilistes confortent dans une certaine mesure ce constat dès lors que tout acte juridique est envisagé comme la source d'une obligation issue de la manifestation de volonté d'une personne ou de la rencontre de volontés exprimées par le consentement de plusieurs parties qui seraient, dans les deux cas, intégrées à l'ordre juridique objectif pour acquérir une force obligatoire. Définies par le Code civil, les sources des obligations sont en l'occurrence expressément situées entre autres dans les actes juridiques²⁵⁵¹, lesquels recouvrent à la fois les actes unilatéraux et contractuels²⁵⁵². Ainsi Christian Larroumet et Sarah Bros relèvent-ils que la nouvelle rédaction du Code civil exprime sur ce point une reconnaissance de l'acte unilatéral en tant que fait générateur d'obligations alors que seules les obligations contractuelles étaient auparavant évoquées explicitement²⁵⁵³. Codifiant en partie la jurisprudence de la Cour de cassation, la réforme

²⁵⁵⁰ Bien qu'il souligne que « *le droit administratif s'est toujours passé d'une théorie des obligations* », Benoît Plessix ne minore pas son importance potentielle et sous-jacente dans la théorie générale du droit administratif : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 921. Aussi précise-t-il qu'elle impliquerait néanmoins une forme d'adaptation inhérente à l'objectivisme dominant en cette matière ce qui conduirait ainsi à s'intéresser davantage aux « *bornes à l'arbitraire administratif et non à comprendre ce qui fait naître une obligation* » alors même que la question des sources prend un sens particulier dans la sphère publique dans la mesure où il « *liste des obligations lato sensu, au sens de devoirs légaux, au sens de normes de conduite s'imposant à l'Administration* » et non exclusivement des obligations subjectives nées de relations contractuelles ou délictuelles : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 922.

²⁵⁵¹ Le nouvel article 1100 du Code civil dispose en effet que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ».

²⁵⁵² Le nouvel article 1100-1 du Code civil dispose également que « *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ». Il convient de préciser que la réforme intervenue le 10 février 2016 accentue ce sentiment d'indifférence des obligations en droit civil par rapport à la nature de leur fait générateur. Alors que la rédaction issue du Code de 1804 ne consacrait en tant que tel que le contrat et « *les engagements qui se forment sans convention* » sans préciser la place des engagements unilatéraux, cette nouvelle formulation qu'il est possible de déduire de la rédaction des nouveaux articles 1100 et 1100-1 manifeste plus clairement ce détachement du clivage opposant les actes unilatéraux et les contrats en tant que sources d'obligations.

²⁵⁵³ Ces auteurs considèrent que « *l'article 1100-1 est une nouveauté en droit français dans la mesure où le code de 1804 était muet en ce qui concerne l'acte unilatéral et même l'acte juridique en général. Il ne traitait que des obligations contractuelles. On en avait déduit que l'engagement unilatéral de volonté n'existait pas en droit français* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 37.

engage donc à traiter dorénavant sur un pied d'égalité les obligations contractuelles et unilatérales ; en d'autres termes, à ne plus faire de discrimination entre les actes unilatéraux et contractuels dans l'examen des relations d'obligations qui peuvent lier des sujets de droit²⁵⁵⁴, lesquelles résultent toujours de la traduction de l'expression d'une volonté et de son intégration à l'ordonnement juridique.

S'agissant de la sphère administrative, l'influence des relations d'obligations sur les réflexions doctrinales et sur le droit positif est encore aujourd'hui relativement discrète. Il n'en demeure pas moins que ces relations émergent de plus en plus dans les travaux d'auteurs pour lesquels il existerait, ou devrait exister, une théorie des obligations en droit administratif. Aussi convient-il de pointer du doigt une première spécificité de cette théorie, qui rejoindrait néanmoins l'évolution récente du droit civil : la consécration indifférente des sources contractuelles et unilatérales des obligations²⁵⁵⁵. Bien qu'elles n'y acquièrent pas exactement la même signification dans les deux branches du droit, les obligations unilatérales présentent dès lors un intérêt certain dans la mesure où elles conduisent invariablement à remettre partiellement en cause la distinction entre les actes unilatéraux et les contrats. S'agissant tout d'abord de l'intérêt à dépasser cette distinction, le droit administratif ne déroge pas sur ce point aux réflexions et conclusions apportées par les civilistes. Tous deux considérés comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, ils appartiennent à part entière et sans discrimination à la catégorie des actes juridiques²⁵⁵⁶. Mieux, ils constituent de la même façon une source d'obligations dont la seule différence, ou du moins la différence principale, réside dans les modalités formelles d'expression de la volonté en vue d'instaurer un lien de droit entre au minimum deux personnes juridiques. Si le contrat en droit administratif se traduit également par l'expression d'un consentement de la part des parties

²⁵⁵⁴ Christian Larroumet et Sarah Bros considèrent en outre que « le régime contractuel doit d'autant plus s'appliquer aux engagements unilatéraux de volonté que ceux-ci créent un rapport d'obligation tout à fait proche, sinon identique à plusieurs points de vue de celui qui résulterait d'un contrat » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Ibid.*

²⁵⁵⁵ Benoît Plessix rappelle que « tout autant que l'acte unilatéral, le contrat public apparaît comme le type même de l'opération à procédure, où les étapes sont minutieusement codifiées par le droit positif » afin d'encadrer l'expression de la volonté destinée à produire des effets de droit, et ainsi à faire naître des obligations : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 930.

²⁵⁵⁶ Ainsi Benoît Plessix indique-t-il que « l'extériorisation de la volonté de l'Administration et, en cas de contrat, de son cocontractant, s'est coulée dans le moule d'une forme prévue par le droit en vigueur, de sorte qu'il est aisé d'identifier et de prouver l'existence juridique d'un acte de l'Administration » destiné à produire des effets de droit, et notamment des obligations, à partir d'une manifestation de volonté unilatérale ou conjointe avec celle d'une ou plusieurs autres personnes distinctes, publiques ou privées : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 936.

qui s'obligent, l'acte administratif unilatéral n'en demeure pas moins lui aussi une source d'obligation issue de l'expression d'une seule volonté, celle de l'administration²⁵⁵⁷.

C'est ici que réside alors, dans un second temps, la divergence de significations de l'engagement unilatéral entre le droit civil et la matière administrative. Alors que ce type d'engagement crée des obligations à l'égard de celui qui s'engage par l'expression de sa volonté pour le premier, il impose généralement des obligations à celui qui ne manifeste ni sa volonté ni son consentement pour le second. Mais il ne s'agit là finalement que du constat juridique de l'exercice traditionnel de la puissance publique commandante à travers l'édiction de normes objectives de comportement à l'adresse des individus²⁵⁵⁸ sous la forme d'obligations exclusivement objectives présentant la signification d'un devoir imposé par l'ordre juridique qu'il est possible de dépasser par la prise en compte du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif mêlant une signification de devoir objectif à l'attribution de droits subjectifs. Tandis que le commandement autoritaire se manifestait par l'obligation objective imposée sous la forme d'actes unilatéraux, le commandement coopératif s'exprime par une obligation duale associant l'objectif et le subjectif et par conséquent indifférente à la nature formelle unilatérale ou contractuelle de l'acte juridique édicté dès lors que leur contenu résulte toujours de la prise en compte de la volonté des parties. Aussi une telle indifférence autorise-t-elle autant qu'elle la confirme une vision homogène des actes administratifs comme « *manifestation de volonté édictée avec l'intention de produire des effets de droit, de conférer des droits ou d'imposer des obligations* »²⁵⁵⁹. En outre, si le contrat se définit formellement comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit parmi lesquels se trouve la création d'obligations, celles-ci ne sont en rien liées à l'existence d'un tel accord mais plutôt à l'expression simple d'une volonté qui détermine son contenu de la même façon que pour un acte unilatéral. La présence d'un consentement n'est alors qu'une modalité formelle de prise en compte des volontés individuelles parmi d'autres. Aussi le critère matériel de l'externalisation administrative en

²⁵⁵⁷ Il est d'ailleurs admis que « *dès lors qu'une manifestation de volonté de l'Administration se situe sur le registre de l'obligation, de la contrainte, de la sanction, dès qu'un acte unilatéral ou un engagement en matière administrative fixe des règles ou des obligations impératives et prescriptives, dès lors qu'un tel acte ordonne, permet ou interdit, il s'agit sans conteste d'un acte juridique* » par définition créateur d'obligations : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 961.

²⁵⁵⁸ Une posture que Marion Ubaud-Bergeron exprime parfaitement lorsqu'elle indique que « *le recours privilégié à l'unilatéralité s'explique par la conviction sous-jacente d'une légitimité exclusive de l'État dans le processus décisionnel (...), sur une conception « idéalisée » de l'acte de puissance publique, l'acte unilatéral étant supposé être un facteur d'égalité entre les administrés* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 5.

²⁵⁵⁹ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 924.

vertu duquel sa traduction juridique reposerait sur une instrumentalisation singulière de l'obligation n'implique-t-il en rien qu'elle se manifeste exclusivement par la voie contractuelle. La création d'un lien obligationnel entre l'autorité administrative compétente et son partenaire résulte de l'expression de la volonté de celle-ci sans nécessairement imposer de recueillir le consentement de celui-là. La logique de coopération qui anime leur relation n'est d'ailleurs pas caractérisée en premier lieu par un consentement mais bien plutôt par un objectif commun que chacune des parties poursuit et qui conduit à un agencement singulier d'obligations complémentaires garantissant la prise en compte de la volonté et des intérêts de chacun. Il convient finalement de s'intéresser plus précisément à la conception duale de l'obligation administrative ainsi finalisée au service d'une fonction habilitante afin de confirmer l'indifférence de ce lien de droit envers la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat dès lors que l'expression de la volonté s'associe désormais dans l'un comme dans l'autre à l'accomplissement des exigences de l'ordre juridique et vice-versa soulignant leur rapprochement réciproque.

389.L'influence de l'obligation administrative : un devoir objectif et une volonté subjective.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment de sa source ou encore de la sphère juridique dans laquelle elle s'installe, l'obligation est toujours unanimement envisagée comme ce « *lien de droit unissant le créancier au débiteur (...) quand une personne (le créancier) peut juridiquement exiger d'une autre (le débiteur) une prestation (...), il existe donc un aspect passif, la dette pesant sur le débiteur et un aspect actif, la créance dont le créancier est titulaire* »²⁵⁶⁰. Considérée aux yeux de tous comme conforme à l'état du droit positif et du discours sur le droit, cette définition de l'obligation ne porte aucune trace ni aucune marque de l'influence de sa source sur son contenu, sa forme ou ses effets. Comment alors ne pas interpréter ce silence comme autre chose qu'une profonde indifférence du lien obligationnel eu égard à la nature unilatérale ou contractuelle de son fait générateur et de l'*instrumentum* qui le porte ? D'ailleurs, l'existence fondamentale d'une théorie générale des obligations embrassant à la fois leur régime commun et leurs sources souligne le détachement du premier à l'égard de la diversité des secondes. Qu'elles procèdent de sources unilatérales ou contractuelles, les obligations instaurent invariablement un lien de droit entre des individus, personnes publiques ou privées, à travers lequel l'une s'engage envers l'autre à faire, ne pas

²⁵⁶⁰ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2016, p. 13.

faire ou donner quelque chose alors que l'autre bénéficie du droit de le lui réclamer²⁵⁶¹. Muriel Fabre-Magnan insiste en outre, avant même la réforme du 10 février 2016, sur la pertinence d'une telle indifférence traitant de manière conjointe, au titre du droit des obligations, *contrat et engagement unilatéral*²⁵⁶². Dans l'exposé du sens et de la finalité de sa démarche, elle précise alors que « *la question des sources est celle de savoir pourquoi et comment on peut se trouver juridiquement obligé envers autrui* »²⁵⁶³, sans jamais être en capacité de remettre en cause l'existence même d'un rapport d'obligations. Seule est en jeu la forme, ou la modalité, d'expression de la volonté de la ou des parties à l'origine de l'obligation ; autrement dit, l'existence ou non d'un consentement²⁵⁶⁴.

Quelle qu'en soit la source, l'obligation est donc toujours l'expression d'au moins une volonté dont la finalité porte essentiellement sur la création d'un lien de droit entre ou moins deux personnes et composé d'un faisceau de droits et d'engagements. En outre, la nature même de l'obligation ; c'est-à-dire un lien de droit subjectif, impose une certaine distance eu égard à ses sources dès lors qu'elles se concentrent en réalité sur l'origine et la forme d'expression de la volonté qui en permet la manifestation mais ne change strictement rien au fait que l'obligation s'instaure toujours entre au moins deux personnes. Ainsi l'acte unilatéral implique-t-il toujours une relation obligationnelle entre plusieurs parties comme cela est le cas pour l'acte contractuel. Seule son origine formelle est unilatérale dans le sens où cette relation puise sa source dans l'expression de la volonté d'une seule et unique personne sans aucun consentement de la part de la, ou des personnes qui en bénéficient²⁵⁶⁵. Ce qui n'interdit pas d'ailleurs que la volonté de son destinataire soit prise en compte par l'attribution des droits subjectifs. De la même façon en droit administratif, l'acte unilatéral est ainsi toujours la

²⁵⁶¹ On retrouve ici la conception néo-classique de l'obligation élaborée par Grégoire Forest : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012.

²⁵⁶² FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2012.

²⁵⁶³ FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶⁴ Elle ajoute d'ailleurs explicitement à ce titre l'acte juridique unilatéral aux côtés de l'acte contractuel dans la mesure où il se présente comme « *une manifestation unilatérale de volonté par laquelle son auteur entend souscrire une obligation vis-à-vis d'autrui* » alors que le second s'impose traditionnellement comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes ayant pour objet et pour effet de créer des obligations, donc précisément d'être source d'obligations* » : FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁶⁵ Alors qu'ils rappellent que « *l'article 1100-1 du Code civil, issu de la réforme de 2016, admet l'engagement unilatéral de volonté d'une façon générale* », Christian Larroumet et Sarah Bros précisent également la signification théorique profonde d'une telle source d'obligations : LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 58. Ils affirment notamment que, comme « *dans tout rapport d'obligation, il y a un créancier et un débiteur* », et si « *le rapport n'existera normalement que lorsque la volonté du créancier aura rencontré celle du débiteur dans le cas où le rapport d'obligation repose sur la volonté* », dans l'engagement unilatéral « *il faut considérer que celui qui s'engage, le débiteur, est tenu envers le créancier avant toute acceptation de celui-ci* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 59.

source de liens obligationnels entre l'administration qui exprime sa volonté et au moins une autre personne, publique ou privée, qui n'y a tout simplement pas consenti, à la différence de l'acte contractuel²⁵⁶⁶. L'acte unilatéral demeure néanmoins une source d'obligation dans le sens suggéré par Grégoire Forest et non plus seulement comme un rapport de droit objectif imposé par l'ordre juridique. Il porte par conséquent, tout comme peut le faire un acte contractuel, une norme objective de comportement imposée au débiteur²⁵⁶⁷, ici au nom de l'intérêt général, et un lien de droit subjectif dont le contenu est déterminé en fonction de la prise en compte de la volonté et des intérêts de chacun. Aussi en se fondant sur une telle relation obligationnelle, l'externalisation administrative réaffirme-t-elle finalement son indifférence à l'égard du clivage entre les actes unilatéraux et les contrats dès lors que l'un comme l'autre peuvent lui servir d'instrument juridique nécessaire à l'instauration d'un rapport de coopération entre une autorité administrative compétente et au moins un partenaire dont la volonté est à minima prise en compte.

La signification duale associée à l'obligation lorsqu'elle est instrumentalisée au sein du concept d'externalisation administrative apporte par ailleurs des arguments supplémentaires au soutien de cette indifférence à l'égard de la distinction entre les actes administratifs unilatéraux et contractuels. D'une part, sa dimension objective en tant que norme de comportement rappelle sa normativité, laquelle s'exprime aussi bien par la voie unilatérale que contractuelle dès lors qu'il s'agit d'édicter un devoir sans avoir nécessairement à requérir le consentement de son destinataire. D'autre part, sa dimension subjective en tant que lien de droit suggère elle aussi cette indifférence dans la mesure où ce qui préside à l'instauration d'un tel rapport n'est pas principalement l'existence d'un accord de volontés mais plutôt l'expression de celle-ci au service d'un objectif déterminé poursuivi par chacune des parties et dans lequel elles peuvent trouver le moyen de satisfaire leur intérêt personnel par l'obtention de droits subjectifs. Ainsi l'acte juridique qui assure la traduction de l'externalisation en droit administratif peut être aussi bien de nature contractuelle qu'unilatérale dès lors que son

²⁵⁶⁶ Une différence notable apparaît cependant avec le droit civil, mais elle s'explique aisément à l'aune de la spécificité et de l'autonomie du droit administratif. Alors qu'en droit civil, l'engagement unilatéral de volonté ne peut créer une obligation qu'au bénéfice de la partie qui n'exprime pas sa volonté, en matière administrative l'acte unilatéral, expression de la puissance publique et source de normes objectives et contraignantes de comportement, engage essentiellement la partie qui n'exprime pas son consentement.

²⁵⁶⁷ Grégoire Forest défendait effectivement dans sa thèse une conception particulière dualiste de la notion d'obligation en vertu de laquelle l'obligation du débiteur constituerait une norme objective de comportement déterminant la conduite à tenir de sa part. À l'inverse l'obligation du point de vue du créancier se présenterait comme un droit subjectif au respect et à l'adoption de ce comportement : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012. Cf. pour plus de développement le titre suivant.

contenu obligationnel traduit, explicitement ou implicitement, la volonté de chacune des parties de participer à une relation de coopération pour la réalisation d'une compétence matérielle. Or cette volonté repose principalement sur un objet caractéristique qui implique une instrumentalisation de l'obligation afin qu'elle assure une fonction normative habilitante, ainsi que sur un agencement singulier de chacune des obligations qui composent l'acte juridique édicté. L'élément déterminant pour l'identification d'un tel acte juridique réside par conséquent dans l'étude de sa structure obligationnelle, laquelle doit présenter un tel agencement propre à l'instauration d'une relation de coopération ; c'est-à-dire à organiser un rapport de complémentarité ordonnancée entre les prestations de chacune des parties destiné à permettre la satisfaction de l'intérêt général ainsi que de leurs intérêts particuliers. Unilatéral ou contractuel, chacun de ces actes doit invariablement contenir une obligation essentielle et des obligations accessoires qui contribuent à l'élaboration d'une relation de coopération fondée sur un lien de droit subjectif et des normes objectives de comportement.

Conclusion de section. Révélant l'émergence d'un procédé de commandement coopératif, le concept d'externalisation administrative procède à une instrumentalisation de l'obligation susceptible d'éclairer les transformations contemporaines de l'expression de la normativité en droit administratif. Cette instrumentalisation confirme en effet, d'une part, l'abandon de la prégnance du commandement autoritaire fondé principalement sur l'emploi d'actes manifestant une normativité impérative ; c'est-à-dire imposant un devoir objectif à ses destinataires sans prendre en compte la volonté de ceux-ci ni celle de son auteur. La finalisation singulière de l'obligation en tant que norme d'habilitation dérivée confirme alors l'importance accrue de l'adhésion des particuliers aux comportements prescrits plus volontairement par les autorités administratives, et par conséquent celle de la volition dans la détermination du contenu des actes administratifs. Aussi conduit-elle également à envisager, d'autre part, un dépassement potentiel de la distinction séculaire instaurée par la doctrine entre les actes unilatéraux et les actes contractuels à la fois par l'objet commun qui les caractérise au sein du concept d'externalisation administrative et par la structure obligationnelle caractéristique de toute relation de coopération en droit administratif. Ainsi éclairée, l'évolution de l'expression de la normativité en droit administratif conduit finalement à apprécier les incidences contentieuses aussi bien de l'émergence confirmée du commandement coopératif que du dépassement probable de la distinction entre les actes unilatéraux et contractuels. Le concept d'externalisation administrative illustre bien alors l'émergence d'un rapport de droit entre les personnes publiques et les particuliers marqué par

la participation des seconds à la définition des prescriptions imposées à partir de la prise en compte de leur volonté. Cependant, si la normativité insiste désormais davantage sur la volonté que sur l'impérativité, elle demeure toujours nécessairement assortie d'une sanction garantissant son respect. La dualité de la fonction et de la signification normative de l'obligation déduite de sa finalisation induit alors une appréciation différente des modalités de sa sanction contentieuse dès lors que l'expression de la normativité en droit administratif attribue une place plus importante à la volonté, et donc à la dimension subjective de l'obligation, au détriment du monopole jusqu'alors consacré du devoir manifesté par sa conception traditionnellement objective.

Section 2 : L'incidence de la dualité de l'obligation sur sa sanction contentieuse

390. Un éclairage des évolutions de la sanction de la normativité en droit administratif. À partir du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif, les développements précédents invitent finalement à questionner la problématique de la sanction de la normativité dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Ils ont en l'occurrence permis la mise au jour d'un passage du commandement autoritaire au commandement coopératif par la prise en compte de la dimension duale essentielle de l'obligation au sein de la réalisation de l'externalisation administrative. Alors que ces données conduisent également à tirer les conséquences de l'intégration pleine et entière de la notion d'obligation aux réflexions contemporaines sur les actes administratifs et à admettre une expression juridique de ce concept par des instruments juridiques marqués par la diversité, il convient de s'intéresser tout autant à ses incidences contentieuses. Dès lors que l'obligation présente dans le cadre de l'externalisation administrative, quelle que soit la nature de l'acte juridique employé, une signification en tant que norme juridique objective insérée dans un lien de droit subjectif, il convient en toute logique d'évoquer les conséquences de cette dimension duale sur le plan contentieux dans la mesure où c'est finalement au regard de celui-ci que peut être appréhendé l'élément invariablement associé à toute norme juridique : la sanction, et tout spécialement les modalités de celle d'une obligation à la fois objective et subjective s'exprimant à travers une multiplicité d'instruments. Le lien étroit entre l'obligation, la norme juridique et la sanction était en l'occurrence déjà tissé par Hans Kelsen lorsqu'il fondait la distinction entre l'obligation morale et l'obligation juridique sur l'existence singulière et impérative d'une sanction du non respect de la seconde organisée par l'ordre juridique objectif²⁵⁶⁸. Une relation désormais pleinement intégrée par la doctrine contemporaine au point que la sanction constitue une part essentielle de la définition de la normativité en droit²⁵⁶⁹. Aussi les transformations des modalités d'expression de la

²⁵⁶⁸ Il affirmait alors que « *le droit et la morale se distinguent par le fait que le droit commande un certain comportement en posant comme obligatoire une sanction comme condition du comportement contraire* » : KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 175. Il précisait notamment que cette sanction devait tout spécialement être assurée par des autorités déterminées : les autorités judiciaires et administratives, et démontrait en effet qu'il existait une seconde différence qui « *tient à ce que, dans un ordre juridique techniquement avancé, des organes fonctionnant sur le principe de la division du travail – les autorités judiciaires et administratives – sont investis pour appliquer des sanctions* » garantissant le respect des obligations imposées aux individus par les diverses normes juridiques reconnues par l'ordre juridique objectif : KELSEN H., *op. cit.*, p. 176.

²⁵⁶⁹ François Brunet souligne par exemple que, « *contrairement à la contrainte, la sanction (...) entretient des liens semble-t-il particulièrement étroits avec la normativité juridique* » : BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011, p. 180. Une association qui n'était en outre pas

normativité doivent-elles conduire à s'interroger sur les évolutions de celle-là. Ce qui incite par conséquent à poursuivre le raisonnement mené jusque-là afin de déterminer les modalités de sanction organisées par l'ordre juridique afin d'assurer la garantie de la normativité de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation.

En outre, l'association étroite de l'obligation et de la sanction, en particulier sur le plan contentieux, n'est pas pour surprendre tant il est admis en droit que les transformations de l'une influencent invariablement les évolutions de l'autre. La doctrine civiliste a d'ailleurs pu récemment le rappeler à propos de l'identification des conséquences contentieuses de la conception néo-classique de l'obligation élaborée par Grégoire Forest. Si l'auteur précise que son apport majeur réside dans l'acceptation duale sur laquelle cette conception repose et en vertu de laquelle l'obligation se présente à la fois comme une norme objective de comportement et comme un droit subjectif à son exécution, il indique finalement que l'attrait principal d'une telle évolution réside dans le trouble relatif jeté²⁵⁷⁰ sur sa sanction par la coexistence d'une dimension objective et subjective de l'obligation²⁵⁷¹. Bien que distinctes et strictement séparées au sein de l'ordre juridique, il existe donc une relation fonctionnelle étroite entre l'obligation et la sanction²⁵⁷² dont les manifestations juridiques varient selon la norme envisagée et selon leurs modalités respectives de mise en œuvre²⁵⁷³. Il convient alors tout naturellement de se diriger vers le terrain contentieux pour en appréhender

étrangère aux juristes de la Rome antique, lesquels considéraient sans détours qu'une norme juridique ne pouvait être considérée comme « parfaite » (*perfecta*) qu'à la condition de prévoir une sanction à son irrespect. Pour une opinion contraire sur la nécessité de la sanction pour assurer la normativité d'un énoncé juridique voir notamment : BOBBIO N., « La norme », in *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, Bruylant/LGDJ, 1998, p. 107 et s. Au même titre que son contenu, la sanction de la norme juridique constitue dès lors un des éléments essentiels de la normativité dès lors que « toute norme, pour être normative, doit donc être sanctionnable, mais non pas nécessairement sanctionnée » : BRUNET Fr., *op. cit.*, p. 184.

²⁵⁷⁰ Grégoire Forest annonce d'emblée « que si l'obligation procède d'une logique interindividuelle (dans son aspect subjectif notamment), sa sanction s'inscrit dans une logique collective plus large » pour en conclure finalement que si la sanction n'entre « pas proprio sensu dans la structure de l'obligation » cela ne saurait l'empêcher « d'entretenir avec elle un rapport intime de cause à effet » : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, p. 232.

²⁵⁷¹ Il démontre que pour admettre que « là réside en la matière l'apport de la structure binaire que la conception néo-classique suggère d'adopter : permettre une analyse plus poussée des rapports entre l'obligation et sanction, en analysant cette dernière comme un ensemble de règles dont le présupposé réside dans la violation par le débiteur de la norme de comportement qui l'astreint » : FOREST G., *Ibid.*

²⁵⁷² Il est en l'occurrence admis que « la sanction de l'obligation est attachée à la dette, mais elle n'est pas contenue dans celle-ci. La dette impose un comportement sous la menace d'une sanction, mais elle ne la définit pas » : FOREST G., *op. cit.*, p. 235.

²⁵⁷³ Car si « la sanction de l'obligation est fixée en principe », il convient de ne pas perdre de vue « que son contenu, qui est en dernière analyse l'objet d'une compétence discrétionnaire du droit objectif, peut varier » : FOREST G., *op. cit.*, p. 236.

l'expression²⁵⁷⁴ alors que le concept d'externalisation administrative ne saurait se passer de telles garanties contentieuses afin d'assurer sa bonne réalisation.

Mais avant d'en venir concrètement à la détermination des manifestations contentieuses de la sanction de l'obligation telle qu'elle est employée dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, il convient d'abord de préciser davantage les lignes directrices de cette organisation singulière par le droit objectif de la sanction de toute obligation en matière administrative. Outre les incidences du renouvellement de la conception de l'obligation en droit administratif, la question ici posée renvoie aussi aux spécificités inhérentes au contentieux administratif ainsi qu'aux évolutions qu'il connaît depuis une vingtaine d'années tiraillé entre deux pôles : le contentieux objectif et le contentieux subjectif. Historiquement fondée sur la distinction des contentieux à partir de l'émergence et du développement du recours pour excès de pouvoir²⁵⁷⁵, cette organisation perdure encore aujourd'hui mais connaît également certaines remises en cause au sein desquelles se niche la question ici posée des incidences des transformations de la normativité sur la sanction assurée par les voies du contentieux administratif ; autant dire que la distinction du contentieux objectif et du contentieux subjectif n'est plus aussi nette qu'elle a pu l'être par le passé. Alors que les maîtres du droit administratif avaient conçu cette distinction selon l'objet de la sanction recherchée par le requérant (sanction d'un droit subjectif ou sanction d'une méconnaissance du droit objectif)²⁵⁷⁶, leurs successeurs s'interrogent désormais sur la pertinence théorique d'une telle distinction au regard notamment des évolutions récentes du droit positif²⁵⁷⁷. Aussi Fabrice Melleray encourageait-il par exemple à l'aube des années 2000

²⁵⁷⁴ Une direction d'autant plus pertinente dans la sphère administrative dès lors qu'il y est admis que « *de toutes les garanties, celle de nature juridictionnelle a de loin les préférences du droit administratif français* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1315.

²⁵⁷⁵ Initialement conçu comme une limitation objective du pouvoir de l'administration au même titre que le contentieux subjectif censé favoriser la réparation des préjudices causés par sa mise en œuvre, le recours pour excès de pouvoir devint assez rapidement un moyen de faire assurer la légalité par les administrés comme le résume parfaitement la formule d'Édouard Laferrière en vertu de laquelle le recours pour excès de pouvoir « *est un procès fait à un acte* », marquant ainsi irrémédiablement la distinction des contentieux objectif et subjectif : LAFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 561.

²⁵⁷⁶ Une conception que l'on doit en partie, comme le rappelait Henry Vizios (il affirmait en effet qu'il lui revenait « *le grand mérite de mettre en relief l'existence d'une juridiction objective à côté de la juridiction subjective* » : VIZIOS H., *Études de procédure*, Brière, 1956, p. 123), à Maurice Hauriou et qui fut exposée clairement par Henri-Jean Tournyol du Clos alors qu'il distinguait le recours subjectif, « *procédure contentieuse par laquelle on demande au juge de constater et de sanctionner un droit subjectif ; c'est-à-dire patrimonial* », et le recours objectif envisagé comme celui qui ne porte pas sur un droit subjectif mais sur un droit objectif : TOURNYOL DU CLOS H.-J., *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse dact., Paris, 1905, p. 16 et 24.

²⁵⁷⁷ Fabrice Melleray souligne en l'occurrence « *l'absence de réflexion sur la pertinence théorique de cette opposition entre contentieux objectif et subjectif* » : MELLERAY F., *op. cit.*, p. 545.

à renouveler la structure du contentieux administratif à partir de l'opposition entre les actions holistes et les actions individualistes selon la volonté du jurislatureur de rechercher « *à valoriser prioritairement la totalité sociale soit à valoriser prioritairement le requérant potentiel* »²⁵⁷⁸. En dépassant la distinction des contentieux objectif et subjectif par la prise en compte non plus de l'intérêt défendu par les requérants mais de la finalité poursuivie dans le cadre de l'organisation des voies de droit offertes par l'ordre juridique²⁵⁷⁹, la combinaison ainsi proposée autoriserait à révéler une association complémentaire des fins objectives et subjectives au sein du recours de pleine juridiction et du recours pour excès de pouvoir. Il était dans ces conditions pleinement envisageable de recourir à l'un comme à l'autre pour permettre d'assurer la sanction à la fois des manquements à des obligations subjective et objectives, ce qui ouvrirait alors la voie à de multiples possibilités de sanction d'une obligation présentant une dimension duale.

L'organisation des recours contentieux sera par conséquent envisagée selon qu'ils garantissent la protection statique de l'ordre juridique lui-même ou celle dynamique des intérêts individuels dans le cadre restreint d'une relation subjective. Or, le renouvellement de la conception de l'obligation découverte précédemment par le concept d'externalisation administrative repose notamment sur l'admission de la dimension duale de sa signification normative en tant que norme objective de comportement et lien de droit subjectif. Aussi la sanction de cette forme nouvelle d'expression de la normativité en droit administratif interroge-t-elle sur les conditions de sa sanction, et invite-t-elle dans ce cas à appréhender le contentieux administratif en dépassant la dichotomie traditionnelle du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction alors que sa dimension duale invite justement à la transcender²⁵⁸⁰. Il convient en outre de préciser qu'une telle identification ne peut se restreindre à la détermination des sanctions aux manquements par les parties à leurs obligations contractuelles dès lors que toute obligation présente dans cette hypothèse une dimension objective et qu'elle ne s'exprime pas systématiquement à travers l'emploi du procédé du contrat. Il s'agit par conséquent d'adopter une démarche d'ensemble susceptible de recouvrir la large palette des recours susceptibles d'assurer une telle sanction de

²⁵⁷⁸ MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, p. 272.

²⁵⁷⁹ Il était effectivement rappelé qu'il était nécessaire de « *garder à l'esprit que la classification ici développée porte sur le but poursuivi par le jurislatureur et non sur les intérêts en cause dans les procès se déroulant dans le cadre de différentes actions* » : MELLERAY F., *op. cit.*, p. 281.

²⁵⁸⁰ Il s'agit notamment de reconsidérer à travers le prisme de l'obligation « *néo-classique* » les modalités de garantie de sa normativité à l'aune de la distinction des contentieux objectif et subjectif.

l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative en insistant toutefois sur les divers manquements que l'obligation peut susciter soit à l'égard d'un partenaire contractuel soit à l'égard de la légalité objective.

Annnonce de plan. Le sens de la démonstration conduite au fil de ces lignes conduit *in fine* à s'interroger sur les incidences de l'externalisation administrative sur la mise en œuvre du contentieux administratif à partir de la distinction des contentieux objectif et subjectif, lesquelles permettent alors d'envisager les modalités probables de sanction de l'obligation telle qu'elle se trouve ainsi finalisée au sein d'instruments juridiques divers. Dès lors que ce concept induit un renouvellement de la conception de l'obligation mêlant une dimension objective et subjective, il convient de confronter cette évolution et la multiplicités des outils juridiques au moyen desquels elle s'exprime aux mécanismes traditionnels de la sanction contentieuse des normes juridiques partagés entre le contentieux objectif ouvert à tous pour assurer la défense de la légalité et le contentieux subjectif réservé aux parties individuellement lésées par l'inexécution d'une obligation. Aussi est-il alors possible de déterminer les modalités de garantie du bon fonctionnement de l'externalisation administrative à l'aune de cette finalisation de l'obligation en tant que norme objective insérée dans une enveloppe subjective et ce, d'une part, sur le plan de sa sanction statique assurée par le contrôle objectif de légalité (§1) et, d'autre part, sur le plan de la sanction dynamique de son inexécution assurée par la mise en œuvre de la responsabilité (§2).

§1 : Une sanction statique assurée par le contrôle de légalité

391.L'illustration par l'obligation d'une modernisation de l'office du juge de la légalité. La finalisation de l'obligation observée au sein du concept d'externalisation administrative incite, à travers la dimension duale de sa signification, à appréhender dans un premier temps l'évolution de l'office du juge administratif s'agissant de la garantie de sa sanction eu égard à sa conformité avec le droit objectif, et ainsi, à déterminer les modalités de celle-ci dans le cadre de la mise en œuvre de ce concept. Loin d'apparaître comme une nouveauté dans le champ doctrinal, cette transformation de l'office du juge de la légalité est très souvent soulignée comme une forme de subjectivisation du contentieux délaissant la protection de la légalité au profit d'une finalité tournée davantage vers la préservation des intérêts individuels. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'essence du recours objectif, et en particulier celui du recours pour excès de pouvoir, demeure la volonté d'assurer le respect par l'administration

des limites qui lui sont imposées par l'ordre juridique. Aussi cette modernisation de l'office du juge de la légalité relève-t-elle moins d'un abandon de sa finalité objective que d'une ouverture plus large des requérants potentiels, des actes susceptibles d'en faire l'objet et des pouvoirs dont il dispose à cette fin, laquelle traduit alors la volonté d'assurer le contrôle du respect des droits objectifs dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêt individuel des particuliers. Ainsi le sens de cette transformation rejoint-il la mutation des modalités d'expression de la normativité en droit administratif, laquelle admet désormais que des administrés y contribuent et de manière plus générale participent à la satisfaction de l'intérêt général. Elle converge dans le même temps avec le renouvellement précité de la conception de l'obligation mêlant les dimensions objective et subjective. Il s'agit par conséquent d'y voir une incidence claire des évolutions de la normativité en droit administratif sur les modalités de sa sanction contentieuse. Celle-ci se manifeste donc sur le terrain du contrôle de la légalité objective des actes administratifs, lequel ne semble plus être aujourd'hui l'apanage du contentieux de l'excès de pouvoir et de la seule sanction par l'annulation mais également du plein contentieux à l'initiative des parties à l'acte dont l'intérêt serait lésé par son illégalité.

Il convient néanmoins de rappeler que dès son origine, le recours pour excès de pouvoir était marqué d'une certaine forme de subjectivité lorsqu'il était admis qu'il se présentait à la fois comme « *un moyen de bonne administration (objectif) et une voie de droit permettant de garantir les intérêts personnels des requérants (subjectif)* »²⁵⁸¹. Une ambiguïté qui devait cependant être longtemps ignorée par la doctrine qui préférait y voir à titre principal, si ce n'est exclusif, un « *recours d'utilité publique* »²⁵⁸² pleinement objectif dont la finalité essentielle résidait dans la garantie de la légalité. Mais une ambiguïté qui devait toutefois très tôt suggérer les ferments de la remise en cause de la distinction classique des contentieux objectif et subjectif dès les débuts du XX^e siècle, et ce tout particulièrement à partir de la décision *Boussuge*²⁵⁸³. À l'occasion, Maurice Hauriou considérait que cette solution marquait un changement profond dans la conception traditionnelle du recours pour excès de pouvoir au point que celui-ci se serait effacé « *de plus en plus derrière le recours contentieux*

²⁵⁸¹ MELLERAY F., « Les actions en justice », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 521.

²⁵⁸² CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 224.

²⁵⁸³ CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128. Apparue en effet à cette occasion une première brèche dans le caractère exclusivement objectif du recours pour excès de pouvoir avec l'admission de la recevabilité devant le juge d'une tierce opposition formulée à l'encontre d'un arrêt d'annulation dès lors qu'existait un intérêt à faire valoir à son encontre.

ordinaire »²⁵⁸⁴. Il ne faisait d'ailleurs pas mystère de son point de vue négatif sur l'avenir du recours pour excès de pouvoir, et plus largement de sa distinction avec le recours de plein contentieux²⁵⁸⁵. Une tendance qui ne se confirmerait qu'à partir de la dernière décennie du XX^e siècle et de la première du suivant. S'ils atténuent la funeste prédiction du maître de Toulouse, les auteurs contemporains n'en soulignent pas moins le profond renouvellement du recours pour excès de pouvoir au point de faire voler en éclat « *la conception traditionnelle faisant du recours pour excès de pouvoir un recours fait à un acte par un administré agissant au nom de l'intérêt général* »²⁵⁸⁶ ; c'est-à-dire un recours exclusivement objectif. Il est en somme plus aisément admis aujourd'hui que le contrôle de la légalité, et la sanction de l'illégalité, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir présentent à due proportion une dimension à la fois objective et subjective²⁵⁸⁷ à travers laquelle il convient de déceler la consécration de la participation des particuliers et de la prise en compte de leurs droits subjectifs et de leurs intérêts dans la garantie de l'ordre juridique.

Mais, de la même façon que le contentieux de l'excès de pouvoir semble s'ouvrir à une appréhension subjective, il convient concomitamment de relever dans le cadre du plein contentieux une tendance inverse à admettre une prise en compte croissante de la légalité objective au service de la satisfaction des intérêts individuels des requérants. À l'instar du précédent, le recours de pleine juridiction contribue de la sorte au développement de cette tendance en vertu de laquelle il serait désormais question de permettre aux particuliers de participer à la garantie et au respect de la légalité objective pour la protection de leurs droits subjectifs. Une évolution parallèle qui se manifeste notamment par une excroissance du plein contentieux matérialisée dans la doctrine par la reconnaissance d'une nouvelle forme de

²⁵⁸⁴ Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128 ; note HAURIOU M., S., 1914.III.33.

²⁵⁸⁵ Tous deux seraient amenés à plus ou moins brève échéance à se rejoindre sur la question du contrôle de la légalité des actes administratifs réalisé alors aussi bien à des fins d'annulation au nom de la garantie de l'ordre juridique objectif qu'à des fins de réparation au nom de la protection des droits subjectifs des administrés atteints par l'action de l'administration. Aussi Maurice Hauriou affirmait-il sans ambages que « *notre contentieux administratif est mûr maintenant pour la jonction dans la même instance des conclusions à fin d'annulation et des conclusions à fin de réparation et de restitution (...), il ne faut pas s'étonner de voir le recours pour excès de pouvoir perdre graduellement le caractère objectif qu'il a eu à un si grand degré, pour prendre le caractère subjectif du recours de pleine juridiction* » : Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128 ; note HAURIOU M., S., 1914.III.34.

²⁵⁸⁶ MELLERAY F., *op. cit.*, p. 542.

²⁵⁸⁷ Fabrice Melleray souligne que, « *désormais, le recours pour excès de pouvoir est aussi devenu un recours portant sur une situation juridique litigieuse ayant pour objet principal, dans de nombreuses hypothèses, la défense des intérêts personnels des requérants, et se combinent ainsi deux dimensions* » : MELLERAY F., *Ibid.* Voir dans le même sens : BLANCO Fl., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouvellement des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010.

recours : le recours de plein contentieux objectif²⁵⁸⁸. De plus, alors que le recours pour excès de pouvoir connaissait une forte restriction de son périmètre dans le cas bien particulier des recours intentés par des tiers à l'encontre de contrats administratifs considérés par ceux-ci comme illégaux, et donc qu'il convenait de sanctionner au nom de la protection de l'ordre juridique objectif, le Conseil d'État consacrait par exemple une voie de droit dans le cadre du contentieux de pleine juridiction²⁵⁸⁹. À travers le développement de cette voie de droit en matière contractuelle, les transformations les plus récentes du droit positif révèlent par conséquent une extension du contrôle de la légalité objective au-delà du champ balisé de l'excès de pouvoir pour les actes unilatéraux. Aussi convient-il d'appréhender la sanction statique et objective de l'obligation dans le cadre de l'externalisation administrative non seulement à travers l'examen de la légalité objective des actes juridiques (A), mais également à travers celui de l'extension aux tiers du contrôle de la légalité objective des actes contractuels (B).

A. L'examen de la légalité objective des actes juridiques

392. Le constat d'un rapprochement fonctionnel des recours contentieux objectifs. Tandis que la conception classique de la structure du contentieux administratif français repose sur la distinction opérée très tôt entre le recours pour excès de pouvoir – recours objectif intenté au nom de la protection de la légalité contre un acte juridique le plus souvent de nature unilatérale – et le recours de plein contentieux – recours subjectif intenté au nom de la préservation des intérêts individuels – l'évolution contemporaine éclaire une fracture profonde fissurant peu à peu cette vision entendue. Déjà conscient des vicissitudes d'une telle présentation, Maurice Hauriou ne cachait pas sa sombre prédiction quant à la pérennité d'une conception exclusivement objective du recours pour excès de pouvoir, et plus largement de son monopole sur la garantie de la légalité par la seule sanction de l'annulation. Il soulignait effectivement que le contentieux de l'excès de pouvoir ne saurait demeurer à l'avenir l'unique voie de recours en contestation de la validité d'un acte à l'égard du droit objectif²⁵⁹⁰. Ainsi le

²⁵⁸⁸ Voir sur ce point pour un traitement exhaustif : LEPETIT-COLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011.

²⁵⁸⁹ Il s'agit sur ce point de citer deux décisions phares : CE, ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360 et encore plus récemment CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

²⁵⁹⁰ Il précisait également que la sanction de l'annulation en cas d'illégalité ne constituerait plus à l'avenir l'unique sanction associée au manquement aux normes juridiques consacrées par l'ordre juridique objectif. Allaient en effet de pair selon lui le développement d'un plein contentieux objectif par lequel des requérants pourraient contester la légalité d'un acte administratif au soutien d'une revendication à leur profit d'un droit

monopole du contrôle de la légalité objective par l'intermédiaire du recours pour excès de pouvoir semblait-il « *comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel, et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu déjà depuis des centaines d'années (...), et il n'est déjà plus, ou du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique* »²⁵⁹¹. Il est cependant possible d'appréhender différemment aujourd'hui cette évolution du recours pour excès de pouvoir à l'aune des étoiles de la constellation des Gémeaux et d'en retenir une toute autre lecture²⁵⁹². Tels Castor et Pollux, les deux étoiles jumelles qui donnent son nom à cette constellation, le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction ne seraient pas voués à se substituer mais plutôt à se combiner au service de la garantie de la légalité objective des actes administratifs dans leur ensemble, et ce peu importe leur nature, au moyen d'un rapprochement fonctionnel désormais irrémédiable préservant leurs spécificités respectives²⁵⁹³.

Alors que Maurice Hauriou défendait son intuition d'une disparition progressive de l'excès de pouvoir au profit d'un développement hégémonique et unifié du plein contentieux, la doctrine contemporaine avance désormais une démonstration moins tranchée fondée sur leur rapprochement fonctionnel dû à l'évolution du droit positif²⁵⁹⁴. Demeurant cependant un

subjectif, et la diversification des sanctions attachées à cette illégalité. Il affirmait alors que « *le temps du contentieux de l'annulation est passé ; c'est maintenant celui du contentieux de la pleine juridiction ; ou, plus exactement, le temps de la distinction rigide du point de vue de l'annulation et du point de vue de la pleine juridiction, avec séparation formaliste des deux recours, alors que les deux points de vue peuvent si facilement être joints dans une même instance, ce temps-là est passé* » : Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128 ; note HAURIOU M., S., 1914.III.34.

²⁵⁹¹ Note de Maurice Hauriou sous l'arrêt : CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128 ; note HAURIOU M., S., 1914.III.35.

²⁵⁹² Pour une argumentation en ce sens, voir : LEPETIT-COLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, spéc. p. 204 et s. L'auteur affirme notamment que « *la consécration du plein contentieux objectif en tant que contentieux de la légalité aux côtés du recours pour excès de pouvoir exprime la pleine acceptation d'un contentieux de la légalité dual, composé de deux contentieux distincts* » : LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 209.

²⁵⁹³ Rappelons sur ce point que, bien que Castor et Pollux soient considérées comme les deux étoiles jumelles de la constellation des Gémeaux, elles n'en demeurent pas moins distinctes l'une de l'autre. Castor est en effet une étoile quadruple blanche et jaune et Pollux une géante jaune-orange plus froide. Notons d'ailleurs un parallèle supplémentaire entre ces deux astres et les deux recours ici envisagés. Castor s'associerait aisément par sa multiplicité au plein contentieux et Pollux, par son importance, au contentieux de l'excès de pouvoir.

²⁵⁹⁴ Jean-Marc Sauvé souligne en l'occurrence « *que la clarté de la distinction entre juge de l'excès de pouvoir et juge de plein contentieux s'estompe depuis quelques décennies, comme il est évident que se multiplient les figures du juge administratif* » : SAUVÉ J.-M., « Un corridor de Vasari au Palais-Royal », *AJDA*, 2013, p. 1669. Une convergence que même les plus farouches défenseurs du recours pour excès de pouvoir perçoivent. Ainsi René Chapus admettait-il la concurrence de ces deux voies contentieuses sur le marché de la défense de la légalité objective au point de reconnaître çà et là des éclipses du satellite naturel de l'excès de pouvoir par le plein contentieux. Répondant à l'image convoquée en son temps par Maurice Hauriou, il affirmait en effet que « *c'est parce qu'elle est vivante que notre étoile brille encore. Mais il faut bien constater que, comme une simple lune, elle commence à être éclipsée* » : CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll.

élément de permanence jusqu'à la disparation, attendue par certains²⁵⁹⁵, de l'une d'elles, la distinction de ces voies de recours engage par conséquent à admettre leur rapprochement fonctionnel et leur complémentarité dès lors qu'elles participent toutes deux au contrôle de la légalité objective des actes administratifs et de l'action des personnes publiques. Ainsi la garantie statique de la conformité à l'ordre juridique des divers outils de l'externalisation administrative et de la dimension objective des obligations qui les composent passerait-elle logiquement par l'une ou l'autre de ces multiples voies contentieuses selon l'intérêt défendu par le requérant, les attributions du juge administratif et la nature de l'acte contesté. Il ne faut en somme pas perdre de vue que si l'obligation, telle qu'elle se trouve alors finalisée, présente une dimension à la fois objective et subjective, la première se doit dans toute circonstance d'être analysée à l'aune de sa conformité avec le droit objectif. Aussi le contrôle de la légalité objective des actes administratifs exprimant la mise en œuvre du concept d'externalisation reposerait-il à la fois sur la mise en œuvre traditionnelle du recours pour excès de pouvoir (1) autant que sur celle du recours de pleine juridiction (2).

1. Le contrôle traditionnel de la légalité par le recours pour excès de pouvoir

393. Le rappel d'une fonction traditionnelle du recours pour excès de pouvoir. Quand il évoquait la structure du contentieux administratif, René Chapus ne manquait pas de souligner l'importance qu'y occupait encore l'excès de pouvoir en le traitant en premier lieu après avoir pris soin de préciser la permanence de la distinction des contentieux objectif et subjectif²⁵⁹⁶. Il rappelait alors la définition de cette voie contentieuse eu égard à son appréhension par le juge du Palais-Royal à l'occasion de l'arrêt *Dame Lamotte* en vertu duquel il devait être envisagé comme « *le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour*

Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 241. Il affirmait en outre que cette occultation de la lumière du premier incitait finalement à relever que « *ce qu'on appelle aujourd'hui le « recours objectif de plein contentieux » et ce qui est depuis toujours désigné comme « le recours pour excès de pouvoir » cesseraient d'être distingués ; de leur fusion naîtrait un nouveau recours pour excès de pouvoir, caractérisé seulement par la nature de la question posée au juge » : CHAPUS R., « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE*, 1991, n° 43, p. 259.*

²⁵⁹⁵ Jean Waline rappelle « *qu'il suffit de laisser se poursuivre les inflexions actuelles du recours pour excès de pouvoir qui finirait par mourir de sa belle mort !* » : WALINE J., « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP*, 2015, p. 1558.

²⁵⁹⁶ Il remarquait que la doctrine avait enrichi la théorie générale du contentieux administratif dont les bases avaient été posées par Édouard Laferrière au XIX^e siècle en lui adjoignant la distinction « *du « contentieux objectif » et du « contentieux subjectif », reposant sur la considération de la nature de la question posée au juge par le recours dont il est saisi (...) 1°) Ou bien, une question de droit objectif, c'est-à-dire de conformité d'un acte à la légalité (...) 2°) Ou bien, une question de droit subjectif, c'est-à-dire de savoir si une personne doit être reconnue comme titulaire d'un droit subjectif* » : CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 204 et 205.

effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »²⁵⁹⁷. Il réaffirmait alors avec force sa fonction principalement objective justifiant la persistance de son existence en droit administratif en tant que moyen de contrôle du respect par l'administration du droit objectif²⁵⁹⁸. Il ne faisait donc pas de mystère que ce « *procès fait à un acte* »²⁵⁹⁹, comme le concevait Édouard Laferrière, devait avant tout être conçu comme un recours d'utilité publique et d'ordre public à la disposition de quiconque ayant un intérêt à agir pour la défense de la légalité objective. Certes l'expression du « père » du contentieux administratif faisait-elle déjà apparaître ce caractère objectif du fait de l'objet du recours²⁶⁰⁰, mais l'appréciation de sa fonction ne laissait plus de place au doute tant elle insistait alors, conformément au droit positif, sur la nécessaire sauvegarde du droit objectif.

Dès son origine le recours pour excès de pouvoir n'avait d'ailleurs pas pour objet d'opposer un quelconque droit des administrés à l'action de l'administration, si ce n'est comme le préconisaient certains auteurs leur droit subjectif à la légalité²⁶⁰¹, mais simplement de garantir le respect par cette dernière du cadre imposé par le droit objectif. Ainsi « *conçu comme un instrument de soumission de l'administration au droit* »²⁶⁰², il ne pouvait se départir de ce caractère fondamentalement objectif par opposition à la dimension subjective du recours de plein contentieux dont l'objet portait *a contrario* sur la défense par les particuliers de leurs droits subjectifs contre l'action administrative. Alors qu'il devait cependant céder peu à peu sa place au contentieux de pleine juridiction, à la fois eu égard à son champ d'application et à son traitement dans les manuels et traités de droit administratif contemporain²⁶⁰³, il apparaît

²⁵⁹⁷ CE, ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, rec. p. 110.

²⁵⁹⁸ Et en particulier du principe de légalité. Il rejoignait d'ailleurs en cela les conclusions prononcées par Georges Pichat sur l'arrêt *Lafage* selon lesquelles le recours pour excès de pouvoir devait impérativement être appréhendé comme « *un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue* » : Conclusions prononcées par Georges Pichat sur l'arrêt : CE, 8 mars 1912, *Lafage*, rec. p. 348 ; concl. PICHAT G., S., 1913.III.1.

²⁵⁹⁹ LAFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, p. 561.

²⁶⁰⁰ Ce caractère objectif devait par ailleurs être souligné par la doctrine elle-même à l'image de Maurice Hauriou pour qui le requérant faisait alors office « *d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction* » objective à la légalité et non d'un requérant participant à la défense de son propre intérêt ou d'un droit subjectif lui appartenant : note de Maurice Hauriou sur l'arrêt : CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, rec. p. 719 ; note HAURIOU M., S., 1900.III.73.

²⁶⁰¹ Voir notamment pour une démonstration en ce sens : FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003, p. 570 et s.

²⁶⁰² BROUELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. manuel, 4^e éd., 2016, p. 53.

²⁶⁰³ Remarquons par exemple que, traitant de la distinction des recours contentieux, Benoît Plessix adopte une présentation différente de celle retenue auparavant par René Chapus préférant présenter en premier lieu le contentieux de pleine juridiction puis, dans un second temps, le contentieux de l'excès de pouvoir : PLESSIX B.,

néanmoins toujours symboliquement comme l'« *orgueil de notre droit administratif* »²⁶⁰⁴. Mais au-delà de cette portée symbolique c'est encore essentiellement à sa fonction objective²⁶⁰⁵ que le recours pour excès de pouvoir doit sa survie au premier plan de la structure du contentieux administratif²⁶⁰⁶ en tant que voie principale du « *contrôle objectif de légalité* »²⁶⁰⁷, que « *voie normale du contrôle de légalité exercé sur l'administration* »²⁶⁰⁸.

Outre le fait de présenter un tel caractère objectif impliquant nécessairement une extension du champ de sa recevabilité favorable à la reconnaissance d'un intérêt à agir suffisamment large pour permettre l'accomplissement d'une telle fonction, celle-ci influence également les pouvoirs mis à la disposition du juge pour remplir son office et les moyens invocables par le requérant pour y parvenir. Il convient alors de préciser successivement ces deux conséquences de la fonction traditionnellement objective du recours pour excès de pouvoir afin de procéder par la suite à l'examen de son applicabilité éventuelle au contrôle de la légalité objective de l'obligation dans la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. S'agissant des pouvoirs du juge administratif et des moyens invocables dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, leur détermination laisse clairement apparaître la marque de sa fonction. Le juge administratif ne dispose en réalité que d'une palette réduite de pouvoirs compatibles avec son office de juge de la légalité : la sanction de l'illégalité d'un acte par son annulation. En tant que procès fait à un acte, le recours pour excès de pouvoir se limite par conséquent à l'appréciation du sort²⁶⁰⁹ de ce dernier selon sa conformité ou non aux règles édictées par le droit objectif²⁶¹⁰ : son maintien en cas de réponse positive, son annulation si elle est négative. Une limitation stricte qui se répercute par ailleurs sur les moyens invocables devant lui par les requérants, ceux-ci n'étant recevables qu'à alléguer de l'illégalité de la décision contestée

Droit administratif général, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1319 et s. Il précise en l'occurrence qu'il s'agit là de « *la deuxième grande voie de recours en contentieux administratif français* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1328.

²⁶⁰⁴ DE LAUBADÈRE A., « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *Dalloz*, 1952, chron. p. 5.

²⁶⁰⁵ Une dimension que ne manque pas de mettre en évidence Benoît Plessix lorsqu'il affirme que le recours pour excès de pouvoir est, « *de tous les types de contentieux administratif français, celui qui se rapproche le plus de la dimension objectiviste du droit public français* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1331 et s.

²⁶⁰⁶ Benoît Plessix souligne que « *s'explique ainsi l'importance tant symbolique que pratique que revêt un tel recours, au point d'éclipser le poids du plein contentieux : c'est le recours pour excès de pouvoir qui a accompagné la soumission progressive de l'Administration au respect des règles de droit, qui a œuvré à la domestication croissante du Pouvoir par le Droit* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1329 et 1330.

²⁶⁰⁷ PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1332.

²⁶⁰⁸ CHAPUS R., *op. cit.*, p. 219.

²⁶⁰⁹ René Chapus rappelait en effet que « *le fait que le recours pour excès de pouvoir est ainsi (...) un procès fait à un acte explique et justifie, en toute première ligne que le requérant d'est recevable qu'à demander l'annulation de la décision attaquée et que, si elle est illégale, seule cette annulation est prononcée* » : CHAPUS R., *Ibid.*

²⁶¹⁰ Une appréciation de la légalité que le juge effectue en fonction des éléments connus au moment de l'édition de la décision attaquée et non au moment où le juge se prononce.

pour en demander l'annulation²⁶¹¹ en dehors de toute considération liée à son opportunité ou encore aux éventuels dommages qu'elle serait susceptible de causer.

En contrepartie de cette circonscription étroite des moyens invocables par les requérants dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, sa fonction objective induit une extension considérable des conditions de recevabilité le plaçant à la portée de tout administré présentant un intérêt lui donnant qualité pour agir au nom de la préservation de la légalité et contre tout acte susceptible de faire grief, à l'exception en principe des actes de nature contractuelle. Sans pouvoir être considéré comme une « action publique ou populaire » disponible pour tout individu souhaitant opposer à l'administration l'illégalité de son action, le contentieux de l'excès de pouvoir admet toutefois une appréciation libérale de l'intérêt donnant qualité pour agir²⁶¹² suggérant qu'il n'en soit finalement pas si éloigné que cela²⁶¹³. Une telle limitation de l'accès au prétoire pour un recours objectif pourrait sembler paradoxale tant elle va à l'encontre de sa fonction. Elle s'explique néanmoins par des impératifs pratiques liés notamment à la garantie du bon fonctionnement de l'administration qui ne saurait être entravée par des recours excessifs ou à la préservation de la sécurité juridique. De surcroît, elle apparaît loin d'être contradictoire avec cette dernière tant elle révèle en fin de compte que le recours pour excès de pouvoir demeure accessible au-delà des seuls individus individuellement visés par les décisions contestées. Les qualités ainsi reconnues par le droit positif pour permettre à un requérant d'agir contre un acte administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir renseignent d'ailleurs grandement sur la portée concrète de son caractère objectif en tant qu'instrument principal du contrôle de la légalité de l'action administrative. Sont ainsi présumés présenter une telle qualité pour agir²⁶¹⁴ : les contribuables d'une commune contre les décisions susceptibles d'engager les finances communales alors même qu'ils n'en seraient pas les destinataires individuels²⁶¹⁵, les propriétaires d'une

²⁶¹¹ Qu'il s'agisse alors d'une illégalité inhérente à un vice d'incompétence, à un vice de forme ou de procédure, une erreur de droit ou un détournement de pouvoir ou encore une erreur dans la qualification juridique des faits ou de leur exactitude matérielle pour finalement admettre également une illégalité liée à une erreur manifeste d'appréciation ou une disproportionnalité de la décision adoptée.

²⁶¹² Voir en ce sens : MELLERAY F., « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA*, 2014, p. 1530 et s.

²⁶¹³ Ainsi par exemple peut-il s'agir d'un intérêt moral dès lors qu'il n'est pas de nature à donner au requérant une satisfaction personnelle patrimoniale ou matérielle, ou encore d'un intérêt collectif : voir par exemple : CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, rec. p. 977.

²⁶¹⁴ Dès lors qu'ils justifient d'un intérêt personnel suffisant, légitime et pertinent ainsi que d'une lésion directe et certaine de celui-ci par la décision contestée.

²⁶¹⁵ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. p. 333, solution étendue par la suite aux décisions des autres collectivités territoriales : CE, 27 janvier 1911, *Richemond*, rec. p. 105, pour les contribuables des départements et : CE, 14 avril 1995, *Bigaud*, rec. p. 184, pour les contribuables des régions.

commune contre un arrêté de police²⁶¹⁶, ou encore par exemple les usagers d'un service public contre les décisions d'organisation et de fonctionnement du service²⁶¹⁷. Bien que n'étant pas un recours ouvert à tous, le recours pour excès de pouvoir autorise par conséquent, en vertu de sa fonction objective, certains requérants à contester la légalité d'actes administratifs auxquels ils ne sont pas individuellement liés mais qu'ils auraient un intérêt certain, personnel et légitime à voir annuler. Il est alors aisé de faire le rapprochement sur ce point avec tout acte juridique exprimant la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Il a effectivement pu être démontré précédemment que si ceux-ci se fondaient tous sur une conception renouvelée de l'obligation à la fois objective et subjective, ils participaient également à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre au moins deux personnes distinctes ce qui pourrait *a priori* exclure l'idée d'un recours objectif afin d'en contrôler la légalité. La fonction objective du recours pour excès de pouvoir et ses incidences sur son régime juridique permettent toutefois de déceler une issue à la problématique inhérente à la conciliation de la dimension subjective de l'obligation et de la nécessité de s'assurer de la légalité objective de son contenu, du moins en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux. Une issue qui permet alors d'envisager explicitement son application dans le cadre de l'externalisation administrative.

394.L'applicabilité d'une telle fonction à l'externalisation administrative. Construite essentiellement à partir d'une relation de coopération subjective unissant aux moins deux personnes distinctes, la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative oppose *prima facie* un obstacle sérieux à l'application du contentieux de l'excès de pouvoir afin de garantir le respect de la légalité objective des actes qui permettent sa traduction juridique. La finalisation de l'obligation, découverte précédemment, renforce d'ailleurs cette première impression dès lors qu'elle induit un renouvellement de sa conception en vertu de laquelle contribue à l'instauration d'un lien de droit subjectif entre l'autorité administrative compétente et son partenaire tissé à partir d'un faisceau de droits et d'engagements à la charge de chacun. Il serait donc *a priori* surprenant d'admettre la recevabilité d'un tel recours à l'encontre d'un acte, même unilatéral, destiné à organiser une relation interindividuelle dont serait exclue toute personne en dehors de celles ayant accepté d'y participer²⁶¹⁸. De la même

²⁶¹⁶ CE, 28 mars 1885, *Languellier*, rec. p. 389.

²⁶¹⁷ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli*, rec. p. 962.

²⁶¹⁸ Il est en l'occurrence rappelé par Dominique Pouyaud que si la recevabilité du recours pour excès de pouvoir était largement admise du temps de la justice retenue, la fin du XIXe siècle fut marquée par un revirement

façon que le droit positif et la doctrine ont longtemps exclu, sauf exceptions ponctuelles, que des tiers puissent contester par cette voie un contrat conclu entre l'administration et une autre personne juridique²⁶¹⁹, la structure obligationnelle de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative s'opposerait *a priori* dans son ensemble et de manière générale à l'ouverture d'une telle voie contentieuse au profit des tiers à la relation instaurée afin de garantir la sanction statique des obligation qui la composent.

Deux éléments engagent cependant à dépasser cette première impression afin d'envisager plus librement l'introduction du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes unilatéraux assurant la traduction juridique du concept d'externalisation administrative. D'une part, car celle-ci ne repose pas exclusivement sur une signification subjective de l'obligation excluant par principe toute tentative extérieure d'en exiger le respect de la légalité mais aussi une dimension objective en tant que norme de comportement qui serait susceptible d'intéresser un tiers. D'autre part, parce que les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir démontrent son caractère profondément objectif et suggèrent l'admission d'une telle voie contentieuse dans un certain nombre de situations précédemment identifiées comme relevant du périmètre de l'externalisation administrative. S'agissant du premier élément évoqué, il convient en effet de rappeler que le renouvellement proposé de la conception de l'obligation à l'aune de sa finalisation au sein du concept d'externalisation administrative renvoie au constat d'une dimension duale à la fois subjective et objective. Si elle recouvre alors sans conteste l'instauration d'un lien de droit subjectif composé de droits et d'engagements à la charge de chacune des parties à l'acte considéré auquel les tiers ne devraient en principe pas avoir accès sauf à démontrer l'existence d'un droit lésé (renvoyant dans ces conditions au contentieux de pleine juridiction), elle exprime également une signification objective en tant que norme de comportement imposée par l'ordre juridique au nom de la satisfaction de l'intérêt général. Il semble donc bien moins délicat d'admettre alors la recevabilité du recours pour excès de

profond de jurisprudence en vertu duquel le juge refusait strictement « *d'ouvrir son accès au tiers au nom de l'effet relatif du contrat* » : POUYAUD D., « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA*, 2015, p. 727.

²⁶¹⁹ Laurent Richer et François Lichère rappellent que si « *la sanction normale de l'illégalité d'un acte juridique est sa nullité* » et que « *la décision administrative illégale peut être annulée par le juge de l'excès de pouvoir, le contrat illégal peut l'être par le juge de plein contentieux* » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 189. Et d'ajouter que « *le recours pour excès de pouvoir présente, en effet, des caractéristiques mal adaptées au contentieux des contrats. Pour tenir compte de la nécessaire stabilité de ceux-ci, il faudrait exiger un intérêt à agir renforcé, ce qui rapprocherait l'intérêt à agir d'un droit en dénaturant le recours pour excès de pouvoir* ». Voir sur ce point la confirmation jurisprudentielle de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat et l'illustration d'une exception pour les contrats de recrutement d'agents publics : CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375, ou pour une confirmation antérieure : CE, 22 avril 1988, *Labit*, req. n° 52825.

pouvoir formulé par un individu extérieur à la relation subjective unissant les parties mais qui justifierait d'un intérêt suffisant pour lui donner qualité à agir afin de contester la légalité d'une telle norme juridique et ainsi d'en garantir la sanction. Certes pourrait-il difficilement s'immiscer dans cette relation ou se prévaloir de l'inexécution par l'une des parties d'un engagement qui la compose. Mais il ne saurait dans le même temps être question de lui refuser la possibilité de contester l'édiction d'une norme objective qu'il considérerait comme illégale.

Concernant le second élément envisagé, relatif à la portée du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir sur la détermination de ses conditions de recevabilité, et en particulier de celles tenant à la justification d'un intérêt donnant qualité pour agir, il convient de souligner qu'il autorise explicitement la formulation d'un tel recours par un individu qui ne serait pas lié individuellement à l'acte contesté mais qui démontrerait d'un intérêt personnel lésé directement par son illégalité. Ainsi un administré pourrait-il contester la légalité d'une autorisation d'occupation du domaine public, ou encore d'exploitation d'une activité économique, dès lors qu'elle serait susceptible d'engager les finances de la commune. De la même façon, l'usager d'un service public serait recevable à contester celle de toutes décisions d'organisation et de fonctionnement dudit service parmi lesquelles celle d'en externaliser la gestion au bénéfice d'un partenaire. Plus précisément encore, et bien que l'accès au contrat soit en principe interdit aux tiers, il est d'ailleurs admis dans cette logique qu'un requérant puisse contester la légalité objective des actes détachables, le plus souvent de nature unilatérale, ayant conduit ou contribué à son élaboration²⁶²⁰ ainsi que des clauses réglementaires qu'il contient relatives aux modalités de fonctionnement d'un service public dont la gestion serait déléguée²⁶²¹. Mais l'accès direct au contrat par un tiers afin d'assurer la garantie du respect du droit objectif demeurerait jusqu'à récemment toujours refusé en vertu du principe selon lequel le contrat est la loi des parties et ne présente en principe aucun effet à

²⁶²⁰ La jurisprudence du Palais-Royal admet effectivement depuis sa décision *Martin* la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables d'un contrat dont l'illégalité implique l'annulation au nom de la préservation de la légalité objective : CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749. Une contestation de la légalité de l'acte détachable qui devait en outre peu à peu autoriser à contester par incidence la régularité du contrat dès lors que l'illégalité de l'un entachait la légalité de l'autre. Dominique Pouyaud souligne d'ailleurs que de cette façon « *le contrôle du juge de l'excès de pouvoir portant sur la légalité du contrat était alors très proche de celui exercé par le juge du contrat saisie par une partie d'une demande de nullité* » : POUYAUD D., *op. cit.*, p. 727. Voir pour les conséquences de l'illégalité de l'acte détachable sur le contrat : CE, sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, rec. p. 430.

²⁶²¹ Cette hypothèse révèle alors une première brèche admise par le juge administratif à partir de l'arrêt *Cayzele* à compter duquel il reconnaît la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat : CE, 10 juillet 1996, *Cayzele*, rec. p. 274. L'effet de l'annulation de celles-ci devait cependant longtemps demeurer sans incidence sur la légalité du contrat dans son ensemble.

leur égard. Aussi la doctrine contemporaine souligne-t-elle désormais à ce propos que « *le juge de l'excès de pouvoir, sans abandonner le principe de l'irrecevabilité, a fait évoluer sa jurisprudence permettant au tiers d'encercler le contrat à tel point qu'on pouvait présager que les contrats pourraient, à terme, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* »²⁶²².

Une autre évolution du droit positif renvoie d'ailleurs à l'éventualité de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs de nature contractuelle participant à la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative²⁶²³. Il subsiste en effet, malgré la rétractation du champ du recours pour excès de pouvoir en la matière, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles il joue un rôle dans la préservation de la légalité objective. Il s'agit tout particulièrement des cas dans lesquels un tiers conteste la légalité d'une clause réglementaire ou encore d'un contrat de recrutement d'un agent public²⁶²⁴. Alors que la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* conserve intacts ces cas d'ouverture²⁶²⁵, il convient bien d'admettre le maintien d'une possibilité offerte aux tiers à une relation contractuelle subjective de contester la légalité objective d'un contrat et des obligations qui le composent. Certes il ne s'agit pas pour ces derniers de disposer d'un droit de regard sur ce qui relève de la dimension subjective de l'obligation telle qu'elle apparaît dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, ni même de contester un éventuel défaut d'exécution qui relève exclusivement en principe de l'initiative des seules parties. Mais elle autorise néanmoins à assurer la préservation de la légalité des éléments relevant de sa signification objective. Aussi est-il tout à fait envisageable d'évoquer l'hypothèse d'une application, ne serait-ce que partielle, du recours pour excès de pouvoir afin de participer au contrôle de la légalité du procédé d'externalisation administrative. Toutefois, il faut immédiatement tempérer l'importance de ce contrôle traditionnel au vu notamment du déclin inéluctable de ce recours pour les parties concernées comme pour les tiers, en matière contractuelle comme ailleurs, « chassé » inlassablement par le développement incessant d'un contrôle rénové de la légalité par le recours de pleine

²⁶²² POUYAUD D., *op. cit.*, p. 727.

²⁶²³ Notons en outre que le législateur puis le juge admettaient dans un premier temps sa recevabilité à l'encontre d'un contrat dans les hypothèses listés relevant du déféré préfectoral : CE, 26 juillet 1991, *Cne de Sainte-Marie*, rec. p. 302.

²⁶²⁴ Admis depuis : CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375.

²⁶²⁵ CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70. Sur ce point, Dominique Pouyaud affirme d'ailleurs que cette solution récente « *confirme la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des dispositions réglementaires des contrats* » ainsi que des contrats de recrutement d'agents publics : POUYAUD D., *op. cit.*, p. 731.

juridiction²⁶²⁶. Cette seconde voie contentieuse offre en effet une modalité supplémentaire, complémentaire même, afin d'assurer le contrôle de la légalité de l'obligation ainsi finalisée et qui permet en outre d'appréhender plus sereinement la sanction statique de l'illégalité de l'ensemble des actes administratifs servant la mise en œuvre de l'externalisation administrative ; c'est-à-dire des actes unilatéraux et contractuels.

2. Le contrôle rénové de la légalité par le recours de pleine juridiction

395. La présentation contemporaine du recours de plein contentieux objectif. Il ne saurait être ici question d'affirmer que le recours de pleine juridiction a toujours été envisagé comme une voie contentieuse destinée à assurer la préservation de la légalité objective contre les agissements de l'administration, et notamment contre son action contractuelle. Son essence initiale est d'ailleurs toute autre. Tandis qu'il était appréhendé à l'origine comme un contentieux subjectif destiné à permettre aux administrés de faire prévaloir leurs droits subjectifs contre l'action administrative, le juge du Palais-Royal rappelait sans ambages cette fonction en affirmant qu'un tel recours ne saurait le conduire à « *apprécier la légalité de la décision qui lui est déférée (...), mais de se prononcer (...) sur le droit des intéressés* »²⁶²⁷. Aussi le socle commun de l'ensemble des recours recouverts sous l'appellation de contentieux de pleine juridiction réside-t-il à titre principal dans leur objet portant invariablement sur des situations individuelles opposant le droit subjectif d'un particulier à l'intervention d'une personne publique, ce qui en fait invariablement un instrument contentieux subjectif au service des requérants et de la défense de leurs situations et droits individuels. Mais au-delà de ce tronc commun, le contentieux de pleine juridiction s'est progressivement séparé en deux branches distinctes selon les pouvoirs mis en œuvre par le juge administratif et l'objet du recours intenté par le requérant. René Chapus soulignait d'ailleurs que cette unité apparente des recours de plein contentieux masquait en réalité l'existence d'un « *contentieux composite,*

²⁶²⁶ Mattias Guyomar et Bertrand Seiller soulignent par exemple que « *le recours pour excès de pouvoir ne tend plus seulement au respect de la légalité mais aussi à la protection des droits subjectifs des administrés* » et suggèrent par conséquent l'hypothèse d'un « *rapprochement qui s'opère ainsi avec le plein contentieux* » : GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e éd., 2014, p. 119. Fabrice Melleray remarque par ailleurs un double mouvement concernant l'évolution contemporaine du recours pour excès de pouvoir et de son encadrement par le droit positif. Il affirme que « *deux mouvements, dont les effets sont convergents, peuvent être identifiés. Le premier consiste en l'émergence de ce que l'on pourrait nommer le « nouveau » recours pour excès de pouvoir. Le second concerne la réduction du champ de l'excès de pouvoir au profit du plein contentieux* » : MELLERAY F., « Les actions en justice », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 541. Un déclin par ailleurs observable en matière d'externalisation dès lors qu'il se limite à la sanction de la dimension objective de l'obligation, et ce principalement à l'initiative des tiers à la relation de coopération instaurée.

²⁶²⁷ CE, sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, rec. p. 9.

parfaitement hétérogène »²⁶²⁸ partagé principalement entre les recours dits ordinaires dès lors qu'ils présentent un caractère incontestablement subjectif²⁶²⁹, et les recours dits objectifs en raison de la question posée au juge en lien avec la légalité d'un acte administratif. Aussi convient-il donc bien d'identifier aujourd'hui une branche du contentieux de pleine juridiction dont la fonction présenterait une dimension objective en ce qu'elle participe, au moins à titre incident et en complément du recours pour excès de pouvoir, du contrôle de la légalité des actes administratifs.

Le contentieux de pleine juridiction ne peut donc être finalement envisagé dans son ensemble eu égard exclusivement à la distinction des contentieux objectif et subjectif, comme en témoigne d'ailleurs la consécration du plein contentieux objectif dans le cadre duquel le juge administratif peut, pour régler le litige qui lui est soumis, s'intéresser et examiner la question de la légalité objective d'un acte²⁶³⁰. Ainsi présente-t-il une ambivalence manifeste tenant à la fois à sa nature subjective et au caractère objectif de la question posée et de la fonction subsidiaire qu'il endosse alors. Si le recours pour excès de pouvoir demeure la voie ordinaire du contrôle de légalité exercé sur l'administration à l'initiative de tout requérant présentant un intérêt à agir, les réflexions doctrinales contemporaines ont conduit à prendre la mesure de l'émergence à ses côtés d'une voie, complémentaire²⁶³¹ plus que concurrente, disponible au sein du plein contentieux : celle du plein contentieux objectif. Certes sa fonction première relève-t-elle toujours de la protection des droits subjectifs des administrés à l'encontre des

²⁶²⁸ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 229.

²⁶²⁹ René Chapus rappelait alors qu'il s'agissait là du contentieux portant principalement sur le domaine « *de la responsabilité, en matière extra-contractuelle, ainsi que, plus largement, s'agissant du contentieux contractuel, celui de la reconnaissance de droits contractuels (par exemple, du droit au maintien d'une situation contractuelle à laquelle l'administration a mis fin, en violation des dispositions du contrat)* » : CHAPUS R., *op. cit.*, p. 230.

²⁶³⁰ À l'instar de Camille Broyelle, la doctrine contemporaine admet qu'il existe une telle branche dite « objective » du contentieux de pleine juridiction dotée d'une fonction de préservation de la légalité. Celle-ci affirme alors qu'à côté du contentieux de pleine juridiction subjectif se déploie désormais un « *plein contentieux objectif* » qui, comme le recours pour excès de pouvoir, se présente comme un contentieux de la légalité (et le plus souvent comme un contentieux de la légalité de l'acte) » : BROUELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. manuel, 4^e éd., 2016, p. 54.

²⁶³¹ Yves Gaudemet relève effectivement qu'une « *évolution s'est produite qui, sans signer, comme on l'a parfois écrit, « la mort du recours pour excès de pouvoir », est venue le compléter et surtout inscrire de larges pans de contentieux objectif dans le plein contentieux* » : préface de Yves Gaudemet à la thèse : LEPETIT-COLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, p. VII. Voir dans le même sens la distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours de plein contentieux objectif sur selon le critère de leur efficacité respective : BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002. De même, Hélène Lepetit-Colin démontre que la doctrine reconnaît désormais « *ce contentieux en tant que contentieux de la légalité* » tout en précisant que « *ce mouvement n'a toutefois pas retiré à ce contentieux son caractère exceptionnel : il demeure un contentieux de la légalité spécifique, complémentaire du recours pour excès de pouvoir* » : LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 204.

agissements de l'administration²⁶³², mais il y parvient de manière singulière par l'intermédiaire d'un examen de leur légalité. Il s'impose de la sorte comme un recours contentieux « hybride » teinté à la fois de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir et de la subjectivité du recours de plein contentieux²⁶³³. Hélène Lepetit-Colin retient cependant une lecture singulière de cette hybridation à l'issue de laquelle elle caractérise finalement le plein contentieux objectif non pas en raison de sa nature ou de sa fonction mais en premier lieu eu égard à « *l'office plein de juge de la légalité dont est doté le plein contentieux objectif* »²⁶³⁴ en tant que plein contentieux de la légalité de l'acte administratif²⁶³⁵.

En réponse aux interpellations et interrogations du fameux Huron en visite au Palais-Royal²⁶³⁶, la doctrine et le droit positif devaient en l'occurrence admettre progressivement une extension des pouvoirs du juge de la légalité faisant basculer son office de l'excès de pouvoir vers le plein contentieux et donnant ainsi naissance à une voie renouvelée de contrôle de la légalité objective : le recours de plein contentieux objectif. Celui-ci peut donc être défini en fonction de la nature de la question posée au juge et de l'étendue des pouvoirs dont il dispose pour en donner une réponse. Le premier de ces deux critères porte classiquement sur le caractère et l'objet objectifs de la question ; c'est-à-dire sur la contestation de la légalité d'un acte administratif ayant lésé le droit subjectif d'un requérant, ou sur la protection de ce dernier contre l'action illégale des autorités administratives. Mais sur ce point, il ne se distingue pas

²⁶³² Il est d'ailleurs admis que « *ni les contentieux subjectifs ni les contentieux objectifs de pleine juridiction ne visent en tant que tels à censurer la violation de la légalité ; ils tendent à obtenir du juge le rétablissement d'une situation juridique* » : BROUELLE C., *op. cit.*, p. 55.

²⁶³³ La doctrine contemporaine retient en effet une définition du plein contentieux objectif faisant apparaître une nature « *mêlée d'excès de pouvoir et de plein contentieux subjectif, (qui) le maintient indiscutablement dans une certaine dépendance à leur égard* » : LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 7. L'auteur précise en l'occurrence que « *le plein contentieux objectif est souvent conçu comme un contentieux hybride, caractérisé par une association d'éléments issus, d'une part, du contentieux de la légalité, et d'autre part, du plein contentieux subjectif* » : LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 17. Voir dans le même sens : CE, sect., 29 juin 1962, *Sté des aciéries Pompey*, rec. p. 438 à l'occasion duquel les juges du Palais-Royal affirmèrent qu'en tant que recours de plein contentieux objectif « *le contentieux fiscal reste un contentieux mixte ou hybride qui combine donc à la fois le contentieux de la pleine juridiction et de la légalité avec une dominante pour le plein contentieux* ».

²⁶³⁴ LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 15.

²⁶³⁵ Alix Perrin souligne en l'occurrence que le droit positif retient une définition de ce recours invitant également à l'appréhender de cette façon. Elle affirme notamment que « *le recours de plein contentieux objectif est ainsi défini, notamment au regard des textes législatifs qui l'organisent, comme un recours exercé contre un acte administratif dans lequel le juge détient des pouvoirs lui permettant d'aller au-delà de l'annulation de l'acte* » : PERRIN A., « Le plein contentieux objectif et le contentieux de droit commun », *RFDA*, 2015, p. 742.

²⁶³⁶ Il remarquait naïvement que le juge de l'excès de pouvoir paraissait en fin de compte fort « *timide. (...) ne pourrait-il pas donner quelque vigueur à cette annulation platonique, qui laisse finalement l'Administration maîtresse, au fond, de faire peser, sur les citoyens, le plus implacable arbitraire sans que nul puisse l'entraver ?* » : RIVERO J., « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chron. p. 39.

du recours pour excès de pouvoir et appelle par conséquent à se focaliser sur le second critère : celui de l'étendue des pouvoirs à la disposition du juge administratif de la légalité.

L'ambivalence et la spécificité du recours de plein contentieux objectif, en tant qu'instrument de contrôle de la légalité des actes administratifs, sont en effet essentiellement mesurables à l'aune des pouvoirs attribués au juge dans la mesure où il peut dans ce cas aller « *en deçà ou au-delà de l'annulation d'une décision administrative illégale* »²⁶³⁷ ; c'est-à-dire qu'il peut parfaitement associer toute mesure à celle de l'annulation d'un acte administratif illégal. Outre le pouvoir d'annulation qu'il partage avec le juge de l'excès de pouvoir, le juge du plein contentieux peut dans ce cas se prononcer également sur sa réformation, son abrogation, ou encore lui substituer une autre décision davantage conforme au respect de la légalité objective et des droits subjectifs des administrés²⁶³⁸. Il convient néanmoins de confirmer que l'étendue des pouvoirs du juge et l'extension des moyens invocables par les requérants se conjuguent parfaitement avec « *son office plein de juge de la légalité* »²⁶³⁹. En outre, leur relative diminution eu égard au plein contentieux subjectif renforce *a contrario* cet office manifestant le renouvellement du contrôle de la légalité²⁶⁴⁰. Cette ambivalence caractéristique du recours de plein contentieux objectif envisagé dès lors à part entière comme un instrument du contrôle de la légalité se répercute finalement sur les conditions de recevabilité qu'il prévoit. Alors qu'il s'impose par son objet comme par les pouvoirs qu'il autorise comme un recours objectif, il admet sa recevabilité dès lors que le requérant fait état d'un droit subjectif à défendre, et donc d'un intérêt lésé par l'illégalité d'un acte administratif²⁶⁴¹. Une ambivalence qui est donc *a priori* compatible avec la problématique posée par la sanction de l'obligation objective dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative.

²⁶³⁷ BALDOUS B., *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000 cité par : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1321. Benoît Plessix affirme d'ailleurs que dans cette configuration le juge administratif « *peut ainsi se borner à livrer le sens et la portée d'une décision administrative ou d'un contrat. Il peut se limiter à statuer sur la légalité d'un acte* » : PLESSIX B., *op. cit.*, p. 1322.

²⁶³⁸ Concomitamment à cet élargissement de la palette des pouvoirs à la disposition du juge administratif, il convient de souligner également l'extension des moyens invocables par les requérants. Ceux-ci ne se cantonnent alors plus seulement à la demande d'annulation pour sanctionner l'illégalité d'un acte, mais demeurent cependant restreints à la démonstration de la violation des règles de droit par la décision contestée et le juge ne dispose pas non plus d'une palette aussi étendue que celle du juge du plein contentieux subjectif.

²⁶³⁹ LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 391.

²⁶⁴⁰ Ainsi ne peut-il par exemple disposer de pouvoirs à l'égard des parties au litige, comme celui de prononcer à leur profit une mesure de réparation, « *venant en cela confirmer la nature fondamentalement objective de ce recours* » : LEPETIT-COLIN H., *op. cit.*, p. 418.

²⁶⁴¹ Précisons que l'on retrouve ici une autre divergence entre ces deux branches supposées du contentieux de la légalité. Alors que le recours pour excès de pouvoir repose sur l'intérêt du requérant de dépasser son intérêt particulier pour demander l'annulation d'un acte illégal, le recours de plein contentieux objective renvoie davantage à l'appréhension d'un intérêt particulier du requérant à demande le contrôle d'un acte administratif.

396.L'applicabilité du plein contentieux objectif à l'externalisation administrative. Un certain nombre d'arguments militent en faveur d'une application du recours de plein contentieux objectif dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. En tout premier lieu, et sans s'attarder sur une telle intuition générale, leur position au sein des classifications traditionnelles des disciplines desquelles ils sont issus invitent à l'admettre. Alors qu'il a pu être démontré que l'externalisation se range parmi les modes de gouvernance hybrides de l'économie situés à mi-chemin entre le marché et la firme, le recours de plein contentieux objectif est lui aussi le plus souvent situé dans une position intermédiaire entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le plein contentieux ordinaire²⁶⁴² (ou subjectif). Toujours au titre de cette intuition, il apparaît également que son ambivalence fasse parfaitement écho à la dualité de significations à la fois objective et subjective de l'obligation telle qu'elle est finalisée dans le cadre de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative. Aussi présente-t-il apparemment une configuration susceptible de mieux permettre un contrôle étendu de la légalité objective de l'obligation ainsi instrumentalisée au moyen d'une voie intermédiaire conciliant chacune de ces deux dimensions. Un tel recours offrirait donc vraisemblablement un complément utile au recours pour excès de pouvoir afin de garantir plus largement la légalité objective des actes administratifs exprimant la mise en œuvre de ce concept, et ce tout particulièrement pour intégrer les actes contractuels. Une telle complémentarité n'est d'ailleurs pas inédite tant il est déjà admis en matière contentieuse que ces deux voies se concilient au service du contrôle de la légalité²⁶⁴³. Elle se trouverait en outre renforcée dans l'hypothèse de son application à l'externalisation administrative alors qu'il a pu être suggéré auparavant que le contentieux de l'excès de pouvoir trouvait une application utile mais restreinte dans une telle situation, dès lors qu'il permet à des particuliers étrangers à la relation de coopération instaurée, et qui n'y seraient pas directement liés, de contester la légalité de tous les éléments qui atraient à la signification objective de l'obligation à l'exception en principe des relations contractuelles.

²⁶⁴² Alix Perrin rappelle que « *le recours de plein contentieux objectif, qui apparaît comme un recours mixte, ne cadre pas avec cette présentation du contentieux administratif* » fondée de manière binaire sur une distinction « *soit entre le recours pour excès de pouvoir et les recours de plein contentieux (...), soit entre les recours objectifs et les recours subjectifs* » : PERRIN A., « Le plein contentieux objectif et le contentieux de droit commun », *RFDA*, 2015, p. 744.

²⁶⁴³ Hélène Lepetit-Colin souligne par exemple que « *le contentieux de la légalité administrative s'affirme désormais comme un contentieux dual composé du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux objectif* » : LEPETIT-COLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011, p. 205.

L'admission de l'application de ce recours ajouterait par conséquent un périmètre non superposable à celui délimité auparavant par l'admission du recours pour excès de pouvoir dès lors qu'il autoriserait la contestation de la légalité des actes de l'administration non plus seulement à l'initiative d'individus extérieurs à la relation de coopération à laquelle ils opposeraient la méconnaissance du droit objectif, mais également de parties à cette dernière qui verraient leurs propres droits subjectifs méconnus par l'illégalité de l'acte administratif édicté par l'autorité administrative compétente. Il permettrait également d'envisager un accès cette fois direct et général au contrat au bénéfice des tiers. Mêlant beaucoup plus étroitement que le précédent les questions objectives et subjectives, le recours de plein contentieux objectif se présente finalement comme une opportunité déterminante pour assurer pleinement le contrôle de la légalité objective de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Confronté à sa signification duale il renvoie notamment au constat d'un spectre plus étendu de requérants déterminés alors non plus seulement en fonction de leur intérêt donnant qualité pour agir, toujours associé à l'intérêt du maintien de la légalité, mais aussi en fonction de la démonstration d'un droit subjectif, d'un intérêt personnel, lésé par l'illégalité d'un acte administratif, et ce qu'il s'agisse d'une partie à l'acte ou d'un individu tiers. Il permet en outre d'envisager un accès plus direct à la relation de coopération instaurée composée d'une dimension objective, exprimée par la norme de comportement édictée au nom de l'intérêt général, et d'une dimension subjective, traduite par l'instauration d'un lien de droit constitué de droits et d'engagements à la charge de chacun des partenaires²⁶⁴⁴. La question complexe de l'accès direct des tiers au contrat en propose d'ailleurs une illustration manifeste qui réduit d'autant le champ d'application du recours pour excès de pouvoir. Une situation à laquelle le recours de plein contentieux objectif pourrait remédier dans la mesure où il autorise une extension complémentaire du périmètre de contrôle de la légalité objective aussi bien en ce qui concerne les éléments contrôlés que l'initiative du contrôle²⁶⁴⁵.

Pour ce qui est de l'intérêt premier que présenterait l'application du recours de plein contentieux objectif à l'externalisation administrative, il convient de préciser qu'il autoriserait

²⁶⁴⁴ Alors que ces deux dimensions de l'obligation sont ici difficilement dissociables, il semble délicat d'admettre une application pérenne et sereine du recours pour excès de pouvoir contre un acte juridique exprimant la mise en œuvre de l'externalisation administrative à travers une obligation portant la signification d'une norme objective de comportement et d'un lien de droit subjectif.

²⁶⁴⁵ Et ce en particulier dès lors que l'admission de l'application du recours de plein contentieux objectif en matière d'externalisation administrative révèle sur ce dernier point la possibilité flagrante d'une extension aux tiers du contrôle de la légalité objective des actes contractuels à travers lesquels s'exprime notamment l'emploi de cet outil managérial par les personnes publiques

un accès plus homogène de tout requérant à un acte administratif participant à la traduction juridique de ce concept. Ainsi ne serait-il pas *a priori* circonscrit à une catégorie d'actes en particulier et s'appliquerait indifféremment selon la nature juridique de l'acte contesté²⁶⁴⁶. Il permettrait également l'intervention de tout requérant sans distinction selon leur appartenance ou non à la relation de coopération instaurée dès lors qu'il pourrait démontrer d'un intérêt à agir eu égard à sa situation individuelle et à l'intérêt de la légalité²⁶⁴⁷ en invoquant une violation de celle-ci par l'acte contesté²⁶⁴⁸. Une application contentieuse qui éclairerait notamment les potentialités de sanction statique de toutes formes d'habilitations dérivées qui contribuent à l'instauration d'une relation de coopération dans le cadre de l'externalisation administration et qui incite par ailleurs à réfléchir à l'opportunité, pour le législateur ou le juge, d'envisager l'ouverture d'une telle voie spécialisée. Une application qui trouve de surcroît un écho supplémentaire dans l'application du recours de pleine juridiction en matière contractuelle. Il s'y impose en effet comme un recours de principe en ce qui concerne les contestations formulées par les cocontractants dans le cadre de la passation ou de l'exécution du contrat dès lors qu'il repose sur des moyens tirés de la violation d'une règle de droit objective. Un intérêt qui se complète également par une extension explicite en matière de contrôle de la légalité objective des actes contractuels par les tiers à travers les évolutions récentes du droit positif, lesquelles contreviennent dans une certaine mesure à l'obstacle dressé à l'encontre du recours pour excès de pouvoir intenté par des tiers contre un contrat²⁶⁴⁹.

²⁶⁴⁶ À la différence du recours pour excès de pouvoir ouvert en principe à l'encontre des actes unilatéraux. Benoît Plessix rappelle que ce recours peut « *porter indifféremment sur des comportements ou des actes de l'Administration, ceux-ci pouvant être tout autant des actes unilatéraux que des contrats* » : PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, p. 1322. Et d'ajouter qu'il « *n'est jamais subordonné à la nature des actes attaqués, mais seulement à l'existence ou à l'étendue controversée des droits et obligations attachés à une situation juridique individuelle, qui peuvent notamment – mais pas seulement – être atteints par un acte administratif* ».

²⁶⁴⁷ Rappelons que l'un des apports du recours de plein contentieux objectif, souligné notamment par David Bailleul, réside dans l'influence exercée sur ses conditions de recevabilité par son caractère objectif et par celles du recours pour excès de pouvoir. Il précisait ainsi que « *les recours objectifs de plein contentieux voient leur régime de recevabilité s'assouplir sur certains points par rapport aux recours subjectifs (...), de sorte que se dessine véritablement à ce stade une opposition entre les contentieux objectifs et subjectifs au-delà de la distinction entre le contentieux de l'excès de pouvoir et celui de pleine juridiction* » : BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002, p. 71.

²⁶⁴⁸ Aussi l'exemple du contentieux des autorisations d'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement (Articles L. 511-1 et s. du code de l'environnement) offre-t-il une illustration enrichissante des possibilités que recèlerait l'application de cet instrument du contrôle de la légalité objective à la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Il admet en l'occurrence la recevabilité de tout requérant dont un droit serait lésé à contester la légalité d'une telle autorisation, forme d'habilitation, à exploiter une telle activité tout en acceptant également de connaître des recours contre le refus illégal de délivrance d'une telle autorisation qui porterait atteinte à la situation individuelle de la personne l'ayant sollicité. Voir en particulier sur ce point : CE, avis, 29 mai 2015, *Assoc. Nonant Environnement*, rec. CE 2015 p. 172.

²⁶⁴⁹ Rappelons à ce titre que le Conseil d'État considérait en effet à partir de sa décision *SMIRGEOMES* que « *les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations*

C'est en somme sur ce point que le recours de plein contentieux objectif et les recours de pleine juridiction conduisent à percevoir les potentialités les plus déterminantes pour assurer le respect étendu de la légalité de la dimension objective de l'obligation dans le cadre de l'externalisation administrative lorsqu'elle emprunte la voie contractuelle.

B. L'extension aux tiers du contrôle de la légalité objective des actes contractuels

397. La justification d'une évolution de la contestation de la légalité contractuelle. L'emploi du procédé contractuel et la détermination des sanctions de son illégalité qui pourraient lui être associées conduisent à s'intéresser de manière plus approfondie à cette illustration particulièrement éclairante de la problématique soulevée par la question de l'identification des sanctions statiques assurant la normativité de l'obligation telle que finalisée dans le cadre de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative. Non seulement la fonction normative duale de l'obligation y apparaît d'une façon explicite, mais il engage également, eu égard à l'état du droit positif, à envisager sans détours les modalités de la conciliation délicate de sa signification à la fois objective et subjective et de la distinction des contentieux objectif et subjectif. Il semble en effet *a priori* complexe de déceler une sanction homogène de l'illégalité objective du contenu obligationnel d'un acte contractuel par l'une ou l'autre de ces voies contentieuses alors que la question semble déjà résolue en ce qui concerne les actes unilatéraux. Il convient cependant de tâcher de dépasser cette distinction entendue par l'évocation de la convergence fonctionnelle qui se fait jour des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux en faveur de l'instauration élargie d'un contrôle de la légalité des actes administratifs que le droit positif admet désormais en matière contractuelle. Les développements précédents ont en outre permis de mettre en évidence la pierre d'achoppement principale sur laquelle bute la démonstration ici proposée : la question de la confrontation du contrôle de la légalité objective aux actes contractuels dont la nature est principalement subjective et qui ne concernent en principe, en vertu de l'effet relatif, que les parties et en aucune façon les tiers. Outre le fait qu'elle confirme la tendance d'une généralisation du contentieux de la légalité au-delà des limites du seul recours pour excès de pouvoir, l'extension aux tiers du contrôle du respect du droit objectif par les actes contractuels favorise encore davantage l'admission d'une application composite de ce contrôle à la mise

(légal) de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements » ; autrement dit, renvoyait tout ce pan contentieux au recours de plein contentieux objectif : CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, rec. p. 324.

en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative dans la mesure où ces deux situations semble étroitement liées. Une application qui incite en l'occurrence à appréhender l'examen de la légalité objective sous l'éclairage de son « emballage » dans un instrument subjectif selon tout vraisemblance inaccessible aux tiers à l'acte, et ce tout particulièrement lorsque cette mise en œuvre s'accomplit au moyen d'un acte contractuel.

L'évolution du contentieux de la légalité contractuelle illustre effectivement le déplacement contemporain des frontières autrefois strictement délimitées entre le contrat, le contentieux de la légalité dans son ensemble et les tiers, ce qui conduit à admettre que « *la systématisation des voies de recours utilisables contre le contrat administratif illégal dépend à la fois de la procédure et de la qualité de celui qui la met en œuvre* »²⁶⁵⁰. Aussi la réponse donnée par le droit positif aux problématiques soulevées par la contestation de la légalité du contrat, en particulier de celles à l'initiative des tiers, renseigne-t-elle tout spécialement sur la détermination des modalités de sanction de l'illégalité d'un contrat administratif lorsqu'il sert la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative. Les évolutions jurisprudentielles récentes reconnaissent en l'espèce un accès étendu des tiers au contrat afin d'assurer la préservation de la légalité objective par le juge administratif de la même façon qu'il y parvient par la voie du recours pour excès de pouvoir pour les actes administratifs unilatéraux²⁶⁵¹. Alors qu'il a longtemps été considéré de manière schématique que le droit positif réservait en matière contractuelle « *le juge de l'excès de pouvoir aux tiers et celui du plein contentieux aux parties* »²⁶⁵², les transformations de la matière invitent à dépasser cette partition de l'office du juge du contrat pour adopter désormais une approche d'ensemble du contentieux de la légalité contractuelle²⁶⁵³. L'observation de cette évolution offre finalement des indices déterminants pour l'identification des sanctions statiques de l'illégalité de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Il s'agit alors de s'intéresser tout spécialement à la contestation par les tiers de la légalité des

²⁶⁵⁰ BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 605.

²⁶⁵¹ C'est-à-dire à l'initiative des parties directement concernées et par les tiers dont l'intérêt réside principalement dans la défense de la légalité objective.

²⁶⁵² LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, 2012, p. 89.

²⁶⁵³ Elle aussi marquée par cette ambivalence et se partage entre l'objectif et le subjectif, la question de la contestation de la légalité contractuelle est en l'occurrence également traversée par un double mouvement de maintien du recours pour excès de pouvoir en tant que contentieux de principe pour assurer le contrôle de la légalité objective des actes de l'administration et de déploiement du recours de plein contentieux objectif témoignant d'un élargissement des pouvoirs du juge et du champ des requérants auxquels est accordée un accès, direct ou indirect, au contrat.

obligations à caractère réglementaire (1), ainsi qu'à la contestation par ceux-ci de la validité du contrat dans son ensemble (2).

1. La contestation par les tiers de la légalité des obligations à caractère réglementaire

398. Le renforcement du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires.

Cantonnés initialement à cette voie contentieuse réduite, les tiers au contrat ne pouvaient que rarement être à l'initiative d'une contestation de la légalité d'un contrat et tout particulièrement de son contenu²⁶⁵⁴. Confronté à l'obstacle quasi-infranchissable de l'effet relatif des conventions et à la nécessité de préserver l'acte contractuel et les droits qu'il fait naître de toute intervention extérieure excessive, le juge de l'excès de pouvoir maintint pour longtemps le tiers à l'écart de la relation contractuelle²⁶⁵⁵. Cependant, il admit peu à peu que cette nécessaire préservation des droits acquis issus de la seule expression de la volonté des cocontractants dût être mise en balance avec celle du principe de la légalité objective. Il convient d'ailleurs de préciser sur ce point qu'il pouvait sembler paradoxal d'un point de vue théorique d'admettre qu'un acte juridique tirant sa normativité et la juridicité de ses effets de son intégration dans l'ordre juridique puisse sans conséquence méconnaître les règles mêmes fixées par ce dernier. Ainsi devait-il progressivement être admis que les tiers puissent s'immiscer ponctuellement dans les relations contractuelles afin d'en favoriser le contrôle par le juge sachant que la seule initiative des parties ne saurait suffire pour garantir leur légalité²⁶⁵⁶. Cette ouverture se fit néanmoins sur le long terme tant était persistante l'exigence d'une protection de la sphère contractuelle à priori et en principe réservée à l'expression de la volonté des parties. Une tension entre le respect du droit objectif et la préservation du

²⁶⁵⁴ Pierre Bourdon rappelle par exemple que « *de l'avènement du droit administratif français au début du XIXe siècle jusqu'au début du XXe siècle, l'accès des tiers au contentieux de la légalité du contrat était relativement restreint* » : BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 607.

²⁶⁵⁵ Rappelons d'ailleurs qu'Édouard Lafferrière affirmait sur ce point que « *lorsque l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits avec lesquels il s'est combiné et uni de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres, le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits et à qui, souvent, le contentieux de ces contrats n'appartient pas, doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question* » : LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative*, t. 2, 1888, rééd. LGDJ, 1989, p. 441. Et ce alors même qu'il était question d'une irrégularité résultant du non respect des règles de droit objectives contrevenant à sa fonction de garant de la légalité.

²⁶⁵⁶ Un argument en faveur de l'extension de l'ouverture aux tiers de l'accès au contrat que suggérait déjà Philippe Terneyre à l'aube des années 1990. Il démontrait en l'occurrence que « *« le monde clos » que constitue le contrat ne peut servir là non plus de prétexte à la non-immixtion des tiers ; puisqu'il s'agit de sanctionner la méconnaissance de règles d'ordre public, il n'est pas possible de laisser à la seule discrétion des contractantes – qui n'y ont pas intérêt dans la plupart des cas – la mise en œuvre de l'action en nullité absolue* » : TERNEYRE Ph., « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats de l'administration », *EDCE*, 1988, p. 78.

caractère subjectif du contrat qui s'exprimait d'ailleurs également en droit civil à travers la rédaction de l'ancien article 1134 alinéa 1 du Code civil en vertu duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Le principe de légalité objective ne constituait-il pas ainsi l'une des conditions fondamentales de l'existence du contrat dont il convenait alors de s'assurer de son respect ?

Manifestée dans un premier temps pour le contentieux de la légalité des actes détachables du contrat, cette extension inéluctable de l'accès des tiers au contrat au nom de la préservation du droit objectif devait par la suite se concrétiser près d'un siècle plus tard s'agissant de la contestation de la légalité des clauses réglementaires contenues dans le contrat. Il convient par conséquent de rappeler brièvement les conditions d'éclosion du premier afin de mieux percevoir par les suites celle de son admission contre le contrat lui-même à travers tout d'abord la contestation de ses clauses réglementaires. S'agissant de l'ouverture de la voie de l'excès de pouvoir afin de permettre aux tiers de contester indirectement la légalité d'un contrat en demandant l'annulation de certains actes détachables, son admission s'impose effectivement comme une étape transitoire essentielle pour l'évolution du contentieux de la légalité contractuelle à l'initiative des tiers au contrat²⁶⁵⁷. Ce recours consistait en l'occurrence à autoriser la contestation par ces derniers des actes administratifs unilatéraux ayant contribué à la conclusion du contrat tels que par exemple les actes préparatoires ou encore la délibération autorisant à contracter²⁶⁵⁸. Alors que je juge tâchait à partir de là d'étendre un peu plus le champ de ce recours par l'adoption d'une acception extensive de l'intérêt à agir autant que de la notion d'acte détachable, il maintenait paradoxalement intacte la préservation du contrat et ce principalement de deux façons. D'une part, car il restreignait toujours cette mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir par les tiers en dehors des frontières du contrat et, d'autre part, parce qu'il lui conférait un effet « platonique » à l'égard de celui-ci dès lors que, pendant une longue période du moins, l'annulation des actes détachables demeurerait sans incidence sur la relation contractuelle²⁶⁵⁹. Une restriction qui

²⁶⁵⁷ Laurent Richer et François Lichère soulignent que « *la théorie de l'acte détachable a constitué ainsi un bastion avancé du principe de légalité au sein du contrat* » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016, p. 178. Et de préciser finalement que « *l'état actuel de la jurisprudence ne peut être compris que si on le replace dans l'évolution* » : RICHER L. et LICHÈRE Fr., *op. cit.*, p. 179.

²⁶⁵⁸ CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749. Il leur suffisait pour ce faire de démontrer d'un intérêt suffisant leur donnant qualité pour agir par la voie de l'excès de pouvoir, ainsi que de la lésion de cet intérêt par la décision contestée.

²⁶⁵⁹ Marion Ubaud-Bergeron rappelle d'ailleurs que ce caractère « platonique » attribué dès l'arrêt *Martin* permettait notamment de « *rendre tolérable un tel recours au regard de la relativité des conventions* » tout en « *ouvrant une voie de recours aux tiers pour ménager leur intérêt potentiel vis-à-vis des contrats publics* », et

devait en l'occurrence perdurer jusqu'au milieu des années 1990 et la décision *Époux Lopez*²⁶⁶⁰ à partir de laquelle les juges du Palais-Royal considéraient en fin de compte qu'une telle annulation puisse entraîner celle du contrat si aucun motif d'intérêt général ne venait s'y opposer²⁶⁶¹.

Il est alors à noter que concomitamment à cette prise en compte du dépassement de l'effet « platonique » du recours pour excès de pouvoir intenté par les tiers à l'encontre d'un acte détachable du contrat, le Conseil d'État opérait un revirement de jurisprudence par rapport à sa décision *CLT*²⁶⁶². Il admettait dès lors la recevabilité d'un tel recours introduit directement à l'encontre du contenu du contrat, ou du moins d'une part bien déterminée de celui-ci : les clauses réglementaires. L'arrêt *Cayzeele*²⁶⁶³ participait en effet de cette tendance progressive à l'extension du contentieux de la légalité dans son ensemble à l'égard des actes contractuels, et du recours pour excès de pouvoir intenté par les tiers à leur encontre en particulier. Il s'agit en l'espèce d'une illustration particulièrement évidente, par le juge de l'excès de pouvoir lui-même, d'une sanction de l'illégalité d'un élément objectif d'une obligation insérée dans une relation subjective à l'initiative d'un individu tiers à celle-ci. Par cette décision, les juges du Palais-Royal admettaient alors la recevabilité de ce recours à l'initiative d'un tiers contre des clauses réglementaires d'une concession pour la collecte et l'évacuation des ordures

tout particulièrement leur intérêt au respect du principe de légalité : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 436.

²⁶⁶⁰ CE, sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, rec. p. 430. Bien que cette évolution des effets de l'annulation contentieuse d'un acte détachable ne soit pas le fait du juge de l'excès de pouvoir lui-même mais du juge de l'exécution, elle devait néanmoins attribuer un effet indirect, par ricochet, sur le contrat à une telle annulation. Alors que le jugement rendu dans le cadre du recours pour excès de pouvoir avait prononcé notamment une mesure tendant à ce que la personne publique contractante saisisse le juge du contrat pour en demander l'annulation ou du moins tenter d'en purger les vices de légalités, le juge de l'exécution considérait pour sa part que « *la commune de Moulins n'a pas pris les mesures propres à assurer, dans les conditions sus-indiquées, l'exécution du jugement* » en question, et qu'il convenait en conséquence « *de prononcer contre cette commune (...) une astreinte de 5000 F par jour jusqu'à la date à laquelle ces mesures auront été prises* ».

²⁶⁶¹ Une relativisation de l'effet indirect sur le contrat de l'annulation d'un acte détachable apportée par l'arrêt : CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, rec. p. 501. Le juge administratif ne perdait donc pas de vue l'impératif de préservation, au nom de l'intérêt général, des relations contractuelles et des droits qu'elles font naître. Aussi le juge administratif considère-t-il désormais que « *l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat* » : CE, 21 février 2011, *Ophrys*, rec. p. 54. Voir dans le même sens : CE, 29 décembre 2014, *Cne d'Uchaux*, req. n° 372477, mais préserve ce faisant la possibilité pour un tiers de contester de manière incidente la légalité d'un acte de nature contractuelle au point de pouvoir en obtenir l'annulation. Le juge administratif précise en effet « *qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible (...), soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat* » : CE, 21 février 2011, *Ophrys*, rec. p. 54.

²⁶⁶² CE, ass., 16 avril 1986, *CLT*, rec. p. 97. Le Conseil d'État considérait alors « *que le contrat de concession et le cahier des charges qui y est annexé ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* » et donc a fortiori pas de la part d'un tiers au contrat contesté.

²⁶⁶³ CE, ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274.

ménagères conclue entre un syndicat intercommunal à vocation multiple (personne publique compétente) et une société de droit privé. Prolongement lointain de la décision *Croix-de-Seguey-Tivoli*²⁶⁶⁴, cette solution se justifiait à la fois eu égard à la dimension objective (réglementaire) des clauses contestées, ainsi qu'à leurs effets conséquents sur les tiers²⁶⁶⁵, et en particuliers les usagers du service en question. Il s'agit donc bien là d'un cas de figure parfaitement transposable à celui de l'externalisation administrative, et ce d'autant plus que la concession en cause dans la décision *Cayzeele* peut être rangée parmi les instruments juridique de sa mise en œuvre. Aussi convient-il de préciser plus avant les incidences de ce renforcement sur l'identification des modalités de contrôle de la légalité de l'obligation au sein de l'externalisation administrative.

399. Son incidence sur le contrôle de la légalité au sein de l'externalisation administrative.

Outre le fait que la décision *Cayzeele* ait été prononcée à propos d'un contrat dont il a pu être démontré qu'il relevait du champ instrumental du concept d'externalisation administrative, un autre argument de taille milite en faveur de l'application de cette extension du recours pour excès de pouvoir afin de sanctionner l'illégalité de l'obligation ainsi finalisée au service de sa mise en œuvre. Associant de la même façon, au sein d'un contrat, une dimension subjective, dans la mesure où elles sont contenues dans un acte juridique issu de la volonté exprimée des parties et qu'elles sont destinées à encadrer leurs comportements respectifs²⁶⁶⁶, et objective, dès lors qu'elles entraînent des effets à l'égard des tiers, les clauses réglementaires se rapprochent étroitement de la conception renouvelée de l'obligation comme cela a d'ailleurs pu être évoqué précédemment²⁶⁶⁷. Elles aussi présentent en effet une dimension duale

²⁶⁶⁴ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec. p. 962. Une décision à l'occasion de laquelle le juge administratif avait admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir intenté par un usager du service public contre une décision relative à son exécution par une autre personne que l'autorité publique compétente.

²⁶⁶⁵ Rappelons brièvement que les clauses réglementaires insérées dans les contrats administratifs présentent une dimension à la fois contractuelle, dans la forme, et réglementaire, dans le fond. Ainsi est-elle toujours envisagée de manière ambivalente en tant que stipulation contractuelle entre les parties, et que clause réglementaire à l'égard des tiers. Marion Ubaud-Bergeron souligne d'ailleurs que « *la clause réglementaire a un tel effet (...) vis-à-vis des tiers, en ce qu'elle s'impose à eux comme un règlement* » qu'il était incontournable que le souci de préservation du droit objectif conduise à admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté par les tiers pour en contester la légalité : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 21.

²⁶⁶⁶ Philippe Terneyre rappelle d'ailleurs que « *la problématique des clauses à caractère réglementaire ne se pose donc que dans les « vrais » contrats administratifs, c'est-à-dire dans des actes juridiques porteurs d'obligations (généralement) réciproques, juridiquement sanctionnées et expression de la libre volonté (...) de deux ou plusieurs personnes disposant de la personnalité juridique* » : TERNEYRE Ph., « *Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public* », *RFDA*, 2011, p. 894.

²⁶⁶⁷ Marion Ubaud-Bergeron rappelle en outre, à propos de la place de l'unilatéralité dans les contrats administratifs, que leur présence impose nécessairement une limite à l'effet relatif du contrat du fait de leur effet

évidente en tant que stipulations contractuelles subjectives entre les cocontractants, et que clauses réglementaires objectives à l'égard des tiers²⁶⁶⁸ à l'instar de la conception renouvelée de l'obligation sur laquelle repose la mise en œuvre juridique de l'externalisation administrative. Il convient donc de s'appuyer sur ce cas particulier d'admission du recours pour excès de pouvoir contre le contrat pour envisager une éventuelle application de celui-ci à l'égard de l'obligation au sein de l'externalisation administrative.

Alors que le contrat est en règle générale envisagé comme un acte créateur de situations juridiques subjectives tissant entre plusieurs individus un lien fait de droits et d'engagements réciproques, la reconnaissance de l'existence en son sein de clauses considérées, eu égard à leurs effets par rapport aux tiers, comme réglementaires apporte une impression ambivalente à l'égard de ces situations subjectives qui rejoint celle ressentie face à la conception renouvelée de l'obligation faisant apparaître sa signification comme étant à la fois subjective et objective. Léon Duguit soulignait d'ailleurs déjà cette ambiguïté à propos des concessions de service public, lesquelles se présentaient selon lui comme un « *acte complexe* »²⁶⁶⁹ dont le contenu était constitué à la fois d'obligations contractuelles subjectives et d'obligations réglementaires objectives²⁶⁷⁰. Sans aller jusqu'à suggérer l'adoption d'une qualification nouvelle²⁶⁷¹ de cette situation « hybride »²⁶⁷², la présentation de la clause réglementaire invite toutefois à admettre son rapprochement de la conception renouvelée de l'obligation ici envisagée à l'aune de sa

réglementaire à l'égard des tiers : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 17 et s.

²⁶⁶⁸ Denys de Béchillon et Philippe Terneyre rappelaient que « *les clauses réglementaires sont, avant tout, celles qui protent leurs effets au-delà des seules parties au contrat (et notamment sur les tiers ou a fortiori les usagers (...)). Par ailleurs, les clauses qui assurent l'organisation (et le fonctionnement) du service public sont également réputées réglementaires* » : DE BÉCHILLON D. et TERNEYRE Ph., « Contentieux des contrats administratifs », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2000, p. 17.

²⁶⁶⁹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Broccard, 1930, p. 420 et plus largement p. 420 et s.

²⁶⁷⁰ Dans la mesure où la personne publique compétente conservait la maîtrise de l'organisation du service public, le contrat devait en effet prévoir de telles règles d'organisation et leur conserver par conséquent leur caractère réglementaire ; c'est-à-dire ayant des effets à l'égard des tiers, et donc au-delà du cercle restreint des parties. Guillaume Goulard affirmait ainsi que « *les clauses réglementaires d'un contrat sont celles qui fixent les conditions dans lesquelles le concessionnaire doit s'acquitter de sa mission (...), tandis que les clauses purement contractuelles sont celles qui n'auraient pas de raison d'être si le service était exploité en régie* » : conclusions prononcées par Guillaume Goulard sur l'arrêt : CE, 29 décembre 1997, *Madame Bessis*, req. n° 170822.

²⁶⁷¹ Yves Madiot suggérait en effet quant à lui l'adoption d'une qualification singulière de ces actes « hybrides » en tant qu'actes mixtes ; autrement dit, en tant qu'« *acte passé entre une ou plusieurs personnes privées et l'administration et qui associe, par fusion ou juxtaposition, des éléments contractuels et des éléments réglementaires* » : MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 103, 1971, p. 243.

²⁶⁷² Nous pourrions également employer le terme de « *double nature* » de la clause réglementaire présente notamment dans les contrats de concession et qui conduisit d'ailleurs Léon Blum à envisager sous cet angle la qualification juridique de ces contrats : conclusions prononcées par Léon Blum sur l'arrêt : CE, 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, rec. p. 216 ; concl. BLUM L., rec. p. 216.

finalisation au service de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Un rapprochement qui autorise alors à tirer les conséquences de la jurisprudence *Cayzeele* pour émettre l'hypothèse d'une application similaire du recours pour excès de pouvoir afin de permettre la sanction de la légalité de la dimension objective de l'obligation au sein de l'externalisation administrative ; en d'autres termes, de permettre la sanction statique de cette dimension de l'obligation alors même qu'elle relève à la fois de l'expression de l'intérêt général et d'un accord entre les parties.

Il s'agirait alors d'envisager que, à l'instar des actes unilatéraux, dans toute mise en œuvre contractuelle de l'externalisation administrative il soit admis qu'un tiers, et notamment un usager du service public dont la gestion serait de cette façon confiée par l'autorité compétente à un partenaire distinct, puisse contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité des éléments objectifs de son contenu. Ainsi pourrait-il par exemple contester la légalité des modalités de tarification ou encore de la qualité attendue de la prestation fournie par la partenaire de l'administration aux usagers²⁶⁷³. De manière plus générale, il s'agirait par cette voie contentieuse d'autoriser tout tiers dont un intérêt personnel serait atteint de façon directe et certaine à contester la légalité du cadre objectif instauré par l'obligation au sein de la mise en œuvre contractuelle du concept d'externalisation administrative pour la réalisation d'une compétence matérielle. Un tel recours pourrait notamment porter sur le cahier des charges imposé par l'autorité administrative compétente à son partenaire en contrepartie de l'habilitation à exercer une activité de service public selon des conditions dictées notamment par les exigences de l'intérêt général et les besoins identifiés de ce service et de ses usagers²⁶⁷⁴. Dans le domaine des activités de service public, et au-delà, ce recours permettrait de la sorte d'assurer de manière certaine une sanction du respect par l'obligation de la légalité objective, et ce malgré son insertion dans une relation subjective reposant notamment sur un

²⁶⁷³ René Chapus proposait en l'occurrence une détermination précise de ce qui pourrait ainsi faire l'objet d'un tel recours dans le cadre de l'externalisation administrative. Il s'agirait alors de permettre la contestation de la légalité des « conditions dans lesquelles le concessionnaire doit s'acquitter de sa mission, et notamment des modalités de ses rapports avec les usagers (notamment, tarif des redevances à percevoir (...)) » : CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 497.

²⁶⁷⁴ Rappelons sur ce point que s'il invitait le Conseil d'État à déclarer irrecevable le recours pour excès de pouvoir introduit par un tiers à un contrat de concession contre une clause réglementaire de son cahier des charges, Olivier Dutheillet de Lamothe affirmait que « les clauses d'un contrat de concession, et notamment du cahier des charges, relatives à l'organisation et au fonctionnement du service présentent un caractère réglementaire en ce sens que les usagers peuvent s'en prévaloir tant à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes des autorités de tutelle du concessionnaire (...) qu'à l'appui d'un recours contractuel dirigé contre le concessionnaire lui-même » : conclusions prononcées par Olivier Dutheillet de Lamothe sur l'arrêt : CE, ass., 16 avril 1986, *CLT*, rec. p. 97 ; concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *RDP*, 1986, p. 857.

lien de droit tissé entre les parties. Il serait en outre possible de contester par cette voie la légalité de l'obligation essentielle par laquelle l'autorité administrative compétente habilite dans certaines conditions son partenaire à participer à la réalisation d'une compétence matérielle, par exemple pour invoquer sa méconnaissance du principe d'indisponibilité, ainsi que celle des obligations accessoires déterminant les conditions de son accomplissement. Mais qu'en est-il, du reste, s'agissant du contenu du contrat autre que les clauses réglementaires ? Si sur ce point le recours pour excès de pouvoir semble devoir rester irrévocablement fermé pour les tiers, il en va autrement du recours de plein contentieux.

2. La contestation par les tiers de la validité du contrat

400.L'admission au profit des tiers d'un recours en contestation de validité du contrat. Alors qu'il souligne le passage « *de Martin à Bonhomme* »²⁶⁷⁵, Pierre Delvolvé propose une présentation éclairante de l'avancée substantielle apportée par la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* à la contestation de la validité d'un contrat administratif par un tiers. En mettant définitivement à l'écart la prohibition d'un accès au juge du contrat au bénéfice des tiers²⁶⁷⁶, cette décision rendue par les juges du Palais-Royal considère désormais « *qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement de l'article L. 551-13 et suivants de code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* »²⁶⁷⁷.

S'il existait jusque-là une distinction nette entre le contentieux de l'excès de pouvoir ouvert exceptionnellement aux tiers à l'encontre d'éléments détachables ou réglementaires du contrat et le plein contentieux à la disposition des parties pour contester la validité même du contrat, ces voies contentieuses semblent désormais marquer un rapprochement en matière contractuelle dans la lignée de celui des contentieux subjectif et objectif au profit d'une

²⁶⁷⁵ DELVOLVÉ P., « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 438 et s.

²⁶⁷⁶ CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749.

²⁶⁷⁷ CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

garantie accrue de la légalité objective des contrats conclus par les personnes publiques²⁶⁷⁸. Bien que la détermination de l'intérêt donnant qualité pour agir aux tiers contre un contrat soit encore strictement délimitée²⁶⁷⁹, au même titre que les moyens invocables²⁶⁸⁰, il n'en reste pas moins qu'il leur est expressément reconnu ici une voie contentieuse susceptible de favoriser là aussi un contrôle renforcé de la légalité des contrats et de leur contenu à l'initiative des tiers. Aussi le juge du contrat peut-il dès lors, saisi en ce sens par une partie ou un tiers d'un recours en contestation de la validité d'un contrat, au vu de son illégalité et « *après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat (...); qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer (...), après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci* »²⁶⁸¹.

401. Son incidence sur le contrôle de la légalité au sein de l'externalisation administrative. De

la même façon que le recours pour excès de pouvoir s'agissant des actes administratifs unilatéraux, tout individu présentant un intérêt à agir jugé suffisant dispose par conséquent aujourd'hui d'une voie contentieuse afin d'assurer, dans son intérêt et de celui du droit objectif, le respect du principe de légalité dans le cadre de l'action administrative. Ainsi est-il possible au vu de cette évolution d'envisager différemment la problématique de la sanction

²⁶⁷⁸ D'ailleurs, il est dorénavant admis qu'est ainsi « *réalisée l'unification du contentieux des contrats administratifs quel qu'en soit le requérant : dans tous les cas, il s'exerce devant le juge du contrat, il porte sur la validité du contrat, il est un contentieux de pleine juridiction* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 442. Marion Ubaud-Bergeron affirme quant à elle que cette solution met finalement « *un terme à l'éclatement injustifié des tiers entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat* » en ce qui concerne la contestation sa légalité dans son ensemble ou d'éléments de son contenu : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 445.

²⁶⁷⁹ Pierre Delvolvé remarque notamment que « *si le lien avec le contrat est distendu. La justification de l'intérêt à agir pourra le resserrer* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 440. Il précise en outre qu'« *à la condition d'intérêt pour agir du recours pour excès de pouvoir est substituée celle d'intérêts pouvant être lésés, qui est évidemment plus restrictive* » : DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 444.

²⁶⁸⁰ Pierre Delvolvé souligne en effet que « *la volonté de limiter l'accès des tiers au recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs, déjà mise en œuvre à propos de la recevabilité de la requête, se prolonge à propos de la recevabilité des moyens* » : DELVOLVÉ P., *Ibid.* Et d'ajouter que si le recours pour excès de pouvoir autorise les tiers à invoquer « *tout chef de légalité, dans le second (le nouveau recours devant le juge du contrat) les tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou d'une gravité telle que le juge devrait le relever d'office* ».

²⁶⁸¹ CE, ass., 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, rec. p. 70.

statique de l'illégalité objective de l'obligation au sein de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, et ce malgré la dualité de sa signification normative à la fois objective et subjective. Si elle s'opère par l'édition d'un acte administratif unilatéral, la sanction pourra être assurée classiquement au moyen d'un recours pour excès de pouvoir. Si elle s'opère par la conclusion d'un contrat administratif entre l'autorité publique compétente et son partenaire, une telle sanction pourra désormais être assurée par diverses voies contentieuses peu à peu fonctionnellement rapprochées par les transformations successives du droit positif au bénéfice d'un renforcement du contrôle de la légalité des actes administratifs. C'est dire que, bien qu'enveloppée dans un instrument juridique essentiellement subjectif, l'obligation pourra faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir à l'initiative d'un tiers au contrat si elle se présente sous la forme d'une clause réglementaire dont la conformité avec le droit objectif serait remise en cause. Elle sera également susceptible de faire l'objet d'un recours de plein contentieux à l'initiative d'une partie ou d'un tiers si sa régularité est contestée. Alors qu'il a longtemps refusé, au nom de l'effet relatif des conventions, d'admettre l'accès contentieux des tiers au contrat, et ce quand bien même il était admis que son illégalité était susceptible d'avoir un effet sur leurs situations personnelles²⁶⁸², le contentieux administratif a donc évolué vers une telle ouverture au nom de la préservation du droit objectif.

L'extension mentionnée plus haut du champ d'application de l'excès de pouvoir et du plein contentieux offre en somme la possibilité d'y déceler une éventuelle sanction « générale » de l'obligation illégale lorsqu'elle exprime dans une relation subjective la signification d'une norme objective de comportement dont certains tiers pourraient se prévaloir. Si le contentieux de l'excès de pouvoir permet d'aboutir à l'identification d'une telle sanction en matière contractuelle à travers l'exemple du recours contre les clauses réglementaires, le contentieux de pleine juridiction n'est pas non plus une éventualité à négliger dans cette optique dès lors qu'il autorise la contestation de la validité objective du contrat, et donc, de manière plus générale encore que le premier, la sanction des obligations qui le composent par les parties et par les tiers au moment de sa conclusion. Aussi le plein contentieux se présente-t-il bien comme un instrument complémentaire du contrôle de la légalité objective des actes administratifs et

²⁶⁸² Marion Ubaud-Bergeron rappelle d'ailleurs que la question de l'accès contentieux des tiers au contrat a durablement constitué une ligne de fracture dans la doctrine au sujet de débats soulevés notamment par le constat « *d'une part, que le contrat administratif produit des effets matériels directs sur certains tiers, et d'autre part, que la légalité du contrat administratif (...) n'intéresse pas que les parties au contrat* » : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 421.

des obligations qu'ils contiennent. L'un comme l'autre, ils contribuent par conséquent à l'identification des modalités de sanction statique de l'obligation au sein de la mise en œuvre juridique de l'externalisation administrative inspirées par l'évolution de la tectonique du contentieux administratif et imposées par la reconnaissance d'une normativité objective de l'obligation exprimée désormais à partir d'un rapport de droit subjectif. Il n'en demeure pas moins qu'il subsiste une limite en matière contractuelle au-delà de laquelle ne saurait *a priori* persister une telle sanction et qui réside principalement dans l'inexécution des obligations par les parties. Il convient effectivement de rappeler le principe selon lequel « *la méconnaissance des stipulations d'un contrat (des obligations qui le composent) ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre des décisions administratives* »²⁶⁸³. Qu'en est-il alors si l'atteinte au droit objectif ne résulte pas d'un manquement au principe de légalité mais d'une inexécution de l'obligation préjudiciable à l'intérêt général ? L'examen des modalités de sanction de l'obligation, indispensable pour assurer sa normativité objective, impose donc une ultime réflexion qui affleure lorsque le concept d'externalisation administrative est mis en œuvre par l'emploi d'un instrument contractuel. Cet examen conduit en l'occurrence à envisager l'éventuelle sanction dynamique de l'obligation objective assurée par la mise en œuvre de la responsabilité dès lors que l'atteinte au droit objectif est causée par un événement apparemment exclusivement subjectif, et par conséquent rétif à toute sanction statique par le biais du contrôle de la légalité objective : l'inexécution de l'obligation par les parties.

§2 : *Une sanction dynamique assurée par la mise en œuvre de la responsabilité*

402. La révélation à travers l'obligation de modalités subjectives de cessation de l'illicite. À ce stade du raisonnement, il convient d'adopter un point de vue différent afin de compléter utilement l'identification des modalités de sanction statique disponibles en droit positif, ou envisageables en son état actuel, pour assurer la normativité de l'obligation dont la conception renouvelée fait apparaître une signification objective au sein de son expression en tant que lien de droit subjectif dans le cadre de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative. Après avoir démontré que l'ordre juridique administratif recélait de telles hypothèses de sanctions contentieuses à l'égard de tout manquement au droit objectif par le contenu obligationnel des actes administratifs participant à cette mise en œuvre par la voie

²⁶⁸³ CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

élargie des recours relevant du contentieux de la légalité (excès de pouvoir et plein contentieux), il convient ensuite de s'aventurer plus avant sur le terrain de la sanction des manquements aux obligations en elles-mêmes, au moment de l'exécution du contrat en particulier ; en d'autres termes, il s'agit logiquement de passer d'une approche statique de cette sanction à une approche plus dynamique eu égard, non plus à titre principal à la légalité objective de l'obligation, mais plutôt au respect de son contenu par les personnes auxquelles elle s'impose. Si la première accordait incontestablement plus d'importance à la signification objective de l'obligation exprimée au sein de l'externalisation administrative, la seconde incite, sans toutefois la négliger, à envisager plus nettement une sanction subjective attachée désormais à la garantie d'une norme objective de comportement insérée dans un lien de droit individuel, et ce en fonction notamment des attitudes respectives adoptées par les parties ainsi liées. Il est alors question de déterminer comment assurer la sanction du respect de la dimension objective de l'obligation lorsque celle-ci s'exprime pleinement dans une relation interindividuelle dominée par une coloration subjective comme cela est le cas tout particulièrement dans le cadre contractuel, et donc incidemment comment garantir l'effectivité de la sanction de son inexécution, préjudiciable pour l'ordre juridique et l'intérêt général, alors qu'elle appelle dans une telle configuration la mise en œuvre d'un contentieux subjectif dont l'objet réside essentiellement dans la défense des droits lésés et qui est *a priori* exclusivement réservé aux parties ; c'est-à-dire aux individus qui tirent de la relation instaurée du fait de l'expression de leur volonté des droits dont ils attendent justement l'exécution de la part de leur partenaire. Sur ce point, l'admission du recours des tiers pour aboutir au prononcé par le juge d'une sanction de cet ordre paraît encore plus compromise que celle toujours partiellement restreinte du recours introduit par ceux-ci afin de garantir la préservation de la légalité objective à l'égard du contenu obligationnel d'un contrat.

D'aucuns ont cependant pu déceler dans la notion d'équité, en droit civil comme en droit administratif, une voie susceptible d'ouvrir davantage le contentieux subjectif à l'initiative de requérants non directement liés par une relation contractuelle, mais auxquels les manquements des parties à leurs obligations respectives seraient susceptibles de porter préjudice. Il est *prima facie* aisé de déceler ici une différence nette avec les arguments principaux ayant contribué à la transformation de l'office du juge du contrat et à l'extension au bénéfice des tiers du recours en contestation de la validité du contrat. Alors que celle-ci se justifie principalement par une volonté d'étendre la protection de la légalité, et donc d'autoriser les individus quels qu'ils soient à en assurer la garantie, la réflexion doctrinale

conduite à partir de la notion d'équité renvoie quant à elle apparemment au souci de préserver, en son nom, les droits subjectifs de ces individus tout autant susceptibles d'être lésés par une inexécution qui ne créerait en principe aucun effet à leur égard. Elle s'en rapproche néanmoins sous certains aspects, dès lors qu'il est admis que l'équité serait une composante du principe d'égalité²⁶⁸⁴ dont la finalité serait d'assurer un même traitement à tous les administrés de la part de l'administration, ou du moins que cette dernière s'assure que son action n'entraîne pas, directement ou indirectement, un préjudice indu à un tiers lorsqu'elle s'engage dans une relation contractuelle. Associée dans son raisonnement à l'intérêt général, l'équité (ou le juste) guiderait en l'occurrence selon Élise Langelier l'office du juge du contrat²⁶⁸⁵ à la fois : au moment de l'appréciation de la validité de son contenu, et de la sanction de son inexécution en complément de l'examen de la légalité²⁶⁸⁶. Élise Langelier affirme en outre que « *l'atteinte (manquement à l'obligation) ne s'analyse pas seulement en un manquement à un impératif performatif purement subjectif : la force obligatoire des conventions est également un principe inscrit comme impératif institutionnel ayant valeur légale* »²⁶⁸⁷. Elle en conclut finalement que légalité comme équité constituent un cadre dont le juge administratif assure le respect aussi bien au moyen du contentieux objectif que du contentieux subjectif ; c'est-à-dire par exemple par la sanction de l'illégalité du contrat et des conséquences de son inexécution sur l'ordre juridique²⁶⁸⁸ dès lors « *que le juste du jugement ne se traduit pas seulement dans l'exigence de départager, de donner à chacun sa part, il emporte une dimension sociétale bien plus importante* »²⁶⁸⁹. C'est donc bien dans cette direction, associant la justification de l'équité à la protection de la légalité, qu'il convient de

²⁶⁸⁴ Marie-José Guedon soulignait par exemple le fait que la notion d'équité, parente de celle d'égalité, « *joue certainement un rôle dans le travail du juge (de la légalité d'un acte administratif)* » : GUEDON M.-J., « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs : réflexions sur un état des travaux », *AJDA*, 1978, p. 83. Marjolaine Fouletier indiquait en outre plus récemment que la notion d'équité « *constitue une composante para-législative du principe de légalité* » : FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 229, 2003, p. 254.

²⁶⁸⁵ Elle affirme que « *ces impératifs téléologiques que sont l'intérêt général et le juste imposent une démarche qui ne soit pas seulement déontologique mais bien déontique : ils ne s'apparentent pas à un minimum mais à une fin que le juge doit tendre à satisfaire, dans le cadre du système juridique* » : LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, 2012, p. 565.

²⁶⁸⁶ Élise Langelier ajoute clairement que « *l'équité souvent décriée n'est pas la négation de la conformité au droit – et à la loi – mais outil complémentaire qui remplit une fonction heuristique. Pour ne pas être arbitraire, elle implique un équilibre entre divers éléments. Or, celui-ci s'exprime différemment dans les contentieux de la responsabilité et de la validité de l'engagement contractuel* » : LANGELIER É., *op. cit.*, p. 567.

²⁶⁸⁷ LANGELIER É., *op. cit.*, p. 574.

²⁶⁸⁸ Ainsi conclue-t-elle sa démonstration portant sur l'importance téléologique de l'équité dans le travail du juge du contrat en affirmant que « *dans le champ administratif, le contentieux de la responsabilité contractuelle dépasse la classique appréhension purement commutative de la justice pour s'interroger sur la possibilité de réconcilier et combiner les formes de justice, distributive, corrective et procédurale afin de rendre compte de la pluralité des enjeux qui ne peuvent se réduire ni à la relation subjective entre les contractants ni à la dimension institutionnelle objective* » : LANGELIER É., *Ibid.*

²⁶⁸⁹ LANGELIER É., *Ibid.*

poursuivre la recherche d'une sanction dynamique de l'inexécution de la signification objective de l'obligation à travers le contentieux subjectif.

Une direction qui se trouve par ailleurs confortée par la démonstration menée par Cyril Bloch sur les modalités diverses de cessation de l'illicite organisées par le contentieux de la responsabilité civile extracontractuelle. Il affirmait en l'espèce qu'il était possible d'y trouver « à côté de la peine et de la réparation, (...) une troisième catégorie de sanctions, irréductible aux précédentes : la cessation de l'illicite, dans laquelle pourrait être rangé l'ensemble des sanctions juridiques ayant pour objet de mettre l'acte ou le fait illicite en conformité avec la règle de droit violée »²⁶⁹⁰ ; en d'autres termes avec le droit objectif, et non seulement pour assurer le rétablissement d'un équilibre que cet acte ou ce fait aurait rompu. Bien qu'il excluait de son champ d'étude la prise en compte de l'illicéité née d'une inexécution des obligations contractuelles, son propos invitait tout de même à s'y intéresser et à tâcher de l'étendre également à cette hypothèse sur les terres du droit administratif, tant elle apparaît comme une fonction essentielle dans la garantie de l'effectivité de la règle de droit²⁶⁹¹, et donc de la norme juridique ; c'est-à-dire potentiellement de l'obligation telle qu'instrumentalisée dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Deux hypothèses peuvent alors *a priori* être avancées : d'une part, celle d'une sanction du respect de l'obligation par le contentieux de l'inexécution et, d'autre part, celle d'une telle sanction par le contentieux de la responsabilité. Il apparaît cependant immédiatement que la première se heurte directement à l'obstacle infranchissable en la matière inhérent à la limitation stricte du champ des requérants susceptibles d'introduire ce type de recours, en l'occurrence exclusivement réservé aux parties à la relation contractuelle en vertu du principe de l'effet relatif des conventions²⁶⁹². L'action en exécution du contrat, et des obligations qui le composent, ne peut en effet être ouverte en principe qu'au créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur²⁶⁹³. Il serait par conséquent difficilement concevable, comme en

²⁶⁹⁰ BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, p. 3.

²⁶⁹¹ Cyril Bloch rappelait d'ailleurs que « cette vocation de la sanction juridique à remplir directement l'aspiration essentielle de toute règle de droit à être obéie par ses destinataires irradie l'ensemble de notre droit », et cela bien au-delà de la distinction du droit civil et du droit administratif : BLOCH C., *Ibid.*

²⁶⁹² Une telle sanction pourrait en effet être éventuellement prononcée par le juge lorsqu'il est saisi par l'une des parties au contrat d'un recours consistant à titre principal « à rechercher à obtenir (...) une exécution du contrat par l'autre partie » dans la mesure où celui-ci se présente en l'occurrence comme une « action orientée vers une obligation de faire dictée par le juge administratif » à l'encontre d'une partie récalcitrante : UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 386.

²⁶⁹³ La personne publique contractante dispose par exemple de la possibilité de demander au juge du contrat de prendre toutes « mesures de nature à assurer l'exécution du contrat » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p.

droit civil d'ailleurs, d'admettre qu'un tiers au contrat puisse saisir le juge d'un recours en exécution d'une obligation sur laquelle il ne dispose d'aucun droit subjectif au seul motif qu'il s'agirait d'une norme objective de comportement édictée dans l'intérêt général. Ce serait là un pas bien trop grand à franchir, et qui serait susceptible de porter atteinte à la délicate harmonie jusqu'alors instaurée entre l'effet relatif et l'opposabilité des contrats. Aussi le recours en inexécution n'est-il d'aucun secours pour la détermination des sanctions éventuellement adaptées à l'obligation telle qu'elle est instrumentalisée au sein du concept d'externalisation administrative. Il est par conséquent préférable de s'attarder plus longuement sur la seconde hypothèse évoquée, laquelle invite à rechercher cette sanction subjective des obligations dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle (A), puis dans celui de la responsabilité contractuelle (B).

A. La garantie subjective des obligations par la responsabilité extracontractuelle

403. Une garantie potentielle éclairée par les modalités civilistes de cessation de l'illicite. Si une telle sanction de l'inexécution des obligations par la responsabilité extracontractuelle pourrait être envisagée en droit civil dès lors que celle-ci cause à autrui un dommage en vertu de l'ancien article 1382 du Code civil, cela amène logiquement à s'intéresser à son application en droit administratif, en particulier pour déterminer l'existence potentielle d'une sanction de l'inexécution des obligations dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Alors même qu'un tiers est en principe exclu de la relation qui unit deux ou plusieurs parties à un contrat par un lien de droit subjectif dont les effets ne dépassent pas les frontières fixées par l'expression de leur volonté, il est néanmoins concevable que l'exécution ou l'inexécution d'une obligation puisse entraîner la responsabilité de la personne fautive eu égard aux dommages qu'elle cause en-dehors. C'était d'ailleurs également le sens de la démonstration avancée par Cyril Bloch à propos d'une fonction essentielle de la responsabilité civile extracontractuelle : la cessation de l'illicite²⁶⁹⁴. S'il distinguait nettement cette dernière de sa fonction réparatrice mise en exergue par

387, alors que son partenaire peut de son côté requérir à son encontre des mesures d'exécution telles que le paiement du prix convenu : CE, 3 décembre 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*, rec. p. 864, ou encore la reprise des relations contractuelles : CE, sect., 23 mars 2011, *Cne de Béziers*, rec. p. 117.

²⁶⁹⁴ Il affirmait alors « *que la cessation de l'illicite se détache des fonctions classiquement reconnues à la responsabilité civile, et plus particulièrement de sa fonction réparatrice* » : BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, p. 27. Et d'ajouter en outre « *que le détachement de la fonction de cessation de l'illicite de la réparation n'implique pas pour autant de détacher la cessation de l'illicite de la responsabilité civile* ».

l'ancien article 1382 du Code civil, du moins les envisageait-il de façon complémentaire afin d'assurer et de rétablir, d'une part, le respect des normes juridiques tout en imposant, d'autre part, la réparation des préjudices subis par les victimes avant la cessation de l'illicite²⁶⁹⁵. Ainsi enjoignait-il à prendre toute la mesure de cette fonction identifiée au sein de la responsabilité extracontractuelle pour finalement dégager les linéaments d'un régime juridique propre à assurer la sanction de l'illicite au-delà de la seule réparation prévue dans le cadre de cette forme de responsabilité civile. Il soulignait en somme le caractère profondément objectif de cette fonction pourtant insérée dans un contentieux subjectif destiné à garantir la protection des droits des individus contre les agissements d'autrui, et en tirait les conséquences sur les conditions de sa mise en œuvre : le fait générateur devait de la sorte passer de la faute au fait illicite et son objet de la réparation du préjudice à la cessation du trouble. Une telle association de ces deux fonctions de la responsabilité civile extracontractuelle autorise alors dans une certaine mesure à identifier une sanction dynamique de l'inexécution d'une obligation objective²⁶⁹⁶ que le droit positif est en l'occurrence venu consacrer explicitement, à plusieurs reprises et dans des sens sensiblement différents, à propos des conséquences sur les tiers de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Tandis qu'il était largement admis jusque-là que l'effet relatif des conventions limitait strictement les possibilités d'intervention contentieuse d'un tiers à l'encontre de l'exécution d'une relation contractuelle, une place a finalement été peu à peu ménagée aux tiers par les juges du Quai de l'Horloge, puis par le législateur, au moyen d'un autre principe concomitant récemment réaffirmé avec force : celui de l'opposabilité par les tiers. En effet, depuis des années, la doctrine civiliste invitait à procéder à une extension des effets du contrat au-delà de la limite imposée par le principe de leur relativité en se fondant justement sur son opposabilité²⁶⁹⁷. Mais au-delà de la doctrine, ce sont successivement la jurisprudence, et plus

²⁶⁹⁵ Il rappelait en effet que, « *au-delà de leurs similitudes conceptuelles, les deux notions (de réparation et de cessation de l'illicite) sont indissociablement liées en droit positif, la jurisprudence civile ne voyant dans la cessation de l'illicite que l'expression d'une forme de réparation en nature* » : BLOCH C., *op. cit.*, p. 73.

²⁶⁹⁶ Il concluait d'ailleurs la démonstration de cette fonction autonome au sein de la responsabilité civile extracontractuelle en précisant finalement que « *la cessation de l'illicite ne protège l'ordre juridique qu'à travers les intérêts subjectifs de ceux qui la réclament. Ce n'est rien de plus que de responsabilité civile qu'il s'agit* » : BLOCH C., *op. cit.*, p. 259.

²⁶⁹⁷ Il convient de citer ici, outre Pascal Ancel, des auteurs tels que Jacques Ghestin, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette ou encore Christian Larroumet et Sarah Bros. Si le premier affirmait en effet qu'« *il semble plus juste de dire que le contrat est considéré en lui-même, au sens technique du terme – accord de volonté destiné à produire des effets de droit – qui est opposable aux tiers* » : GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001, n° 268, les seconds rappelaient que la distinction entre l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers et l'effet relatif était unanimement reconnue par la doctrine : TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les*

récemment le législateur, qui ont consacré définitivement cette voie contentieuse ouverte aux tiers et par laquelle il leur est désormais possible d'assurer en partie la sanction de la dimension objective des obligations insérées dans une relation subjective et dont l'inexécution illicite leur causerait un préjudice. Aujourd'hui, la porte du contrat serait par conséquent ouverte, ou du moins entrebaillée, à toute personne afin de garantir le respect d'une obligation objective dont l'inexécution constituerait à la fois une faute contractuelle au sein de la relation subjective instaurée par le contrat et une faute délictuelle à l'égard des tiers à qui elle causerait un dommage. Une hypothèse dont il s'agit alors d'envisager la transposition en droit administratif, et notamment dans le cadre de l'externalisation administrative, afin de suggérer une éventuelle évolution du droit positif et de déceler une possible sanction de l'inexécution illicite d'une obligation présentant une dimension objective insérée dans une relation subjective. Il convient alors d'envisager l'application d'une conséquence jurisprudentielle de l'opposabilité en droit civil (1) afin d'appréhender plus loin son emploi souhaitable et attendu au service de la garantie des obligations (2).

1. L'application d'une conséquence jurisprudentielle de l'opposabilité en droit civil

404.L'application récente de l'opposabilité en matière de responsabilité extracontractuelle.

L'association des réflexions doctrinales conduites sur la fonction de cessation de l'illicite attribuée en complément de sa fonction réparatrice à la responsabilité civile extracontractuelle et des avancées du droit positif sur les conséquences contentieuses de la notion d'opposabilité incite à déceler en droit civil une possibilité offerte aux tiers à une relation contractuelle d'invoquer devant le juge les conséquences sur sa situation d'une exécution irrégulière ou d'une inexécution d'une obligation d'un contrat auquel ils ne sont pourtant pas parties ; c'est-à-dire à laquelle ils n'ont pas consenti, et donc à l'égard desquels elle ne produit *a priori* aucun effet juridique. L'ancien article 1165 du Code civil affirmait depuis 1804 qu'une telle voie contentieuse semblait vouée à demeurer close aussi bien sur le plan de la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle dès lors qu'il était explicitement précisé que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers* ».

obligations, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2002, n° 465 et s. Les derniers confirment pour leur part cette tendance à l'aune de la réforme du droit des obligations et précisent notamment que « *le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers signifie que les tiers, c'est-à-dire tous ceux qui ne consentent pas à la conclusion du contrat par eux-mêmes (...), doivent tenir compte de l'existence du contrat dans la mesure où il peut leur nuire, sans qu'il crée pour autant une obligation à leur charge. De la même façon, les tiers ont la possibilité de se prévaloir du contrat, notamment envers les parties, sans pour autant devenir créancier en vertu du contrat* » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 862 et s.

Aussi les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle restreignaient-elles grandement les possibilités pour un tiers d'invoquer devant le juge un manquement à une obligation contractuelle pour en demander la cessation et obtenir réparation du dommage qu'il lui aurait causé dès lors qu'il était délicat d'identifier et de prouver son fait générateur fautif, à savoir une faute délictuelle, alors même que la seule faute était de nature contractuelle ; autrement dit déconnectée totalement de la situation juridique du requérant potentiel.

La mise en œuvre traditionnelle de la responsabilité civile extracontractuelle repose en effet sur des conditions d'engagement établies de manière pérenne et qui nécessitent de la part de celui qui s'en prévaut la démonstration : d'une faute délictuelle, d'un préjudice et d'un lien de causalité²⁶⁹⁸. Chacune de ces conditions contribue en l'occurrence au renforcement de la distinction entre celle-ci et la responsabilité contractuelle, confirmant par ailleurs qu'elles ne sauraient être confondues ou réunies comme le confirme également le principe du « non-cumul » de ces deux responsabilités maintenu de manière inflexible par le juge²⁶⁹⁹. Ce dernier rappelait d'ailleurs, à la fin du siècle précédent, que « *les dispositions de l'article 1384 al. 1 ne peuvent être invoquées dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour apprécier la responsabilité engagée* »²⁷⁰⁰. Or, l'ancien article 1384 alinéa 1 du Code civil précisait en particulier la nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité d'un individu « *responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* » dès lors qu'il résulte de « *sa négligence ou son imprudence* »²⁷⁰¹ ; mais en aucune façon des faits déterminés par un accord de volontés entre cocontractants. Aucune faute de nature contractuelle n'était par conséquent susceptible d'ouvrir droit à réparation d'un préjudice qu'elle aurait causé à un tiers dès lors que les fautes contractuelles étaient ainsi strictement exclues du périmètre des fautes délictuelles en vertu notamment de leur origine tirée de la volonté des parties à un contrat ainsi que de leur effet relatif.

Une position qui devait cependant connaître une première évolution jurisprudentielle considérable récemment tempérée par le juge lui-même et par le législateur à l'occasion de la

²⁶⁹⁸ Voir sur ce point : BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 4^e éd., 2016, p. 115 et s.

²⁶⁹⁹ Et ce tout particulièrement depuis l'arrêt : Cass. req., 21 janvier 1890, S., 1890.I.408.

²⁷⁰⁰ Cass. civ. 2^e, 26 mai 1992, n° 91-11149.

²⁷⁰¹ Ancien article 1383 du Code civil en vertu duquel « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence* ».

réforme du droit des obligations du 10 février 2016. En admettant le principe de l'assimilation ponctuelle d'une faute contractuelle à une faute délictuelle, les juges du Quai de l'Horloge firent en effet « sauter le verrou » posé jusque-là à la porte de la responsabilité extracontractuelle pour les tiers demandant réparation d'un préjudice causé par un manquement à une obligation contractuelle. Ils affirmèrent en l'espèce en assemblée plénière, à l'occasion de l'affaire *Boot Shop*, « que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »²⁷⁰². Alors qu'André Gariazzo rappelait dans son avis sur cette décision qu'en vertu de l'ancien article 1165 du Code civil il ne saurait être admis en principe, en vertu de l'effet relatif des conventions, qu'un contrat nuise d'une quelconque façon aux intérêts et aux droits d'un tiers au point de lui permettre d'en demander réparation²⁷⁰³, il précisait que la notion d'opposabilité devait dans certaines circonstances conduire à rompre ce « *splendide isolement* »²⁷⁰⁴ dans lequel se trouvait le contrat en admettant son impact en tant que fait sur la situation juridique des tiers²⁷⁰⁵. C'est ainsi en se fondant sur le principe d'opposabilité du contrat, en tant que situation juridique, par les tiers que l'assemblée plénière en vint à admettre la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle par ces derniers en reconnaissant alors la possibilité reconnaître dans certaines circonstances l'identité de la faute contractuelle et de la faute délictuelle au regard des tiers au contrat²⁷⁰⁶. Une ouverture de la responsabilité extracontractuelle au bénéfice des tiers à l'encontre d'un manquement à une obligation contractuelle qui leur aurait causé un dommage que nuance cependant récemment la Cour de cassation à l'occasion de sa décision *Axiom* déclarant alors que « *le tiers à un contrat peut, en principe, invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un*

²⁷⁰² Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23.

²⁷⁰³ Il indiquait en effet que « *le contrat n'a, en principe, d'effet qu'à l'égard des parties contractantes. Il ne profite ni ne nuit aux tiers en ce sens qu'il ne peut les rendre ni créanciers ni débiteurs. Toujours en principe, il ne crée de lien d'obligations qu'entre les parties contractantes* » : avis d'André Gariazzo sur l'arrêt : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2111.

²⁷⁰⁴ LALOU H., « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *D.*, 1928, chron. p. 69.

²⁷⁰⁵ Il ne faisait en cela que rappeler l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle admettait effectivement de longue date que « *si, en principe, les conventions ne sont pas opposables à ceux qui n'y ont pas été parties, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas rechercher dans les actes étrangers à l'une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer sa décision, ni ne puisse considérer comme une situation de fait vis-à-vis des tiers les stipulations d'un contrat* » : Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1952, *Bull. civ.* 1952, I, n° 55. Ou encore que « *s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat* » : Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 302.

²⁷⁰⁶ Une identité que la Cour de cassation avait par ailleurs déjà admise par le passé en reconnaissant, sous le visa des anciens articles 1165 et 1382 du Code civil que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage* » : Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 368.

manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »²⁷⁰⁷, tout en revenant cependant sur l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle ; c'est-à-dire en exigeant désormais de la victime du dommage qu'elle apporte la preuve de l'existence d'une faute délictuelle²⁷⁰⁸. En ce qu'elle revient en partie sur le pas en avant effectué à l'occasion de la décision *Boot Shop* par l'admission de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, la décision *Axiom* ne remet toutefois pas en cause l'ouverture aux tiers de la responsabilité extracontractuelle, elle en resserre simplement les conditions de mise en œuvre en ne retenant que la relativité de la faute contractuelle ; autrement dit en imposant aux tiers de démontrer l'existence d'une faute délictuelle liée à la faute contractuelle. Une ouverture par ailleurs consacrée quelques mois auparavant par l'ordonnance du 10 février 2016 et la rédaction du nouvel article 1200 du Code civil qui précise, après avoir posé de nouveau le principe de l'effet relatif²⁷⁰⁹, que si « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir pour apporter la preuve d'un fait* » et en particulier d'un dommage pour en obtenir réparation dans les règles fixées par le régime de la responsabilité extracontractuelle. Une consécration qui est de surcroît en passe d'être couronnée d'une ultime intervention du législateur à l'occasion de la réforme à venir du droit de la responsabilité civile. En l'état actuel du projet, le nouvel article 1234 alinéa 1 du Code civil disposerait en effet que « *lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs* »²⁷¹⁰.

405. Les incidences de cette application sur la sanction subjective de l'obligation. Lorsqu'ils confirment, après quelques hésitations jurisprudentielles et doutes doctrinaux, que « *l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été partie, dès lors que la situation de fait leur cause un*

²⁷⁰⁷ Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axiom Kinésithérapie*, n° 16-11203.

²⁷⁰⁸ La 3^e Chambre civile précise qu'il « *en va différemment lorsque la personne dont la responsabilité délictuelle est recherchée n'a, elle-même, commis aucune faute dans l'exécution de ses obligations et ne pourrait voir engager sa responsabilité contractuelle qu'au titre d'une solidarité avec un cocontractant fautif, dont un tiers au contrat ne peut se prévaloir* » : Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axiom Kinésithérapie*, n° 16-11203.

²⁷⁰⁹ Le nouvel article 1199 du Code civil réaffirme en effet que « *le contrat ne crée d'obligation qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraint de l'exécuter* ».

²⁷¹⁰ Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 17 mars 2017. Et s'il semble mettre un terme à l'admission de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, il admet cependant toujours que la relativisation de la première pour autoriser l'accès des tiers à la responsabilité extracontractuelle.

préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle »²⁷¹¹, les juges du Quai de l'Horloge affirment en somme que si la porte du contrat reste en principe fermée pour les tiers en vertu du principe de l'effet relatif, il ne saurait en aller de même pour la fenêtre ouverte sur ce dernier dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle afin de garantir le respect d'une obligation dont l'inexécution serait constitutive à la fois d'une faute contractuelle pour les parties et d'une faute délictuelle à l'égard des tiers à qui elle causerait un dommage. Outre l'avancée conséquente à laquelle elle contribue en matière d'engagement de la responsabilité délictuelle d'un contractant par un tiers pour un manquement dommageable à une obligation contractuelle, cette solution apporte manifestement une possibilité de sanction subjective de la dimension objective d'une obligation qu'éclairait tout particulièrement l'assimilation de la faute contractuelle à une faute délictuelle sur laquelle reposait la solution *Boot Shop*, et que maintient l'état actuel du droit positif à travers la reconnaissance et la consécration de la relativité de la faute contractuelle et de la possibilité qu'elle se double parfois d'une faute contractuelle. Malgré la portée essentielle du principe de l'effet relatif, il existerait donc une place pour la sanction dynamique de la dimension normative objective de l'obligation fondée à la fois sur le pendant de ce principe : l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers en tant que fait juridique, et sa conséquence en matière de responsabilité : la relativisation de la séparation des fautes contractuelle et délictuelle.

Envisagé du point de vue de ses incidences en matière de mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle, le principe d'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers offre effectivement en droit civil les moyens contentieux d'une possible sanction subjective de la dimension objective des obligations composant le contenu du contrat, et en particulier de sa force obligatoire. Alors que celle-ci s'exerce explicitement dans les relations entre les parties au contrat²⁷¹², Pascal Ancel soulignait d'ailleurs l'importance de son influence sur les rapports entretenus indirectement par ces dernières avec les tiers au contrat comme si la force obligatoire exprimait justement cette dimension objective de l'obligation et établissait ainsi un pont inaltérable entre le contrat et les tiers au moyen de la notion d'opposabilité qui se

²⁷¹¹ Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axium Kinésithérapie*, n° 16-11203.

²⁷¹² Il convient en effet de rappeler que « la naissance d'un rapport d'obligation reste évidemment l'élément le plus important de tout contrat » : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 794.

fonderait sur cette force normative attribuée au contrat²⁷¹³ dès son intégration dans l'ordre juridique. Aussi le droit positif admet-il désormais explicitement, à travers la voix du juge et le texte de la loi, une telle voie destinée à assurer la sanction de la force normative objective de l'obligation à travers cette forme d'opposabilité du contrat en matière de responsabilité extracontractuelle qui implique qu'une faute contractuelle, consistant en l'inexécution d'une obligation par l'une des parties, puisse être appréhendée comme une faute délictuelle à l'égard d'un tiers dès lors qu'elle lui cause un dommage²⁷¹⁴, ou du moins comme susceptible de constituer une telle faute²⁷¹⁵. L'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'un des contractants par un tiers lésé manifesterait par conséquent à la fois sa fonction réparatrice, en ce qu'elle permettrait de compenser le dommage subi, ainsi que sa fonction de cessation de l'illicite dès lors qu'elle inciterait la partie fautive à remédier à son manquement et donc à faire cesser son comportement irrégulier à l'égard du droit objectif. C'est finalement sur ce point précis que l'évolution du droit positif rejoint en partie le sens de la démonstration conduite auparavant par Cyril Bloch en vertu de laquelle la cessation de l'illicite qu'autorise l'engagement de la responsabilité extracontractuelle contribuerait concomitamment à la protection des droits subjectifs des individus²⁷¹⁶ et à la préservation du respect de l'ordre juridique objectif dépassant tout naturellement les rapports subjectifs unissant les cocontractants²⁷¹⁷.

Une option que corrobore également, et incidemment, l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle admise par le passé par la jurisprudence *Boot Shop*, ainsi que la relativisation de la distinction des fautes contractuelle et délictuelle, désormais consacrée par le droit positif, en ce qu'elle contribue à l'association des dimensions subjective et objective de l'obligation

²⁷¹³ Alors qu'il rappelait que « *les auteurs se séparent quant au fondement de l'opposabilité du contrat* », Pascal Ancel suggérait de le rechercher principalement dans la force obligatoire du contrat dès lors que « *le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité* » : ANCEL P., *op. cit.*, p. 804 et 807.

²⁷¹⁴ Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23.

²⁷¹⁵ Comme vient le préciser la récente décision : Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axiom Kinésithérapie*, n° 16-11203, ainsi que le projet de réforme de la responsabilité civile eu égard à la rédaction actuellement envisagée du nouvel article 1234 alinéa 1 : *Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 17 mars 2017.*

²⁷¹⁶ Évoquant les contours généralement admis de la fonction de cessation de l'illicite, Cyril Bloch précisait notamment qu'elle devait assurer la protection des droits subjectifs contre les faits irréguliers. Il affirmait plus particulièrement que, « *bien avant de générer un droit à réparation ayant pour objet les conséquences de l'atteinte, le droit subjectif permet à son titulaire de réclamer le respect de ses prérogatives par les tiers* » : BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, p. 146.

²⁷¹⁷ L'auteur affirmait que « *l'action en cessation de l'illicite doit couvrir les faits illicites résultant tant de la violation de règles d'origine légale ou réglementaire que de règles issues de la norme fondamentale de comportement* » : BLOCH C., *op. cit.*, p. 256.

dans le cadre d'un recours contentieux *a priori* essentiellement subjectif. Bien qu'il ait été précisé initialement qu'une telle assimilation avait conduit le juge à tempérer dans un premier ses effets « *par un contrôle minutieux du lien de causalité entre celle-ci et le dommage invoqué par un tiers* »²⁷¹⁸, elle incitait activement à admettre l'importance de la garantie d'une sanction du non-respect par un contractant d'une obligation contractuelle dès lors que ce manquement, illicite au regard du droit objectif qui lui confère son effet juridique subjectif au sein du contrat, cause à un tiers un préjudice en ce qu'il porte atteinte à un droit subjectif acquis en dehors de la relation contractuelle mais que les parties se devaient de respecter. Il est alors important de prendre pleinement conscience que la solution *Boot Shop*, nuancée par la suite aussi bien par le juge que par législateur, engageait à mêler dans le cadre de la responsabilité civile extracontractuelle la dimension subjective inhérente à la protection d'un droit subjectif contre les effets d'un manquement à une obligation contractuelle, et la dimension objective exprimée à la fois : par la garantie du respect de l'ordre juridique qui confère au contrat et aux obligations qui le composent leur force obligatoire, et par la cessation d'un comportement illicite que constitue l'inexécution d'une de ces obligations. En témoignait alors l'abandon temporaire par le juge de la simple relativisation de la distinction des fautes contractuelle et délictuelle au profit de la reconnaissance de leur assimilation ponctuelle. Alors qu'il n'admettait auparavant qu'un tiers ne puisse engager la responsabilité délictuelle d'une partie défaillante que si la faute contractuelle de cette dernière se doublait d'une faute délictuelle de négligence ou d'imprudence²⁷¹⁹, il considérait par la suite que la seule faute contractuelle pouvait parfois se muer en faute délictuelle dès lors qu'elle causait à autrui un dommage. Passant de la nécessité d'identifier au sein d'une relation contractuelle un manquement à une obligation relevant directement de l'ordre juridique objectif, c'est-à-dire d'un manquement à une obligation générale de prudence ou de diligence, à un manquement à une obligation subjective présentant indirectement une dimension objective, le juge civil justifiait ainsi la transmutation de la faute contractuelle en faute délictuelle et l'ouverture au

²⁷¹⁸ Comme le rappelait notamment Xavier Lagarde en évoquant l'avis d'André Giarizzo : LAGARDE X., « *Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine* », *JCP*, n° 43, 2008, p. 18.

²⁷¹⁹ Il avait considéré par exemple que le manquement d'un mandataire à ses obligations contractuelles engageait sa responsabilité extracontractuelle à l'égard des tiers préjudiciés dès lors que son manquement constituait également la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence : Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, n° 95-22.321. Ainsi la seule faute contractuelle ne suffisait-elle pas dans ses conditions à permettre l'engagement de la responsabilité d'un contractant à l'égard d'un tiers, et ce quand bien même elle lui aurait causé un dommage. André Giarizzo rappelait d'ailleurs dans son avis prononcé à l'occasion de l'affaire *Boot Shop* qu'il s'agissait alors « *de ne sanctionner le contractant défaillant qui cause à autrui un dommage que s'il aurait pu lui causer ce même dommage en dehors de tout contrat* » : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2113.

tiers de la responsabilité extracontractuelle pour le sanctionner en cas de dommage. Le retour à l'état antérieur de la jurisprudence, par le législateur à travers l'ordonnance du 10 février 2016 et par le juge à l'occasion de la décision *Axiom*, ne remet en outre nullement en cause le raisonnement ici mené, au contraire. Bien qu'ils renoncent à reconnaître de manière systématique cette transmutation de la faute contractuelle en faute délictuelle, le juge et le législateur confirment la possibilité que la première puisse parfois se dédoubler avec la seconde, et ouvrir ainsi aux tiers la voie contentieuse de la responsabilité extracontractuelle tout en ménageant dans une certaine mesure les conséquences de l'effet relatif et la préservation du lien de droit subjectif. Aussi convient-il désormais d'envisager l'applicabilité de cette évolution du droit civil pour la garantie d'une sanction dynamique de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative par la voie contractuelle.

2. L'emploi souhaitable de la responsabilité extracontractuelle pour la garantie des obligations

406. La mise en œuvre attendue d'un tel emploi de la responsabilité extracontractuelle. Alors que la doctrine civiliste contemporaine s'accorde désormais avec le droit positif pour concéder aux tiers la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle d'une partie à un contrat qui manquerait à une obligation contractuelle et lui causerait ainsi un dommage²⁷²⁰, le droit administratif demeure paradoxalement opposé à cette hypothèse. Il aurait pourtant semblé plus vraisemblable de la voir émerger, ou du moins être suggérée, en son sein en premier dès lors que la dimension objective de l'obligation était déjà admise, de surcroît de manière exclusive, avant même qu'elle soit consacrée par son instrumentalisation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Symptomatique de cette position, la décision *Mme Gilles* réaffirme pourtant avec force l'impossibilité pour un tiers de se prévaloir d'un manquement d'une partie à une obligation contractuelle pour demander réparation du dommage que celui-ci lui aurait causé sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle²⁷²¹. Par la bouche de son juge, le droit administratif apparaît donc inflexible quant à ce refus d'admettre l'engagement par un tiers de la responsabilité délictuelle d'une partie défaillante. Arguant principalement du fait que l'existence du

²⁷²⁰ Malgré le principe de l'effet relatif, et ce en vertu à la fois du principe d'opposabilité et de la consécration de l'assimilation ponctuelle de la faute contractuelle à une faute délictuelle.

²⁷²¹ Et ce, à l'exception des manquements aux clauses réglementaires dont la dimension objective est directement admise et prise en compte par le juge administratif en matière contentieuse (que ce soit en matière d'excès de pouvoir ou comme ici de pleine juridiction).

préjudice allégué se distingue strictement de la relation contractuelle, il adopte cette posture à contre-courant des évolutions contemporaines du droit civil et des arguments sur lesquelles elles se fondent. Le juge administratif considère finalement que « *les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat* », et s'oppose en particulier à ce qu'ils puissent se prévaloir « *d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle* »²⁷²².

Fondé *a priori* sur son attachement, qualifiable ici de « viscéral », au principe de l'effet relatif des conventions consacré depuis 1804 à l'ancien article 1165 du Code civil, ce refus marque en l'espèce un détachement certain du droit administratif à l'égard de son application en droit civil. Sourd aux transformations récentes ayant traversé ce dernier ces dix dernières années, le juge administratif maintient fermement un verrou à l'accès des tiers au contrat aussi bien en matière de contentieux de l'excès de pouvoir qu'en matière de responsabilité extracontractuelle. Sur ce dernier point d'ailleurs, Guylain Clamour souligne que « *pareille évolution est toutefois restée propre au droit civil* » alors que « *la question de l'opposabilité des conventions aux tiers n'a pas mobilisé, devant le juge administratif, les mêmes enjeux* »²⁷²³. Il va en outre encore plus loin dans l'analyse de cette posture catégorique et rigoriste des juges du Palais-Royal lorsqu'il affirme fort logiquement qu'ils ont « *ainsi choisi d'écarter par principe toute responsabilité pour les tiers fondée sur le fait illicite que constitue le manquement à une obligation contractuelle* », et ont de la sorte fait « *trionpher la relativité de la faute contractuelle (en refusant) toute identité entre cette dernière et la faute quasi délictuelle alors qu'en droit commun des obligations tout pousse à la « dérelativisation » du manquement contractuel* »²⁷²⁴. C'est donc en refusant l'assimilation proposée par les juges du Quai de l'Horloge des fautes contractuelles et des fautes délictuelles lorsque les premières causent un dommage à tiers, que leurs confrères du Palais-Royal rejettent encore aujourd'hui toute possibilité d'engagement par un tiers de la responsabilité extracontractuelle d'un contractant n'ayant pas exécuté une obligation contractuelle²⁷²⁵. Ainsi

²⁷²² CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, rec. p. 331.

²⁷²³ CLAMOUR G., « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », in *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 326. Citant les conclusions prononcées par Nicolas Boulouis à l'occasion de la décision *Mme Gilles*, il ajoute d'ailleurs que c'est « *assez tardivement que la jurisprudence administrative dut véritablement affronter la « question vertigineuse du droit des tiers à se prévaloir de l'inexécution du contrat* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 327.

²⁷²⁴ CLAMOUR G., *Ibid.*

²⁷²⁵ Guylain Clamour remarque que la décision *Mme Gilles* met en évidence le fait que le juge administratif écarte l'assimilation opérée par le juge judiciaire et rappelle ainsi que « *la qualité de tiers à un contrat public fait donc obstacle à la possibilité de se prévaloir « d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 335.

ne reconnaissent-ils pas qu'un tel manquement constitue à la fois une atteinte à un droit subjectif au sein de la relation contractuelle et un fait illicite au regard du droit objectif et donc opposable *erga omnes* dès lors qu'il aurait une incidence sur une situation juridique étrangère au contrat.

Guylain Clamour justifie toutefois en partie cette posture « révolutionnaire »²⁷²⁶ du juge administratif par l'existence d'autres voies contentieuses susceptibles de compenser les inconvénients d'une telle solution²⁷²⁷. Il évoque alors successivement la responsabilité d'un contractant pour les dommages causés à l'occasion de l'exécution licite du contrat au moyen de la démonstration par le requérant d'une faute délictuelle détachable du contrat, ainsi que le mise en œuvre, dans une hypothèse relativement similaire, de la responsabilité sans faute de la personne publique : soit sur le fondement du risque causé par l'activité, soit sur le fondement d'une rupture d'égalité, soit finalement sur le fondement de la garde²⁷²⁸. Il apparaît néanmoins que ces diverses voies contentieuses alternatives demeurent profondément inscrites dans une dimension exclusivement subjective de la responsabilité extracontractuelle, et n'entraînent donc pas la mise en œuvre de sa fonction de cessation de l'illicite comme serait susceptible de le faire un alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence *Sté Axium*, mais aussi et surtout sur la rédaction du nouvel article 1200 du Code civil et sur le projet de rédaction du nouvel article 1234 alinéa 1 qui, s'il semble revenir sur l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, reconnaît toujours la relativisation de leur séparation. Qu'il soit donc permis ici de s'écarter quelque peu du sens et des conclusions de l'argumentation conduite par Guylain Clamour au sujet de la décision *Mme Gilles* pour dénoncer le paradoxe latent qu'elle recèle au lieu d'en louer la cohérence conceptuelle inhérente à une identité de situation quant à l'accès des tiers au contrat par le biais de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle guidée par le principe cardinal de l'effet relatif²⁷²⁹. Si le droit administratif connaît çà et là un certain nombre de dérogations à ce principe, il refuse toutefois catégoriquement d'en admettre une, dans ce cas précis, alors que le droit civil l'a lui-même consacrée à la fois par la voie de son juge et par la plume du

²⁷²⁶ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 327.

²⁷²⁷ Un argument par ailleurs déjà avancé par des membres de la Haute Juridiction qui affirment « *que l'état du droit administratif (...) suffit déjà à répondre au souci qui a justifié (...) l'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation* » : DOMINO X., « Contrat, domaine public et action en responsabilité des tiers : un partout, balle au centre », *AJDA*, 2011, p. 1949.

²⁷²⁸ CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 328.

²⁷²⁹ L'auteur reconnaît en effet que « *si le chant en chœur de la responsabilité contractuelle propre aux parties et, en écho, de la responsabilité quasi délictuelle pour les tiers, n'est plus entonné à l'unisson, il n'en demeure pas moins un hymne du droit de la responsabilité* » : CLAMOUR G., *op. cit.*, p. 333.

législateur. Ainsi refuse-t-il de reconnaître finalement la fonction objective de cessation de l'illicite qu'est également susceptible d'endosser la responsabilité extracontractuelle lorsqu'elle conduit par exemple à admettre qu'une faute contractuelle subjective puisse causer des dommages subjectifs mais entraîne également un manquement au droit objectif, lorsqu'elle se double d'une faute délictuelle, auquel il paraît pourtant indispensable d'associer une sanction, et ce d'autant plus en droit administratif où la dimension objective de l'obligation apparaît renforcée à travers sa finalisation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. En ce qu'elle permet de mettre ainsi en évidence une éventuelle lacune du droit administratif en ce qui concerne l'organisation d'une sanction dynamique subjective au manquement à une obligation dotée d'une dimension objective comme c'est le cas en matière d'externalisation, la finalisation de l'obligation et la signification normative objective qui en découle incitent à plaider en faveur d'un revirement de la solution issue de la décision *Mme Gilles*, à tout le moins pour admettre que si une faute contractuelle se double d'une faute délictuelle qu'il lui revient de prouver, un tiers puisse s'engager sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle et ce pour deux raisons essentielles. D'une part, pour assurer la possibilité d'une sanction dynamique de l'obligation lorsqu'elle est susceptible de présenter, comme en matière contractuelle, une dimension à la fois subjective et objective et, d'autre part, au nom d'un argument de politique jurisprudentielle et de cohérence du droit administratif avec la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi qu'avec la lettre même du Code civil. Il est cependant possible, à défaut d'un tel revirement, d'envisager une telle sanction dynamique dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle au moyen de l'application originale du mécanisme de l'action récursoire qui permettrait de contourner l'obstacle que constitue encore aujourd'hui la décision *Mme Gilles*.

407.L'application originale de l'action récursoire à l'externalisation administrative. Si elle n'est encore envisageable à l'aune d'un horizon obscurci par la jurisprudence *Mme Gilles*, la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle par un tiers aux fins de garantir une sanction dynamique subjective de la dimension objective de l'obligation telle qu'elle paraît en être dotée dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative laisse cependant apparaître un coin de ciel bleu, du fait notamment de la structure obligationnelle caractéristique de ce concept. En effet, il a pu être démontré précédemment que ce dernier repose notamment sur une articulation singulière des obligations essentielles et accessoires destinée en particulier à assurer la conciliation des intérêts divergents au service de la

réalisation d'un intérêt commun ainsi que l'association complémentaire des prestations instrumentales et finales à cette même fin. Il a également été précisé que l'obligation essentielle se présente comme une norme d'habilitation dérivée de laquelle le partenaire de l'autorité compétente tire une ressource l'autorisant à participer à la réalisation d'une compétence matérielle sous le contrôle de la seconde. Il a enfin été démontré que cette obligation essentielle impose à l'autorité administrative compétente l'exercice d'un tel contrôle afin de garantir le respect par son partenaire des conditions de réalisation de la compétence matérielle exigées par l'intérêt général. Ainsi la dimension normative de l'obligation, en tant que norme objective de comportement révélée par le concept d'externalisation administrative, invite-t-elle à rechercher sa sanction dynamique lorsque serait constatée une inexécution à travers l'engagement de la responsabilité de la personne publique compétente pour défaut de contrôle exercé sur son partenaire, qui s'apparenterait également à une inexécution de son obligation contractuelle, en laissant ensuite à celle-ci le soin de se retourner contre celui-là par le biais d'une action récursoire permettant finalement d'engager indirectement la responsabilité du véritable débiteur de l'obligation inexécutée en contradiction avec le droit objectif.

S'il est aujourd'hui impossible – bien que cela soit pourtant souhaitable – d'assimiler dans certains cas une faute contractuelle à une faute délictuelle ou, à défaut, d'accepter leur rapprochement et leur cumul dès lors que le manquement par un contractant à l'une de ses obligations porte atteinte à la fois au droit objectif et à la situation juridique d'un tiers, la voie de la responsabilité extracontractuelle pourrait en effet être ainsi empruntée afin de parvenir à un résultat similaire ; c'est-à-dire à la sanction dynamique subjective de l'inexécution d'une obligation dotée d'une signification certes subjective entre les parties mais également d'une signification objective en tant que norme objective de comportement dictée par les exigences de l'intérêt général et dont l'inexécution constituerait dans ce cas également un fait illicite opposable à tous et par tous. À cette fin, il apparaît en l'espèce qu'une action en garantie comme est parfois présentée l'action récursoire puisse autoriser le contournement temporaire de l'écueil que constitue encore la solution *Mme Gilles* dans l'attente de son éventuel revirement futur. Il ne s'agirait plus alors de l'employer pour échapper au principe de l'irresponsabilité de la puissance publique mais plutôt, dans une logique similaire, pour s'émanciper de l'isolement du contrat à l'égard des tiers et du droit objectif maintenu dans une certaine mesure par le juge administratif. Cette solution complexe garantirait de la sorte une sanction dynamique de l'obligation contractuelle du partenaire de l'administration dont la

dimension normative exprimée dans un lien de droit subjectif interdit *prima facie* à tout individu de s'en prévaloir en l'état actuel du droit administratif dès lors qu'il n'est pas partie au lien de droit en question, et ce quand bien même son inexécution lui causerait un dommage. La condition incontournable d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité serait alors maintenue dans le cadre d'un recours en responsabilité dirigée systématiquement contre la personne publique, mais il ne nécessiterait pas la démonstration d'un lien étroit avec la relation subjective dans laquelle s'exprime l'obligation. Cela aboutirait en somme à encourager un emploi original et rénové de l'action récursoire jusque-là cantonnée principalement à une conséquence de la responsabilité des agents ou des personnes morales agissant pour le compte des personnes publiques. Une utilisation qui demeurerait cependant fidèle à son esprit orienté invariablement vers la réparation d'un préjudice causé indirectement par l'administration²⁷³⁰ par l'intermédiaire d'un mécanisme reposant sur « *l'organisation des rapports triangulaires* »²⁷³¹ faisant intervenir le tiers intéressé par le manquement à une obligation contractuelle, l'autorité administrative compétente chargée du contrôle de son partenaire et ce dernier n'ayant pas, ou mal, exécuté une obligation qui lui incombe.

L'action récursoire retrouverait ici, à travers cette utilisation, sa finalité première consistant à « *détacher le processus de réparation de celui de l'imputabilité* », et donc à réaliser « *une balance entre la garantie de la victime* (ainsi que de la normativité juridique de l'obligation dotée d'une signification également objective) *et le maintien de la responsabilité effective de l'auteur du dommage* (ici le partenaire de l'administration n'ayant pas exécuté son obligation) »²⁷³². Une évolution de son emploi que la doctrine avait déjà implicitement envisagé du fait de la multiplication et de la diversification des interventions publiques et des acteurs y participant²⁷³³. En outre, elle présenterait toujours les mêmes caractéristiques

²⁷³⁰ Georges Vedel et Pierre Delvolvé soulignaient que « *l'évolution jurisprudentielle aboutissait ainsi à rendre l'Administration responsable de dommages qui, pourtant, n'étaient imputables que partiellement ou qui, même, n'étaient nullement imputables à une faute de sa part* » lorsque le fait dommageable était imputable à un agent contre lequel l'administré ne pouvait agir tout en lui permettant cependant d'obtenir elle-même réparation de la part de ce dernier : VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis Droit, 8^e éd., 1982, p. 457. Jean Waline rappelle pour sa part le ressort de l'action récursoire telle que consacrée par la décision : CE, ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, rec. p. 464. Il s'agissait alors, « *après que la victime a été dédommagé* (par l'administration), *de fixer définitivement la part contributive de l'agent et de la personne publique en fonction de la part prise par chacun dans la commission du dommage* » : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016, p. 517.

²⁷³¹ VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *op. cit.*, p. 458.

²⁷³² ROQUES F., « L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité », *AJDA*, 1991, p. 75.

²⁷³³ Françoise Roques ne manquait effectivement pas de constater que le déploiement de l'action récursoire en droit positif allait de paire avec « *la multiplication des actions et des partenaires de la puissance publique* (qui

générales et duales compatibles avec les exigences inhérentes à la sanction dynamique de la double dimension de l'obligation²⁷³⁴ au sein de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative et ce, tout particulièrement, lorsqu'elle s'opère par l'utilisation d'un procédé contractuel. Alors que le tiers engagerait son action au titre d'un préjudice causé par la méconnaissance de la norme objective de comportement imposée à la personne publique par l'obligation essentielle afin qu'elle assure un contrôle effectif et efficace sur l'action de son partenaire, l'autorité administrative compétente engagerait pour sa part, par la suite, une action à l'encontre de son partenaire au titre de l'inexécution par celui-ci de son obligation dans le cadre du droit subjectif qui les unit. Ainsi, tout tiers pourrait-il finalement parvenir à assurer le respect, par chacune des parties à un contrat permettant la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative, des obligations qu'elles doivent respecter en vertu du droit objectif et ce malgré le « cocon » protecteur que constitue leur relation subjective et le principe de l'effet relatif. La responsabilité extracontractuelle retrouverait en outre, dans l'hypothèse de cette application, l'association complémentaire de ses fonctions subjective de réparation et objective de cessation de l'illicite²⁷³⁵ largement mise en œuvre en droit civil et paradoxalement négligée en droit administratif, alors même que la seconde est largement entendue comme la sanction subjective d'un intérêt public supérieur contre les intérêts individuels et à travers elle comme une sanction subjective de la légalité objective²⁷³⁶. Mais il convient également, au vu des transformations récentes des conséquences de l'effet relatif et de l'opposabilité dans le cadre du droit civil, d'envisager pour finir l'hypothèse d'une autre sanction dynamique subjective qui emprunterait cette fois directement, de manière surprenante, la voie de la responsabilité contractuelle.

va entraîner inévitablement celle des hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'administration pouvait se trouver engagée, et dès lors la recherche d'une meilleure protection des victimes » : ROQUES F., *op. cit.*, p. 75 et 76.

²⁷³⁴ Tout particulièrement concernant l'autonomie de l'action récursoire par rapport à l'action initiale. Il s'avère en effet que « l'action récursoire se caractérise par son indépendance vis-à-vis de l'action primaire dans la mesure où l'action récursoire repose sur un droit propre impliquant un préjudice personnel distinct de celui de la victime. Ainsi les moyens opposables à la victime dans le cadre de l'action initiale ne sont pas nécessairement au stade de l'action récursoire » : MONIOLLE C., « Action en garantie (actions récursoires et actions subrogatoires) », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2017, p. 3.

²⁷³⁵ Une fonction objective que mettait en évidence Cyril Bloch lorsqu'il démontrait que « la cessation de l'illicite n'aurait de véritable autonomie qu'en tant et qu'autant qu'elle permettrait le rétablissement de l'ordre juridique objectif » : BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, p. 168.

²⁷³⁶ Cyril Bloch ajoutait en outre que « cette approche objectiviste de la cessation de l'illicite serait parfaitement soutenable s'il s'agissait de décrire un phénomène en matière pénale ou administrative » : BLOCH C., *op. cit.*, p. 169, alors qu'il semble *in fine* en aller autrement, en particulier eu égard au traitement de l'ouverture de la responsabilité extracontractuelle aux tiers pour sanctionner l'inexécution par une partie de son obligation contractuelle.

B. La garantie subjective des obligations par la responsabilité contractuelle

408. Une garantie potentielle suggérée par les transformations de la responsabilité civile. Il semblerait *a priori* que cette voie soit condamnée à demeurer close, du moins tant que le premier verrou déjà apposé à l'ouverture aux tiers de la responsabilité extracontractuelle ne sera pas rompu en droit administratif. Il est néanmoins intéressant d'évoquer une telle hypothèse de sanction dynamique et subjective de la dimension normative objective de l'obligation telle qu'elle apparaît notamment dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative par l'emploi du procédé contractuel ; ne serait-ce qu'en raison des transformations récentes, et surtout à venir, en matière de droit de la responsabilité civile. Ayant procédé principalement à droit constant au cours de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, le législateur envisage de s'aventurer encore plus loin à l'occasion du projet de réforme en cours de la responsabilité civile, et en particulier de la responsabilité contractuelle²⁷³⁷. Déjà impacté indirectement par la première à l'occasion de la réaffirmation de l'effet relatif des conventions et de la confirmation de la notion d'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers, ce régime de responsabilité propre aux relations subjectives nées d'un contrat paraît devoir s'ouvrir à l'avenir aux tiers dans un contexte assez similaire, ou du moins dans un souci d'harmonie, à celui de l'ouverture à ces derniers de la responsabilité civile extracontractuelle en cas de préjudices causés par l'inexécution par une partie d'une obligation contractuelle constitutive d'une faute délictuelle à prouver. Il s'agissait pourtant encore récemment d'une éventualité qui semblait devoir inlassablement s'échouer sur le récif inaltéré du principe de l'effet relatif. Les avancées contemporaines de la notion d'opposabilité et de ses conséquences à l'égard des tiers ont cependant contribué peu à peu à leur attribuer un droit de regard sur le contrat autant pour accentuer la protection de leurs droits subjectifs que pour favoriser incidemment un renforcement de la préservation de l'ordre juridique objectif et de l'équité qui en constitue sur ce point une composante essentielle²⁷³⁸ dans la recherche d'un « *fragile équilibre entre l'utilité économique et la justice sociale* »²⁷³⁹.

²⁷³⁷ Soulignons que ce régime de responsabilité civile, pourtant étroitement lié au droit des obligations et des contrats, était un grand absent, remarqué, de la réforme du 10 février 2016. Mustapha Mekki rappelle en l'occurrence que « *beaucoup ont souligné la curiosité d'une réforme du droit des obligations qui n'incluait pas le droit de la responsabilité civile en générale et celui de la responsabilité contractuelle en particulier (...), il devenait urgent de compléter l'ordonnance du 10 février 2016 relative au droit des obligations* » : MEKKI M., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 22, p. 17.

²⁷³⁸ Ainsi en témoigne notamment l'introduction dans le Code civil d'une disposition consacrant textuellement la fonction de cessation de l'illicite endossée par la responsabilité civile. L'avant-projet de loi portant réforme de la

L'objectif affiché par la Chancellerie à travers l'avant-projet de loi présenté le 29 avril 2016 fait en l'occurrence état d'une volonté ferme de renforcer la fonction normative de la responsabilité civile et cela notamment en accentuant davantage l'association de sa fonction préventive, principalement subjective, à la préservation de la légalité²⁷⁴⁰. Il opérerait toutefois, avant la consultation publique, à un revirement significatif par rapport à la décision *Boot Shop*, confirmé par la suite par la décision *Sté Axium*, en disposant au nouvel article 1234 que « *lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur* (autrement dit au contractant défaillant) *que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle* ». Il abandonnerait ainsi l'assimilation ponctuelle des fautes contractuelle et délictuelle au profit de la simple relativisation de leur distinction, comme le confirme d'ailleurs la récente jurisprudence *Sté Axium*, et cela au nom du respect du principe de l'effet relatif des conventions encore une fois dressé devant la finalité de protection de l'ordre juridique objectif. C'était cependant sans compter avec l'influence de la doctrine²⁷⁴¹. La mouture de ce projet après consultation publique réserve en effet son lot de surprises par rapport à l'avant-projet initial, en particulier s'agissant de la rédaction du nouvel article 1234 alinéa 1 et alinéa 2 : d'une part, car, s'il confirme en partie l'abandon de la jurisprudence *Boot Shop* en esquissant une forme de retour à la simple relativisation de la distinction des fautes contractuelle et délictuelle²⁷⁴² qui était retenue avant la décision de 2006, il tend également, d'autre part, à admettre dans cette même hypothèse l'ouverture aux tiers de la responsabilité

responsabilité civile prévoyait en effet, avant la consultation publique, l'introduction d'un nouvel article 1282 en vertu duquel, « *indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou à faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur (seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures)* ».

²⁷³⁹ MEKKI M., *op. cit.*, p. 18.

²⁷⁴⁰ Et ce particulièrement dans la mesure où « *il devrait appartenir au juge de rétablir la légalité en supprimant la cause d'un trouble illicite, si les conditions sont réunies* » : MEKKI M., *op. cit.*, p. 25.

²⁷⁴¹ Comme en témoigne par exemple la critique formulée par Louis Thibierge du projet de nouvel article 1234 du Code civil tel que prévu par l'avant-projet de loi du 29 avril 2016, ainsi que la proposition d'une modification de cette disposition : voir : THIBIERGE L., « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers (art. 1234) », *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 25 juillet 2016.

²⁷⁴² Le garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas soulignait alors que les modifications apportées à la rédaction de l'alinéa 1 du nouvel article 1234 après consultation publique avaient pour objectif « *de prendre le contre-pied de la jurisprudence sur la délicate question de l'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle* », et notamment « *de faire relever la réparation du préjudice corporel de la responsabilité civile extracontractuelle, même si ce dommage a été causé à l'occasion de l'exécution du contrat* » : discours prononcé par le ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas devant l'Académie des Sciences morales et politiques le 13 mars 2017. Dans cette formulation nouvelle, il demeure en effet prévu que « *lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs* ».

contractuelle²⁷⁴³ bousculant alors davantage le principe de l'effet relatif. De telles mutations du droit de la responsabilité civile, et notamment de la responsabilité contractuelle, et leurs incidences sur l'appréhension des modalités de sanction des obligations contractuelles présentant une dimension objective ne pouvaient être laissées de côté alors que l'étude ici menée incite justement à rechercher l'éventualité d'identifier ce type de sanction dynamique propre à garantir la normativité de l'obligation telle qu'elle est instrumentalisée dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative. L'issue de cet examen n'en demeure pas moins incertaine eu égard aux développements précédents et au sort réservé par le juge administratif à la jurisprudence remarquable adoptée par les juges du Quai de l'Horloge. Il paraît néanmoins possible d'envisager une sanction dynamique de l'obligation à travers l'ouverture éventuelle de la responsabilité contractuelle aux tiers au nom du principe d'opposabilité (2), et ce malgré l'obstacle apparent de l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers (1).

1. L'obstacle apparent de l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers

409. Un effet relatif compensé en droit civil par la notion d'opposabilité. Si le principe de l'effet relatif des contrats est inscrit dans le marbre du Code civil depuis 1804 et semble d'ailleurs connaître un regain de forme certain à l'aune du projet de réforme du droit de la responsabilité civile, il est de plus en plus compensé dans la période contemporaine par la notion d'opposabilité des contrats aux tiers et par les tiers. Autant la réforme du droit des obligations, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, que le projet de réforme de droit de la responsabilité civile, dans sa version issue de la consultation publique présentée le 13 mars 2017, maintiennent la vigueur de l'effet relatif, et en particulier de ses conséquences en matière contentieuse s'agissant de l'accès des tiers au contrat. Il s'impose en somme toujours comme l'écueil majeur et incontournable dressé contre l'ouverture d'un recours contre le contrat à tout individu contestant sa validité objective ou, pire encore, l'inexécution d'une obligation du contrat auquel il ne serait pas partie. Tel qu'il se trouve réaffirmé au nouvel article 1199 du Code civil, le principe de l'effet relatif pose toujours la règle cardinale selon laquelle « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* » et « *les tiers ne peuvent ni*

²⁷⁴³ Il précisait également à l'occasion de ce discours qu'il était désormais prévu par l'alinéa 2 de ce nouvel article 1234 « *que la victime pourrait invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que les règles de la responsabilité extracontractuelle* » afin de demander réparation et cessation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle : discours prononcé par le ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas devant l'Académie des Sciences morales et politiques le 13 mars 2017.

demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ». Christian Larroumet et Sarah Bros rappellent d'ailleurs qu'il s'agit là d'un principe essentiel depuis la codification de 1804 selon lequel « *l'effet créateur de droits et d'obligations du contrat doit être limité aux parties contractantes, c'est-à-dire à celles qui ont donné leur consentement à la formation du rapport contractuel (...), il ne peut lier que ceux qui ont accepté de l'être* »²⁷⁴⁴.

Comme le rappelle par conséquent la rédaction actuellement retenue du nouvel article 1234 alinéa 1 du Code civil, s'il est admis que l'inexécution d'une obligation contractuelle puisse avoir un effet dommageable sur la situation juridique d'un tiers, celui-ci ne saurait s'en prévaloir « *que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle* » en apportant alors la preuve d'une faute délictuelle commise à l'occasion de cette inexécution. Aussi le législateur envisage-t-il de rétablir une frontière moins poreuse entre le contrat et les tiers tout en tenant compte de la rédaction du nouvel article 1200 alinéa 2 du Code civil en vertu duquel les tiers « *peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ». Si le projet de réforme du droit de la responsabilité civile semble marquer un coût d'arrêt à la jurisprudence *Boot Shop*, il s'agit principalement d'y voir une prise en compte de la nécessité de garantir la pérennité et l'effectivité du principe de l'effet relatif sans pour autant remettre en cause les atténuations qu'y apporte la notion d'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers. D'abord d'origine doctrinale puis jurisprudentielle²⁷⁴⁵, cette notion est d'ailleurs désormais pleinement consacrée au nouvel article 1200 du Code civil, à la suite immédiate de l'énoncé du principe de l'effet relatif. Or cette structure retenue de la section relative aux dispositions générales portant sur les effets du contrat à l'égard des tiers ne doit rien au hasard et vient rappeler au contraire que la seconde s'impose bel et bien comme une compensation nécessaire des conséquences du premier au nom de « *l'idée d'une « socialisation » du contrat, à vouloir le faire échapper à son individualisme* »²⁷⁴⁶. Il est donc aujourd'hui largement admis que le contrat et la situation juridique qu'il fait naître entre les parties doivent également être opposables aux tiers et par les tiers dès lors qu'ils étendent parfois leurs effets

²⁷⁴⁴ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 8^e éd., 2016, p. 591.

²⁷⁴⁵ Voir notamment sur ce point : Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1952, *Bull. civ.* 1952, I, n° 55, ou encore : Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 302.

²⁷⁴⁶ Avis d'André Gariazzo prononcé sur l'arrêt : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2112.

au-delà du lien de droit subjectif qu'ils ont instauré, et acquièrent en l'occurrence une dimension objective dont il convient de garantir le respect à l'égard de tous²⁷⁴⁷.

Ainsi cette notion d'opposabilité a-t-elle notamment contribué à l'ouverture mesurée de la responsabilité extracontractuelle aux tiers en cas de dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle afin de garantir ce faisant la sanction juridique à l'initiative d'un tiers d'une obligation contractuelle dotée d'une signification normative objective²⁷⁴⁸. Elle s'impose alors comme l'une des clefs de la détermination éventuelle de sanctions susceptibles de garantir et donc d'assurer la normativité de certaines obligations présentant une signification duale à la fois objective et subjective. Par conséquent, elle autorise dans ces conditions à remettre en cause, ou du moins à compenser, certaines incidences du principe de l'effet relatif en ce qu'il tendrait idéalement à préserver le contrat de toute ingérence étrangère à la volonté des parties, que ce soit au moment de la formation du contrat ou au cours de son exécution, dans la mesure où il est toujours conçu comme constituant la loi des parties. Il convient néanmoins d'apporter ici une précision utile à l'appréhension de l'importance de la notion d'opposabilité eu égard à l'encadrement du contrat par le droit objectif, qui lui confère d'ailleurs sa force obligatoire. En renouant avec l'esprit de l'ancien article 1134 du Code civil, le nouvel article 1193 rappelle en l'occurrence, au titre de la force obligatoire du contrat, que la loi constitue en elle-même une source d'ingérence non négligeable sur son contenu voire sa pérennité²⁷⁴⁹, et à travers elle l'ordre juridique objectif. Aussi l'application de la notion d'opposabilité relève-t-elle notamment de cette impérieuse nécessité de garantir le respect, par le contrat aussi bien que par les parties, de l'ordre juridique objectif qui lui confère ses effets juridiques. Or, une telle garantie passe en particulier par la reconnaissance de son effet *erga omnes*, de même que pour les conséquences de son inexécution, et impose une telle opposabilité aux tiers et par les tiers en tant que garantie de ce respect qui ne saurait être confié au seul bon vouloir des contractants. Une fonction de compensation de la notion d'opposabilité que le droit administratif n'avait toutefois jusqu'à présent appréhendé que de

²⁷⁴⁷ Une solution que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment depuis l'arrêt : Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1931, *DH*, 1931, p. 506. Les juges du Palais-Royal affirmèrent alors « *que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat* ».

²⁷⁴⁸ André Gariazzo rappelait d'ailleurs explicitement que « *l'opposabilité du contrat, en tant que situation de fait, induit la faculté pour les tiers, dans l'hypothèse où la méconnaissance de cette situation par ceux qui l'ont créée, d'en obtenir la sanction juridique en se plaçant sur le terrain délictuel* » : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2112.

²⁷⁴⁹ Il dispose que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

manière superficielle et fugace laissant le principe de l'effet relatif occuper le « rôle titre » de la sanction dynamique des obligations²⁷⁵⁰.

410. Une compensation inspirante pour la sanction de l'obligation au sein de l'externalisation. Un « rôle titre » d'ailleurs parfaitement mis en scène par Marion Ubaud-Bergeron à l'occasion de l'observation des relations entre le juge, les parties au contrat et les tiers en droit administratif. Rappelant l'adage suivant lequel « *la chose convenue entre les uns ne profite ni ne nuit aux autres* »²⁷⁵¹, elle insistait en effet sur la prédominance du principe de l'effet relatif du contrat ainsi que sur l'obstacle *a priori* incontournable qu'il constituait alors pour l'accès des tiers à l'encontre de ce dernier ou de ses conséquences sur leurs situations juridiques. Elle soulignait cependant assez vite qu'il s'agissait en fin de compte d'une situation de façade, ou du moins en reconstruction face à l'émergence de dérogations de plus en plus nombreuses aussi bien en droit civil²⁷⁵² qu'en droit administratif²⁷⁵³. Alors qu'elle insistait ce faisant sur l'absence de principe de toute incidence néfaste du contrat administratif sur la situation juridique des tiers, elle n'en oubliait pas moins de préciser que ces derniers pouvaient ponctuellement s'immiscer dans la relation contractuelle, du moins implicitement, au nom de la notion d'opposabilité empruntée au droit civil. Marion Ubaud-Bergeron précisait en l'espèce que le juge administratif reprenait cette portée initiale du principe de l'effet relatif lorsqu'il affirmait par exemple qu'un « *contrat administratif ne peut porter atteinte aux droits des tiers* »²⁷⁵⁴, une posture jurisprudentielle qui s'exprime encore aujourd'hui comme l'illustre le sens de la décision *Mme Gilles*²⁷⁵⁵. Mais elle indiquait également que la prépondérance des fins de l'action publique et du droit objectif sur les intérêts particuliers et les droits subjectifs incitait à admettre exceptionnellement des

²⁷⁵⁰ Guylain Clamour souligne que, « *si l'effet relatif du contrat est également un principe du droit des contrats administratifs, la question de l'opposabilité des conventions aux tiers n'a pas mobilisé, devant le juge administratif, les mêmes enjeux* » : CLAMOUR G., « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », in *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 326.

²⁷⁵¹ UBAUD-BERGERON M., « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. I, éd. Université Montpellier I, 2006, p. 575.

²⁷⁵² Elle remarquait ainsi que « *le déclin – mainte fois évoqué – de l'autonomie de la volonté au profit d'une explication objective des fondements du contrat conduit ainsi à une désacralisation du principe en droit civil* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 576.

²⁷⁵³ Georges Péquignot avait d'ailleurs affirmé bien plus tôt qu'il « *est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers* » : PÉQUIGNOT G., *JurisClasseur Administratif*, fasc. 511, n° 530.

²⁷⁵⁴ UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 578.

²⁷⁵⁵ CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, rec. p. 331.

atténuations à ce principe, et ce en particulier à travers la reconnaissance de son opposabilité aux tiers ou par les tiers²⁷⁵⁶.

Dans le cas particulier des clauses réglementaires, le juge administratif admettait en effet qu'elles soient opposables aux tiers, et ce notamment du fait de leur signification normative objective explicite, ainsi que par les tiers dès lors que leur inexécution entraînait un dommage²⁷⁵⁷. Il restait cependant inflexible quant à l'admission des conséquences dégagées en droit civil à propos de la notion d'opposabilité en-dehors du cas particulier de ces clauses. Une position qu'il conviendrait peut-être d'amender, ou du moins de nuancer, tant les bouleversements récents en la matière tendent à refaçonner en profondeur les relations entre le principe de l'effet relatif et l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers, en particulier en matière de responsabilité. Dépourvu à l'heure actuelle de toute possibilité de sanction dynamique subjective de la signification normative objective de l'obligation, le droit administratif reste effectivement sourd aux évolutions du droit des obligations et du droit de la responsabilité civile alors même qu'elles sont en passe d'être consacrées au sein du Code civil. Il s'agirait en somme d'envisager les transformations possibles qu'elles seraient susceptibles de susciter en droit administratif, que ce soit à propos de l'accès des tiers à la responsabilité extracontractuelle, comme cela a pu être évoqué précédemment, ou encore à propos de l'accès des tiers à la responsabilité contractuelle comme l'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile semble en l'état l'admettre. Cela autoriserait par conséquent à rechercher dans cette forme de responsabilité, jusqu'alors préservée par le principe de l'effet relatif, une solution au dilemme soulevé par la conception renouvelée de l'obligation en tant que lien de droit subjectif et que norme objective de comportement. Une solution qui manifesterait alors l'expression de la compensation apportée par la notion d'opposabilité, laquelle, envisageable à l'aune du droit civil, ouvrirait la voie à l'identification d'une sanction dynamique de la signification normative objective de l'obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative.

²⁷⁵⁶ Ainsi affirmait-elle que « *si le contrat ne peut instituer à leur charge une obligation contractuelle ni créer à leur profit un droit, il est cependant opposable aux tiers* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 584. Elle évoquait alors la décision *Cne de la Vaur* (CE, 28 mars 1979, *Cne de la Vaur*, req. n° 04800) pour démontrer qu'en droit administratif également « *le contrat administratif régulièrement formé devient opposable aux parties, comme aux tiers* » : UBAUD-BERGERON M., *op. cit.*, p. 585.

²⁷⁵⁷ Il en allait également de même s'agissant des actes détachables du contrat contre lesquels était encore admise la recevabilité du recours pour excès de pouvoir par un tiers.

2. Une garantie offerte par l'extension de la notion civiliste d'opposabilité du contrat

411. Le projet d'ouverture de la responsabilité contractuelle aux tiers. De manière surprenante la consultation publique ouverte depuis le 29 avril 2016, à la suite de la présentation de l'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile, a « accouché » d'une innovation remarquable en matière de responsabilité contractuelle. Loin de se présenter comme une « souris », l'alinéa 2 du nouvel article 1234 du Code civil dans la rédaction actuellement envisagée est en effet susceptible de bouleverser considérablement les relations entre les parties et les tiers au contrat. Alors qu'il ne se composait jusque-là que d'un alinéa²⁷⁵⁸ atténuant la portée de la jurisprudence *Boot Shop*, cet article prévoirait en l'occurrence que, « *toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage* »²⁷⁵⁹. Il semblerait donc bel et bien que la notion d'opposabilité, inscrite dans le marbre du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016, ait trouvé ici une application particulièrement aboutie en tant que compensation des conséquences de l'effet relatif en matière contractuelle. Il paraîtrait d'ailleurs que dans une sorte de jeu de « vases communicants » les rédacteurs du projet aient finalement souhaité, après avoir entendu les avis de la doctrine et des praticiens, rendre d'une main ce qu'ils avaient déjà enlevé de l'autre par la formulation de l'alinéa 1 de cet article. Certes sont-ils revenus notamment sur l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle pour rétablir en partie l'état du droit antérieur selon lequel n'était admis qu'une relativisation de la séparation de la faute contractuelle et de la faute délictuelle²⁷⁶⁰, provoquant de ce fait une forme d'obstruction, ou du moins de réduction, de l'accès des tiers à la responsabilité extracontractuelle pour obtenir réparation des préjudices causés par l'inexécution d'une obligation contractuelle qui ne pourrait être désormais obtenu qu'en cas de faute délictuelle

²⁷⁵⁸ Lequel, rappelons-le, dispose toujours que « *lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II* » : Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

²⁷⁵⁹ Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

²⁷⁶⁰ André Gariazzo rappelait que l'identité des fautes contractuelle et délictuelle consacrée par l'arrêt *Boot Shop* avait fait suite à un état du droit davantage favorable à la relativité de la faute contractuelle. Aussi indiquait-il qu'« *en jurisprudence, la thèse de la relativité de l'inexécution contractuelle s'empare du principe de l'effet relatif du contrat pour considérer que le contrat ne génère de responsabilité envers les tiers que si le manquement contractuel se double d'un manquement à une obligation générale de prudence et de diligence, censé caractériser la faute délictuelle* » : Avis d'André Gariazzo prononcé sur l'arrêt : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2113.

commise concomitamment²⁷⁶¹. Cependant, l'ajout de ce second alinéa s'apparente clairement, dans cette configuration, à une compensation du retour de l'effet relatif admis dans le premier alinéa par la prise en compte des conséquences de la notion d'opposabilité.

Il convient tout d'abord de souligner que le retour envisagé à la relativité de la faute contractuelle porte à la fois l'empreinte du principe de l'effet relatif et de celle de l'opposabilité. Il s'impose d'ailleurs en cela comme une solution d'équilibre qui apparaît d'autant plus souhaitable dès lors qu'elle se trouve complétée par l'alinéa 2 tel que proposé. Alors que la renaissance de la relativité de la faute contractuelle traduit, d'une part, une volonté de ne plus considérer en soi l'inexécution d'une obligation subjective comme un manquement à une obligation objective constitutif d'une faute délictuelle ouvrant droit à réparation par le biais de la responsabilité extracontractuelle, et ce afin de maintenir dans une certaine mesure l'isolement du contrat de son environnement extérieur, il exprime, d'autre part, une forme de prise en compte de la dimension objective de l'obligation dans toute relation contractuelle dont tout manquement devrait nécessairement être opposable par tous dans la mesure où « *le contrat ne doit pas pouvoir constituer pour l'auteur du dommage un échappatoire à sa responsabilité* »²⁷⁶². Il s'agit en outre d'assurer également par la notion d'opposabilité la garantie du respect du droit objectif au sein du contrat²⁷⁶³, si besoin est à l'initiative d'un individu qui lui serait extérieur. Mais c'est bien évidemment à travers la rédaction retenue à l'heure actuelle de la rédaction de l'alinéa 2 du nouvel article 1234 que cette notion trouve sa pleine expression en tant que compensation de l'effet relatif du contrat afin d'assurer la garantie concomitante des droits subjectifs des tiers et du respect de l'ordre juridique objectif. Une manifestation qui autoriserait d'ailleurs à voir émerger également dans le cadre de la responsabilité contractuelle la fonction de cessation de l'illicite traditionnellement rattachée à la responsabilité civile extracontractuelle²⁷⁶⁴. Il est en effet

²⁷⁶¹ Une remise en cause de la décision *Boot Shop* semble-t-il déjà avalisée par la Cour de cassation à l'occasion de sa décision : Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axiom Kinésithérapie*, n° 16-11203.

²⁷⁶² Avis d'André Giarizzo prononcé sur l'arrêt : Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13.255, *Bull. civ.* p. 23 ; avis GARIAZZO A., *JCP*, n° 46, 2006, p. 2113.

²⁷⁶³ La Cour de cassation reconnaissait d'ailleurs qu'un « *tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général (légal et objectif) de ne pas nuire à autrui* » : Cass. com., 5 avril 2005, *Bull. civ.*, 2005, IV, n° 81.

²⁷⁶⁴ Rappelons sur ce point que Mustapha Mekki relevait déjà cette émergence possible de la fonction de cessation de l'illicite dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle dès la présentation de l'avant-projet de loi le 29 avril 2016. Il précisait alors que « *cette cessation de l'illicite est ainsi envisageable tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle* » : MEKKI M., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 22, p. 24.

considéré qu'il existerait des situations dans lesquelles un tiers présente « *un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat* » qui résulterait, soit d'un droit subjectif qui en serait dépendant, soit, plus largement, d'un intérêt au respect du droit objectif.

C'est également sur la question des intérêts mis en présence que la rédaction actuelle de l'alinéa 2 du nouvel article 1234 du Code civil renvoie de manière évidente à la conciliation opérée par cette ouverture envisagée de la responsabilité contractuelle aux tiers entre les nécessités subjectives du principe de l'effet relatif et la compensation objective indispensable apportée par la notion d'opposabilité. Il convient effectivement de souligner qu'une telle solution ne saurait être envisagée comme un recul ni pour les tiers, bien évidemment, ni pour les parties, ce qui n'apparaît par contre pas au premier abord. S'agissant des premiers, l'admission de leur possibilité d'engager la responsabilité contractuelle d'une partie pour cause d'inexécution d'une obligation contenue dans le contrat conduit à faciliter les conditions d'engagements par rapport à ce qui est prévu par l'alinéa 1 en l'exemptant par exemple d'apporter la preuve d'une faute délictuelle en plus du manquement constaté. Encore lui faudra-t-il toutefois démontrer d'un intérêt légitime à intervenir par cette voie, ainsi que l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. Concernant les seconds, il n'est pas innocent de constater qu'une telle ouverture permette davantage de garantir le respect des prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat dès lors que le tiers engagera son action dans « *les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants* »²⁷⁶⁵. Ainsi l'ouverture de la responsabilité contractuelle aux tiers permet-elle dans ces conditions de ménager à la fois l'intérêt et l'expression de la volonté des parties et l'intérêt du tiers à la préservation de ses droits subjectifs ainsi que de celle de l'ordre juridique objectif. Elle offre ce faisant à la signification normative objective de l'obligation une sanction dynamique alternative à celle qu'il est possible d'obtenir par la voie de la responsabilité extracontractuelle. Une possibilité dont il convient alors de s'inspirer afin d'appréhender l'éventualité de son application à l'obligation au sein du concept d'externalisation administrative.

412. Une source d'inspiration pour la sanction de l'obligation au sein de l'externalisation.

Quand Marion Ubaud-Bergeron rappelle que le principe de l'effet relatif des contrats administratifs, pourtant maintenu dans ses conséquences en matière de responsabilité par le

²⁷⁶⁵ Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

juge, reposerait « sur une part de fiction, car l'effet relatif du contrat est une donnée juridique, non matérielle : l'exécution d'un contrat ou son inexécution a des incidences matérielles sur les tiers, et ceci est particulièrement vrai pour les contrats administratifs, dont l'objet est souvent orienté vers la satisfaction des besoins de la collectivité »²⁷⁶⁶, elle souligne par là l'importance objective du contrat en droit administratif due en particulier à son objet. Ainsi faut-il comprendre par exemple l'admission des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux contre les clauses réglementaires qu'il contient ou contre les conséquences de leur inexécution par les parties. Explicitement dotées d'une dimension objective en plus de leur insertion dans un lien de droit subjectif de nature contractuelle²⁷⁶⁷, ces clauses sont associées à de nombreuses sanctions, à la fois statique et dynamique, organisées par l'ordre juridique afin de garantir leur légalité et leur respect. Elles demeurent cependant la seule spécificité du droit des contrats administratifs quant à la garantie de telles sanctions à l'initiative aussi bien des tiers que des parties alors qu'il vient d'être démontré que le droit civil admet, et envisage d'admettre, de manière bien plus large l'existence de telles sanctions dans le cadre de la responsabilité à la fois contractuelle et extracontractuelle. Aussi convient-il de s'interroger brièvement sur l'intérêt qu'il y aurait à envisager un rapprochement du droit administratif avec le droit civil sur cette question, ainsi que sur les modalités que de telles sanctions imposeraient pour leur mise en œuvre afin par exemple d'éclairer sous un autre angle le cas singulier des clauses réglementaires. Sur la question de l'intérêt, il faut en revenir une fois de plus à l'attention toute particulière portée durant les développements précédents à l'association bénéfique de la notion d'opposabilité du contrat par les tiers à la reconnaissance de la fonction de cessation de l'illicite que pourrait endosser de manière générale la responsabilité civile dans toutes ses branches. Admettre dans ces conditions une ouverture de la responsabilité contractuelle aux tiers présentant un intérêt légitime à la bonne exécution d'une obligation contractuelle présentant une signification normative objective autoriserait en effet tout administré lésé par l'inexécution d'une telle obligation dans le cadre de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative à en demander réparation tout en participant à la préservation de l'ordre juridique objectif malmené par un tel manquement. Elle permettrait de cette façon d'assurer de manière plus étroite, par un accès direct et régulé au contrat, la garantie du bon accomplissement de la compétence dont la réalisation aurait préalablement été confiée à une personne distincte de l'autorité administrative compétente.

²⁷⁶⁶ UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015, p. 304.

²⁷⁶⁷ Marion Ubaud-Bergeron rappelle que « la clause réglementaire est une clause du contrat dont la particularité est d'être une stipulation contractuelle entre les parties, mais qui produit un effet réglementaire sur les tiers » : UBAUD-BERGERON M., *Ibid.*

Ainsi cette sanction se présenterait-elle explicitement comme un « garde-fou » utile dans le cadre de l'emploi de cet outil stratégique au sein de la sphère administrative.

Concernant alors les modalités particulières de son utilisation, celles-ci devraient également concilier aussi bien les intérêts des parties contractantes, les intérêts des tiers et les exigences imposées par l'intérêt général. Elles permettraient par exemple que l'utilisateur d'un service public dont la gestion aurait été externalisée à une autre personne puisse engager la responsabilité contractuelle de celle-ci pour inexécution ou mauvaise exécution d'une obligation ayant eu une incidence sur la bonne marche du service public, et aurait, ce faisant porté atteinte à l'ordre juridique objectif comme il en va par exemple lorsque le délégataire d'un service public n'exécute pas une obligation tarifaire telle qu'elle est inscrite dans le cahier des charges. Sur ce point, l'étude du droit civil apporte donc un enrichissement considérable des moyens susceptibles de garantir la sanction dynamique des obligations, et donc de leur fonction normative, non seulement dans leur dimension subjective au sein de la relation contractuelle entre les parties mais également dans leur dimension objective à travers la possibilité d'une initiative généralisée des tiers en matière de responsabilité contractuelle fondée sur la notion d'opposabilité et l'intérêt qu'ils auraient à s'assurer de leur bonne exécution, qu'il s'agisse des clauses réglementaires ou d'autres obligations essentielles ou accessoires participant à la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative. Dans ces conditions, la sanction dynamique de l'obligation duale révélée par sa finalisation particulière au service de ce concept trouverait finalement une possibilité alternative de consécration afin de parvenir à assurer pleinement sa signification normative objective à travers son expression dans un lien de droit subjectif. Elle permettrait notamment à tout individu concerné d'avoir un intérêt à réclamer l'exécution d'une obligation édictée en fonction de la volonté des parties mais également au nom de l'intérêt général dès lors que son inexécution lui causerait un dommage. Une hypothèse que la jurisprudence récente du Conseil d'État tend de surcroît à confirmer lorsqu'elle considère « *qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat* (notamment pour motif d'intérêt général), *est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat* »²⁷⁶⁸. Bien que de manière incidente, si ce n'est incidieuse, et selon des conditions

²⁷⁶⁸ CE, sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, n° 398445.

strictement déterminées, les juges du Palais-Royal admettent en effet à cette occasion qu'un tiers au contrat puisse demander qu'il soit mis fin à son exécution dans la mesure où la poursuite de la relation contractuelle porterait atteinte à la fois à l'intérêt général, et à l'ordre juridique objectif, et à son intérêt personnel. Il y aurait ainsi désormais un pas plus réduit à franchir pour admettre l'existence d'une sanction dynamique de l'obligation, telle qu'elle est finalisée dans le cadre de la mise en œuvre de l'externalisation administrative, au bénéfice autant des parties que des tiers, et ce en particulier dans un souci de garantie de sa dimension objective.

Conclusion de section. Alors que la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative éclaire sensiblement l'évolution des modalités d'expression de la normativité, elle conduit logiquement à s'intéresser à ses incidences sur la perception des sanctions qui lui sont associées et qui participent, en tout premier lieu, de la définition même de leur normativité dans des conditions désormais dominées par la prise en compte de sa signification duale à la fois subjective et objective. D'un point de vue statique, l'émergence du concept d'externalisation administrative incite en somme à déceler dans le déploiement du contrôle de la légalité objective des actes administratifs par le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction une opportunité de sanction disponible aussi bien à l'initiative des parties que des tiers. D'un point de vue dynamique, la transformation apparaît davantage prospective mais propose également, sous l'éclairage des évolutions récentes du droit civil, des possibilités de sanction de l'obligation dans sa conception renouvelée présentant à la fois une dimension objective et subjective. De manière générale, dans une tendance à l'extension de l'ouverture aux tiers des recours contentieux contre les actes administratifs, et les contrats en particulier, la problématique de sanction d'une telle obligation trouve de nombreuses hypothèses de réponses dans l'état actuel du droit positif aussi bien que dans des solutions envisageables destinées à assurer la garantie du respect tant du droit objectif que des droits subjectifs des individus. Celles-ci se signalent en particulier par l'opportunité qu'elle présente en matière de conciliation et d'articulation des recours objectifs et subjectifs au service de la sanction d'une obligation dont la signification normative exprime l'instauration d'un lien de droit subjectif au sein duquel est édictée une norme objective de comportement opposable *erga omnes*. Aussi le concept d'externalisation administrative, et son instrumentalisation de l'obligation, autorisent-ils à déceler à travers l'émergence d'une théorie de la gestion administrative coopérative une explication possible des évolutions récentes du contentieux contractuel. Il s'agirait en l'occurrence d'y voir la possibilité d'un frémissement en faveur

d'un alignement à venir du droit administratif sur les transformations récemment opérées en droit civil par la doctrine, le juge et le législateur, ou du moins en faveur d'une prise en compte de ces dernières.

Conclusion de Chapitre

Au service de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative, la finalisation de l'obligation induit certaines conséquences sur l'expression ainsi que sur la sanction de la normativité en droit administratif. S'il apparaît clairement que l'exercice du pouvoir normatif par les personnes publiques ne traduit plus systématiquement l'expression d'un commandement autoritaire marqué par la dimension objective de l'obligation en tant que devoir imposé aux administrés au nom de l'intérêt général et de l'ordre juridique, il convient d'admettre que l'émergence de la manifestation d'un commandement coopératif fondé sur la participation des individus à l'action administrative renvoie nécessairement au constat d'une normativité s'exprimant également à travers l'instauration de relations subjectives. Le déploiement contemporain de l'externalisation en droit administratif en offre alors une illustration évidente dont l'étude permet de prendre la mesure de cette évolution à l'aune du renouvellement de la conception de l'obligation qu'il révèle. L'externalisation fournit effectivement un exemple d'emploi par les personnes publiques d'un commandement coopératif au sein duquel elle joue un rôle de premier plan qui incite alors à remettre en cause la portée de la distinction des actes administratifs unilatéraux et contractuels dès lors que leur objet et leur structure obligationnelle renseignent bien davantage que leur seule nature déterminée en fonction d'éléments formels. L'externalisation administrative conduit également à en tirer les conséquences sur le plan de la détermination de la sanction de cette expression différente de la normativité reposant pour l'essentiel sur la fonction habilitante de l'obligation et la signification duale qu'elle présente à travers une dimension à la fois objective et subjective. Une telle garantie de la sanction de l'obligation dans un contexte contentieux lui-même encore partagé entre l'objectif et le subjectif apparaît alors envisageable sur deux plans : celui, d'une part, de la sanction statique des obligations insérées dans une relation subjective par les recours objectifs garants de la légalité et, d'autre part, celui de leur sanction dynamique par les recours subjectifs dont il apparaît désormais qu'ils puissent également contribuer à la préservation de l'ordre juridique objectif. Ainsi l'externalisation administrative conduit-elle à déterminer des modalités nouvelles ou futures de sanction de l'obligation lorsqu'elle est dotée d'une signification normative objective qui s'exprime dans

une relation subjective, et ce notamment lorsque ce concept se traduit juridiquement par l'emploi d'un procédé contractuel. Cette garantie serait alors assurée soit par le contentieux objectif au moment de la conclusion du contrat, soit par le contentieux subjectif au moment de son exécution.

Conclusion de Titre

Comme le suggérait Roland Drago, la notion d'obligation constitue incontestablement un maillon élémentaire de la mise en œuvre de l'action administrative²⁷⁶⁹, et tout particulièrement de sa gestion coopérative. C'est d'ailleurs ce que permet de mettre en évidence son instrumentalisation au sein du concept d'externalisation administrative. Finalisée au service de l'organisation par une autorité publique de la réalisation d'une compétence matérielle par un partenaire distinct, elle contribue en effet de manière essentielle à la traduction juridique d'une logique de coopération influencée par l'intégration de celle-ci en droit civil sous la forme du contrat-coopération. En l'occurrence, si « *la question de l'obligation constitue un excellent fil conducteur pour faire ressortir la logique de structuration et la dynamique d'évolution du droit public* »²⁷⁷⁰, son utilisation dans le cadre de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation administrative renvoie nécessairement à la prise de conscience d'une évolution de cette structure, et en particulier des transformations de la normativité qui parcourent aujourd'hui le droit administratif. Outre les incidences inhérentes à la spécificité de son objet sur le déploiement de ce concept, celles liées à l'instrumentalisation de l'obligation conduisent à constater les rouages de sa manifestation et à en tirer certaines conséquences sur l'influence de l'externalisation administrative et sur la perception contemporaine du droit administratif à l'aune de l'adoption par les personnes publiques de la logique économique de coopération. Au premier rang de celles-ci figure sans nul doute la possibilité d'un renouvellement de la conception traditionnelle de l'obligation jusque-là discrète et entendue comme un devoir objectif imposée, au nom de l'intérêt général, par les autorités publiques titulaires du pouvoir de commandement. Engagées dans un processus d'adoption d'une logique de coopération, elles impulsent effectivement à l'obligation une fonction d'habilitante de laquelle émerge une signification normative duale à la fois subjective, en tant que lien de droit, et objective, en tant

²⁷⁶⁹ Il affirmait que « *la notion d'obligation occupe une telle place dans le tréfonds de la théorie juridique qu'on voit mal comment elle n'aurait pu pénétrer le droit public* » : DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 40.

²⁷⁷⁰ CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179.

que norme objective de comportement, qui la rapproche de la conception néo-classique élaborée par certains auteurs civilistes. Elle permet en cela d'offrir à la fois un éclairage des modalités de réalisation de l'externalisation administrative au-delà de la seule détermination générale de son champ d'application et des instruments juridiques qu'elle emploie. Mais elle apporte également un point de vue original pour l'appréhension de l'action administrative à travers le prisme de la coopération.

Une coopération intrinsèque au concept d'externalisation administrative qui révèle en outre l'émergence, au côté du classique commandement autoritaire, l'émergence d'une voie alternative à laquelle il participerait et qui serait susceptible de remettre en cause la distinction des actes unilatéraux et des contrats fondée principalement sur la prise en compte des modalités formelles d'expression de la volonté des parties et non sur l'objet ou la structure obligationnelle des actes administratifs. Sur ce point, l'externalisation administrative apporte d'ailleurs une illustration évidente non seulement en ce qu'elle repose sur un critère fonctionnel imposant un objet similaire à tous les actes qui en favorisent l'expression, mais aussi expressément à travers l'instrumentalisation de l'obligation qu'elle entraîne au service de sa mise en œuvre. Mêlant à la fois une dimension objective et subjective, l'obligation présente en l'occurrence une indifférence certaine à l'égard de la nature de l'*instrumentum* employé dès lors qu'elle fait prévaloir une fonction habilitante et l'expression de la volonté des partenaires sur les modalités formelles de sa manifestation. Cela conduit finalement à la détermination des sanctions susceptibles d'assurer la normativité d'une telle obligation caractérisée par sa signification duale *a priori* étrangère aux classifications ordinaires que connaît le contentieux administratif. Ces sanctions peuvent cependant être identifiées en droit positif, ou encore être suggérées à travers les évolutions en cours ou susceptibles d'avenir. Il est en effet possible d'identifier de telles sanctions afin d'encadrer la mise en œuvre du concept d'externalisation non seulement sur un plan statique, par la garantie du respect de la légalité objective par les obligations qui la permettent, mais aussi sur le plan dynamique, par reconnaissance de possibilités ouvertes à quiconque serait lésé par l'inexécution de l'une d'elles d'en demander réparation auprès du juge de pleine juridiction et afin d'assurer la cessation d'un acte illicite contraire au droit objectif. Ainsi le concept d'externalisation administrative s'exprime-t-il finalement au moyen d'une multitude d'instruments juridiques divers qui présentent néanmoins un objet commun et une structure obligationnelle similaire. De ce fait, il est également encadré dans ses manifestations par un contrôle exercé par le juge administratif à l'initiative des parties autant que des tiers à l'instauration d'une telle relation

de coopération pour la réalisation d'une compétence matérielle. À l'instar des actes administratifs unilatéraux, il est en effet possible de suggérer à la lumière de ce concept un encadrement plus serré de l'action administrative contractuelle eu égard à l'ordre juridique objectif. Une suggestion confirmée notamment par l'évolution des sanctions dynamiques de l'obligation.

Conclusion de Partie

Encore loin d'atteindre l'état d'achèvement de la *Città Ideale* d'Urbino, le concept d'externalisation administrative offre cependant une vision d'ensemble organisée de la mise en œuvre de cette stratégie managériale en droit administratif. Les développements précédents ont effectivement permis de lever certaines interrogations, et d'éclairer certaines zones d'ombre qui persistaient à l'issue de sa conceptualisation menée durant la première partie. Aussi a-t-il acquis le relief nécessaire afin d'être considéré comme un concept opérationnel apte à rendre compte de l'émergence de l'externalisation dans le cadre de la mise en œuvre de l'action administrative et, plus encore, à en faciliter la compréhension. Il a notamment été possible de lever certains des difficultés soulevées par le droit administratif face à l'expression de cet outil de gestion au service de la réalisation de la compétence des personnes publiques, ainsi que de préciser les modalités et les ressorts de sa manifestation par l'intermédiaire d'une instrumentalisation originale de l'obligation. Le concept d'externalisation administrative se présente dès lors comme un mode de gestion adopté par les personnes publiques recouvrant l'ensemble des instruments juridiques, unilatéraux, contractuels ou institutionnels, mis à leur disposition et par lesquels il leur est possible d'organiser l'accomplissement de leurs compétences matérielles par le recours aux ressources, techniques et matérielles, d'un tiers. Plus précisément encore, il désigne l'ensemble des procédés autorisant les personnes publiques à confier la réalisation d'une compétence matérielle, dévolue par l'ordre juridique objectif, à un partenaire par le biais d'une obligation dotée d'une fonction habilitante. Ainsi laisse-t-il même suggérer également les prémises d'une théorie de la gestion coopérative administrative déterminable à l'aune des éléments de connaissance théorique qu'il apporte à la compréhension du phénomène d'externalisation tel qu'il est employé aujourd'hui par les personnes publiques. Des éléments qui découlent en particulier du renouvellement de l'appréhension de deux notions profondément ancrées dans la théorie générale du droit administratif : la compétence et l'obligation.

Dans un premier temps, l'étude de la réalisation de l'externalisation administrative a effectivement prescrit de préciser les conditions particulières de son expression à travers la compétence des personnes publiques. D'emblée, la recherche entreprise avait en l'occurrence dressé un obstacle *a priori* dirimant à l'admission du recours à cet instrument de gestion pour la réalisation de la compétence dans la mesure où celle-ci sert justement « à déterminer la mesure et les conditions dans lesquelles les agents peuvent intervenir dans le domaine juridique »²⁷⁷¹. Son indisponibilité, et les conditions strictes de son accomplissement imposées aux autorités administratives par le droit objectif, suggéraient intuitivement que, à l'instar de la renonciation, il ne puisse être admis que des personnes publiques confient leur exécution à un tiers qui n'y aurait pas été explicitement habilité par l'ordre juridique. Il ne s'agit cependant que d'un aspect des restrictions apportées par la compétence à la liberté d'intervention des personnes publiques par rapport à celle conférée par la capacité générale aux personnes privées. De la même façon que les mouvements qui tiraillent le droit administratif contemporain sont généralement présentés sous la forme d'un repliement de la puissance publique sur son centre et d'un déploiement des services publics à sa périphérie²⁷⁷², le développement de l'externalisation administrative lui répond, en écho, par son repliement face à la compétence normative et son déploiement dans la réalisation de la compétence matérielle. Alors que la première impose bel et bien un repliement inéluctable de l'externalisation administrative lorsqu'elle envisagerait de la prendre pour objet ; autrement dit, de confier à un tiers la réalisation des compétences habilitant les personnes publiques à exercer un pouvoir normatif manifestant l'usage de la puissance publique commandante au nom du peuple souverain, la seconde s'accommode bien plus aisément avec la volonté de mise en œuvre de ce concept. Celle-ci éclaire alors un autre aspect, permissif cette fois, de l'incidence de la compétence sur l'encadrement de l'action des autorités administratives. Dans cette perspective, elle se présente en l'occurrence comme un titre à agir ; c'est-à-dire comme une habilitation primaire à accomplir une activité matérielle de prestation de service destinée à participer à la satisfaction de l'intérêt général. Son indisponibilité ne peut alors plus être exclusivement perçue comme une limite à leur intervention mais comme le principe de celle-ci, autorisant sous certaines conditions, que sa réalisation puisse être confiée à une autre

²⁷⁷¹ DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964, p. 1.

²⁷⁷² François Bérroujon relevait en effet que la structure du droit administratif contemporain était « assaillie de différents mouvements de sens contraires. Il est à la fois atrophié en son centre et hypertrophié à sa périphérie » : BÉROUJON Fr., « Évolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? », *RFDA*, 2008, p. 449.

personne. Ainsi déployée dans le cadre de la réalisation de la compétence matérielle des personnes publiques, l'externalisation administrative se manifeste dans des domaines divers de l'intervention publique, et à travers une multitude d'instruments juridiques disponibles dont l'un des traits communs réside dans leur objet et la structure obligationnelle qu'il commande.

Dans un second temps, l'observation de la réalisation de l'externalisation administrative renvoie donc également à l'exposé de ses modalités alors qu'elle repose sur la notion d'obligation indispensable à la traduction juridique d'une logique de coopération. Tandis que les développements de la partie précédente avait permis d'asseoir la conceptualisation de l'externalisation administrative sur son objet spécifique, la réalisation coopérative de la compétence, et sur la structure juridique qu'elle implique afin d'assurer la traduction en droit de son essence coopérative, il avait pu être démontré que celle-ci pouvait utilement s'inspirer du modèle du contrat-coopération élaboré récemment par les civilistes à partir de la détermination d'un agencement complémentaire des obligations. Il apparaissait alors que le concept d'externalisation administrative reposait notamment sur un critère matériel selon lequel son identification exigeait la présence d'un contenu obligationnel spécifique au sein de tout acte administratif employé pour sa mise en œuvre. Plus particulièrement, ce critère enjoignait à constater l'existence d'une obligation essentielle indispensable afin d'assurer l'habilitation du partenaire de l'administration à participer à la réalisation de sa compétence. La démonstration conduite durant cette seconde partie est ainsi venue compléter ce critère en éclairant plus spécifiquement cette instrumentalisation caractéristique de l'obligation par l'externalisation administrative. Dotée d'une fonction habilitante, celle-ci présente alors une dimension normative duale à la fois en tant que lien de droit subjectif instauré entre les deux parties, et que norme objective de comportement assurant le respect des conditions de sa réalisation et des exigences de l'intérêt général. Outre le fait de préciser le mécanisme juridique propre, en droit administratif, à caractériser les conditions de mise en œuvre d'une logique de coopération, ces développements ont également contribué à suggérer une conception renouvelée de la notion d'obligation administrative. Calquée sur la conception duale élaborée par Grégoire Forest, cette dernière incite à l'abandon, du moins dans les hypothèses relevant de la coopération économique, et plus précisément dans le cadre de la réalisation de l'externalisation administrative, de la conception traditionnelle en vertu de laquelle l'obligation ne serait que l'expression d'une règle objective imposée à tous ses destinataires sans aucune prise en compte de leur volonté. Elle présenterait désormais parfois

une acception duale en tant que lien de droit subjectif au sein duquel s'exprimerait une norme objective de comportement. Ce renouvellement de la conception de l'obligation autorise par conséquent à appréhender plus justement l'émergence en droit administratif d'une modalité de conduite des comportements individuels par l'exercice d'un commandement coopératif, et non plus seulement autoritaire. Il éclaire également les évolutions récentes du contentieux administratif, objectif et subjectif, dans la mesure où il commande de déterminer les sanctions qui seraient susceptibles de garantir la normativité d'une obligation dotée concomitamment d'une dimension objective et subjective assurant la traduction, dans la sphère administrative, d'une logique de coopération. Pour ces raisons, le concept d'externalisation administrative apporte donc bien des éléments pour une théorie de l'externalisation administrative et, plus largement, pour l'esquisse d'une théorie de la coopération administrative

Conclusion générale

Le terme d'externalisation n'a jamais été aussi présent dans le discours doctrinal administratif. Il demeure cependant toujours absent du droit positif et des prétoires. Tandis qu'il apparaît, depuis les années 2000, dans un nombre sans cesse croissant d'articles, de manuels et de traités, et selon des contextes variés allant de l'étude de la réforme de l'État à celle du droit des contrats administratifs, il ne semble pas encore avoir été consacré ni par le législateur, ni par le juge. Il n'est toutefois pas discutable que cet instrument de gestion issu des sciences économiques et du management s'étend aujourd'hui à des domaines qui relevaient autrefois, et il n'y a pas si longtemps, du monopole de l'intervention directe de la puissance publique. Faut-il pour autant interpréter cette absence de consécration par le droit positif comme une condamnation frappant ce dernier à demeurer un vocable « cosmétique » dénué de toute substance explicative, et destiné davantage à assurer une source nouvelle de légitimité au bénéfice de l'action administrative par la référence aux préceptes et aux commandements du *New Public Management* ; c'est-à-dire finalement comme le paragon d'un modèle de gestion inspiré du monde de l'entreprise qu'il suffirait d'évoquer pour qu'en découlent toutes les vertues supposées ? La démonstration exposée dans la présente étude autorise à répondre par la négative à cette interrogation légitime qui se pose nécessairement depuis que ce lexique est apparu, tel un idiome du discours managérial, dans la sphère administrative. Il est en effet possible de constater au-delà du seul déploiement de ce terme dans le discours sur le droit, qu'il désigne finalement un concept à part entière intégrée dans la théorie générale du droit administratif : le concept d'externalisation administrative.

Il a du reste fréquemment été souligné que le XXI^e siècle s'ouvrirait sur une ère de transformations profondes des structures du droit administratif parmi lesquelles figurait au premier plan une indiscutable fragmentation de l'appareil d'État, sous l'influence grandissante de l'économie de marché et de l'idéologie néo-libérale qui la sous-tend, présentée souvent dans le cadre de la réforme de l'organisation administrative au premier rang de laquelle figure la mise en œuvre par les personnes publiques d'une stratégie d'externalisation²⁷⁷³. Une évolution qui n'était alors pas sans incidences sur l'appréciation par

²⁷⁷³ Ainsi Jean-David Dreyfus remarquait-il que, « dans le cadre de la réforme de l'État, plusieurs mouvements sont en cours : tout d'abord, un réaménagement des relations entre l'administration et ses usagers (...), (et) un processus de réorganisation des structures administratives qui vise à moderniser l'État, dont le but n'est pas « le désengagement complet de l'État au profit de l'initiative privée » mais plutôt la rationalisation des moyens mis en œuvre par la puissance publique. Le développement de la contractualisation interne ou du contrôle de

la doctrine de la théorie des compétences, de la théorie des actes et de la théorie des normes, au point qu'il soit déjà envisagé qu'une « *crise du modèle est en train d'advenir* »²⁷⁷⁴. Un contexte dans lequel le concept d'externalisation administrative émerge du fait de cette influence de l'économie sur la pratique des personnes publiques et le droit qui l'encadre, et sur lequel il apporte un éclairage susceptible de rendre compte de ces transformations et de répondre aux interrogations théoriques nouvelles qu'elles soulèvent dans la mesure, notamment, où il apporte de par son origine managériale un éclairage inédit sur une matière qui ne faisait jusqu'alors que peu de cas de ce champ disciplinaire malgré les enrichissements nombreux qu'il aurait été à même d'en tirer. Il s'agissait donc de rendre opérationnel un tel concept susceptible de contribuer à l'ajustement d'un modèle théorique en crise.

Défendre l'hypothèse d'une existence utile du concept d'externalisation administrative imposait en premier lieu de revenir sur les conditions et les raisons de son élaboration en tant que mode de gouvernance hybride de l'économie, de même que sur celles de son adoption par les personnes publiques afin d'organiser une gestion non plus patrimoniale mais relationnelle de leurs ressources. Fondée sur une logique de coopération par l'intermédiaire de laquelle les agents économiques s'assurent de disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions principales, « core functions » ou « cœur de métier », l'externalisation ne pouvait par conséquent être traitée en droit administratif sans la prise en compte de ce qui en constitue invariablement l'essence, et ce quelle que soit la discipline dans laquelle elle émerge, à savoir : la logique coopérative qui l'anime. En ce qu'elle se rapporte aux préceptes enseignés dans le cadre de la nouvelle gestion publique, largement inspirée des méthodes d'organisation des entreprises, l'externalisation administrative repose en effet sur la même rupture avec la logique patrimoniale et sur l'adoption d'une logique de coopération. Le constat de son existence en droit administratif, principalement en tant qu'élément de légitimation de l'action administrative ainsi parée de manière superficielle des vertus de la performance, devait donc être approfondi par l'étude de son essence et de la façon de la transposer avantageusement en cette matière. Il s'agissait alors, pour ce faire, de s'inspirer tout spécialement de la traduction juridique de cette logique proposée par la doctrine civiliste à travers l'élaboration du modèle du contrat-coopération venu compléter l'expression juridique des modes de gouvernance au côté du contrat-échange, pour le marché, et du

gestion en sont des manifestations, tout comme l'externalisation » : DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

²⁷⁷⁴ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 916.

contrat-organisation, pour la firme. Il était dès lors envisageable de proposer un contenu au concept d'externalisation à partir de la formulation d'une possible adaptation du modèle civiliste au contexte singulier du droit administratif.

En second lieu, cette démarche prescrivait également de se départir des acquis contemporains apportés sur certains points de la théorie générale du droit administratif par les réflexions traditionnelles menées par la doctrine, et de rechercher ailleurs des solutions qu'elles ne parvenaient pas à procurer. Ainsi la prise en compte des travaux conduits par les auteurs civilistes, et des recherches dirigées par les maîtres du XX^e siècle, a-t-elle permis de lever certains obstacles dressés par le droit administratif contre la mise en œuvre par les personnes publiques de cet outil de gestion afin de parvenir à organiser une gestion coopérative de leurs compétences. Prenant pour objet la réalisation par un tiers de la compétence d'une personne publique, et s'exprimant par l'intermédiaire d'une multitude d'instruments juridiques partageant tous ce dernier ainsi que la structure obligationnelle qu'il implique, le concept d'externalisation administrative interrogeait en effet à la fois la notion de compétence afin dépasser les écueils qu'elle recélait pour son déploiement en droit administratif, ainsi que la notion d'obligation dans la mesure où, reposant sur l'existence d'une norme d'habilitation dérivée édictée par l'autorité administrative compétente afin d'autoriser un tiers à intervenir pour assurer la satisfaction de l'intérêt général, ce concept s'exprime juridiquement au moyen d'une instrumentalisation de l'obligation au service d'une fonction habilitante.

S'agissant de la première question, l'examen des travaux conduits en matière de compétence, et plus spécialement de son indisponibilité, invitent à distinguer la compétence normative, habilitant les personnes publiques à exercer un pouvoir normatif marqué par la puissance publique commandante, de la compétence matérielle, habilitant quant à elle les personnes publiques à agir pour la réalisation d'activités de prestation destinées à satisfaire les besoins des usagers et de la société. L'emprunt du concept de norme d'habilitation vient en outre utilement compléter cette démonstration pour finalement reconnaître que : si le concept d'externalisation administrative se repli irrémédiablement lorsqu'il envisage de prendre pour objet la réalisation d'une compétence normative, il se déploie aisément lorsqu'il porte sur la réalisation d'une compétence matérielle pour laquelle le principe d'indisponibilité des compétences autorise même l'habilitation dérivée d'un tiers afin de la lui confier. Concernant la seconde question, l'importance fonctionnelle acquise par la norme d'habilitation dérivée pour assurer en droit l'identification de la réalisation du concept d'externalisation

administrative renvoie à la détermination d'une finalisation de l'obligation destinée à la doter d'une fonction habilitante à travers laquelle elle présente alors une dimension duale invitant à un renouvellement de la conception traditionnelle de l'obligation administrative par l'admission de sa dualité en tant que lien de droit subjectif unissant la personne publique compétente et son partenaire, et que norme objective de comportement encadrant leurs interventions afin de garantir le respect des exigences fixées par l'ordre juridique et l'intérêt général.

Le concept d'externalisation administrative se présente alors à plus d'un titre comme une potentielle grille de lecture neuve du droit administratif contemporain, où à tout le moins apporte des éléments théoriques essentiels susceptibles pour l'avenir de favoriser l'émergence d'une théorie de l'externalisation administrative et, à partir de celle-ci, d'esquisser les prémisses de ce qui pourrait devenir une théorie de la gestion coopérative en droit administratif. Effectivement, dès lors que ce concept acquiert au fil de la démonstration exposée une place propre au sein de la théorie générale du droit administratif, il emporte nécessairement une dimension spéculative et explicative prompte à éclairer certains angles morts résiduels de celle-ci. D'une part, il apporte des éléments de compréhension supplémentaires sur un phénomène encore relativement délaissé par la doctrine : celui de l'adoption par les personnes publiques de cet outil stratégique de gestion des ressources qu'est l'externalisation. Il autorise tout spécialement à préciser deux points indispensables à une juste appréhension de cet emploi : son identification ainsi que celle de ses manifestations en droit positif (I) et l'explication des conditions juridiques de sa réalisation (II). D'autre part, il offre également l'opportunité de rendre compte en droit administratif de la logique économique de coopération jusqu'alors largement ignorée par la doctrine alors qu'elle irriguait depuis près d'un demi siècle les réflexions des économistes et la pratique des entreprises, et qu'elle a de surcroît récemment suscité l'élaboration en droit civil d'un modèle correspondant, celui du contrat-coopération. L'étude engagée à propos du concept d'externalisation administrative n'aboutit donc pas seulement à la présentation d'éléments qui en éclaireraient la signification et la portée au point de discerner les linéaments d'une théorie de l'externalisation administrative, elle en fournit aussi pour améliorer la considération du droit administratif pour la logique de coopération ; c'est-à-dire pour suggérer les prémisses d'une théorie, plus étendue, de la coopération administrative (III).

I. Éléments d'identification de l'externalisation administrative

Les résultats de la démarche dialectique retenue pour parvenir à présenter le contenu singulier du concept d'externalisation administrative mettent en évidence des éléments susceptibles de lui conférer une portée théorique effective en ce qu'ils conduisent à en proposer une définition précise et à en tirer des critères distinctifs facilitant son identification²⁷⁷⁵. À cette fin, il convient de rappeler au préalable que la mise au jour de ces éléments relève à la fois de la prise en compte de la définition conférée à l'origine au concept d'externalisation par les sciences économiques et du management. Par les sciences économiques, tout d'abord, parce que c'est finalement d'elles qu'ont pu émerger les modes hybrides de gouvernance auxquels il se rattache, et parce que c'est également d'elles qu'est ainsi venue la rupture avec la logique patrimoniale, opérée par les entreprises dans le cadre de la gestion de leurs ressources, au profit de l'adoption d'une logique relationnelle de coopération considérée plus efficace selon les circonstances et les situations rencontrées. Par les sciences de gestion, ensuite, dans la mesure où les réflexions théoriques conduites en matière économique ont conduit les managers à revoir leurs modes de gestion en admettant qu'il puisse être parfois préférable ni d'acquérir par le marché une ressource nécessaire à leur fonctionnement, ni de la produire en interne, mais plutôt d'y accéder par l'organisation d'une relation coopérative avec un partenaire disposant des compétences techniques et matérielles suffisantes pour la mettre à leur disposition. Cette découverte de l'essence coopérative de l'externalisation administrative relève également de l'enrichissement suscité par l'observation de la traduction en droit civil de la coopération par le contrat à travers l'élaboration du modèle du contrat-coopération. Délaissant la prise en compte exclusive de la coopération dans le contrat, dominée par les obligations de loyauté et de bonne foi dans l'exécution des relations contractuelles, une partie de la doctrine a effectivement suggéré un agencement novateur des obligations, à partir de l'observation de certains contrats spéciaux désormais prisés par la monde des affaires, destiné à assurer l'instauration pérenne d'une relation de coopération entre des acteurs économiques. Aussi est-il possible alors d'avancer brièvement les trois critères d'identification du concept d'externalisation administrative appréhendée en tant que mode de gestion coopératif de la réalisation de la compétence des personnes publiques.

²⁷⁷⁵ Rappelons que, selon Jean-Louis Bergel, la portée théorique d'un concept s'évaluait en particulier à l'aune de sa capacité à déterminer sa définition afin d'en « *décrire la substance et en révéler les critères distinctifs* » : BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 230. Il ajoutait même que l'une des fonctions théoriques d'un concept était « *d'abord d'énoncer les éléments qui y sont toujours réunis, par exemple tel élément matériel et tel élément intentionnel destinés à la réalisation de tel objet et mis en œuvre par tel moyen dans les rapports de telle et telle personne* ».

Le premier, et le plus évident de ceux-ci, consiste en un critère organique selon lequel le concept d'externalisation administrative impose de manière absolue la présence de deux personnes juridiques, *a minima*, dont l'une au moins est une personne publique disposant d'un titre de compétence dans lequel il est prévu qu'elle puisse en confier la réalisation à un tiers. L'évidence et la clarté qui entourent ce critère organique procèdent d'un constat simple : il s'agit d'un élément invariant de l'externalisation, et ce qu'elle soit mise en œuvre dans le monde de l'entreprise aussi bien que dans la sphère administrative. Il s'explique aussi bien par la signification même de l'externalisation que par la logique qui l'anime. En effet, comment envisager de coopérer avec soi-même ? Il existe toutefois une différence légère, mais nécessaire, dès lors que l'une des personnes concernées par la relation instaurée doit être une personne publique disposant d'un titre à agir prévoyant la possibilité que l'accomplissement de l'action en question soit confié à un tiers. Il s'agit cependant d'une adaptation indispensable liée à la fois au contexte administratif et à la singularité de l'objet de l'externalisation administrative : la réalisation par un tiers de la compétence d'une personne publique.

Le deuxième, plus délicat à saisir, relève lui aussi de la définition originale de l'externalisation avancée au sein des sciences économiques en tant que mode de gestion coopératif des ressources d'une entreprise. Il ressort néanmoins d'une adaptation bien plus complexe du concept initial, laquelle se déduit de l'objet de l'externalisation administrative et des conséquences de la dimension objective et contraignante de la compétence sur l'intervention des personnes publiques. Alors que l'externalisation stratégique pratiquée par les managers ne leur impose finalement de limites que celles qu'ils décident de se fixer en fonction du périmètre optimum recherchée pour l'entreprise, et du « cœur de métier » qu'ils identifient, l'externalisation administrative est davantage circonscrite par un facteur extérieure à la volonté des personnes publiques : la compétence. Non seulement celle-ci peut proscrire de manière absolue que sa réalisation puisse être confiée à un tiers. Mais, surtout, elle impose que l'autorité administrative concernée édicte une norme d'habilitation dérivée, en ce qu'elle découle de l'habilitation primaire dont elle bénéficie qu'est la compétence, afin d'autoriser son partenaire à participer de manière coopérative à l'accomplissement de l'activité dont elle était initialement chargée. Il s'agit par conséquent d'un critère considéré comme fonctionnel en ce qu'il détermine la fonction essentielle située au cœur du concept d'externalisation administrative : l'habilitation d'une personne, publique ou privée, à participer à la réalisation

d'une compétence à laquelle elle ne saurait prendre part sans celle-ci. Ainsi la norme d'habilitation dérivée, et la fonction habilitante qu'elle porte, s'impose-t-elle comme un élément cardinal de la mise en œuvre d'une logique de coopération en droit administratif, du moins lorsqu'elle prend pour objet l'accomplissement d'une compétence.

Enfin, le troisième critère est quant à lui étroitement lié au deuxième, mais il ne tire cependant pas son origine de la même source. Il est effectivement inspiré, pour sa part, de l'étude du modèle du contrat-coopération au service de la détermination d'un vecteur juridique susceptible d'endosser cette fonction habilitante indispensable à la transposition, en droit administratif, d'une logique coopérative. Or, il a pu être démontré qu'une partie de la doctrine civiliste, estimant qu'il était devenu nécessaire de proposer un modèle voué à la l'instauration par les acteurs économiques d'une coopération non plus seulement dans le contrat mais par le contrat, a souligné l'insuffisance des modèles contractuels existants. Ainsi le modèle du contrat-coopération a-t-il finalement été élaboré à partir, principalement, d'un agencement singulier des obligations qui le composent afin d'organiser une complémentarité ordonnancée de celles-ci en vertu de laquelle est assurée à la fois la convergence des intérêts des parties, et l'association d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale. Alors que la première consiste pour l'une des parties à fournir à l'autre les moyens de l'accomplissement de la seconde, celle-ci consiste pour ce dernier à satisfaire l'intérêt poursuivi par les deux parties, et donc *in fine* l'intérêt de chacun. Cette structure obligationnelle caractéristique présente de surcroît une seconde particularité inhérente à la présence de deux types d'obligations : les obligations essentielles constituant le faisceau de droits et d'engagements réciproques unissant les parties, et les obligations accessoires imposées à chacune afin de garantir la pérennité de leur coopération. Le troisième critère de l'externalisation administrative, critère matériel, prescrit par conséquent que ce concept implique assurément la présence d'une obligation essentielle dotée d'une fonction habilitante en ce que la personne publique compétente accomplit une prestation instrumentale en conférant à son partenaire, par l'intermédiaire de cette obligation, un droit à participer à la réalisation de la compétence en contrepartie de quoi celui-ci s'engage à l'accomplir dans les conditions qu'elle lui impose et qu'exige l'intérêt général. Une fois posés, ces trois critères permettent d'identifier aisément ce qui, dans la sphère administrative, relève de la mise en œuvre du concept d'externalisation, et ce qui doit être exclu de son champ d'application. Une identification qui appelle néanmoins des précisions concernant les modalités de sa réalisation.

II. Éléments de la réalisation de l'externalisation administrative

La réalisation de l'externalisation administrative se heurte en l'occurrence à un premier obstacle qui en conditionne d'ailleurs les modalités, fournissant ainsi des éléments théoriques supplémentaires pour garantir une meilleure appréhension et une meilleure compréhension du développement de l'externalisation en droit administratif. Cet écueil relève de la notion même de la compétence, objective, et de sa profonde différence avec la capacité des personnes privées, subjective. Tandis que, en vertu de la capacité juridique, les secondes peuvent décider librement du champ des activités et des instruments de l'externalisation, les personnes publiques subissent effectivement un certain nombre de contraintes imposées par le droit objectif à travers le contenu de leurs compétences qui limitent d'autant le champ des possibles pour la mise en œuvre de l'externalisation administrative. La démonstration proposée conduit cependant à ne pas retenir qu'une portée limitative de la compétence et de l'indisponibilité qui l'encadre. Ainsi est-il possible d'envisager cette règle du droit public, en vertu de laquelle les autorités administratives ne sauraient disposer librement des compétences qui leur sont attribuées, à travers une lecture habilitante selon laquelle elle présenterait également une dimension permissive autorisant sous condition l'externalisation de la réalisation de certaines compétences selon le contenu de l'habilitation qu'elles confèrent aux personnes publiques. Il s'agit alors de distinguer la compétence normative, expression de la puissance publique souveraine, de la compétence matérielle, permettant aux autorités administratives d'intervenir par l'accomplissement de prestations satisfaisant aux exigences de l'intérêt général. Alors que l'externalisation administrative se replit irrémédiablement lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la première, sauf disposition contraire de valeur suffisante, elle se déploie par principe lorsqu'elle prend pour objet la réalisation de la seconde. Le champ des activités susceptibles d'être externalisées au bénéfice d'un tiers recouvre donc l'ensemble des domaines dans lesquels les personnes publiques bénéficient de compétences matérielles pour intervenir, et ce peu importe la nature régaliennne ou non de l'activité en question. Dès lors que l'accomplissement d'une activité n'implique par l'exercice d'un pouvoir normatif au nom de la puissance publique souveraine ; en d'autres termes, qu'elle est détachable de celle-ci, elle peut constituer un objet pour l'externalisation administrative : services publics, gestion des propriétés publiques, accomplissement d'activités matérielles de police, ou de tout autre activités d'intérêt général.

Une fois cette pierre d'achoppement écartée, le champ d'application recouvert par le concept d'externalisation administrative apparaît bien plus clairement. Encore convenait-il de parvenir à préciser l'étendue des instruments juridiques susceptibles de participer concrètement à cette réalisation ; autrement dit, à discerner parmi les actes administratifs ceux qui seraient à même de contribuer à la traduction juridique de l'externalisation administrative et de son essence coopérative. La démonstration proposée engage sur ce point à admettre que son objet autorise tout d'abord à réunir l'ensemble des instruments juridiques mis à la disposition des personnes publiques par le droit positif qui contribuent, à cette fin, à assurer l'habilitation d'un tiers à participer à la réalisation d'une compétence matérielle attribuée à une autorité administrative. La confrontation de ceux-ci avec les trois critères d'identification précédemment rappelés apporte en outre une confirmation des actes et procédés juridiques susceptibles d'être recouverts par le concept d'externalisation administrative, et ceux qui doivent nécessairement en être exclus. Tandis que les mécanismes de décentralisation, d'auto-prestation, de substitution d'action, les marchés publics, les mandats ou encore les procédés de privatisation et d'ouverture dite « simple » à la concurrence peuvent ainsi être écartés, les procédés de coopération entre personnes publiques, de prestation intégrée, les contrats de concession, les différentes autorisations administratives ou encore les procédés d'ouverture dite « régulée » à la concurrence sont en mesure d'être appréhendés comme une modalité d'expression juridique de la mise en œuvre du concept d'externalisation administrative. Les résultats de cette démonstration conduisent de surcroît à préciser les contours du contenu même des actes administratifs prenant part à la traduction juridique de l'externalisation en droit administratif. Il s'agit plus particulièrement de rendre compte des conséquences de l'instrumentalisation de l'obligation. Dans chacun de ces actes, le contenu obligationnel est en effet déterminé à l'aune de celle-ci dans la mesure où, notamment, ils doivent comporter irrémédiablement une obligation essentielle assurant l'expression d'une norme d'habilitation dérivée destinée à autoriser le partenaire de la personne publique à participer à l'accomplissement d'une compétence de cette dernière, ainsi que des obligations accessoires précisant à chacune des parties le comportement qu'elles doivent adopter à cette fin. Dotée d'une fonction habilitante, l'obligation instrumentalisée au service de la mise en œuvre juridique du concept d'externalisation présente alors une signification normative duale parée d'une dimension à la fois subjective, en ce qu'elle instaure un lien de droit subjectif entre les parties, et objective, dès lors qu'elle édicte à destination de chacune une norme objective de comportement destinée à encadrer leurs agissements. À l'instar de contrats relevant du modèle du contrat-coopération, les actes administratifs contribuant à la réalisation de l'externalisation

administrative présentent donc une communauté d'objet, ainsi qu'une structure obligationnelle caractéristique de laquelle émerge une conception renouvelée de l'obligation dédiée à la traduction juridique de son essence coopérative. Ainsi le concept étudiée apporte-t-il également des éléments théoriques posant les jalons d'une théorisation à venir de la coopération administrative.

III. Éléments pour une théorie de la coopération administrative

Fondé sur une essence coopérative inspirée des modes de gouvernance hybrides de l'économie, le concept d'externalisation administrative ainsi élaboré autorise en effet à envisager l'élaboration d'une théorie plus étendue de la coopération en droit administratif dans la mesure où il contribue, à travers sa propre traduction en droit administratif, à suggérer une voie possible pour la prise en compte de la logique économique coopérative au sein de la sphère administrative. Longtemps réduite à sa plus simple expression en droit administratif, et associée à une définition on ne peut plus sommaire, la coopération était jusque-là largement délaissée par ce champ disciplinaire au-delà des situations de coopération entre personnes publiques ou de coopération décentralisée, et ce aussi bien par le droit positif que par la doctrine. Même la notion de partenariat n'avait finalement pas suscité de réflexions quant à l'opportunité et aux modalités de mise en œuvre par les personnes publiques d'une telle logique pourtant répandue dans le monde des affaires. Il manquait en somme à la doctrine l'équivalent des travaux conduits en droit civil à propos de l'élaboration du modèle du contrat-coopération ; en d'autres termes, d'un questionnement comparable à cette volonté des auteurs civilistes « *non pas de reconstruire l'ordre contractuel sous la bannière d'une exigence morale de coopération mais de proposer un modèle contractuel qui rende compte d'une réalité économique nouvelle : la coopération* »²⁷⁷⁶. Or, les résultats de l'étude entreprise comportent des éléments théoriques issus d'interrogations similaires, susceptibles par conséquent de constituer les ferments d'un modèle destiné également de rendre compte de cette réalité économique nouvelle pour le droit administratif : la coopération, et donc susceptibles de contribuer, à terme, à l'élaboration d'une théorie de la gestion coopérative en droit administratif.

²⁷⁷⁶ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 27, 2012, p. 12.

Il s'agit, d'une part, des éléments déduits de la conciliation des exigences de la compétence et des caractéristiques propres à l'adoption par les personnes publiques d'une stratégie d'externalisation animée d'une essence coopérative. Ceux-ci éclairent en effet sur deux points indispensables à la traduction d'une logique de coopération en droit administratif. Tout d'abord, en ce qu'ils démontrent que la transposition d'une telle logique implique alors de faire appel au concept de norme d'habilitation, seul à même de préciser les modalités selon lesquels une personnes publiques peut confier à un tiers la réalisation d'une de ses compétences matérielles. Ensuite, parce qu'ils précisent également les contours du domaine d'application envisageable de l'emploi d'une telle logique dans le cadre de la gestion de l'action administrative. Si le principe d'indisponibilité des compétences proscrit en effet de manière absolue qu'une autorité publique puisse confier à un tiers, par la voie d'une habilitation dérivée, la réalisation d'une compétence normative en ce qu'elle autorise l'exercice d'un pouvoir expression de la puissance publique souveraine, il constitue néanmoins le fondement même du recours à cette logique dès lors que le coopération souhaitée porte sur la réalisation d'une compétence matérielle. Une éventuelle théorie de la coopération administrative devrait donc comporter en premier lieu une limite stricte excluant par principe la possibilité de sa mise en œuvre pour la réalisation d'une compétence normative et, en second lieu, elle devrait également se fonder également sur l'existence d'une norme d'habilitation dérivée attribuant au partenaire de la personne publique compétente à titre à intervenir dans la réalisation matérielle de l'action administrative.

Il est question, d'autre part, des éléments résultant de la proposition hypothétique d'une traduction de l'essence coopérative de l'externalisation administrative fondée sur une instrumentalisation singulière de l'obligation destinée à la doter d'une fonction habilitante indispensable à une telle transposition. Or celle-ci entraîne des conséquences notables pour l'appréhension de la notion d'obligation lorsqu'elle assurerait l'expression juridique d'une logique de coopération. La finalisation de l'obligation constatée à travers l'examen de la mise en œuvre de l'externalisation en droit administratif autorise effectivement un renouvellement de sa conception traditionnelle. Dans cette situation, l'obligation ne serait plus considérée comme une règle objective imposée à son destinataire au nom de l'intérêt général, mais plutôt comme un lien de droit subjectif unissant une personne publique à une autre personne, publique ou privée, avec laquelle elle organiserait une relation de coopération. En cela, l'étude entreprise renseigne sur la possibilité d'une traduction de la logique coopérative en droit administrative à partir de la notion d'obligation, et ce plus particulièrement sur deux

points. Tout d'abord, en ce qu'elle apporte des éléments théoriques d'explication de l'émergence, à côté du commandement autoritaire traditionnellement employé par les personnes publiques pour diriger les comportements individuels, d'une modalité alternative de commandement coopératif, fondée sur l'habilitation par une obligation, et qui permet non plus de diriger mais d'orienter ses comportements en tenant compte des volontés et des intérêts de chacun. Ensuite, parce qu'elle procure des éléments théoriques d'appréhension des sanctions contentieuses possibles d'une obligation présentant une dimension duale, à la fois objective et subjective, dont il convient toujours de garantir le respect. Elle éclaire d'ailleurs ce faisant les évolutions récentes du contentieux contractuel allant de le sens d'une ouverture croissante de l'accès des tiers au contrat, ou aux contractants, laissant présager également de l'émergence à venir d'une telle théorie de la coopération administrative, ou du moins de la nécessité de son élaboration. Arrivé ainsi aux termes de cette étude, il est alors possible d'affirmer qu'en droit administratif, s'agissant de l'externalisation comme de la coopération, « *un jour tout sera bien, voilà notre espérance. Aujourd'hui tout est bien ; voilà l'illusion* »²⁷⁷⁷.

²⁷⁷⁷ VOLTAIRE, *Poèmes sur le désastre de Lisbonne et sur la loi naturelle*, Genève, 1756, p. 16.

Bibliographie

Ouvrages :

Ouvrages généraux

Ouvrages spécialisés

Monographies :

Articles et commentaires :

Lois, règlements, rapports et travaux parlementaires :

Jurisprudences :

Union européenne

Civiles

Administratives

Constitutionnelles

Ouvrages

Ouvrages généraux

- **Droit administratif et Droit public**

AMSELEK P., *Études de droit public*, Éditions Panthéon Assas, coll. Introuvables, 2009.

AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2016.

BÉNOIT Fr.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 3^e éd., 1905.

BIGOT Gr., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 1^{ère} éd., 2002.

BONNARD R., *Précis de droit public*, Sirey, 5^e éd., 1939.

BRACONNIER St., *Droit des services publics*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2007.

BRACONNIER St., *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis droit, 2015.

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. manuel, 4^e éd., 2016.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008.

CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Economica, 2^e éd., 2007.

CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2007 et 5^e éd., 2013.

COLSON J.-Ph. et IDOUX P., *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2012 et 8^e éd., 2016.

DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, Tome 1, LGDJ, 8^e éd., 1980.

DE LAUBADÈRE A., VENEZIA J.-Cl. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, Tome 1, LGDJ, 12^e éd., 1992.

DE LAUBADÈRE A., MODERNE F. et DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 2^e éd., 1983.

DE LAUBADÈRE A., DELVOLVÉ P. et MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984.

DEBBASCH C., BOURDON J., PONTIER J.-M. et RICCI J.-Cl., *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Thémis droit public, 2^e éd., 1994.

DELAUNAY B., *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Manuel, 2015.

DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, 2^e éd., E. de Broccard, 1923.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 2^e éd., E. de Broccard, 1923.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 5, 3^e éd., E. de Broccard, 1930.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, 3^e éd., E. de Broccard, 1930.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 3^e éd., E. de Broccard, 1930.

EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome I, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014.

EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014.

FAURE B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2011 et 4^e éd., 2016.

FERSTENBERG J., PRIET Fr. et QUILICHINI P., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. Hypercours, 2^e éd., 2016.

FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 2^e éd., 2013 et 3^e éd., 2015.

GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 16^e éd., 2001.

GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 15^e éd., 2014.

GAUDEMET Y., *Droit administratif*, LGDJ, coll. Manuel, 21^e éd., 2015.

GÉRARD P., *L'administration de l'État*, LexisNexis, coll. Manuel, 2^e éd., 2016.

GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités Dalloz, tomes 1 et 2, 2011.

GUETTIER Ch., *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2011.

GUETTIER Ch., *Institutions administratives*, Dalloz, coll. Cours dalloz, 6^e éd., 2015.

GUGLIELMI G.-J., KOUBI G. et LONG M., *Droit du service public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2016.

GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e éd., 2014.

HAMON Fr. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. Manuel, 28^e éd., 2003.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Larose, 2^e éd., 1893.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Sirey, 5^e éd., 1903.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de 12^e éd., Sirey, 1933.

JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La notion de service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, T. 2, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004.

JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, T. 1, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005.

JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, T. 3, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011.

LACHAUME J.-Fr., PAULIAT H., BOITEAU Cl. et DEFFIGIER Cl., *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. Manuel, 2012 et 2^e éd., 2015.

LAFERRIÈRE Ed., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I et II, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896.

MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Institutions administratives*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2015.

MESCHERIAKOFF A.-S., *Droit des services publics*, PUF, coll. Droit fondamental, 1991.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2014 et 5^e éd., 2016.

PLESSIX B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016.

RAPP L. et TERNEYRE Ph. (dir.), *Lamy Droit Public des Affaires*, Lamy, 2012.

RICHER L. et LICHÈRE Fr., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 10^e éd., 2016.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 9^e éd., 2014 et 10^e éd., 2016.

ROUX A., *La décentralisation. Droit des collectivités territoriales*, LGDJ, coll. Systèmes cours, 2016.

SEILLER B., *Droit administratif*, Tome 1, Flammarion, 6^e éd., 2016.

SEILLER B., *Droit administratif*, Tome 2, Flammarion, 6^e éd., 2016.

SERRAND P., *Droit administratif. Tome 1. Les actions administratives*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2015.

TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 2008 et 4^e éd., 2011.

UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. Manuel, 2015.

VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, PUF, coll., Thémis Droit, 8^e éd., 1982.

VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tomes 1 et 2, PUF, coll. Thémis Droit public, 11^e éd., 1990, 12^e éd., 1992.

WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2016.

WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1950.

WALINE M., *Traité de droit administratif*, 9^e éd., Sirey, 1963.

YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013.

- **Droit civil et Droit privé**

ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2013.

AUZERO G. et DOCKÈS E., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 29^e éd., 2015.

BÉNABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8^e éd., 2008.

BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15^e éd., 2016.

BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 4^e éd., 2016.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours dalloz, 9^e éd., 2010.

CARBONNIER J., *Les obligations. Droit civil, Tome 4*, 22^e éd., 2000.

DROSS W., *Droit des biens*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2014.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2012.

FENOUILLET D., *Droit de la famille. Les personnes*, Dalloz, coll. Série droit privé, 1997.

FERRIER D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^e éd., 2012.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e éd., 2014.

GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004.

GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, coll. Traité, 3^e éd., 2001.

GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013.

GHESTIN J., LOISEAU Gr. et SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd., 2013.

HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2^e éd., 2001.

LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 7^e éd., 2014 et 8^e éd., 2016.

LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 21^e éd., 2014.

MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2012 et 7^e éd., 2014.

MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2013 et 8^e éd., 2016.

MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Cours, 9^e éd., 2014.

POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, Thomine et Fortic, 1821, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011.

PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2015.

ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

SORBARA J.-G., *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit Fondamental Manuels, 2016.

TERRÉ Fr. et FENOUILLET D., *Droit civil. Les personnes. Personnalité – Incapacité – Protection*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012.

TERRÉ Fr. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010.

TERRÉ Fr., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, 10^e éd., 2009, 9^e éd., 2005, 8^e éd., 2002.

TEYSSIE B., *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 15^e éd., 2012.

ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Les biens*, PUF, coll. Droit Fondamental, 3^e éd., 2008.

ZENATI-CASTAING Fr. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2014.

- **Économie, Management et Sciences humaines**

BURDEAU G., *Traité de science politique, tome I, vol. II, Le pouvoir politique*, LGDJ, 3^e éd., 1980.

BURDEAU G., *Traité de science politique, Tome II, L'État*, LGDJ, 3^e éd., 1980.

BURDEAU G., *Traité de science politique, Tome IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, LGDJ, 3^e éd., 1984.

DURAND R., DUSSAUGE P., GARRETTE B., LEHMANN-ORTEGA L. et LEROY Fr., *Strategor*, Dunod, 6^e éd., 2013, et 7^e éd., 2016.

FRÉRY Fr. (coord.), *Stratégique*, Pearson, 10^e éd., 2014.

HASSENTEUFEL P., *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, 2008.

HELPER J.-P., KALIKA M. et ORSONI J., *Management stratégique*, Vuibert, 9^e éd., 2013.

PLANE J.-M., *Théorie et management des organisations*, Dunod, coll. Management – Ressources humaines, 3^e éd., 2012.

TARONDEAU J.-Cl. et HUTTIN Ch., *Dictionnaire de stratégie d'entreprise*, Vuibert, 2^e éd., 2006.

- **Théorie et Philosophie du droit**

ALLAND D. et RIALS St., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, 1920-1922, 2 tomes, rééd. Dalloz, 2004.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, et 10^e éd., 2014.

VIALA A., *Philosophie du droit*, Éllipses, coll. Cours magistral, 2010.

Ouvrages spécialisés

- **Droit administratif et Droit public**

AUBY J.-B., *La décentralisation et le droit*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2006.

BAUBY P., *Service public, services publics*, La documentation française, coll. Les études, 2^e éd., 2016.

BEZANÇON X., *Les services publics en France. Du Moyen-Âge à la Révolution*, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 1995.

BEZANÇON X., *Les services publics en France. De la Révolution à la Première Guerre mondiale*, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 1997.

BEZANÇON X., *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs*, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 2004.

BEZES Ph., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 1^{ère} éd., 2009.

BLANQUER J.-M. et MILET M., *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, coll. Histoire, 2015.

BOITEAU Cl., *Les conventions de délégation de service public. Transparence et service public local*, Editions Le Moniteur, coll. Action locale, 2^e éd., 2007.

CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, coll. Les voies du droit, 2008.

CAILLOSSE J., *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 56, 2015.

CAILLOSSE J. et HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, coll. Perspectives, 2000.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 35, 4^e éd., 2014.

COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, PUF, 1985.

DARESTE R., *La justice administrative en France*, Auguste Durand, 1^{ère} éd., 1862.

DE GAUDEMAR H. et MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2015.

DELSOL C., *L'État subsidiaire*, Archives Karéline, 2010.

DELVOLVÉ P., *L'acte administratif*, Sirey, coll. Droit Public, 1983.

DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, rééd. de Albert Fontemoing, 1901.

DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, rééd. de Albert Fontemoing, 1903.

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, 1913.

EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, La documentation française, Conseil d'État, coll. Étude annuelle 2008, vol. 59, 2008.

EDCE, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La documentation française, Conseil d'État, coll. Étude annuelle 2012, vol. 63, 2012.

EISENMANN Ch., *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.

ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé (1895)*, Sirey, Paris, 1914, 6^e éd., rééd. Panthéon-Assas, 2001.

FOURNIER J., *L'économie des besoins. Une nouvelle approche du service public*, Odile Jacob, 2013.

GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

HAURIOU M., *La gestion administrative*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, rééd. 1899, Larose.

HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1925, rééd. 1986, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique.

HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, T. I, II et III, Sirey, 1929.

JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, T. 1 et 2, Éditions Panthéon Assas, 2005, rééd. 1913.

JOUANJAN O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. Léviathan, 2005.

LABAND P., *Droit public de l'Empire allemand*, t. II, éd. française, 1901.

LIGNIÈRES P., *Le temps des juristes. Un essai original sur l'évolution de l'Europe d'un point de vue juridique, économique et historique. Contribution juridique à la croissance européenne*, LexisNexis, coll. Essais, 2012.

MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, tome 1, LGDJ, Paris, 1^{ère} éd., 1906, 3^e éd., 1932.

MOCKLE D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007.

MORAND Ch.-Al., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. droit et société, vol. 26, 1999.

ORTEGA O., *Clausier. Contrats de la commande publique*, Editions Le Moniteur, 2010.

RICHER L., *La concession en débat*, LGDJ, coll. Systèmes Perspectives, 2014.

ROUVILLOIS Fr., *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Fondation pour l'innovation politique, 2008.

ROUVILLOIS Fr. et DEGOFFE M. (dir.), *La privatisation de l'État*, CNRS Éditions, 2012.

SYMCHOWICZ N. et PROOT Ph., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, Éditions Le Moniteur, coll. Essentiels Experts, 3^e éd., 2012.

VAUTROT-SCHWARZ Ch. (dir.), *La police administrative*, PUF, coll. Thémis essais, 2014.

WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestin, 1949.

- **Droit civil et Droit privé**

AUBERT J.-L., *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996.

BONFILS S., *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, coll. Droit & économie, 2005.

CÉLÉRIER S. (dir.), *Le travail indépendant. Statut, activités et santé*, Éditions Liaisons, coll. Liaisons sociales, 2014.

CHÉNEDÉ Fr., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016.

DE BAILLEUL C. et JOURDAN D., *Contrat de travail. Du recrutement à la rupture*, Éditions Delmas, 7^e éd., 2008.

DE PANSEY H., *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois Père, 1818.

LABARTHE Fr. et NOBLOT C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2008.

LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de franchisage*, Litec LexisNexis, coll. Litec Professionnels, 2^e éd., 2007.

LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de concession*, Litec LexisNexis, coll. Litec Professionnels, 2^e éd., 2010.

SAVATIER R., *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 3^e éd., 1974.

SIMLER Ph., *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, coll. Actualité, 2016.

TERRÉ Fr., *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016.

TOUATI J.-J., *L. 1224-1 à la loupe. Restructurations et contrats de travail*, Éditions Liaisons, coll. Liaisons sociales, 2008.

VOGEL L. (dir.), *La franchise au carrefour de la concurrence et du droit des contrats. Etats-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Éditions Panthéon-Assas, 2011.

- **Économie, Management et Sciences humaines**

AHLSTRAND B., LAMPEL J. et MINTZBERG H., *Safari en pays stratégie. L'exploration des grands courants de la pensée stratégique*, Pearson, 2^e éd., 2009.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Éditions Les échos du Maquis, 2014.

AUDIER S., *Le colloque Lippmann. Aux origines du « néo-libéralisme »*, Éditions Le bord de l'eau, 2012.

AUDIER S., *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Grasset, coll. Mondes vécus, 2012.

BARTHÉLEMY J., *Stratégies d'externalisation. Préparer, décider et mettre en œuvre l'externalisation d'activités stratégiques*, Dunod, 3^e éd., 2007.

BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999.

BRAVARD J.-L. et MORGAN R., *Réussir une externalisation*, Village Mondial, Pearson Education France, 2007.

BROUSSEAU É., *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993.

BRUTÉ DE RÉMUR Fr., *Le facilities management et le droit. La gestion externe de l'informatique et des télécommunications*, éd. Hermes, coll. Memento-guide Alain Bensoussan, 1992.

CAPPEAU A., *La nouvelle externalisation*, Jean-Pierre Hugué Editeur, 2005.

CHAUDEY M., *Analyse économique de la firme*, Armand Colin, coll. Cursus, 2014.

COASE R. H., *La firme, le marché et le Droit*, Diderot Multimedia, 1997 ; trad. de, *The firm, the market and the law*, University of Chicago Press, 1988.

CROZIER M., *Le phénomène bureaucratique*, Éditions du Seuil, Paris, 1964.

CROZIER M., *État modeste, État moderne : Stratégie pour un autre changement*, Fayard, coll. Essais, 1987.

DELEUZE G. et GUATTARI F., *Capitalisme et schizophrénie, vol. 2 Mille Plateaux*, Les éditions de Minuit, coll. Critique, 1980.

DESREUMAUX A., *Théorie des organisations*, éditions EMS – Management & Société, coll. Les Essentiels de la Gestion, 3^e éd., 2015.

DUFOUR Br. (dir.), *MBA. L'essentiel du management par les meilleurs professeurs*, Eyrolles, 3^e éd., 2014.

FABRE-LUCE Al., *La crise nous révèle*, Robert Laffont, 1976.

- FARJAT G., *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 37, 1962.
- FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.
- GABRIÉ H., *La firme et sa stratégie. Les cinq grandes questions non résolues*, Economica, coll. Gestion, 2012.
- GARAPON A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.
- GERVAIS M. et HERRIAU Ch., *Stratégie de l'entreprise*, Economica, coll. Gestion, 6^e éd., 2011.
- GHERTMAN M., *Stratégie de l'Entreprise : Théories et Actions*, Economica, coll. Gestion, 2004.
- GILSON B., *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Vrin, coll. Bibliothèque d'Histoire de la philosophie, 1991.
- JOLLY D., *Stratégie d'entreprise. Une approche opérationnelle*, Maxima – Laurent du Mesnil Éditeur, 2012.
- LEROY Fr., *Les stratégies de l'entreprise*, Dunod, 4^e éd., 2012.
- MAGRETTA J., *Comprendre Michael Porter*, Eyrolles, 2012.
- MILGATE M., *Partenariats, externalisation et lean organisation. L'alliance des performances*, Maxima – Laurent du Mesnil Éditeur, 2004.
- OCQUETEAU Fr. et WARFMAN D., *La sécurité privée en France*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2011.
- QUÉLIN B., *Les frontières de la Firme*, Economica, coll. Gestion, 2002.
- SARTRE J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, Folio, coll. Folio essais, 1996.
- SINNASSAMY Ch., *Le management public. Organisation, gestion et évaluation des politiques publiques*, Berger Levrault, coll. Les indispensables, 2014.
- SMITH A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livres I et V, 1776, Librairie Garnier Frères, 1881.
- TAINÉ H., *Les origines de la France contemporaine*, vol. II, Robert Laffont, 1986.

TOCQUEVILLE A. de, *L'Ancien régime et la Révolution*, Michel Lévy frères, 1856.

TRAN V. (coord.), *Comportements organisationnels*, Pearson, 14^e éd., 2011.

WILLIAMSON O. E., *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985.

WILLIAMSON O. E., *Les institutions de l'économie*, InterÉditions, 1994.

WILLIAMSON O. E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1996.

- **Théorie et Philosophie du droit**

BEAUD O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, LGDJ, coll. La Pensée Juridique, 1998.

BURDEAU G., *L'État*, Seuil, coll. Points Politique, 1970.

DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997.

DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'Hermès, 4^e éd., 1998.

GÉNY Fr., *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1927, 3 tomes.

KANT E., *Critique de la raison pure*, PUF, 1980.

KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996.

KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.

OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, coll. Droit, 2002.

PERELMAN Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1999.

PLATON, *La République*, Librairie Garnier Frères, 1936.

THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/ Bruylant, 2009.

TIMSIT G., *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1991.

Monographies

- **Droit administratif et Droit public**

ALHAMA Fr., *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2016.

ANTOINE A., *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 261, 2009.

AUBY J.-B., *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse dact., Université de Bordeaux, 1979.

AZOUAOU Ph., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.

BAHOUGNE L., *Le financement du service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 289, 2015.

BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002.

BARBIN É., *Le régime juridique de l'intérêt général*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, coll. Collection des mémoires de l'équipe de droit public de Lyon, n° 23, 2014.

BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 218, 2001.

BARTHÉLÉMY J., *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Libr. S.R.G.L.A., 1899.

BERTRAND Ch., *L'agrément en droit public*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, n° 6, 1999.

BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 206, 1999.

BLUMANN Cl., *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 113, 1974.

BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Delagrave, 1934.

BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014.

BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014.

CAGNON Gr., *Contrats publics et financement. Contribution à la théorisation des contrats publics*, thèse dact., Université Montpellier I, 2014.

CANEDO M., *Le mandat administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 216, 2001.

CARTIER-BRESSON A., *L'État actionnaire*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 264, 2010.

CHAMARD-HEIM C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 33, 2004.

CHAMMING'S G., *Le droit français de la commande publique à l'épreuve du contrat de partenariat. Du partage des risques à la Réforme de l'État*, thèse dact., t. I et II., 2011.

CHARBIT N., *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

CHARLES H., « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français. *Contribution à une théorie de l'opération administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 80, 1968.

CHARMASSON Ch., *La mutualisation des compétences et des moyens entre personnes morales de droit public*, thèse dact., Université Montpellier I, 2012.

CHAUVET Cl., *Le pouvoir hiérarchique*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 83, 2009.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006.

CLOUZOT L., *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 113, 2012.

CLUZEL-MÉTAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 52, 2006.

COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2015.

CORNELOUP V., *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, thèse dact., Paris II, 2000.

CORTES Th., *La personnalité morale comme technique de droit public*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2012.

COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 249, 2007.

DAVID J., *Le rapport de concrétisation entre actes juridiques. Étude de droit public*, thèse dact., Université de Bordeaux, 2014.

DE BELLESCIZE R., *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005.

DE CORAIL J.-L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1954.

DEFOORT B., *La décision administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015.

DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994.

DELAUNAY B., *La faute de l'administration*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 252, 2007.

DELVOLVÉ J., *Les « Délégations de Matières » en Droit Public*, Sirey, 1930.

DEMICHEL A., *Le contrôle de l'État sur les organismes privés. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 29, 1960.

DENIZEAU Ch., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 239, 2004.

DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 59, 1964.

DIDIERLAURENT M., *Obligations domaniales, obligations de service public. Contribution à la qualification des conventions d'occupation du domaine public*, mémoire dact., Université Montpellier I, 2013.

DOUENCE J.-Cl., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 81, 1968.

DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service public*, thèse dact., Université de Pau et des pays de l'Adour, 2003.

DREYFUS J.-D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 1997.

DUFAU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000.

DUPRÉ DE BOULOIS X., *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006.

DURANTHON A., *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2017.

DUSSART M.-L., *Constitution et économie*, thèse dact., Aix-en-Provence, 2013.

FORT N., *Réflexion sur les fondements du caractère non-délégable du service public de l'éducation*, Mémoire de Master 2, dact., Université de Montpellier I, 2011.

FORTAT N., *Autorité et responsabilité administrative*, thèse dact., Université François – Rabelais de Tours, 2011.

FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 25, 2003.

FOURNIÉ Fr., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 245, 2005.

FRANGI M., *Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, PUAM, coll. Droit Public Positif, 1992.

FROGER Ch., *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 145, 2015.

FROT O., *État régalien et externalisation, l'exemple du Ministère de la défense*, thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012.

GARCIA J., *Le contrôle des incompétences négatives du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dact., Université de Montpellier, 2015.

GENY B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, 1930.

GIACUZZO J.-Fr., *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014.

GIRARD A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013.

GOVERNATORI J.-J., *La stratégie du « faire faire » et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général*, thèse dact., Université Nice Sophia Antipolis, 2008.

GUÉRARD St., *La notion de détachabilité en droit administratif français*, thèse dact., Université Paris 2 – Panthéon-Assas, 1997.

GUIHEUX G., *La notion de délégation en droit public*, thèse dact., Rennes I, 1996.

HOURSON S., *Les conventions d'administration*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse dact., Bordeaux, 1980.

JURVILLIERS-ZUCCARO É., *Le tiers en droit administratif*, thèse dact., Université Nancy 2, 2010.

KALFLÈCHE Gr., *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, thèse dact., Paris II Panthéon-Assas, 2004.

LAFaix J.-Fr., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 87, 2009.

LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, 2012.

LAZZARIN G., *La personnalité publique dans la jurisprudence administrative*, thèse dact., Université Nancy 2, 2010.

LEPETIT-COLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 269, 2011.

LINDITCH Fl., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 176, 1997.

LLORENS Fr., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 139, 1981.

LOMBARD Fr., *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 77, 2008.

MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 103, 1971.

MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, thèse dact., Université Paris II, 1972.

MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010.

MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001.

MÉNY Y., *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 51, 1974.

MEUNIER B., *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, thèse dact., Université d'Auvergne – Clermont Ferrand I, 2006.

MODERNE F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse dact., Bordeaux, 1960.

MOLLION Gr., *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve de groupements privés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 246, 2005.

MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 219, 2001.

MULLER É., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011.

NÉGRIN J.-P., *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 102, 1971.

NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 241, 2004.

PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Imprimerie du Midi, 1945.

PERRIER M., *Le recours au contrat en matière de police administrative*, thèse dact., Université de Lyon III, 2011.

PEZ Th., *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 274, 2013.

PICARD É., *La notion de police administrative*, t. I et II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 146, 1984.

PISIER-KOUCHNER É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, 1972.

PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003.

PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 77, 1978.

POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1989.

PY P., *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 74, 1976.

ROMBAUTS-CHABROL T., *L'intérêt public local*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle, 2016.

ROUX Ch., *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 290, 2015.

SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 109, 2011.

SAUGEZ H., *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse dact., Université d'Orléans, 2012.

SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 160, 2016.

SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2013.

SEUROT L., *L'autorisation administrative*, thèse dact., Université de Lorraine, 2013.

SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 71, 1966.

SIBIRIL K., *La notion d'intérêt en droit administratif*, thèse dact., Université de Bretagne Occidentale, 2012.

SPILIOTOPOULOS E., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, LGDJ, 1959.

STAUB M., *L'indivisibilité en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 197, 1999.

TESSON F., *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse dact., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010.

THALINEAU J., *Essai sur la centralisation et la décentralisation. Réflexions à partir de la théorie de Charles Eisenmann*, thèse dact., Université François Rabelais – Tours, 1994.

THIRION N., *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, LGDJ, 2002.

TONNET-MIREPOIX L., *Contrats publics et externalisation*, Université de Toulouse 1 Capitole, thèse dact., 2012.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 125, 1977.

VANIER L., *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, thèse dact., Université Grenoble Alpes, 2016.

VEDEL G., *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934.

VINCENT Fr., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 70, 1966.

VOIZARD K.-H., *L'État culturel et le droit. Approche juridique des interventions culturelles de l'État en France*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

YOLKA Ph., *Propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997.

ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 285, 2015.

- **Droit civil et Droit privé**

AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995.

ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002.

APPOLIS B., *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée. Contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, LEH Édition, coll. Thèses, 2008.

AYNÈS L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, coll. Droit Civil, 1984.

BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008.

BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005.

CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990.

CARDOSO-ROULOT N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008.

COMPARATO F.-K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1963.

COTTET M., *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 544, 2013.

DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 333, 2000.

DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 485, 2007.

DROSS W., *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse dact., Université de Nancy II, 2000.

DUCLOS J., *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, 1984.

ÉTIENNEY A., *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 475, 2008.

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014.

FERRIER N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 68, 2005.

FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002.

FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012.

GATSI J., *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 273, 1996.

HAMELIN J.-Fr., *Le contrat-alliance*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012.

HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 117, 1971.

HENRY X., *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dact., Université de Nancy II, 1992, tomes 1 et 2.

IZORCHE M.-L., *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1995.

JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 46, 2005.

LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012.

LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005.

MACÉ M., *La contrefaçon du cocontractant. Approche inductive par le contrat de franchise*, PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 2015.

MARIA I., *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, coll. Collection de Thèses, t. 44, 2010.

MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

MOULY-GUILLEMAUD Cl., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 460, 2006.

OVERSTAKE J.-Fr., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2004.

PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 37, 2004.

PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002.

ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999.

RONTCHEVSKY N., *L'effet de l'obligation*, Economica, coll. Droit Civil, 1998.

ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dact., Paris, 1965.

ROUVIÈRE Fr., *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2005.

SAVAUX É., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

SÉNÉCHAL J., *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, PUAM, coll. Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008.

SEUBE J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 40, 1999.

TEXIER M., *La désorganisation. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. Études, 2006.

TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975.

TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2012.

TORRE-SCHAUB M., *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 363, 2002.

VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986.

WICKER G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997.

- **Économie, Management et Sciences humaines**

BARTHÉLEMY J., *L'outsourcing : analyse de la forme organisationnelle et des ressources spécifiques externalisées – Test d'un modèle issu de la théorie des coûts de transaction et de l'approche par les compétences*, thèse dact., École des Hautes Commerciales, 2000.

- **Théorie et Philosophie du droit**

BELDA J.-B., *La théorie réaliste de l'interprétation et le droit privé*, Mémoire dact., Université de Montpellier, 2011.

BRUNET Fr., *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, Droit public, 2011.

DE BÉCHILLON D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, coll. Droit public positif, 1996.

FORTSAKIS Th., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 152, 1987.

TARDIVEL B., *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, thèse dact., Université Montpellier I, 2002.

TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 60, 2006.

VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Économica, coll. Corpus Essais, 2002.

Articles et commentaires

- **Droit administratif et Droit public**

ALCARAZ H., « La principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité », *RFDA*, 2009, p. 497 et s.

AMSELEK P. « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492 et s.

ARTUR E., « Séparation des pouvoirs et des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIII, p. 214 et s.

AUBY J.-B., « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3 et s.

AUBY J.-B., « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, décembre 1993, vol. 11, n°4, p. 147 et s.

AUBY J.-B., « La gestion par une personne privée du stationnement payant sur la voie publique », *RDP*, 1994, p. 1825 et s.

AUBY J.-B., « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », *RFDA*, 1997, supplément juillet, p. 3 et s.

AUBY J.-B., « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912 et s.

AUBY J.-B., « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 9 et s.

AUBY J.-B., « Anciennes et nouvelles incitations à la vérité des prix des services publics », *DA*, 2004, Repères n°1, p. 3 et s.

AUBY J.-B., « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, n°6, Repères n°6, p. 1 et s.

AUBY J.-B., « Le droit administratif et la crise », *DA*, janvier 2014, n°1, p. 1 et s.

AUBY J.-B., « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 661 et s.

AUBY J.-B., IDOUX P., PERROUD Th. Et LIGNIÈRES P., « Régulation, élaboration des normes et délivrance des autorisations », *JCP E*, 22 octobre 2015, n° 43 et 44, 1507.

AUBY J.-Fr. et LIGNIÈRES P., « Droit des délégations de service public. Quelques propositions d'amélioration », *DA*, août-septembre 1999, p. 4 et s.

BARTHÉLEMY J., « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 505 et s.

BAZEX M., « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme », *RFDA*, 1994, p. 285 et s.

BAZEX M. et BLAZY S., « Les voies de l'externalisation des activités de service public », *DA*, juin 2007, commentaires n° 95, p. 35 et s.

BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, LexisNexis, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 5 et s.

BELL J., « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 99 et s.

BÉNOIT Fr.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 23 et s.

BERNARD É., « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3, t. XXIII, 3, p. 353 et s.

BERNARD É., « À la recherche d'une définition juridique d'une idée managériale : le cas des agences de l'État », *JCP A*, 1^{er} juin 2015, n°22, étude 2159.

BÉROUJON Fr., « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26 et s.

BÉROUJON Fr., « Évolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? », *RFDA*, 2008, p. 449 et s.

BERTHÉLEMY H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue Politique et Parlementaire*, 1898, p. 322 et s.

BERTHÉLEMY H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 209 et s.

BEZANÇON X., « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », *RFDA*, 1997, suppl. juillet, p. 15 et s.

BEZES Ph., « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 409 et s.

BIGOT Gr., « Personnalité publique et puissance publique », in *La personnalité publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 1, 2007, p. 17 et s.

BIGOT Gr., « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 1 et s.

BOITEAU Cl., « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 803 et s.

BON P., « Peut-on parler de « pouvoir » administratif ? », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 385 et s.

BONNARD R., « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5 et s.

BONNARD R., « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP*, 1928, p. 668 et s.

BONNARD R., « Les concepts de la science de l'État », *RDP*, 1943, p. 234 et s.

BOTTEGHI D. et LALLET A., « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p. 156 et s.

BOTTINI F., « L'impact du *New public management* sur la réforme territoriale », *RFDA*, juillet-août 2015, p. 717 et s.

BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2005, p. 4 et s.

BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *AJDA*, 2008, p. 575 et s.

BOUCHER J. et LENICA F., « Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogatives de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations », *AJDA*, 2007, p. 793 et s.

BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 5 et s.

BRACONNIER St., « Arbitrage et contrats publics d'affaires », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Université Montpellier I, Vol. II, 2006, p. 319 et s.

BRACONNIER St., « L'effacement du contrat dans les « contrats » in house », *Contrats publics*, juin 2010, n°100, p. 43 et s.

BRACONNIER St., « Le service public », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012, p. 237 et s.

BRACONNIER St., « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G*, n° 19, 12 mai 2014, doct. 567.

BRACONNIER St., « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 832 et s.

BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 91 et s.

BRENET Fr., « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 217 et s.

BRENET Fr., « Coopération public-public et droit de la commande publique », *DA*, avril 2012, n° 4, comm. 33.

BRENET Fr., « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, p. 1435 et s.

BRENET Fr., « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 848 et s.

BRENET Fr., « Les contrats de concession de service hors service public », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 59 et s.

BRENET Fr., « Les nouvelles bases du droit des concessions », *AJDA*, 2016, p. 992 et s.

BRENET Fr., « Le contrat domanial », *AJDA*, 2016, p. 1803 et s.

BRISSON J.-Fr., « La privatisation de la gestion des aéroports en France et à l'étranger », in *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 51 et s.

BRISSON J.-Fr., « Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales », *DA*, avril 2008, étude 8, p. 8 et s.

BROUSSARD S., « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature » », *RFDA*, 2008, p. 43 et s.

BROUSSARD S., « Les vicissitudes du service public hospitalier », *RFDA*, 2016, p. 565 et s.

BUFFELAN J.-P., « L'introuvable critère du droit administratif », in *Études de droit public*, Éditions Cujas, 1964, p. 177 et s.

CAILLOSSE J., « La réforme administrative et la question du droit », *AJDA*, 1989, p. 3 et s.

CAILLOSSE J., « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficience ? », *Politiques et management public*, juin 1989, vol. 2, p. 163 et s.

CAILLOSSE J., « La modernisation de l'État. Variations sur le modèle juridique d'administration », *AJDA*, 1991, p. 755 et s.

CAILLOSSE J., « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195 et s.

CAILLOSSE J., « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 99 et s.

CAILLOSSE J., « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », *Études foncières*, 2002, n° 100, p. 7 et s.

CAILLOSSE J., « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, 2003/1, n° 105 et 106, p. 121 et s.

CAILLOSSE J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 149 et s.

CAILLOSSE J., « Sur le droit administratif de Jacques Chevallier. Une note introductive », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 3 et s.

CAPITANT R., « Concours d'agrégation des facultés de droit. 1930. Section de Droit Public », *RFDA*, 2007, p. 1300 et s.

CARREAU D., « Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public », *AJDA*, 1966, p. 278 et s.

CHAMARD-HEIM C., « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 283 et s.

CHAPPOZ Y. et PUPION P.-Ch., « Le New Public Management », *Gestion et management public*, 2012/2, volume 1/n°2, p. 1 et s.

CHAPUS R., « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235 et s.

CHAVAS H., « La Révision Générale des Politiques Publiques en défaut d'expertise », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 429 et s.

CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, vol. 1, p. 57 et s.

CHÉROT J.-Y., « Paul Amselek et la normativité en droit », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, PUAM, n° 38, 2014, p. 1997 et s.

CHEVALLIER F., « La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes », *AJDA*, 1981, p. 331 et s.

CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, t. 1, 1978.

CHEVALLIER J., « L'idéologie du droit administratif », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, t. 2, 1979.

CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 57 et s.

CHEVALLIER J., « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651 et s.

CHEVALLIER J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, décembre 1993, vol. 11, n°4, p. 111 et s.

CHEVALLIER J., « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 8 et s.

CHEVALLIER J., « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n°5/6, 1998, p. 1794 et s.

CHEVALLIER J. « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179 et s.

CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP*, 2003/1, n°105-106, p. 203 et s.

CHEVALLIER J., « La normativité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 56 et s.

CHEVALLIER J., « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2, p. 14 et s.

CHEVALLIER J., « La police est-elle encore une activité régaliennne ? », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis essais, 2014, p. 5 et s.

CHEVALLIER J. et LOSCHAK D., « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, octobre-décembre 1982, p. 679 et s.

CLAMOUR G., « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006, p. 637 et s.

CLAMOUR G., « Qui peut le plus peu le moins... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP A*, 2007, n° 44-45, étude 2286, p. 48 et s.

CLAMOUR G., « Apostille pour les faiseurs de systèmes », *AJDA*, 2008, p. 169 et s.

CLAMOUR G., « Aéroports décentralisés et mise en concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1183 et s.

CLAMOUR G., « Indisponibilité des compétences et gestion des propriétés publiques immobilières », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 191 et s.

CLAMOUR G., « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », in *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 325 et s.

CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 237 et s.

CLAMOUR G., « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, n° 6, juin 2014, dossier 6.

CLAMOUR G., « Manquement contractuel et responsabilité quasi délictuelle, *bis repetita (non) placent* », *AJDA*, 2014, p. 1725 et s.

CLAMOUR G., « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, n° 7, juillet 2015, comm. 166.

CLAMOUR G., « Le nouveau droit des concessions », *DA*, mars 2016, étude 5, p. 13 et s.

CLAMOUR G., « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA*, 2016, p. 270 et s.

CLAMOUR G., « Le volet « domanialité publique » de la loi « Sapin 2 » », *CMP*, n° 1, janvier 2017, comm. 2.

CLUZEL-MÉTAYER L., « Information et participation du public dans les procédures administratives en France et au Royaume-Uni : la transparence, entre droit et management », Conférence-débat du CDPC intitulée « Le principe de transparence dans les procédures administratives », Cycle « Les valeurs du droit public », 6 mars 2014, http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche_article/&RH=CDPC-ACTIV, 28 décembre 2015.

COMBEAU P., « La substitution dans l'action administrative : une fiction insaisissable », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2004/2, p. 967 et s.

COSSALTER Ph., « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf, 2007, p. 1 et s.

COUVRAT P., « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », *RFAP*, juillet-septembre 2001, n°99, p. 455 et s.

DAVID J., « L'arrêt APREI, huit ans après », *DA*, octobre 2015, n° 10, étude 12, p. 12 et s.

DE BÉCHILLON D., « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15 et s.

DE BRIANT V., « Typologie des transferts de compétences de l'État aux collectivités territoriales », in *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, L'Harmattan, 2009, p. 265 et s.

DE CORAIL J.-L., « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 20 et s.

DE GAUDEMAR H., « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de droit public de 1930 », *RFDA*, 2007, p. 1297 et s.

DE GAUDEMAR H., « Les sujétions de puissance publique », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 197 et s.

DE LAUBADÈRE A., « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *Dalloz*, 1952, chron. II, p. 5 et s.

DE LAUBADÈRE A., « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, p. 36 et s.

DE LAUBADÈRE A., « Existe-t-il en France un droit administratif économique », *Revue de droit prospectif*, 1976, n°1, p. 14 et s.

DEBBASCH Ch., « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013, p. 127 à 133.

DEBOUY Ch., « Le droit administratif français : tendances récentes », *LPA*, 5 décembre 1997, n°146, p. 4 et s.

DEHAUSSY J., « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit public. Rapport général », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIII, 1960, p. 491 et s.

DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », *RJEP*, n° 668, octobre 2009, étude 11.

DELAUNAY B., « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA*, 2012, p. 481 et s.

DELELIS Ph., « Contenu et exécution des contrats de concession », *CMP*, mars 2016, n° 3, dossier 5.

DELVOLVÉ P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 675 et s.

DELVOLVÉ P., « Marchés publics : des « contrats-maisons », *RDUE*, 2002, p. 53 et s.

DELVOLVÉ P., « Les contrats publics dans le désordre », *RDC*, 2006, n° 3, p. 951 et s.

DELVOLVÉ P., « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'État, Rapport public 2008, La documentation française, 2008, p. 329 et s.

DELVOLVÉ P., « La constitutionnalisation du droit administratif », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 397 et s.

DELVOLVÉ P., « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA*, 2014, p. 438 et s.

DELVOLVÉ P., « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211 et s.

DELVOLVÉ P., « Les contrats de la « commande publique » », *RFDA*, 2016, p. 200 et s.

DESMOULIN G., « La recherche de la performance des politiques publiques », *AJDA*, 2013, p. 894 et s.

DIDIERLAURENT M., « La remise en ordre inachevée de l'occupation contractuelle du domaine public », *AJDA*, 2015, p. 1519 et s.

DIEU Fr., « Le pouvoir de substitution d'action du préfet en matière de police administrative n'engage que rarement la responsabilité de l'État », *DA*, janvier 2008, n° 1, étude 2.

DOAT M., « L'aménagement des compétences locales », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 181 et s.

DONIER V., « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1219 et s.

DOUAT É. et WEIL L., « Indisponibilité des compétences et finances publiques. L'encadrement des conventions de mandat en matière d'ordonnancement des recettes et des dépenses publiques », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 209 et s.

DOUENCE J.-Cl., « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP*, 1972, p. 753 et s.

DOUENCE J.-Cl., « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936 et s.

DOUENCE J.-Cl., « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 501 et s.

DOUENCE J.-Cl., « L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public », *RFDA*, 2007, p. 821 et s.

DOUENCE J.-Cl., « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, 2008, fasc. n° 6132.

DOUENCE J.-Cl., « La délégation contractuelle du service public local », *Répertoire Dalloz collectivités locales*, 2010, fasc. 6152.

DOUENCE J.-Cl., « La nouvelle répartition des compétences, gage de clarification ? », *JCP A*, avril 2011, n° 14, étude 2135.

DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 43 et s.

DREIFUSS M., « Service de stationnement payant et délégation de service public », *AJDA*, 2001, p. 129 et s.

DREIFUSS M., « La délégation du service public de la fourrière, nouvelles récentes d'une illustre inconnue », *AJDA*, 2007, p. 1745 et s.

DREYFUS Fr., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *RFAP*, 2010/4, n°136, p. 857 et s.

DREYFUS J.-D., « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214 et s.

DREYFUS J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529 et s.

DUBOS O., « La subsidiarité », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 193 et s.

DUEZ P., « La théorie de la gestion privée dans l'application de la séparation des autorités administratives et judiciaires », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 337 et s.

DUFAU J., « Les services publics industriels et commerciaux », *JCP A*, mai 2001, p. 32 et s.

DUFAU J., « La nature juridique de la concession de service public », in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 147 et s.

DUMONT Cl., « Les délégations », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 219 et s.

DUPRAT J.-P., « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'État », *AJDA*, 2005, p. 578 et s.

DUPRÉ DE BOULOIS X., « Les actes administratifs unilatéraux », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 157 et s.

DUPRÉ DE BOULOIS X., « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 57 et s.

DUPRÉ DE BOULOIS X., « La société EDF entre police administrative et service public », *RJEP*, août-septembre 2013, p. 21 et s.

DUPUIS G., « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Édition Cujas, 1975, p. 205 et s.

DURAN P., « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 3 et s.

ECKERT G., « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 617 et s.

ECKERT G., « Police et contrat », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis essais, 2014, p. 167 et s.

ECKERT G., « Les contrats de concession de service public », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 31 et s.

ESMEIN A., « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit « des pleins pouvoirs » présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, p. 200 et s.

ESPUGLAS P., « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? », *Revue administrative*, 1996, n° 290, p. 162 et s.

FATÔME Ét., « Externalisation et protection des biens affectés au service public. Le point de vue d'un universitaire », *AJDA*, 2007, p. 959 et s.

FATÔME Ét. et MÉNÉMÉNIS A., « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA*, 2006, p. 67 et s.

FAURE B., « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 19, p. 119 et s.

FAURE B., « Agonie de quelques vieux principes du droit administratif », *AJDA*, 2011, p. 2441 et s.

FORT F.-X., « Indisponibilité des compétences et droit des collectivités territoriales », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 227 et s.

FORT F.-X., « Observations sur la notion de compétence locale », *JCP A*, juin 2014, n° 26, étude 2200.

FOULQUIER N., « Le service public », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. *Traité Dalloz*, 1^{ère} éd., 2011, p. 45 et s.

FOULQUIER N., « Les clauses réglementaires des contrats domaniaux », in *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2014, p. 105 et s.

FOULQUIER N. et ROLIN Fr., « Constitution et service public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 21 et s.

FOURNIER J., « Architecture et déclinaison des missions publiques », in *L'internalisation des missions d'intérêt général par les organisations publiques. Réalités d'aujourd'hui et perspectives*, PURH, 2015, p. 21 et s.

FRAYSSE Fr., « Propos introductifs », in *Le contrat de partenariat public-privé, Droit et Ville*, n° 60/2005, p. 11 et s.

FROMENT J.-Ch., « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 : Une ambition modérée... », *RDP*, 2010, p. 687 et s.

FROMONT M., « Rapport introductif », in *La personnalité publique*, LexisNexis, coll. *Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 1*, 2007, p. 1 et s.

GAUDEMET Y., « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Nonagesimo Anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613 et s.

GAUDEMET Y., « Les contrats administratifs état des lieux. Préambule », *RDC*, 2006, n° 3, p. 949 et s.

GAUDEMET Y., « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 313 et s.

GAZIER A., « Comment « faire mieux avec moins » ? Esquisse d'une comparaison entre les réformes de l'État en France et en Russie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 455 et s.

GEORGEL J., « L'agrément administratif », *AJDA*, 1962, p. 467 et s.

GIBERT P., « Management public, management de la puissance publique », *PMP*, 1986, vol. 4, n° 2, p. 89 et s.

GRAILLES B. et MARCILLOUX P., « *Caesar pontem fecit* : formes, logiques et enjeux du faire faire », *Texte prononcé le 21 mars 2006 à l'occasion de la journée d'étude annuelle organisée par l'Association des archivistes français (AAF) sur L'Externalisation de la fonction archives : état des lieux*, 2006, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00331878/document>.

GUGLIELMI G.-J., « Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public », *Droit ouvrier*, avril 2008, n°717, p. 175 et s.

GUGLIELMI G. J., « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux. Présentation », *RDP*, 2011, p. 717 et s.

GUGLIELMI G. J., « L'administration, une inexistence créative », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 85 et s.

HAURIOU A., « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1935, p. 92 et s.

HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *Cahiers de la nouvelle journée*, vol. 4, 1925, p. 1 et s.

HÉMERY V., « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA*, 1998, p. 347 et s.

HENRY J.-P., « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *RDP*, 1991, p. 651 et s.

HERTZOG R., « Le prix du service public », *AJDA*, 1997, n° spéc., p. 55 et s.

HERTZOG R., « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 235 et s.

HERTZOG R., « Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ? », *AJDA*, 2002, p. 1149.

IDOUX P., « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA*, 2016, p. 260 et s.

IDOUX P. et CAFARELLI Fr., « Durée des délégations de service public », *DA*, novembre 2009, p. 27 et s.

JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants », *RDP*, 1922, p. 377 et s.

JÈZE G., « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP*, 1923, p. 5 et s.

JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58 et s.

KARPENSCHIF M., « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous la surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 95 et s.

KARPENSCHIF M., « Que reste-t-il du Colbertisme ? À propos de l'étude annuelle 2015 du Conseil d'État sur *L'action économique des personnes publiques* », *JCP A*, 12 octobre 2015, n°41, étude 2294.

KESSLER M.-Ch., « Politique étrangère et reconfiguration de l'appareil d'État. Une illustration de la théorie de l'État post-moderne selon Jacques Chevallier », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 519 et s.

LACHAUME J.-Fr., « La définition du droit administratif », in *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 101 et s.

LAFARGE Fr. et LE CLAINCHE M., « La Révision Générale des Politiques Publiques », *RFAP*, 2010/4, n°146, p. 751 et s.

LARNAUDE F., « Analyses et comptes rendus. La théorie de la personnalité morale et son application au droit français par Léon Michoud », *RDP*, 1906, p. 576 et s. et *RDP*, 1910, p. 381 et s.

LATOUR X., « La place du secteur privé dans la politique moderne de sécurité », *AJDA*, 2010, p. 653 et s.

LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *EDCE*, 1960, p. 61 et s.

LE BERRE Ch., « L'analyse économique du service public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2014, p. 93 et s.

LE CHATELIER G., « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », *Contrats publics*, janvier 2008, n°73, p. 40 et s.

LE GALL A., « La révision générale des politiques publiques : vers une privatisation de l'État ? », in *La privatisation de l'État*, CNRS Éditions, 2012, p. 121 et s.

LE LIDEC P., « La relance de la décentralisation en France. De la rhétorique managériale aux réalités de l'Acte 2 », *PMP*, 2005, n° 3, p. 101 et s.

LE MIRE P., « Le service public : unité et diversité », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 1 et s.

LEBIGOT Ch., « Évolution de la sécurité publique dans le cadre de la police administrative », *Revue juridique de l'Ouest*, 2000-3, p. 327 et s.

LEMAIRE E., « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767 et s.

LEPETIT-COLIN H. et PERRIN A., « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813 et s.

LEUFFLEN P., « Externalisation du domaine et protection du service public. Le point de vue d'un notaire », *AJDA*, 2007, p. 962 et s.

LICHÈRE Fr., « La diversité des activités de Charbonnage de France et le principe de spécialité », *AJDA*, 1998, p. 619 et s.

LICHÈRE Fr., « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent* », *RDP*, 2003, p. 1163 et s.

LICHÈRE Fr., « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°3, mai-juin 2006, p. 66 et s.

LIET-VEAUX G., « Identification de la concession de service public », *Revue administrative*, 1968, p. 715 et s.

LIGNÈRES P., « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », in *Deuxième session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global » : l'externalisation des activités publiques en droit comparé*, Paris, 14 mars 2007, p. 1 et s.

LIGNÈRES P. et BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA*, mai 2002, n° 5, prat. 5, p. 37 et s.

LINDITCH Fl., « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », in *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 229 et s.

LINDITCH Fl., « Détachabilité et abus de position dominante dans le cadre de la délégation de service public, retour sur l'affaire *Corsica Ferries* », *JCP A*, 2007, n° 44-45, ét. 2285, p. 43 et s.

LINDITCH Fl., « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 77 et s.

LINDITCH Fl., « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *CMP*, mars 2016, n° 3, dossier 6.

LLORENS Fr., « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Liber amicorum Jean Waline. Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 301 et s.

LLORENS Fr., « Unité et pluralité des délégations de service public », *CMP*, n° 5, Mai 2003, chron. 7.

LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Contrats de concession : nouvelle donne », *CMP*, n° 3, Mars 2016, repère 3.

LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., « Sociétés d'économie mixte et quasi-régie : la fin des illusions ? », *CMP*, n° 10, octobre 2016, repère 9.

LOMBARD Fr., « La codification du critère de distinction marché/concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A*, n° 18-19, 5 mai 2014, 2137.

LONG M., « Le service public de la restauration scolaire. Entre rigidité et souplesse », *DA*, décembre 1998, p. 4 et s.

LOSCHAK D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, 1971, p. 259 et s.

MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 2004, n° 194, p. 3 et s.

MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 9 et s.

MARCOU G., « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1994, p. 691 et s.

MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347 et s.

MARCUS L. et PERRIN A., « Annulation de l'acte détachable et distinction des contentieux », *DA*, 2006, chron. 1.

MAREST P., « Contribution à la réflexion sur le rôle d'autorité organisatrice des services urbains par les collectivités territoriales et sur les conditions de mise en pratique de ces services au niveau local », *JCP A*, juin 2011, ét. 2226.

MAUGÜÉ Ch., « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999, p. 38 et s.

MAUGÜÉ Ch., « Le contrat de subvention qui lie la Cinémathèque française au CNC doit-il être qualifié de délégation de service public ou de marché public ? », *BJCP*, 2005, n° 40, p. 213 et s.

MAUGÜÉ Ch. et BACHELIER G., « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073 et s.

MAULIN É., « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 33 et s.

MAZÈRES J.-A., « Nouvelles réflexions sur la puissance publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 115 et s.

MELLERAY F., « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA*, 2003, p. 1961 et s.

MELLERAY F., « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, p. 637 et s.

MELLERAY F., « Les actions en justice », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 515 et s.

MELLERAY F., « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA*, 2014, p. 1530 et s.

MÉNÉMÉNIS A., « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite de la réflexion », *CP-ACCP*, 2004, n° 36, p. 65 et s.

MESCHERIAKOFF A.-S., « Service public et marché, histoire d'un couple. Ou vie et mort du service public à la française », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, AFDA, 2014, p. 3 et s.

MICHOUD L., « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 5 et s.

MODERNE Fr., « Le stationnement payant », *Gaz. Pal.*, 1973.II.539.

MONGOUACHON Cl., « Les débats sur la constitution économique en Allemagne », *RFDC*, 90, 2012, p. 303 et s.

MONIOLLE C., « Actions en garantie (actions récursoires et actions subrogatoires) », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2017, p. 1 et s.

MORANGE G., « Le déclin de la notion juridique de service public », *D.*, 1947, chron., p. 45 et s.

MORALES M., « Réflexions sur l'indisponibilité de la compétence de police administrative », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 321 et s.

MORALES M., « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1527 et s.

MORALES M., « Délégation prohibée d'une mission de police administrative », *DA*, novembre 2016, p. 23 et s.

MORAND-DEVILLER J., « Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme. Il y a cent ans Maurice Hauriou », in *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 225 et s.

MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 3 et s.

MOREAU J., « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 747 et s.

MOREAU J., « Rapport de synthèse », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 5, 2012, p. 287 et s.

MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, T. II, Université Montpellier I, 2006, p. 171 et s.

MOREL J.-B., « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *CMP*, novembre 2013, n°11, étude 9.

MULGAN R., « L'externalisation et les valeurs du service public : l'expérience australienne », *Revue internationale des Sciences Administratives*, 2005/1, vol. 71, p. 55 et s.

MULLER É., « Les modifications apportées au régime des marchés publics de partenariat », *CMP*, n° 10, octobre 2015, dossier 12.

NICINSKI S., « Intervention économique et régulation », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011, p. 113 et s.

NICINSKI S., « Les modes de gestion du service public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, AFDA, 2014, p. 163 et s.

NICINSKI S., « Partage des compétences et dévolution unilatérale d'une mission de service public », *AJDA*, 2015, p. 1840 et s.

NICINSKI S., « Vers une obligation de mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public », *AJDA*, 2016, p. 2475 et s.

NICOUD Fl., « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, p. 1247 et s.

NICOUD Fl., « La répartition des compétences entre l'État et les opérateurs privés en matière de sûreté aéroportuaire », *AJDA*, 2006, p. 2107 et s.

NOGUELLOU R., « La cession du contrat », *RDC*, 2006, n° 3, p. 966 et s.

PASTOR J.-M., « Patrimoine : l'État présent à tout niveau », *Juris art etc.*, 2016, n° 38, p. 6 et s.

PAULIAT H., « Réfléchir aux agences, c'est réfléchir à l'organisation de l'État », *JCP A*, 17 septembre 2012, n°37, act. 595.

PERRIN A., « Le plein contentieux objectif et le contentieux de droit commun », *RFDA*, 2015, p. 741 et s.

PERROUD Th., « Conceptualisme et empirisme dans la pensée d'André de Laubadère », *RFDA*, 2010, p. 1215 et s.

PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345 et s.

PETIT J., « La police administrative », *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 1^{ère} éd., 2011, p. 5 et s.

PETIT J., « La dépenalisation du stationnement payant », *AJDA*, 2014, p. 1134 et s.

PEZ Th., « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/4, n° 49, p. 43 et s.

PICARD É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 662 et s.

PICARD É., « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, numéro spécial, p. 11 et s.

PLESSIX B., « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, p. 579 et s.

PLESSIX B., « L'éternelle jouvence du service public », *JCP A*, 24 octobre 2005, n° 43-44, p. 1613 et s.

PLESSIX B., « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A*, 26 mars 2007, n°13, p. 35 et s.

PONTIER J.-M., « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1443.

PONTIER J.-M., « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1515 et s.

PONTIER J.-M., « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, p. 327 et s.

PONTIER J.-M., « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, 2003, p. 193 et s.

POUYAUD D., « Les modes d'annulation du contrat administratif », *RDC*, 2006, n° 3, p. 980 et s.

POUYAUD D., « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA*, 2015, p. 727 et s.

RADÉ Ch., « L'exorbitance du droit administratif. Regard d'un privatiste », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 45 et s.

RAPP L., « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA*, 2010, p. 588 et s.

RENAUDIE O., « Police et service public », in *La police administrative*, PUF, coll. Thémis Essais, 2014, p. 39 et s.

REZENTHEL R., « La création des grands ports maritimes », *RFDA*, 2008, p. 969 et s.

RIBOT C., « Délégation de service et droit du marché », *CMP*, 2003, p. 17 et s.

- RIBOT C., « Les transferts des compétences aéroportuaires », *RFDA*, 2009, p. 1160 et s.
- RICHER L., « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA*, 1997, p. 103 et s.
- RICHER L., « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP*, n° 2, février 2015, étude 2.
- RIPERT H., « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5 et s.
- RIVÉRO J., « Apologie pour les faiseurs de système », *D.*, 1951, p. 99 et s.
- RIVÉRO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP*, 1953, p. 279 et s.
- RIVÉRO J., « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, p. 37 et s.
- RIVÉRO J., « Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, 1962, p. 886 et s.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990 et s.
- ROLIN Fr., « Le contrat de partenariat « écotaxe », symptôme d'un État impotent », *AJDA*, 18 novembre 2013, p. 2225 et s.
- ROLIN Fr., « Service public et police administrative », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, *AFDA*, 2014, p. 211 et s.
- ROQUES F., « L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité », *AJDA*, 1991, p. 75 et s.
- ROSENBERG D., « Quelques observations sur la souveraineté économique de l'État post-moderne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 553 et s.
- ROUBAN L., « Réformer ou recomposer l'État ? Les enjeux sociopolitiques d'une mutation annoncée », *RFAP*, 2003/1, n°105-106, p. 153 et s.
- ROUX A., « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 435 et s.

ROUX Ch., « La « déqualification » des contrats de mobilier urbain : nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale », *RDP*, 2013, p. 1403 et s.

SABIANI Fr., « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4 et s.

SABOURIN P., « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589 et s.

SAUVÉ J.-M., « Pour un développement maîtrisé du contrat », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'État, Rapport public 2008, La documentation française, 2008, p. 7 et s.

SAUVÉ J.-M., « Libérer, sécuriser et optimiser l'action économique des personnes publiques », Allocution du 30 juin 2015, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, p. 1 et s.

SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, p. 132 et s.

SCHWARTZ R., « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 47 et s.

SCHWARTZ R., « Éditorial », *Les cahiers de la fonction publique*, décembre 2015, p. 3.

SEILLER B., « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, coll. Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 107 et s.

SEILLER B., « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2004, p. 481 et s.

SEILLER B., « Avant-propos », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. XI et s.

SEILLER B., « La notion de police administrative », *RFDA*, 2015, p. 876 et s.

SESTIER J.-Fr., « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA*, 2013, p. 857 et s.

SESTIER J.-Fr., « Les nouvelles dispositions relatives aux relations « in house » et aux coopérations « public/public » », *BJCP*, 2014, n° 94, p. 170 et s.

SESTIER J.-Fr., « SEML et in house : le désordre », *AJDA*, 2017, p. 262 et s.

SIRINELLI J., « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP*, 2011, p. 883 et s.

SOLDINI D., « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA*, 2010, p. 1114 et s.

SPANOU C., « Les droits sur le champ politico-administratif. La rencontre du droit et de la science administrative », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 103 et s.

SPILIOTOPOULOS É., « L'article 48 (4) du Traité de Rome : ambiguïté de la jurisprudence », *RFDA*, 1997, p. 581 et s.

STIRN B., « Constitution et droit administratif », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 7 et s.

SUEUR J.-J., « « Réforme » de l'État : histoire d'un mot », in *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 23 et s.

SUPIOT A., « La crise de l'esprit de service public », *Droit social*, 1989, p. 777 et s.

TERNEYRE Ph., « La constitutionnalisation du droit économique », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 427 et s.

TERNEYRE Ph., « Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 893 et s.

TERNEYRE Ph., « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA*, 2014, p. 407 et s.

TERNEYRE Ph., « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *CMP*, n° 6, juin 2014, dossier 3.

TESSON F., « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *AJDA*, 2013, p. 1675 et s.

TIMSIT G., « La réinvention de l'État », *Revue internationale des Sciences Administratives*, 2008/2, vol. 74, p. 181 et s.

TIMSIT G., « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, PUAM, 1986, p. 15 et s.

TOURET B., « Le régime juridique des concessions d'autoroutes », *AJDA*, 1972, p. 372.

TRICOT B., « L'agrément administratif des personnes privées », *D.*, 1948, p. 25 et s.

TROSA S., « Le public et le privé : la révision des missions débouche-t-elle sur la sous-traitance ? De l'essence à l'existence », *Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007, p. 1 et s.

TRUCHET D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427 et s.

TRUCHET D., « État et marché », *APD*, 1996, t. 40, p. 314 et s.

TRUCHET D., « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1039 et s.

TRUCHET D., « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA*, 2015, p. 657 et s.

TUSSEAU G., « Le juge administratif et la délégation du pouvoir de suspension d'un fonctionnaire », *RFDA*, 2005, p. 935 et s.

TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 101 et s.

UBAUD-BERGERON M., « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. I, éd. Université Montpellier I, 2006, p. 575 et s.

UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 145 et s.

UBAUD-BERGERON M., « Délégation de pouvoir et indisponibilité des compétences », in *L'indisponibilité des compétences*, Éditions du CREAM, 2013, p. 167 et s.

UBAUD-BERGERON M. et CLAMOUR G., « Introduction », in *Le nouveau droit des concessions*, Éditions du CREAM, 2016, p. 11 et s.

VIDELIN J.-Ch., « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA*, juillet-août 2010, p. 727 et s.

VANDERMEEREN R., « Police administrative et service public. Quand la police administrative et le service public se rencontrent dans les salles de casinos et s'unissent sur les pistes de ski », *AJDA*, 2004, p. 1916 et s.

- VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21 et s.
- VEL-DURAND M., « La force publique et sa mise en mouvement », *RDP*, 1905, p. 40 et s.
- VENEZIA J.-Cl., « Puissance publique, puissance privée », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975, p. 363 et s.
- VENNESSON P., « Quelle liberté d'action pour l'État « post-moderne » ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 409 et s.
- VERPEAUX M., « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, p. 661 et s.
- VIDELIN J.-Ch., « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n° 51-52, 19 décembre 2011, étude 2393.
- VIGNES H., « Le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 1960, p. 753 et s.
- VIGOUROUX Ch., « La place de la délégation dans la conception du service public », *RFDA*, 1997, suppl. juillet, p. 137 et s.
- VOISIN A., « Le développement du recours à l'externalisation au sein de la Défense : problématiques et comparaisons internationales », *PMP*, vol. 20, n° 1, 2002, p. 179 et s.
- VOISSET M., « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *L'interventionnisme de la puissance publique. Études en l'honneur de Doyen Georges Péquignot*, t. 2, CERAM, 1984, p. 712 et s.
- WALINE J., « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 965 et s.
- WALINE J., « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP*, 2015, p. 1551 et s.
- WALINE M., « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631 et s.
- YOLKA Ph., « Domaine public et coopération interhospitalière », *RFDA*, 2002, p. 515 et s.
- YOLKA Ph., « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP A*, 29 mai 2006, n°22, p. 687 et s.
- YOLKA Ph., « Les meubles de l'administration », *AJDA*, 2007, p. 964 et s.

YOLKA Ph., « Personnes publiques et contrat d'échange », *RDP*, 2008, p. 489 et s.

YOLKA Ph., « Les ventes immobilières de l'État », *RDP*, 2009, p. 1037 et s.

YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2130, p. 13 et s.

YOLKA Ph., « Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques », *AJDA*, 2013, p. 313.

ZIANI S., « Occupation du domaine public et intérêts économiques », *DA*, février 2014, n° 2, commentaires 12, p. 34 et s.

ZIMMER W., « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP*, n° 10, octobre 2015, dossier 4.

- **Droit civil et Droit privé**

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 et s.

ANCEL P., « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 163 et s.

ANCEL P., « Évolution, pas révolution », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloque & Essais, t. 28, 2016, p. 151 et s.

ANTONMATTEI P.-H., « Externalisation et article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail : le clash ! », *Semaine Sociale Lamy*, 2000, n°996, p. 7 et s.

AYNÈS L., « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.*, 1993, p. 25 et s.

BEAUCHARD Ph., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 et s.

BEY E.-M., « Du contrat de « Facilities Management » », *Gaz. Pal.*, 1991. I, doctrine, p. 19 et s.

BOFFA R., « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 335 et s.

BROUSSEAU É., « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Éditions du CNRS, 1996, p. 23 et s.

BROUSSEAU É., « Les contrats dans la coordination interentreprises : les enseignements de quelques travaux récents d'économie appliquée », in *L'entreprise, lieu de nouveaux contrats ?*, L'harmattan, Paris, 1996, p. 402 et s.

BROUSSEAU É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA*, 1998, n°147, p. 22 et s.

BROUSSEAU É., « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », in *Le Contrat au début du XXIe Siècle. Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 153 et s.

BÜRGE A., « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 et s.

CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

CATALA P., « Les lois du marché », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 201 et s.

CHAMPAUD Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, chron. XXIV, p. 215 et s.

CORNU G., « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157 et s.

DARMASIN St., « L'applicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux opérations d'externalisation », *CDE*, mai-juin 2006, n°3, p. 21 et s.

DAUCHY P., « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », *APD*, vol. 26, 1981, p. 269 et s.

DELEBECQUE Ph., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 9 et s.

DELEBECQUE Ph., « Contrat de distribution. Contrat cadre. Qualification. Droit communautaire », *RTD com.*, 2009, p. 646 et s.

DELPECH X., « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du « solidarisme contractuel » ? », *D.*, 2001, p. 302 et s.

DIDIER Ph., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *Revue de jurisprudence commerciale*, 1995, p. 74 et s.

DIDIER Ph., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à François Terré*, PUF, 1999, p. 635 et s.

DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G*, n° 20-21, 16 mai 2016, libres propos 580.

DIESSE Fr., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, 1999, vol. 43, p. 259 et s.

DROSS W., « Synthèse – Effets des obligations à l'égard des tiers », in *Encyclopédies*, LexisNexis, 2016, p. 1 et s.

DUPUIS-TOUBOL Fr. et VERGNE Fr., « Le contrat de *Facilities Management* », *JCP E*, 1993, n°9-10, p. 111 et s.

FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85 et s.

FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31 et s.

FABRE-MAGNAN M., « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, p. 639 et s.

FASQUELLE D., « Introduction au droit et au droit commercial », in *Droit de l'entreprise*, Lamy, 2006/2007, p. 1 et s.

FAVARIO Th., « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p. 53 et s.

FERRIER D., « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *RTD com.*, 1997, p. 49 et s.

FERRIER D., « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 95 et s.

FERRIER D., « Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun », *D.*, 1998, p. 333 et s.

FERRIER D., « L'intérêt commun est sans incidence sur les conditions de rupture du contrat », *D.*, 2002, p. 3009 et s.

FLAMBARD G., « L'externalisation, technique contractuelle pour les contrats-cadre et pour les contrats d'application d'infogérance de systèmes d'information », *CDE*, mai-juin 2006, n° 3, p. 51 et s.

FONTAINE M., « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 347 et s.

FORTI V., « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *LPA*, 2014, p. 6 et s.

GAUMONT-PRAT H., « Le statut du corps humain », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 2014.

GAUTIER P.-Y., « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ*, 1998, p. 130 et s.

GERMAIN M., « Aspects juridiques de l'externalisation des activités de l'entreprise. Rapport de clôture », *LPA*, 1998, n° 147, p. 45 et s.

GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777 et s.

GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, n°2 et 3, 2000, p. 81 et s.

GILBERT S., « L'externalisation », *LPA*, 1999, n° 14, p. 5 et s.

GRIMALDI C., « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.*, 2015, p. 814 et s.

GUELFUCCI-THIBIERGE C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275 et s.

HASSLER Th., « L'intérêt commun », *RTD com*, 1984, p. 581 et s.

HASSLER Th., « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA*, décembre 2004, n° 244, p. 3 et s.

HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 419 et s.

HOUIN R., « Les incapacités », *RTD civ.*, 1947, p. 383 et s.

JAMIN Ch., « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, p. 343 et s.

JAMIN Ch., « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.*, 1997, p. 19 et s.

JAMIN Ch., « Aspects juridiques de l'externalisation des activités de l'entreprise. Propos introductifs de la matinée », *LPA*, 1998, n° 147, p. 3 et s.

JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 125 et s.

JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 7 et s.

JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., « L'entité doctrinale française », *D.*, 1997, p. 167 et s.

JEOL M., « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », *RTD com.*, 1997, p. 1 et s.

JESTAZ Ph., « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 117 et s.

LABARTHE Fr., « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 489 et s.

LABBÉE X., « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA*, 1997, n° 83, p. 34 et s.

LAGARDE X., « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP G*, 2008.I.200, p. 17 et s.

LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148 et s.

LEQUETTE S., « Le champ contractuel – Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC*, n° 1, 2016, p. 135 et s.

LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s.

LIBCHABER R., « Suzanne Lequette, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », *RTD civ.*, 2012, p. 588 et s.

MAHINGA J.-Gr., « L'externalisation d'activités : où va la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *LPA*, 2001, n°113, p. 13 et s.

MARMUSE Ch., « Les enjeux de l'externalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 4 et s.

MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s.

MAZEAUD D., « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.*, 2001, p. 3236.

MAZEAUD D., « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.*, 2003, p. 93 et s.

MAZEAUD D., « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*, 2005, p. 1828 et s.

MAZEAUD D., « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution... », *D.*, 2013, p. 2617 et s.

MAZEAUD D., « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n°8.

MEKKI M., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 22, p. 17 et s.

MEKKI M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 494 et s.

MEKKI M., « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.), *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255.

MERCHIERS Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431 et s.

MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 41 et s.

MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100 et s.

MOLFESSIS N., « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n°90, p. 41 et s.

MOLFESSIS N., « La constitutionnalisation du droit civil », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 419 et s.

MORIN M.-L., « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, 2005, volume 144/n°1, p. 5 et s.

MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481 et s.

MOUSSERON J.-M. et SEUBE A., « À propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.*, 1973, chron. XXVIII, p. 197 et s.

MOUSSERON P., « Les filiales d'externalisation », *CDE*, mai-juin 2006, n°3, p. 40 et s.

PICOD Y., « La coopération commerciale », in *Le nouveau régime des relations industrie-commerce (Loi du 2 août 2005)*, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 2006, p. 39 et s.

PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 805 et s.

PIERI G., « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 221 et s.

PLANTAMP D., « L'intérêt commun dans les contrats de distribution », *D.*, 1990, p. 177 et s.

PLAZY J.-M., « La capacité de jouissance des personnes protégées », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 2009, étude 236.

POLLAUD-DULIAN Fr. et RONZANO A., « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.*, 1996, p. 179 et s.

PRIGENT S., « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.*, 2008, p. 401 et s.

PUIG P., « Contrat de coffre-fort : l'énigme continue ! », *RDC*, 2006, n°2, p. 422 et s.

RAJA C., « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », *RTD com.*, 2014, p. 1 et s.

RAYNARD J., « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006, n°2, p. 597 et s.

RAYNARD J., « Approche juridique de l'externalisation », *CDE*, n° 3, mai-juin 2006, p. 19 et s.

RÉMY Ph., « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 103 et s.

RENET Th., « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RDT com.*, 1997, p. 37 et s.

RENET Th., « Objectivisation ou subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 83 et s.

RENET Th., « La prise d'effet du contrat », *RDC*, 2004, n° 1, p. 29 et s.

RENET Th., « Le « contrat-règles » », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919 et s.

ROMAN D., « « À corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1284 et s.

SAVATIER R., « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, chron. XXII, 1961, p. 117 et s.

SAVATIER R., « La vente de services », *D.*, chron. XXXII, 1970, p. 223 et s.

SAVAUX É., « Le contenu du contrat », *JCP G*, 2015, suppl. n° 21, p. 20 et s.

SYLVESTRE C., « Opération à cœur ouvert », *CDE*, n°3, mai-juin 2006, p. 3.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275 et s.

VOGEL L., « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.*, 1995, p. 155 et s.

WAQUET Ph., « Libres propos sur l'externalisation », *Semaine Sociale Lamy*, 2000, n°999, p. 7 et s.

WICKER G. et FERRIER N., « La représentation », *JCP G*, supplément au numéro 21 spécial projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 25 mai 2015, p. 27 et s.

- **Économie, Management et Sciences humaines**

ABECASSIS C., « Les coûts de transaction : état de la théorie », *Réseaux*, 1997, vol. 15, n°84, p. 9 et s.

BARTHÉLEMY J., « Comment réussir une opération d'externalisation », *Revue française de gestion*, 2004/4, n°151, p. 9 et s.

BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « L'externalisation : un choix stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 97 et s.

BARTHÉLEMY J. et DONADA C., « Décision et gestion de l'externalisation stratégique. Une approche intégrée », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 101 et s.

BARTHÉLEMY J. et GONARD D., « Quels déterminants pour les frontières de la firme ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 67 et s.

BAUDRY B. et DUBRION B., « L'influence des travaux de Chester I. Barnard sur la théorie économique contractualiste de la firme : une appréciation critique », *Association Internationale de Management Stratégique*, 2009.

CHANSON G., « L'externalisation, les raisons d'une stratégie gestionnaire », *JCP A*, n°17, 30 avril 2012, 2131, p. 20 et s.

CHASERANT C., « La coopération se réduit-elle à un contrat ? Une approche procédurale des relations contractuelles », *Recherches économiques de Louvain*, 2002/4, vol. 68, p. 481 et s.

CHASERANT C., « Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *L'Actualité économique*, vol. 83, n° 2, 2007, p. 227 et s.

COASE R. H., « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n°1, 1987, p. 133 et s.

COASE R. H., « Le problème du coût social », *Revue française d'économie*, vol. 7, n°4, 1992, p. 153 et s.

COASE R. H., « L'économie néo-institutionnelle », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, n°2 et 3, 2000, p. 51 et s.

CORIAT B. et WEINSTEIN O., « Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences » », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 2010, p. 57 et s.

CROZIER M., « L'État bloqué », *Le Débat*, 1989/1, n° 53, p. 36 et s.

CROZIER M., « L'État modeste, une grande ambition », *PMP*, vol. 7, 1989, n°2, p. 1 et s.

DOUBLET J.-M., « Le discours de l'externalisation », *Revue française de gestion*, 2006/2, n° 161, p. 7 et s.

DUMOULIN R. et MARTIN A., « L'externalisation de la R&D : une approche exploratoire », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 55 et s.

FARÈS M. et SAUSSIÈRE St., « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Revue française d'économie*, vol. 16, n° 3, 2002, p. 193 et s.

FIMBEL É., « Nature et enjeux stratégiques de l'externalisation », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 27 et s.

GARELLO P., « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, t. 1, 1998, p. 37 et s.

GHERTMAN M., « Applications pratiques de la théorie des coûts de transaction », *Groupe HEC*, 1998, p. 5 et s.

GHERTMAN M., « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction », *Revue française de gestion*, 2003/1, n°142, p. 43 et s.

HENNART J.-Fr., « Explaining the swollen middle : why most transactions are a mix of market and hierarchy », *Organization Science*, 1993, 4, 4, p. 529 à s.

JOSKOW P. L., « Vertical Integration and Long-Term Contracts : The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants », *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 1, n°1, 1985, p. 33 et s.

LAVASTRE O., « Les coûts de transaction et Oliver E. Williamson : retour sur les fondements », in *Xième Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique*, 13-14-15 juin 2001, p. 2 et s.

MANDARD M., « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de l'œuvre de Ian Macneil », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, 2012/3, n° 109, p. 13 et s.

MÉNARD Cl., « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 661 et s.

MÉNARD Cl., « Markets as Institutions versus Organizations as Markets : Desintangling some Fundamental Concepts », *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 28, 1995, p. 161 et s.

MICHEL D.-A., « Les pièges du nouveau management public », *L'Expansion Management Review*, 2011/3, n° 142, p. 3 et s.

MORGANA L., « Un précurseur du New Public Management : Henry Fayol (1841-1925) », *Gestion et management public*, 2012/2, volume 1/n°2, p. 4 et s.

MUSSCHE G., « Les relations entre stratégies et structures dans l'entreprise », *Revue économique*, vol. 25, n°1, 1974, p. 30 et s.

PORTER M. E., « What is Strategy ? », *Harvard Business Review*, Novembre-Décembre 1996, p. 61 et s.

PORTER M. E., « Plaidoyer pour un retour de la stratégie », *L'Expansion Management Review*, n°84, mars 1997, p. 6 et s.

QUÉLIN B., « L'outsourcing : une approche par la théorie des coûts de transaction », *Réseaux*, vol. 15, n°84, 1997, p. 67 et s.

QUÉLIN B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », *Revue française de gestion*, 2003/2, n°143, p. 13 et s.

QUÉLIN B., « L'externalisation : de l'opérationnel au stratégique », *Revue française de gestion*, 2007/8, n°177, p. 113 et s.

ROBLEDO Ch., « Contrôle et performance des co-entreprises à l'étranger : analyse de trente-cinq « joint-ventures » ayant un parent français », *Association francophone de comptabilité*, 1998/4, tome 1, p. 83 et s.

SAUTEL O., « L'évolution de la théorie des contrats incomplets face à la dé-intégration verticale », *Revue d'économie industrielle*, vol. 1, n°117, 2007, p. 93 et s.

SPANOU C., « Abandonner ou renforcer l'État wéberien ? », *RFAP*, 2003/1 (n°105-106), p. 109 et s.

STUCKEY J. et WHITE D., « When and When not to Vertically Integrate ? », *Sloan Management Review*, 1993, p. 71 et s.

VAN HAEPEREN B., « Que sont les principes du New Public Management devenus ? Le cas de l'administration régionale wallonne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2012/2, tome LI, p. 83 et s.

WILLIAMSON O. E., « The vertical integration of production : Market failure considerations », *American Economic Review*, vol. 61, mai 1973, p. 112 et s.

WILLIAMSON O. E., « Comparative economic organization : the analysis of discrete structural alternatives », *Administrative Science Quarterly*, 1991, 36, p. 269 à 296.

- **Théorie et Philosophie du droit**

AMSELEK P., « Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, p. 7 et s.

BÉNOIT Fr.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 23 et s.

BERTRAND E., « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.*, 1951, chron. 151.

BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 31, 2009, p. 24 et s.

BOY L., « Normes techniques et normes juridiques », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 79 et s.

DE BÉCHILLON D., « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, n° 32, p. 81 et s.

EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, n°11, La logique du droit, p. 25 et s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Volonté et obligation », *APD*, 2000, t. 44, p. 129 et s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *ADP*, 1996, t. 40, p. 287 et s.

GAXIE D., « Le type idéal sous ses deux espèces », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 75 et s.

GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 199 et s.

HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, p. 1 et s.

HAURIOU M., « Philosophie du droit et science sociale », *RDP*, 1899, p. 466 et s.

KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33 et s.

KELSEN H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 561 et s.

MACHERY Ed., « Doit-on se passer de la notion de concept ? », *Publications Électroniques de Philosophie Scientifique*, vol. 2, 2005, p. 1 et s.

MEKKI M., « La densification normative du contrat », in *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 719 et s.

MILLARD É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 59 et s.

MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'Institution », *Droit et Société*, 1995, p. 381 et s.

OST Fr., « De la pyramide au réseau : un nouveau paradigme pour la science du droit ? », in *Tisser le lien social*, éditions MSH, 2004, p. 175 et s.

SCHOFIELD Ph., « Jeremy Bentham et la « tradition utilitariste de la théorie du droit » selon H.L.A. Hart », in *Bentham Juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 36, 2011, p. 125 et s.

TERRE Fr., « Forces et faiblesses de la norme », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 19 et s.

THIBIERGE C., « Synthèse. La force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009, p. 741 et s.

TUSSEAU G., « La théorie des normes de compétence d'Alf Ross », in *Annales de droit de l'université de Rouen*, 2010, p. 301 et s.

TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 641 et s.

VILLEY M., « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, 1970, p. 287 et s.

Lois, règlements, rapports et travaux parlementaires

Rapports

Conseil d'État, 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, La Documentation française, EDCE, n°53, 2002.

Conseil économique et social, avis, séance des 22 et 23 mars 2005, *Conséquence sur l'emploi et le travail des stratégies d'externalisation d'activités*, 2005, n° 4, Parties I et II.

Conseil d'État, 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, EDCE, n°59, 2008.

Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *Coopérations interentreprises. Pour une meilleure compétitivité*, La documentation Française, 2011.

Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport annuel 2011.

Cour des comptes, *Le coût et les bénéfices attendus de l'externalisation au sein du ministère de la défense*, 21 mars 2011.

Conseil d'État, 2015, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française, EDCE, n° 66, 2015.

Lois

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

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.

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps.

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

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.

Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du code du patrimoine.

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, texte n° 1.

Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

Ordonnance n° 2011-862 du 22 juillet 2011 relative à l'organisation de l'épidémiologie, de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales et aux conditions de délégation de certaines tâches liées aux contrôles sanitaires et phytosanitaires.

Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, texte n° 38.

Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine.

Projet de réforme de la responsabilité civile – suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, présenté le 13 mars 2017.

Règlements et circulaires

Circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, *JO*, 20 décembre 1987, p. 14863 et s.

Circulaire du 25 octobre 1996 relative à la surveillance des élèves, n° 96-248.

Décret n°2015-1165 du 21 septembre 2015 relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

Travaux parlementaires

Rapport d'information n°3595 (onzième législature), de M. Michel Dasseux, fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées, déposé le 12 février 2002.

Rapport d'information n°389 (2003-2004) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le débat d'orientation budgétaire, déposé le 30 juin 2004.

Rapport d'information n°422 (2003-2004) de M. Jean Arthuis, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'informatisation de l'État, déposé le 21 juillet 2004.

Rapport général n°78 (2006-2007) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le projet de loi de finances 2007, déposé le 23 novembre 2006.

Rapport d'information n° 131 (2008-2009) de MM. Jean-Patrick Courtois et Gautier Charles, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, déposé le 10 décembre 2008.

Rapport d'information n° 495 (2009-2010) d'Alain Lambert, Yves Détraigne, Jacques Mézard et Bruno Sido, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales, déposé le 25 mai 2010.

Rapport d'information n°35 (2010-2011) de Mme Michèle André, fait au nom de la commission des finances, déposé le 13 octobre 2010.

Rapport d'information n° 3141 (2010-2011) de M. Louis Giscard d'Estaing, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, déposé le 2 février 2011.

Rapport général n°107 (2011-2012) de Mme Nicole Bricq, fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2012, déposé le 17 novembre 2012.

Rapport d'information n°673 (2013-2014) de MM. Yves Krattinger et Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances sur les externalisation en opérations extérieures, déposé le 2 juillet 2014.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

Jurisprudences

Union européenne

CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, rec. p. 665.

CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, rec. p. 3881 ; concl. MAYRAS H., rec. p. 3900.

CJCE, 19 janvier 1984, *Sat Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, rec. I-52.

CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission (British Telecom)*, aff. 41/83.

CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie Blum c/ Land de Baden-Wurttemberg*, aff. 66/85, rec. p. 2135.

CJCE, 16 juillet 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, rec. p. 2125.

CJCE, 23 mars 1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. C-41/90, rec. p. 1979.

CJCE, 17 février 1993, *Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava*, aff. C-159/91 et C-160/91, rec. p. 637.

CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-244/94, rec. p. 4013.

CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali et Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, rec. I-1547.

CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. p. 8121 ; concl. COSMAS G., rec. p. 8123 et s.

CJCE, 25 novembre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, rec. p. 8089.

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, rec. p. 7810.

CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, rec. p. 1.

CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, rec. p. 8585 ; concl. KOKOTT J., rec. p. 8588 et s.

CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, aff. C-222/04, rec. p. 289.

CJCE, 11 juillet 2006, *F.E.N.I.N. c/ Commission*, aff. C-205/03 P, rec. p. 6295.

CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpAc/ Commission*, aff. C-113/07.

CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, rec. p. 4747.

CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SRL c/ Commune Di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, rec. p. 8127.

CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A-SIA, Dekom SIA*, aff. C-348/10.

CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, aff. C-458/14.

Civiles

Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, n° 06-03-1876 ; comm. GIBOULOT A., *D.*, 1876.I.193.

Cass. req., 23 février 1897 ; *S.*, 1898.I.65.

Cass. civ., 21 novembre 1911.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1931 ; *DH*, 1931, p. 506.

Cass. soc., 12 mars 1954 ; *D.* 1954, p. 311.

Cass. civ., 1^{re}, 7 novembre 1962 ; *Bull. civ.* I, n° 465.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Dame Montigaud c. Époux Etchebarne*, n° 64-14315 ; *D.*, 1968, p. 383 et s. ; *JCP*, 1968.II.15490 ; comm. DOUCET J.-P., *Gaz. Pal.*, 1968.2.144 ; obs. CORNU G., *RTD civ.*, 1968, p. 559 et s.

Cass. com., 16 janvier 1973 ; *Bull. civ.* IV, n° 28.

CA Paris, 5^e ch., 9 janvier 1979, *Sté Haussmann c. Sté Soussana*.

Cass. civ. 3^e, 5 février 1985, *Spaba*, n° 83-16675 ; *Bull. civ.* III, n° 23.

Cass. com., 14 mai 1985, n° 83-15047 ; *Bull. civ.* IV, n° 153.

CA Aix, 12 janvier 1988 ; *Bull. Aix*, 1988-2, p. 66.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1988, n° 86-15683 ; *Bull. civ.* I, n° 149.

CA Paris, 28 février 1989, *Sté SCOD c. Sté Gamme*, n° 20404.

Cass. soc., 4 juillet 1989, n° 88-14371 ; *Bull. civ.* IV, n°210 ; comm. VIRASSAMY G., *D.*, 1990, p. 246 et s. ; comm. DRAGORNE-LABBE Y., *JCP G*, 1990.II.21515 ; comm. REMY Ph., *RTD civ.*, 1990, p. 105 et s.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1989, n° 88-11443 ; *Bull. civ.* I, n° 293 ; comm. DRAGORNE-LABBE Y., *JCP G*, 1990.II.21546, comm. AUBERT J.-L., *Defrénois*, 1990, p. 358 et s.

CA Montpellier, 4 janvier 1990 ; *RD propr. ind.*, 1990, p. 48.

CA Paris, 14 février 1991 ; *D.*, 1992, p. 393.

Cass. com., 18 mai 1991 ; *Bull. civ.* IV, n° 196.

Cass. Ass., 31 mai 1991, *Mères porteuses*, n° 90-20105 ; *Bull. civ.* IV, n° 5.

Cass. com., 15 février 1994, n° 92-12330 ; comm. VELARDOCCHIO D., *Bull. Joly*, 1994, p. 508 et s.

Cass. com., 10 mai 1994, n°92-15834.

Cass. com., 13 décembre 1994, n° 92-12626 ; *Bull. civ. IV*, n° 375 ; comm. LE DAUPHIN H. et AYNES L., *D.*, 1995, n° 14, p. 209 et s.

Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-15578 ; concl. JEOL M., *D.*, 1996, p. 13 et s. ; comm. BOULOC B., *RTD com.*, 1996, p. 316 et s.

Cass. civ., 3^e, 26 juin 1996, n° 94-16850 ; *Bull. civ. III*, n°161 ; *JCP*, 1996.IV.1929.

Cass. civ. 1^{er}, 3 juillet 1996, *Point club vidéo*, n° 94-14800 ; comm. MESTRE J., *RTD civ.*, 1996, p. 901 et s.

Cass. com., 22 octobre 1996, *Société Chronopost*, n° 93-18632 ; comm. GODET A.-Fr., *Gaz. Pal.*, 1999, n° 20, p. 37 et s. ; comm. MAZEAUD D., *LPA*, 1998, n° 117, p. 12 et s. ; comm. LARROUMET Ch., *D.*, 1997, n° 19, p. 145 et s.

Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1998, n° 96-21905 ; *Bull. civ. I*, n° 368 ; chron. MESTRE J. et FAGES B., *RTD civ.*, 2004, p. 502 et s.

Paris, 11 février 1999.

CA Paris, 4 mars 1999 ; *JCP*, 1999.II.10244.

Cass. soc., 18 juillet 2000, *Société Perrier Vittel France c/ Comité d'établissement de la source Perrier de Vergèze et a.*, n° 99-13976 ; *Bull. civ. V*, n°285 ; comm. PANSIER Fr.-J., *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 2000, n° 125, p. 800 et s. ; comm. PETROVIC A., *Management & Finance*, 2000, n° 119, p. 51 et s.

Cass. ass., 17 novembre 2000, *Perruche*, n° 99-13701 ; *Bull. civ. ass. plén.*, n° 9 ; comm. DEGUERGUE M., *Gaz. Pal.*, 2002, n° 111, p. 5 et s. ; comm. FABRE-MAGNAN M., *RTD civ.*, 2001, p. 285 et s. ; comm. LEVENEUR L., *Contrats, conc. conso.*, 2001, n° 3, p. 11 et s. ; comm. HAUSER J., *RTD civ.*, 2001, p. 103 et s.

Cass. crim., 11 décembre 2001, *Région Franche-Comté*, n° 00-87705 ; *Bull. crim.* 2001, n° 265 ; concl. COMMARET D., *BJCP*, 2002, p. 121 et s.

Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14093 ; *Bull. civ. IV*, n° 81 ; comm. SEUBE J.-B., *JCP E*, 2010, n° 27-28, p. 32 et s. ; comm. RESPAUD J.-L., *CDE*, 2004, n° 6, p. 11 et s. ; comm. BEHAR-TOUCHAIS M., *RDC*, 2003, n° 1, p. 154 et s. ; comm. CHAZAL J.-P., *RDC*, 2003, n° 1, p. 34 et s. ; comm. DILOY Ch., *LPA*, 2003, n° 48, p. 20 et s. ; comm. MESTRE J. et FAGES B., *RTD civ.*, 2002, p. 810 et s.

Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-19370 ; *Bull. civ. IV*, n° 81 ; étude BOIZEL R., *RGDA*, 2007, n° 1, p. 13 et s. ; comm. LEVENEUR L., *Contrats, conc. conso.*, 2005, n° 8, p. 17 et s. ; comm. MAZEAUD D., *RDC*, 2005, n° 3, p. 687 et s.

Cass. com., 11 octobre 2005, *Crédit Lyonnais c. Mme X.*, n° 03-10975 ; *Bull. civ.* IV, n° 206 ; comm. PUIG P., *RDC*, 2006, n° 2, p. 422 et s. ; comm. SEUBE J.-B., *RDC*, 2006, n° 2, p. 402 et s. ; comm. BENABENT A., *RDC*, 2006, n° 2, p. 335 et s. ; comm. STOFFEL-MUNCK Ph., *JCP G*, 2006, n° 6, p. 260 et s. ; comm. ROUVIERE Fr., *LPA*, 2005, n° 255, p. 13 et s.

Cass. Ass., 6 octobre 2006, *Stés Boot Shop et Myr'Ho*, n° 05-13255 ; *Bull. civ.* n° 23 ; comm. POPINEAU-DEHAULLON C., *RDC*, 2007, n° 2, p. 622 et s. ; comm. WINTGEN R., *RDC*, 2007, n° 2, p. 609 et s. ; comm. SEUBE J.-B., *RDC*, 2007, n° 2, p. 379 et s. ; comm. CARVAL S., *RDC*, 2007, n° 2, p. 279 et s. ; comm. MAZEAUD D., *RDC*, 2007, n° 2, p. 269 et s. ; comm. DEPADT-SEBAG V., *LPA*, 2007, n° 98, p. 16 et s. ; comm. JOURDAIN P., *RTD civ.*, 2007, p. 362 et s. ; comm. LACROIX C., *LPA*, 2007, n° 16, p. 16 et s.

Cass. civ., 1^{ère}, 28 mars 2008, n°06-12996 ; comm. PUTMAN E., *RJPF*, 2008, n° 6, p. 11 et s. ; comm. BEIGNIER B., *Droit de la famille*, 2007, n° 2, p. 39 et s.

Cass. civ., 3^{ème}, 16 septembre 2008, n°07-16553.

Cass. civ. 3^e, 18 novembre 2009, n° 08-19355 ; *Bull. civ.* III, n° 252 ; comm. LABARTHE Fr., *Contrats, conc. consom.*, 2010, n° 37 ; comm. LABARTHE Fr., *D.*, 2010, n° 10, p. 741 et s.

Cass. crim., 3 février 2010, n° 09-83468 ; *Bull. crim.* 2010, n° 18 ; comm. REVET Th., *RTD civ.*, 2010, p. 354 et s.

Cass. com., 29 juin 2010, *Faurecia c/ Oracle*, n° 09-11841 ; comm. MEKKI M., *Gaz. Pal.*, 2011, n° 124-125, p. 17 et s. ; comm. CHÉNEDÉ Fr., *RDC*, 2011, n° 2, p. 709 et s. ; comm. MOUSSERON P., *JCP E*, 2010, n° 51-52, p. 32 et s. ; comm. MEKKI M., *Gaz. Pal.*, 2010, n° 341-343, p. 16 et s. ; comm. MAZEAUD D., *D.*, 2010, n° 28, p. 1832 et s.

Cass. com., 7 septembre 2010, n°09-14936 ; comm. CARAYOL R., *Gaz. Pal.*, 2011, n° 26-27, p. 25 et s.

Cass. com., 13 novembre 2013, n°12-15361 et 12-15419 ; comm. KULLMANN J., *RGDA*, 2014, n° 2, p. 103 et s.

Cass. civ., 1^{ère}, 20 novembre 2013, n°12-26128 ; comm. GOLDIE-GENICON Ch., *RDC*, 2014, n° 3, p. 442 et s. ; comm. GANTSHNIG D., *LPA*, 2014, n° 27, p. 9 et s.

Cass. com., 24 novembre 2015, n°12-15419 ; comm. PARLEANI G., *RGDA*, 2016, n° 1, p. 24 et s.

Cass. soc., 8 décembre 2015, n°14-23209 ; étude DUMONT-LEFRAND M.-P., *D.*, 2013, p. 1794.

Cass. civ., 3^e, 18 mai 2017, *Sté Axiom Kinésithérapie*, n° 16-11203 ; comm. LEVENEUR L., *Contrats, conc. consom.*, 2017, n° 8, p. 17 et s. ; comm. MALINVAUD Ph., *RDI*, 2017, n° 7, p. 349 et s. ; comm. MAZEAUD D., *Gaz. Pal.*, 2017, n° 24, p. 14 et s. ; comm. HOUTCIEFF D., *D.*, 2017, p. 1225 et s. ; comm. DESSUET P., *RGDA*, 2017, n° 6, p. 364 et s.

Administratives

TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, rec. p. 117 ; concl. DAVID Éd., *D.*, 1874.III.5.

CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, rec. p. 1148 ; concl. JAGERSCHMIDT H., *D.*, 1891.III.41 ; note HAURIOU M., *S.*, 1892.III.17.

CE, 21 février 1890, *Mimieux*, rec. p. 201.

CE, 2 décembre 1892, *Mogambury*, rec. p. 836 ; concl. ROMIEU J., rec. p. 836 et s.

CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, rec. p. 55.

CE, 23 janvier 1903, *Cie des chemins de fer économiques du Nord*, rec. p. 61 ; note HAURIOU M., *S.*, 1904.III.49.

CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. p. 94 ; concl. ROMIEU J., *S.*, 1903.III.25 ; note HAURIOU M., *S.*, 1903.III.25.

CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749 ; concl. ROMIEU J., *D.*, 1907.III.49 ; note JÈZE G., *RDP*, 1906, p. 249 et s. ; note HAURIOU M., *S.*, 1906.III.49.

CE, 29 juin 1906, *Carteron*, *S.*, 1907.III. 97.

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. p. 962 ; concl. ROMIEU J., *D.*, 1907.III.41 ; note HAURIOU M., *S.*, 1907.III.33.

CE, 22 mars 1907, *Ville de Brest*, *D.*, 1908.III.96.

CE, 6 décembre 1907, *Cie des chemins de fer de l'Est et autres*, rec. p. 913 ; note HAURIOU M., *S.*, 1908.III.1.

CE, 6 décembre 1907, *Cie P.L.M. et autres*, rec. p. 916.

TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. p. 208 ; concl. TEISSIER G., *S.*, 1908.III.397 ; note JÈZE G., *RDP*, 1908, p. 206 et s.

CE, 24 décembre 1909, *Commune de La Bassée*, *D.*, 1911.III.119.

CE, 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, rec. p. 216 ; concl. BLUM L., rec. p. 216 ; note HAURIOU M., S., 1910.III.1 ; note JÈZE G., *RDP*, 1910, p. 270 et s.

CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. p. 193 ; concl. PICHAT G., rec. p. 193 ; note HAURIOU M., S., 1911.III.17 ; note JÈZE G., *RDP*, 1910, p. 249 et s.

CE, 31 juillet 1912, *Sté des granits porphyroïdes de Vosges*, rec. p. 909 ; concl. BLUM L., *D.*, 1916.III.35 ; note JÈZE G., *RDP*, 1914, p. 145 et s.

CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, rec. p. 1128 ; note HAURIOU M., S., 1914.III.33.

CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, rec. p. 875.

CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125 ; concl. CHARDENET P., *D.* 1916.3.25 ; note JÈZE G., *RDP*, 1916, p. 206 et s. ; note HAURIOU M., S., 1916.III.17.

TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, rec. p. 91 ; concl. MATTER P., *D.*, 1921.III.1.

CE, 10 juin 1921, *Cne de Monségur c. Lalanne*, rec. p. 573 ; note HAURIOU M., S., 1921.III.49.

CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, rec. p. 1109 ; concl. RIVET R., *RDP*, 1922, p. 74 et s.

CE, 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ministre de la Marine et ville de Toulon*, rec. p. 521.

CE, 24 mars 1926, *Cie générale des eaux c/ ville de Lyon*, rec. p. 327.

CE, 15 juillet 1927, *Sieur Groffe*, rec. p. 1532.

CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas c/ Sté hydro-électrique et métallurgique du Palais*, rec. p. 125 ; note HAURIOU M., S., 1928.III.113.

CE, sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, rec. p. 583 ; concl. JOSSE P., *RDP*, 1930, p. 530 et s. ; comm. ALIBERT R., S., 1931.III.73.

CE, sect., 26 juin 1930, *Bourrageas et Moullot*, rec. p. 659.

CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, rec. p. 189 ; note CAPITAN R., *D.*, 1933.III.49.

CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; concl. JOSSE P., *D.*, 1932.III.26.

TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, rec. p. 1237.

CE, 28 juin 1935, *Marécar*, rec. p. 734 ; concl. LATOURNERIE R., *S.*, 1937.III.43 ; note WALINE M., *D.*, 1936.III.20 ; note JÈZE G., *RDP*, 1935, p. 590.

CE, ass., 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, rec. p. 1212 ; concl. LATOURNERIE R., *RDP*, 1936, p. 119 et s.

CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172 ; note RIVERO J., *S.*, 1937.III.113.

CE, 23 mai 1936, *Commune de Vésinet*, rec. p. 591.

CE, ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, rec. p. 417 ; concl. LATOURNERIE R., *RDP*, 1938, p. 830 et s.

CE, 6 février 1948, *Radio-Atlantique*, rec. p. 65 ; concl. CHENOT B., *RDP*, 1948, p. 244 et s. : note. JÈZE G., *RDP*, 1948, p. 244 et s.

CE, sect., 14 mai 1948, *Sargos*, rec. p. 208.

CE, 12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, rec. p. 428.

CE, 25 février 1949, *Sieur Roncin*, rec. p. 92.

CE, ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, rec. p. 110 ; concl. DELVOLVÉ J., *RDP*, 1951, p. 478 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1951, p. 478 et s.

CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, rec. p. 144.

CE, ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, rec. p. 464 ; note EISENMANN Ch., *JCP*, 1952.II6734 ; note WALINE M., *RDP*, 1951, p. 1087 et s. ; note MATHIOT A., *S.*, 1953.III.57.

TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyanne*, rec. p. 642 ; note VEDEL G., *JCP G*, 1953.III.7598.

CE, avis, 6 février 1953, n° 60497 ; comm. STIRN B., *GACE*, 1997, p. 64 et s.

CE, sect., 28 janvier 1955, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait*, rec. p. 49.

CE, sect., 20 avril 1956, *Min. de l'agriculture c./ Consorts Grimouard*, rec. p. 168 ; concl. LONG M., *RDP*, 1956, p. 869 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1956, p. 869 et s. ; note DE LAUBADÈRE A., *D.*, 1956.III.433 ; concl. LONG M., *RDP*, 1956, p. 1058 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1956, p. 1058 et s.

CE, ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, rec. p. 434 ; concl. MATTER P., *S.*, 1924.III.34.

CE, sect., 11 octobre 1957, *Cne de Grigny*, rec. p. 524 ; chron. FOURNIER J. et BRAIBANT G., *AJDA*, 1958, p. 499 et s. ; concl. KAHN J., *RDP*, 1958, p. 298 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1958, p. 298 et s.

CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, rec. p. 702.

CE, sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, rec. p. 301 ; chron. FOURNIER J. et COMBARNOUS M., *AJDA*, 1958, p. 309 et s.

TA, Clermont-Ferrand, 1^{er} juillet 1960, *Dame Geneix*, rec. p. 800.

CE, 11 janvier 1961, *Sieurs Barbaro et de la Marnière*, rec. p. 25.

CE, 25 mai 1962, *Fédération sportive et gymnique du travail*, rec. p. 348.

CE, 2 novembre 1962, *ASSEDIC de la Sidérurgie de l'Est*, rec. p. 588.

CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, rec. p. 675.

CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, rec. p. 401 ; note WALINE M., *RDP*, 1963, p. 1186 et s. ; note DE LAUBADÈRE A., *AJ*, 1964, p. 91 et s.

TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, rec. p. 787 ; concl. LASRY Cl., *RDP*, 1963, p. 776 et s. ; note AUBY J.-M., *JCP*, 1963.II.13375 ; note JOSSE P., *D.*, 1963.III.534.

CE, 9 février 1966, *Ville du Touquet-Paris plage*, rec. p. 91 ; note MOREAU J., *AJDA*, 1966, p. 439 et s.

CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, rec. p. 237.

CE, 20 mai 1966, *Sieur Hautbois*, rec. p. 346.

CE, sect., 1 octobre 1966, *Sieur Aubert*, rec. p. 512 ; concl. RIGAUD J., *AJDA*, 1966, p. 611 et s.

CE, 24 mai 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Chambrin*, rec. p. 331.

CE, 28 juin 1996, *Groupement français de l'hélicoptère*, n° 167824.

TC, 8 décembre 1969, *Sieurs Arcival et autres c/ SAFALT*, rec. p. 695.

CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, rec. p. 280 ; concl. BRAIBANT G., *AJ*, 1970, p. 340 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1970, p. 423 et s.

CE, 24 février 1971, *Cne de Sainte Maure de Touraine*, rec. p. 155.

CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, rec. p. 181 ; concl. BRAIBANT G., *AJDA*, 1973, p. 323 et s.

CE, 23 octobre 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du Bassin parisien*, rec. p. 500.

CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, rec. p. 577 ; concl. THÉRY J., rec. p. 577 et s. ; note LACHAUME J.-Fr., *D.*, 1975, p. 739 et s. ; note WALINE M., *RDP*, 1975, p. 1109 et s.

CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, rec. p. 326 ; note MODERNE F., *D.*, 1976.3

CE, 9 juillet 1975, *Sieur Félix-Faure*, rec. p. 411.

CE, 16 février 1979, *Mallisson*, rec. p. 820.

CE, 28 mars 1980, *Sté « Cabinet 2000 »*, req. n° 07703.

CE, 20 février 1981, *Association « Défense et promotion des langues de France »*, rec. p. 569.

CE, ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, rec. p. 430 ; concl. GENEVOIS B., *RDP*, 1982, p. 473 et s.

CE, sect., 8 janvier 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, rec. p. 1 ; concl. GENEVOIS B., *D.*, 1982.II.261.

CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Veritas et autres*, rec. p. 134.

CE, 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, rec. p. 392.

CE, 9 décembre 1983, *Association « SOS Paris » et Association « Sté pour la protection des paysages et de l'esthétique de France »*, rec. p. 449.

CE, 6 mai 1985, *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des PTT c/ M. Ricard*, rec. p. 144.

TA Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, rec. p. 303.

CE, ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, rec. p. 96 ; concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *RDP*, 1986, p. 857 et s. ; note LLORENS Fr., *D.*, 1987.III.97 ; note GUIBAL M., *JCP G*, 1986.II.20617 ; note DELVOLVE P. et MODERNE Fr., *RFDA*, 1987, p. 2 et s.

CE, avis, 7 octobre 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, n° 340609 ; comm. DEL FARRA Th., *GACE*, 1997, p. 246 et s.

CE, sect., 12 décembre 1986, *Rebora*, rec. p. 281 ; concl. BONICHOT J.-Cl., *AJ*, 1987, p. 354 et s. ; note TERNEYRE Ph., *RA*, 1987, p. 34 et s.

CE, avis, 7 avril 1987, n° 341356 ; comm. DEL FARRA Th., *GACE*, 1997, p. 262 et s.

CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, rec. p. 95.

CE, 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble – CFDT et a.*, req. n° 77659 ; concl. GUILLAUME E., *RFDA*, 1989, p. 929 et s. : comm. LACHAUME J.-Fr., *RFDA*, 1989, p. 932 et s.

TC, 14 mai 1990, *GIE Copagau-Copagly-Taxitel c/ Préfet de Police*, rec. p. 394.

CE, 26 juillet 1991, *Cne de Sainte-Marie*, rec. p. 302 ; concl. LEGAL H., *RFDA*, 1991, p. 966 et s. ; chron. MAUGÜÉ Ch. et SCHWARTZ R., *AJDA*, 1991, p. 693 et s.

TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ président du conseil général de l'Essonne*, req. n° 935418 ; concl. PRÉTOT X., *CJEG*, 1994, p. 552 et s.

CE, 1^{er} avril 1994, *Cne de Menton*, rec. p. 175 ; comm. LASVIGNES S., *DA*, novembre 1994, p. 1 et s.

CE, 15 mai 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, rec. p. 1033 ; étude LONG M., *RA*, 2000, n° 318, p. 576 et s.

CE, 8 juin 1994, *M. Delrez*, rec. p. 839.

CE, ass., avis, 16 juin 1994, n° 356101.

CE, sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, rec. p. 430 ; note POUYAUD D., *RFDA*, 1994, p. 1098 et s. ; concl. SCHWARTZ R., *RFDA*, 1994, p. 1090 et s.

CE, avis, 9 mars 1995, n° 356931.

CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, rec. p. 143 ; comm. BRAUD C., *AJDA*, 1995, p. 921 et s.

CE, avis, 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263.

CE, 20 mars 1996, *Cne de Saint-Céré*, rec. p. 87.

CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de Lambesc*, rec. p. 137 ; comm. LINDITCH FL., *AJDA*, 2002, p. 210 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2002, p. 38 et s. ; comm. SAVIGNAT R., *CJEG*, août 1996, p. 270 et s. ; concl. CHANTEPY Ch., *CJEG*, août 1996, p. 267 et s. ; comm. TERNEYRE Ph., *RFDA*, 1996, p. 718 et s.

CE, 8 juillet 1996, *Merie*, rec. p. 272.

CE, ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274 ; comm. DELVOLVÉ P., *RFDA*, 1997, p. 89 et s. ; comm. TERNEYRE Ph., *CJEG*, 1996, p. 382 et s. ; chron. CHAUVAUX D. et GIRARDOT Th.-X., *AJDA*, 1996, p. 732 et s.

CE, ass., 30 octobre 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, rec. p. 387 ; concl. COMBREXELLE J.-D., *RFDA*, 1997, p. 726 et s. ; chron. CHAUVAUX D. et GIRARDOT Th.-X., *AJDA*, 1996, p. 973 et s.

TC, 4 novembre 1996, *Sté Datasport c/ Ligue national de football*, rec. p. 552 ; chron. CHAUVAUX D. et GIRARDOT Th.-X., *AJDA*, 1997, p. 142 et s.

CE, 14 mars 1997, *Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, rec. p. 638 ; comm. DELVOLVÉ P., *RFDA*, 1997, p. 349 et s.

CE, sect., 3 novembre 1997, *Cne de Fougerolles*, rec. p. 391 ; comm. BARTMANN L., *RLCT*, 2010, n° 53, p. 57 et s. ; concl. TOUVET L., *RFDA*, 1998, p. 12 et s. ; comm. RICHER L., *AJDA*, 1997, p. 1010 et s.

CE, 12 novembre 1997, *Syndicat national des médecins du travail*, rec. p. 900.

CE, 29 décembre 1997, *Cne d'Ostricourt*, rec. p. 706.

CAA Nancy, 16 avril 1998, *Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. p. 680.

CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375 ; comm. POUYAUD D., *RFDA*, 1999, p. 139 et s. ; concl. STAHL J.-H., *RFDA*, 1998, p. 128 et s. ; chron. RAYNAUD F. et FOMBEUR P., *AJDA*, 1998, p. 969 et s.

CAA, Marseille, 21 janvier 1999, *Département des Pyrénées-orientales*, req. n° 96MA11805 ; comm. MESCHERIAKOFF A.-S., *RGCT*, 1999, n° 4, p. 155 et s.

CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, rec. p. 778 ; concl. BERGEAL C. et KOLBERT É., *BJCP*, 1999, n° 5, p. 433 et s. ; comm. RAUNET M. et ROUSSET O., *AJDA*, 1999, p. 439 et s.

CE, 7 avril 1999, *Cne de Guilherand-Granges*, rec. p. 878 ; étude LONG M., *RA*, 2000, n° 318, p. 576 et s. ; concl. BERGEAL C., *BJCP*, 1999, n° 5, p. 456 et s.

TC, 18 octobre 1999, *Préfet de la région Île-de-France c/ Cour d'appel de Paris*, rec. p. 469 ; comm. BAZEX M., *AJDA*, 1999, p. 1029 et s. ; chron. FOMBEUR P. et GUYOMAR M., *AJDA*, 1999, p. 996 et s.

CE, 22 mars 2000, *Époux Lasaulce*, rec. p. 127 ; comm. RAUNET M. et ROUSSET O., *AJDA*, 2001, p. 193 et s. ; comm. GUGLIELMI G.-J., *RFDA*, 2001, p. 353 et s. ; concl. SAVOIE H., *BJCP*, 2000, n° 11, p. 252 et s.

CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, rec. p. 282 ; comm. BRACONNIER St., *DA*, décembre 2000, p. 15 et s. ; comm. LLORENS Fr., *CMP*, décembre 2000, p. 22 et s. ; concl. BERGEAL C., *BJCP*, 2000, n° 12, p. 355 et s.

CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie »*, rec. p. 249 ; comm. DUBOUIS L., *RFDA*, 2000, p. 1305 et s. ; comm. CANEDO M., *RFDA*, 2000, p. 1282 et s.

CAA Lyon, 24 octobre 2000, *Cne de Val d'Isère, SA Secours aérien français c/ Société Mont Blanc Hélicoptère*, req. n° 96-1868 et 96-1900 ; concl. BOURRACHOT Fr., *BJCP*, 2001, n° 17, p. 320 et s. ; obs. SCHWARTZ R., *BJCP*, 2001, n° 17, p. 320 et s.

CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, rec. p. 607 ; comm. LLORENS Fr., *CMP*, mars 2001, p. 24 et s. ;

CE, 30 avril 2003, *Archéologie préventive*, rec. p. 191 ; comm. FRIER P.-L., *AJDA*, 2003, p. 1508 et s. ; comm. BAZEX M. et BLAZY S., *DA*, août 2008, p. 17 et s. ; comm. MOREAU J., *JCP A*, 2003, n° 22, p. 710 et s.

CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. n° 01LY02009 ; chron. LATOUR X. et MOREAU P., *BJCL*, septembre 2012, p. 566 et s. ; note MOREAU J., *JCP A*, 2003, n° 50, p. 1653 et s.

CE, 9 juillet 2003, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, rec. p. 338 ; comm. DEGUERGUE M., *AJDA*, 2003, p. 1946 et s. ; comm. CHAVRIER G., *JCP A*, 2003, n° 41, p. 1302 et s.

CE, ass., avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315 ; *EDCE*, 2004, p. 209 et s. ; comm. MAUGÜÉ Ch., *BJCP*, 2005, n° 40, p. 213 et s.

CE, 3 décembre 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*, rec. p. 864 ; comm. ECKERT G., *CMP*, février 2004, p. 15 et s.

CE, 27 février 2004, *Mme Popin*, rec. p. 127 ; comm. LOMBARD M. et DELAVOY G., *DA*, mai 2004, p. 33 et s. ; concl. SCHWARTZ R., *AJDA*, 2004, p. 672 et s. ; comm. TERNEYRE Ph., *RFDA*, 2004, p. 417 et s.

CE, ass., 3 mars 2004, *Association « Liberté, Information, Santé »*, rec. p. 113 ; comm. MONIOLLE C. et DIDIER J.-P., *AJFP*, 2004, n° 4, p. 192 et s. ; comm. DONNAT Fr. et CASAS D., *AJDA*, 2004, p. 971 et s.

CE, 28 avril 2004, *Association pour le respect du site du Mont-Blanc et autres*, n° 236076 ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, juillet 2004, p. 31 et s.

CE, avis, 18 mai 2004, *Sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française*, n° 370169 ; comm. BRUNET P., *RDC*, avril 2005, p. 1170 et s. ; comm. MAUGÜÉ Ch., *BJCP*, 2005, n° 40, p. 213 et s.

TC, 29 décembre 2004, *Blanckeman*, rec. p. 525 ; comm. NAUD Fr., *DA*, mai 2005, p. 32 et s.

CE, 3 mars 2006, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n° 287960 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2006, n° 45, p. 101 et s.

CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, n° 284802 ; comm. ECKERT G., *CMP*, mai 2006, p. 27 et s.

CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272 ; comm. ROUAULT M.-Ch., *RLCT*, 2006, n° 18, p. 21 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2006, n° 9, p. 44 et s. ; chron. LANDAIS Cl. et LENICA Fr., *AJDA*, 2006, p. 1592 et s. ; concl. CASAS D., *BJCP*, 2006, n° 47, p. 295 et s. ; comm. BAZEX M., *DA*, août 2006, p. 21 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, juillet 2006, p. 12 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2006, n° 24, p. 809 et s.

CE, sect., 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, rec. p. 404 ; concl. GLASER E., *RJEP*, février 2007, p. 53 et s. ; chron. LANDAIS Cl. et LENICA Fr., *AJDA*, 2006, p. 2056 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, novembre 2006, p. 31 et s.

TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, rec. p. 640 ; comm. PLESSIX B., *JCP A*, 2007, n° 13, p. 35 et s. ; concl. STAHL J.-H., *BJCP*, 2006, n° 49, p. 419 et s. ; comm. ZIMMER W., *CMP*, décembre 2006, p. 15 et s.

CE, 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, n° 289234 ; comm. MAUGÜÉ Ch., *BJCP*, 2007, n° 50, p. 36 et s. ; comm. MENEMENIS A., *DA*, février 2007, p. 26 et s. ; comm. DIEU Fr., *RLCT*, 2007, n° 20, p. 21 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2006, n° 50, p. 1630 et s. ; concl. CASAS D., *AJDA*, 2006, p. 2340 et s.

TA, Nice, 22 décembre 2006, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 0303748 ; concl. DIEU Fr., *AJDA*, 2007, p. 1482 et s.

TA Marseille, 25 janvier 2007, *Sté Port Saint-Pierre Loisirs*, req. n° 0402388.

CE, avis, 13 février 2007, *Avis relatif aux conventions de mandat en matière de recettes et dépenses publiques*, n° 373788 ; comm. ECKERT G., *CMP*, avril 2008, p. 17 et s.

CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92 ; comm. FORT F.-X., *LPA*, 2007, n° 153, p. 16 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2007, n° 25, p. 30 et s. ; chron. LENICA Fr. et BOUCHER J., *AJDA*, 2007, p. 793 et s. ; concl. VÉROT C., *JCP A*, 2007, n° 10, p. 33 et s. ; comm. ROUAULT M.-Ch., *JCP A*, 2007, n° 10, p. 33 et s.

CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 ; concl. SÉNERS Fr., *BJCP*, 2007, n° 53, p. 283 et s. ; comm. ROUAULT M.-Ch., *RLCT*, 2007, n° 25, p. 26 et s. ; comm. BAZEX M. et BLAZY S., *DA*, juin 2007, p. 35 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, juin 2007, p. 25 et s. ; chron. LENICA Fr. et BOUCHER J., *AJDA*, 2007, p. 1020 et s. ; comm. PONTIER J.-M., *JCP A*, 2007, n° 21, p. 35 et s.

CE, ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360 ; comm. COLSON E., *CMP*, décembre 2008, p. 7 et s. ; comm. CLAMOUR G., *CMP*, novembre 2008, p. 11 et s. ; comm. LEROY A.-M., *BJCP*, 2008, n° 57, p. 79 et s. ; concl. CASAS D., *BJCP*, 2007, n° 54, p. 391 et s. ; comm. RIBOT C., *RLCT*, 2007, n° 28, p. 39 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2007, n° 13, p. 45 et s. ; comm. DELVOLVÉ P., *RJEP*, 2007, p. 349 et s. ; comm. COSSALTER Ph., *DA*, octobre 2007, p. 34 et s. ; comm. SEILLER B., *JCP A*, 2007, n° 38, p. 14 et s. ; comm. ROUAULT M.-Ch., *JCP A*, 2007, n° 37, p. 25 et s. ; chron. LENICA Fr. et BOUCHER J., *AJDA*, 2007, p. 1577 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2007, n° 36, p. 23 et s. ; comm. MODERNE F., *RFDA*, 2007, p. 917 et s. ; comm. POUYAUD D., *RFDA*, 2007, p. 923 et s. ; note UBAUD-BERGERON M., *JCP G*, 2007, n° 10156 ; note MELLERAY F., *RDP*, 2007, p. 1433 et s.

CE, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, n° 259809 ; chron. BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., *AJDA*, 2008, p. 575 et s. ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2007, n° 55, p. 462 et s.

CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC Ciné-Cité*, rec. p. 418 ; étude VIEL M.-Th., *RGCT*, 2010, n° 47, p. 163 et s. ; comm. MOREAU D., *RJEP*, avril 2008, p. 27 et s. ; comm. MONDOU Ch., *RLCT*, 2008, n° 31, p. 26 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2008, n° 14, p. 57 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2007, p. 2260 et s. ; concl. CASAS D., *BJCP*, 2007, n° 55, p. 483 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2007, n° 46, p. 38 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, novembre 2007, p. 27 et s.

CE, avis, 29 octobre 2007, *Sté sportive professionnelle « Losc Lille Métropole »*, rec. p. 431 ; comm. DUVAL J.-M., *AJDA*, 2008, p. 919 et s.

CE, 19 décembre 2007, *Sté Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, rec. p. 944 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2008, n° 57, p. 118 et s. ; comm. DREIFUSS M., *AJDA*, 2008, p. 419 et s.

CE, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, n° 279045 ; comm. BERTHON G. et CHENU D., *LPA*, 2008, n° 148, p. 13 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2008, n° 58, p. 216 et s. ; comm. FEVROT O., *RLCT*, 2008, n° 35, p. 19 et s. ; chron. BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., *AJDA*, 2008, p. 575 et s.

CE, 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, rec. p. 54.

CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, rec. p. 114 ; chron. BRUNET P., *RDC*, décembre 2008, p. 1297 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2008, p. 1152 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, mai 2008, p. 16 et s.

TC, 30 juin 2008, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Caisse régionale Groupama*, rec. p. 557 ; comm. BOUTEILLER J., *AJDA*, 2009, p. 706 et s.

CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, rec. p. 324 ; comm. BRENET Fr., *RJEP*, février 2009, p. 15 et s. ; comm. LAFAY N., *RLCT*, 2009, n° 42, p. 37 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2008, n° 61, p. 451 et s. ; chron. GEFFRAY Ed. et LIEBER S.-J., *AJDA*, 2008, p. 2161 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2008, n° 47, p. 27 et s. ; comm. DELVOLVÉ P., *RFDA*, 2008, p. 1139 et s.

CE, 4 février 2009, *Commune de Toulon*, rec. p. 841 ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, avril 2009, p. 26 et s.

CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, rec. p. 76 ; comm. TROUILLY P., *RJEP*, novembre 2009, p. 12 et s. ; comm. BRUNET P., *RDC*, octobre 2009, p. 1539 et s. ; comm. APOLLIS B., *RFDA*, 2009, p. 759 et s. ; comm. DEVES Cl., *JCP A*,

2009, n° 24, p. 40 et s. ; concl. COURREGES A., *BJCP*, 2009, n° 64, p. 237 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2009, p. 891 et s. ; comm. HOEPFFNER H., *DA*, mai 2009, p. 35 et s. ; comm. SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, avril 2009, p. 19 et s.

CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, rec. p. 191 ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2009, n° 66, p. 399 et s. ; comm. SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, octobre 2009, p. 30 et s.

CE, 26 mai 2009, *Comité économique agricole fruits et légumes bassin Rhone-Méditerranée*, n°311238.

CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroport de Paris*, rec. p. 216 ; concl. DACOSTA B., *RJEP*, décembre 2009, p. 19 et s. ; comm. ZIMMER W., *CMP*, août 2009, p. 25 et s.

CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517 ; comm. SUBRA DE BIEUSSES P., *AJDA*, 2010, p. 954 et s. ; comm. BRENET Fr., *RJEP*, février 2010, p. 21 et s. ; comm. AUBIN E., *RLCT*, 2009, n° 52, p. 11 et s. ; comm. VILA J.-B., *JCP A*, 2009, n° 46, p. 13 et s. ; comm. IDOUX P. et CAFARELLI Fr., *DA*, novembre 2009, p. 27 et s.

CE, sect., 6 novembre 2009, *Sté Prest'action*, rec. p. 445 ; comm. PISSALOUX J.-L., *RLCT*, 2010, n° 54, p. 15 et s. ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2010, n° 68, p. 28 et s. ; comm. MELLERAY F., *DA*, janvier 2010, p. 26 et s. ; comm. LASCOMBE M. et VANDENDRIESSCHE X., *AJDA*, 2009, p. 2401 et s.

CAA, Marseille, 9 novembre 2009, *SA Vigitel c/ Commune de Fréjus*, n° 07MA00594 ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, février 2010, p. 16 et s.

CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 ; comm. ROCHFLED J., *RDC*, 2010, n° 3, p. 803 et s. ; comm. GOURDOU J. et TERNEYRE Ph., *RJEP*, juin 2010, p. 19 et s. ; comm. POUYAUD D., *RFDA*, 2010, p. 519 et s. ; concl. GLASER E., *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138 et s. ; comm. REES Ph., *CMP*, mars 2010, p. 38 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2010, n° 8, p. 21 et s. ; chron. LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., *AJDA*, 2010, p. 142 et s.

TC, 12 avril 2010, *Sté ERDF c/ M. et Mme. Michel*, n°3718 ; chron. LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., *AJDA*, 2010, p. 1642 et s. ; comm. MOREAU J., *JCP A*, 2010, n° 20, p. 32 et s. ; comm. MELLERAY F., *RFDA*, 2010, p. 572 et s. ; concl. GUYOMAR M., *RFDA*, 2010, p. 551 et s.

CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, rec. p. 241 ; étude NICINSKI S., *AJDA*, 2011, p. 18 et s. ; concl. CORTOT-BOUCHER H., *RJEP*, novembre 2010, p. 15 et s. ; comm. CHRESTIA Ph., *JCP A*, 2010, n° 42, p. 20 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2010, n° 25, p. 33 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2010, n° 62, p. 19 et s.

CE, 24 novembre 2010, *Sté Tibco-infotec*, n°309884.

CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, rec. p. 472 ; étude JUVEN Ph., *LPA*, 2011, n° 104, p. 8 et s. ; comm. HOFFMANN F., *BJCL*, 2011, n° 5, p. 315 et s. ; comm. MAUGÜÉ Ch., *RJEP*, avril 2011, p. 25 et s. ; comm. BRENET Fr. et MELLERAY F., *DA*, février 2011, p. 36 et s. ; comm. DEVÈS Cl., *JCP A*, 2011, n° 5, p. 41 et s. ; étude GLASER E., *AJDA*, 2011, p. 21 et s. ; concl. ESCAUT N., *BJCP*, 2011, n° 74, p. 36 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2011, n° 26, p. 45 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, janvier 2011, p. 38 et s.

CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, rec. p. 1001 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 101 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2011, n° 66, p. 46 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, mars 2011, p. 30 et s.

CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, rec. p. 923 ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2011,, n° 69, p. 45 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, avril 2011, p. 32 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2011, p. 616 et s. ; comm. VILA J.-B., *JCP A*, 2011, n° 11, p. 36 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 105 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, mars 2011, p. 31 et s.

CE, 21 février 2011, *Ophrys*, rec. p. 54 ; étude BOURREL A., *BJCL*, 2013, n° 88, p. 163 et s. ; comm. BUSSON E., *JCP A*, 2011, n° 19, p. 32 et s. ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, avril 2011, p. 36 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2011, n° 75, p. 133 et s.

CE, sect., 23 mars 2011, *Cne de Béziers*, rec. p. 117 ; comm. COSSALTER Ph., *RJEP*, octobre 2011, p. 26 et s. ; concl. CORTOT-BOUCHER E., *BJCP*, 2011, n° 76, p. 170 et s. ; comm. POYAUD D., *RFDA*, 2011, p. 507 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2011, n° 68, p. 29 et s. ; comm. BRENET Fr. et MELLERAY F., *DA*, mai 2011, p. 28 et s. ; chron. LALLET A. et DOMINO X., *AJDA*, 2011, p. 670 et s.

CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, rec. p. 331 ; comm. BRACONNIER St. et LE COQ M., *CMP*, décembre 2012, p. 39 et s. ; comm. BOUSQUET J. et HARKET N., *JCP A*, 2012, n° 16, p. 44 et s. ; comm. VINEY G., *RDC*, avril 2012, p. 419 et s. ; comm. NOURY A., *RLCT*, 2012, n° 75, p. 41 et s. ; note JANICOT L., *RFDA*, 2012, p. 692 et s. ; chron. DOMINO X., *AJDA*, 2011, p. 1949 et s. ; note ECKERT G., *CMP*, 2011, n° 300 ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2011, n° 78, p. 341 et s.

CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, rec. p. 456 ; comm. DELAUNAY B., *RFDA*, 2012, p. 481 et s. ; comm. BON P., *RJEP*, mars 2012, p. 39 et s. ; concl. LIEBER S.-J., *BJCP*, 2012, n° 80, p. 51 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2012, n° 75, p. 33 et s.

CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. p. 505 ; concl. BOUCHER J., rec. p. 511 et s. ; chron. GUYOMAR M. et DOMINO X., *AJDA*, 2012, p. 35 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 30, p. 29 et s. ; comm. TCHEN V., *DA*, janvier 2012, p. 29 et s.

CE, 23 décembre 2011, *Halfon*, rec. p. 646 ; concl. ALADJIDI Fr., *RJEP*, octobre 2012, p. 32 et s. ; comm. DIEU Fr., *JCP A*, 2012, n° 35, p. 29 et s. ; comm. MARLIAC Cl., *AJDA*, 2012, p. 833 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 31, p. 66 et s. ; comm. FLEURY B., *DA*, mars 2012, p. 45 et s. ; comm. ROUAULT M.-Ch., *RLCT*, 2012, n° 76, p. 47 et s.

CE, 23 décembre 2011, *Min. Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, rec. p. 662 ; comm. QUYOLLET M., *AJDA*, 2012, p. 1065 et s. ; comm. BRENET Fr., *RJEP*, mai 2012, p. 16 et s. ; comm. RIBOT C., *RLCT*, 2012, n° 78, p. 51 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2012, n° 81, p. 125 et s. ; comm. MARTIN J., *BJCL*, février 2012, p. 94 et s. ; comm. DELVOLVÉ P., *RFDA*, 2011, p. 683 et s.

CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, rec. p. 18 ; comm. BRAMERET S., *RLC*, 2012, n° 32, p. 38 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2012, n° 82, p. 153 et s. ; comm. RENOUARD L., *RLCT*, 2012, n° 78, p. 36 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, avril 2012, p. 22 et s. ; comm. PAULIAT H., *JCP A*, 2012, n° 12, p. 33 et s. ; comm. RICHER L., *AJDA*, 2012, p. 555 et s. ; comm. MARTIN J., *BJCL*, mars 2012, p. 177 et s. ; comm. ZIMMER W., *CMP*, mars 2012, p. 19 et s.

CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, rec. p. 91 ; comm. BRACONNIER St. et MOURIESSE X., *CMP*, janvier et février 2013, p. 39 et s. et p. 43 et s. ; comm. PELLISSIER G., *RJEP*, août 2012, p. 17 et s. ; comm. FORT N. et MORALES M., *RLC*, 2012, n° 32, p. 41 et s. ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2012, n° 82, p. 193 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2012, n° 79, p. 47 et s.

CE, 23 mai 2012, *RATP*, rec. p. 231 ; comm. PAULIAT H., *JCP A*, 2013, n° 3, p. 33 et s. ; comm. NICINSKI S., *RFDA*, 2012, p. 1181 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, novembre 2012, p. 22 et s. ; comm. UBAUD-BERGERON M., *RJEP*, octobre 2012, p. 20 et s. ; comm. ZIANI S., *CMP*, août 2012, p. 35 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2012, n° 32, p. 34 et s. ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2012, n° 83, p. 291 et s. ; étude LOMBARD M., NICINSKI S. et GLASER E., *AJDA*, 2012, p. 1151 et s.

CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2c*, n°357976 ; comm. LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, décembre 2013, p. 1 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, décembre 2012, p. 32 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2012, n° 46, p. 22 et s. ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, octobre 2012, p. 25 et s. ; concl. BOULOUIS N., *BJCP*, 2012, n° 84, p. 336.

CE, 19 octobre 2012, *SARL DPSI*, n°348035.

CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours c/ EURL Photo Josse*, rec. p. 368 ; comm. UBAUD-BERGERON M., *RJEP*, avril 2013, p. 25 et s. ; comm. FOULQUIER N., *AJDA*, 2013, p. 111 et s. ; concl. ESCAUT N., *BJCL*, janvier 2013, p. 54 et s. ; comm. POUJADE B., *BJCL*, janvier 2013, p. 54 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2013, n° 34, p. 58 et s. ; comm.

ZIANI S., *DA*, décembre 2012, p. 35 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2012, n° 85, p. 39 et s.

CE, 19 décembre 2012, *Département de l'Aveyron*, n°354873 ; comm. BRENET Fr., *RJEP*, juillet 2013, p. 27 et s. ; comm. BRAMERET S., *RLC*, 2013, n° 35, p. 71 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, février 2013, p. 22 et s.

CE, ass., 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, rec. p. 479 ; chron. DOMINO X. et BRETONNEAU A., *AJDA*, 2013, p. 457 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2013, n° 87, p. 136 et s. ; comm. ROUAULT M.-Ch., *RLCT*, 2013, n° 88, p. 41 et s. ; comm. EVEILLARD G., *DA*, mars 2013, p. 38 et s. ; comm. VILA J.-B., *JCP A*, 2013, n° 8, p. 22 et s. ; ECKERT G., *CMP*, février 2013, p. 23 et s.

CAA Paris, 7 février 2013, *RATP*, n° 10PA05686 ; comm. BOUL M., *LPA*, 2013, n° 144, p. 11 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2013, n° 35, p. 61 et s.

CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n°364551 ; MOREAU P., *CMP*, décembre 2014, p. 7 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2013, n° 90, p. 42 et s.

CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines et a.*, rec. p. 94 ; comm. PAULIAT H., *JCP A*, 2013, n° 43, p. 46 et s. ; concl. ALADJIDI Fr., *RJEP*, août 2013, p. 21 et s. ; comm. DUPRÉ DE BOULOIS X., *RJEP*, août 2013, p. 21 et s. ; comm. GAHDOUN P.-Y., *Droit social*, 2013, n° 7-8, p. 608 et s. ; chron. DOMINO X. et BRETONNEAU A., *AJDA*, 2013, p. 1052 et s.

CE, 12 avril 2013, *Union des Aéroports Français*, n° 363311.

CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, rec. p. 144 ; comm. LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, décembre 2013, p. 1 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2013, n° 90, p. 359 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, août 2013, p. 33 et s. ; comm. CLAMOUR G., *RLC*, 2013, n° 36, p. 74 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, juillet 2013, p. 30 et s. ; chron. DOMINO X. et BRETONNEAU A., *AJDA*, 2013, p. 1271 et s. ; comm. GIACUZZO J.-Fr., *JCP A*, 2013, n° 25, p. 25 et s.

CE, 22 mai 2013, *Mme A.*, n° 340111 ; concl. DUMORTIER G., *Droit social*, 2013, n° 9, p. 747 et s.

CE, 10 juin 2013, *Mme B.*, n° 327375 ; étude DU MARAIS B., *RFAP*, 2013, n° 146, p. 299 et s.

CAA Marseille, 26 novembre 2013, *SARL Port Camargue Plaisance Service*, n° 11MA01387 ; comm. CARMIER S., *JCP A*, 2014, n° 42, p. 24 et s. ; comm. BRAMERET S.,

RLC, 2014, n° 39, p. 82 et s. ; comm. ZIANI S., *DA*, février 2014, p. 34 et s. ; concl. DELIANCOURT S., *JCP A*, 2014, n° 1, p. 31 et s.

TC, 7 avril 2014, *Sté SEVP*, n° 3949 ; comm. MAUGÜÉ Ch., *RJEP*, décembre 2014, p. 17 et s. ; comm. SEE A., *DA*, août 2014, p. 26 et s. ; concl. GERARD M., *BJCP*, 2014, n° 95, p. 286 et s. ; comm. ZIANI S., *RLC*, 2014, n° 40, p. 86 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, juin 2014, p. 71 et s.

CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*, n° 360904 ; comm. CLAMOUR G., *AJDA*, 2014, p. 1725 et s. ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, juin 2014, p. 82 et s. ; comm. AMILHAT M., *JCP A*, 2014, n° 20, p. 41 et s.

CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70 ; comm. BARDOUX A., *RLC*, 2014, n° 40, p. 81 et s. ; comm. LAFAIX J.-Fr., *RJEP*, juillet 2014, p. 14 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, juin 2014, p. 26 et s. ; chron. BRETONNEAU A. et LESSI J., *AJDA*, 2014, p. 1035 et s. ; comm. SESTIER J.-Fr., *JCP A*, 2014, n° 20, p. 33 et s. ; note DELVOLVÉ J., *RFDA*, 2014, p. 438 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2014, n° 94, p. 205 et s. ; comm. GLASER E., *RLCT*, 2014, n° 101, p. 25 et s. ; comm. BRAMERET S., *RLCT*, 2014, n° 101, p. 20 et s. ; comm. LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, mai 2014, p. 1 et s.

CE, sect., 19 décembre 2014, *Cne de Propriano*, n° 368294 ; concl. PELLISSIER G., *BJCP*, 2015, n° 99, p. 75 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, mars 2015, p. 26 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, février 2015, p. 58 et s.

CE, ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, rec. p. 449 ; comm. BRAMERET S., *RLC*, 2015, n° 44, p. 71 et s. ; comm. LINDITCH Fl., *JCP A*, 2015, n° 18, p. 20 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, avril 2015, p. 34 et s. ; chron. LESSI J. et DUTHEILLET DE LAMOTHE L., *AJDA*, 2015, p. 449 et s. ; concl. DACOSTA B., *BJCP*, 2015, n° 99, p. 92 et s. ; comm. FERRARI S., *BJCL*, mars 2015, p. 187 et s. ; comm. PAULIAT H., *JCP A*, 2015, n° 6, p. 26 et s. ; comm. DE FOURNOUX L., *CMP*, février 2015, p. 44 et s.

TC, 9 mars 2015, *Risपाल c/ Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984 ; comm. LE BOT O., *JCP A*, 2015, n° 35, p. 36 et s. ; concl. ESCAUT N., *BJCP*, 2015, n° 101, p. 309 et s. ; chron. LESSI J. et DUTHEILLET DE LAMOTHE L., *AJDA*, 2015, p. 1204 et s. ; comm. SESTIER J.-Fr., *JCP A*, 2015, n° 22, p. 28 et s. ; comm. LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, mai 2015, p. 1 et s. ; comm. BRENET Fr., *DA*, mai 2015, p. 37 et s. ; comm. CANEDO-PARIS M., *RFDA*, 2015, p. 273 et s.

CE, 22 juillet 2015, *Association Coop de France*, n° 362203 ; étude GLASER E., IDOUX P. et NICINSKI S., *AJDA*, 2015, p. 1840 et s. ; comm. ECKERT G., *CMP*, octobre 2015, p. 75 et s.

CE, 17 février 2016, *Région Rhône-Alpes*, n° 368342 ; comm. EVEILLARD G., *DA*, juin 2016, p. 23 et s. ; chron. DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., *AJDA*, 2016, p.

712 et s. ; concl. CORTOT-BOUCHER E., *JCP A*, 2016, n° 14, p. 16 et s. ; comm. LANDOT E., *BJCL*, 2016, n° 3, p. 197 et s.

CE, 2 mai 2016, *Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier*, n° 381370 ; comm. HARADA S., *JCP A*, 2017, n° 8, p. 41 et s. ; comm. MARTIN J. et PELLISSIER G., *JCP A*, 2017, n° 4, p. 14 et s. ; concl. MARION L., *BJCP*, 2016, n° 108, p. 333 et s. ; comm. PIETRI J.-P., *CMP*, juillet 2016, p. 19 et s.

CE, sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, n° 398445 ; comm. HOURSON S., *DA*, août 2017, alerte 118 ; comm. LLORENS Fr. et SOLER-COUTEAUX P., *CMP*, août 2017, étude 9 ; comm. MARTIN J., *JCP A*, 2017, n° 29, p. 26 et s. ; chron. ODINET G. et ROUSSEL S., *AJDA*, 2017, p. 1669 et s.

Constitutionnelles

CC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, n° 75-56 DC ; comm. RIVERO J., *AJDA*, 1976, p. 629 et s. ; comm. FAVOREU L., *RDP*, 1975, p. 380 et s.

CC, 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, n° 79-104 DC ; comm. HAMON L., *Gaz. Pal.*, 1981, p. 12 et s. ; comm. FAVOREU L., *RDP*, 1979, p. 1694 et s.

CC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, n° 83-162 DC ; comm. FAVOREU L., *RDP*, 1986, p. 395 et s. ; comm. HAMON L., *Droit social*, 1984, p. 163 et s.

CC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC ; comm. FAVOREU L., *RDP*, 1989, p. 399 et s. ; comm. RIVERO J., *AJDA*, 1986, p. 582 et s.

CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC ; comm. FAVOREAU L., *RDP*, 1989, p. 482 et s. ; comm. LUCHAIRE Fr., *D.*, 1988, p. 117 et s. ; comm. GAUDEMET Y., *RDP*, 1988, p. 1341 et s. ; comm. GENEVOIS B., *RFDA*, 1987, p. 287 et s.

CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC ; comm. AVRIL P. et GIQUEL J., *Pouvoirs*, 1992, n° 62, p. 189 et s. ; comm. GAIA P., *RFDC*, 1992, p. 311 et s.

CC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC ; comm. ROUX A., *D.*, 1998, p. 147 et s. ; comm. LUCHAIRE Fr., *RDP*, 1996, p. 953 et s. ; comm. PONTIER J.-M., *RA*, 1996, p. 313 et s. ; TREMEAU J., *RFDC*, 1996, p. 587 et s.

CC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, n° 2000-439 DC ; comm. FATOME E., *RFDC*, 2001, p. 365 et s. ; comm. SCHOETTL J.-E., *LPA*, 2001, p. 18 et s.

CC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, n° 2001-454 DC ; comm. LUCHAIRE Fr., *RDP*, 2002, p. 885 et s. ; comm. AUBY J.-B., *DA*, février 2002, p. 3 et s. ; comm. FAURE B., *RFDA*, 2002, p. 469 et s. ; comm. FAVOREU L. et VERPEAUX M., *RFDC*, 2002, p. 410 et s. ; comm. VERPEAUX M., *RFDA*, 2002, p. 459 et s.

CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC ; comm. DOMINGO L., *D.*, 2003, p. 1127 et s. ; comm. MATHIEU B., *LPA*, 2003, p. 10 et s. ; comm. LUCHAIRE Fr., *RDP*, 2002, p. 1619 et s.

CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC ; comm. VERPEAUX M., *AJDA*, 2004, p. 1849 et s. ; comm. LUCHAIRE Fr., *RDP*, 2003, p. 1163 et s. ; comm. FATOME E., *AJDA*, 2003, p. 1404 et s. ; comm. FATOME E. et RICHER L., *RFDC*, 2003, p. 772 et s. ; comm. MENEMENIS A., *DA*, septembre 2003, p. 24 et s.

CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC ; comm. DOMINGO L., *RFDC*, 2004, p. 96 et s. ; comm. SCHOETTL J.-E., *LPA*, 2004, p. 10 et s.

CC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, n° 2004-500 DC ; comm. PHILIP L., *RFDC*, 2005, p. 798 et s. ; comm. HERTZOG R., *AJDA*, 2004, p. 2003 et s.

CC, 14 avril 2005, *Lois relatives aux aéroports*, n° 2005-513 DC ; comm. FATOME E., *AJDA*, 2006, p. 178 et s. ; comm. BRISSON J.-Fr., *AJDA*, 2005, p. 1835 et s.

CC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, n° 2008-567 DC ; comm. ROBLLOT-TROIZIER A., *RFDA*, 2008, p. 1233 et s. ; comm. DREYFUS J.-D., *AJDA*, 2008, p. 1664 et s. ; comm. TERNEYRE Ph., *BJCP*, 2008, n° 60, p. 310 et s.

CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC ; comm. PENA A., *RFDC*, 2011, n° 88, p. 803 et s. ; comm. GINOCCHI D., *AJDA*, 2011, p. 1097 et s. ; comm. LATOUR X., *AJDA*, 2011, p. 1075 et s.

CC, 25 avril 2014, *Cne de Thonon-les-Bains et autre*, n° 2014-391 QPC ; comm. GARDERE A., *JCP A*, 2014, n° 27, p. 18 et s.

Index nominum et rerum

Les chiffres indiqués renvoient aux numéros des paragraphes

Actes administratifs unilatéraux : 282, 283 et s., 285 et s., 379, 381 et s., 383 et s., 387.

Ancel P. : 234, 316, 318, 319, 327, 340, 344, 345 et s., 347 et s., 405.

Autorisation :

- autorisation administrative : 214, 313 et s.

- autorisation d'occupation : 214, 383.

Barthélemy J. : 15, 19 et s., 22 et s., 26 et s., 34, 45, 117, 163 et 164, 268.

Benoît Fr.-P. : 7, 174, 219 et s., 222, 229, 271.

Coase R. : 18 et s., 21 et s., 30, 57.

Cœur de métier (core functions) : 19, 23 et s., 26 et s., 28 et s., 31, 32 et s., 36, 37 et s., 39 et s., 72, 73 et s., 81, 89, 105, 165, 170, 176, 193, 221, 222, 229, 237, 255, 262, 264 et s., 267 et s., 269, 278, 313.

Commandement :

- commandement autoritaire : 71, 273, 369, 370 et s., 372 et s.

- commandement coopératif : 71, 93, 372 et s., 374.

Compétence :

- compétence matérielle : 219 et s., 239, 240 et s., 243, 244, 269, 270, 271, 273 et s.

- compétence normative : 219 et s., 239, 240 et s., 243, 244, 246, 247 et s., 249 et s., 251, 252 et s., 254 et s., 256, 259, 260, 263, 273.

- indisponibilité : 218, 221, 223, 228, 231 et s., 233, 234, 235 et s., 237 et s., 240 et s., 242 et s., 244, 249 et s., 252 et s., 254 et s., 256, 257, 258 et s., 260 et s., 262, 263 et s., 269, 270, 274 et s., 375 et s.

- notion de compétence : 169, 170, 171, 172 et s., 174 et s., 178, 184, 185 et s., 187, 188 et s., 218, 229 et s., 231 et s., 233, 235, 237 et s., 247.

Contrats (droit privé) :

- contrat cadre : 64, 130 et s., 133.
- contrat-échange : 44, 47, 53, 62.
- contrat d'entreprise : 54 et s., 59 et s., 64, 96.
- contrat-organisation : 45 et s., 124.
- contrat de service : 49, 52 et s.
- contrat de vente : 44, 51.
- mandat : 58.

Contrats (droit public) :

- concession : 88, 288 et s., 290 et s., 311 et s.
- contrat : 381 et s., 383 et s., 387.
- convention d'occupation : 383.
- marché public : 290 et s., 306, 311.
- mandat : 307.

Contrats (économie) :

- contrat incomplet : 33 et s., 63, 117.
- contrat relationnel : 35, 41, 63.

Contrat-coopération (modèle du) : 118, 146 et s., 150, 159, 160 et s., p. 163 et s., p. 165 et s., 180, 181, 188, 195, 204, 323, 324, 329, 378.

Contrôle : 202 et s., 212, 213, 359.

Coopération :

- coopération (droit administratif) : 12, 88 et s., 90, 116, 167, 170, 176, 177 et s., 180, 181, 185 et s., 190 et s., 192, 195 et s., 197 et s., 213 et s., 215, 268, 271, 276, 278, 282, 288, 297, 300 et s., 302 et s., 306 et s., 310, 317, 333, 374, 378.
- coopération (droit civil) : 117, 119 et s., 122, 125 et s., 133, 135 et s., 137 et s., 139, 151, 152 et s., 155, 166, 179.

Décentralisation : 294, 295 et s., 308.

Délégation :

- de compétence : 236.
- de la police administrative : 224 et s., 226 et s., 230, 232, 237, 238 et s., 242 et s., 276, 279.
- de service public : 223, 230, 232, 237, 238 et s., 242 et s., 276, 277 et s.,
- notion : 191, 237, 241, 243,

Duguit L. :

- *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* : 258.
- *L'État, le droit objectif et la loi positive* : 273.
- *L'État, les gouvernants et les agents* : 170, 172 et s., 219, 240, 244, 256.
- *Traité de droit constitutionnel* : 171, 179, 219, 231, 235 et s., 238, 240, 243, 244, 269, 270, 277, 341, 366, 399.
- *Les transformations du droit administratif* : 217.

Eisenmann Ch. : 172, 179 et s., 240, 245, 249, 253, 254, 260, 279, 295, 318.

État :

- providence : 68, 74, 82, 269.
- manager : 71, 72 et s., 77, 80, 292, 305, 310.

Externalisation stratégique : 19 et s., 23 et s., 25, 83, 95, 111 et s., 170.

Forest G. : 316, 319, 320, 325, 327, 332, 353, 357, 358, 361 et s., 364, 365, 376, 390.

Gouvernance hybride de l'économie (mode de) : 31 et s., 34 et s., 117, 120 et s., 123, 163.

Habilitation :

- norme d'habilitation (concept) : 174 et s., 187, 188 et s., 233, 235 et s., 237, 270, 326, 367, 376, 377.
- norme d'habilitation dérivée : 190 et s., 192, 199, 200 et s., 202 et s., 206 et s., 208 et s., 278, 283 et s., 285 et s., 288 et s., 295, 324, 327 et s., 330, 363, 376.
- norme d'habilitation primaire : 187, 189, 191, 241, 247, 375.
- notion d'habilitation : 174, 190 et s., 313, 315, 386.

Hauriou M. :

- *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté* : 246, 247, 334.
- *La gestion administrative* : 8, 174 et s., 177 et s., 188, 217, 235 et s., 239, 244, 267, 269, 277, 288, 322, 333, 366, 370.
- Notes : 224, 270, 323, 381 et s., 391, 392, 393.
- *Précis de droit administratif* : 170, 174 et s., 177 et s., 231, 244, 245, 250, 258, 267, 269, 270, 271, 288, 370.
- *Principes de droit public* : 322, 333.
- *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social* : 269.

Jèze G. : 170, 171, 174, 179, 235, 241, 277, 280, 372, 378, 381.

Kelsen H. :

- *Aperçu d'une théorie générale de l'État* : 247.
- *Théorie générale des normes* : 208, 315, 316, 318, 320, 326, 327 et s., 333 et s., 342, 355, 362, 377, 390.
- *Théorie générale du droit et de l'État* : 338, 361.
- *Théorie juridique de la convention* : 344, 345, 354.
- *Théorie pure du droit* : 319, 320, 326, 342, 361.

Lequette S. : 65, 118 et s., 150, 151, 152 et s., 155, 158, 163 et s., 180, 182, 188, 190, 195, 204, 205, 206 et s., 208, 211, 306 et s., 323, 324, 329, 339, 340, 354, 358, 364, 378.

Logique économique et de gestion :

- rupture avec logique patrimoniale : 26 et s., 50, 61.
- logique de coopération : 28 et s., 63, 86, 87 et s., 97, 138, 158 et s.

Michoud L. : 246, 381.

New Public Managament (ou nouvelle gestion publique) : 69 et s., 72, 75, 78 et s., 81 et s., 84 et s., 97, 170, 176, 262, 270, 293, 299.

Norme juridique :

- normativité : 340, 342, 352 et s., 365, 367, 390.
- norme de comportement : 331, 338 et s., 340 et s., 361 et s., 363 et s.
- notion de norme juridique : 254, 320, 337, 343, 352 et s.

Objectif :

- droit objectif : 230, 232, 241, 248, 252, 254, 259, 261, 265, 318, 322, 326, 327 et s., 329 et s., 332 et s., 334, 338 et s., 346, 347 et s., 349, 350 et s., 360, 361 et s., 363 et s., 366, 370 et s., 389, 393 et s., 395 et s., 397, 398 et s., 401, 405, 410, 412.
- objectivisme : 146, 228, 233, 236, 237, 245, 246, 247 et s., 270, 332, 365, 369.

Objet du contrat (contenu/économie du) : 43, 144, 145, 148, 149 et s., 152, 154, 182, 188, 288, 291, 306, 380, 381 et s., 386 et s.

Obligation :

- obligation (droit administratif) : 199, 200 et s., 202 et s., 213 et s., 322, 338 et s., 354, 356 et s., 360, 362, 373, 378, 382, 385, 386 et s., 388 et s., 391, 392.
- conception néo-classique : 316, 353, 357, 358 et s., 361 et s.
- obligation accessoire (instrumentale) : 204, 207, 210, 211 et s., 214, 324, 364.
- obligation essentielle (finale) : 204, 205, 206 et s., 208 et s., 324 et s., 330, 358.
- obligation de service public : 202, 210, 211 et s., 331, 335 et s.

Partenariat :

- distinction partenariat/coopération : 87, 88, 287.
- partenariat public/privé : 288.

Plessix B. : 106, 179 et s., 228, 232, 245, 250, 256, 259, 265 et s., 269, 272, 276, 277 et s., 279, 298, 307, 316, 318, 319, 320, 322, 325, 330, 333, 355, 356 et s., 358 et s., 360, 362, 365, 372, 379, 380, 381 et s., 386, 388 et s., 390, 393, 396.

Pouvoir normatif : 243, 245, 247 et s., 249 et s., 250, 252 et s., 254 et s., 257, 258, 260, 267, 271, 272, 273.

Propriété (gestion de la propriété publique) : 280, 284.

Puissance publique : 73, 79, 217, 222, 225, 226 et s., 232, 239, 242, 245, 249 et s., 256, 257, 258 et s., 260 et s., 262, 263 et s., 265 et s., 267, 270, 271, 272 et s., 273 et s., 276.

Réforme de l'État : 69, 70, 75, 77, 103, 292.

Revet Th. : 128, 134, 135 et s., 137, 280, 343, 348, 351, 352, 380.

Rivéro J. : 106, 167, 173, 219 et s., 231, 249, 341, 395.

Sanction : 341, 390, 393 et s., 395 et s., 398 et s., 400 et s., 402, 403, 404 et s., 406 et s., 410, 412.

Solidarisme : 132 et s., 134, 147.

Subjectif :

- droit subjectif : 245, 318, 322 et s., 324 et s., 330, 340 et s., 346, 347 et s., 349, 350 et s., 355, 358 et s., 366, 388 et s.

- subjectivisme : 146.

Tusseau G. : 66, 173, 174 et s., 189, 191, 199, 200 et s., 202 et s., 229, 232, 234, 235 et s., 238, 240 et s., 242, 326, 327 et s., 363, 376.

Williamson O. E. : 21 et s., 33 et s., 37, 65.

Table des matières

Remerciements	p. VII
Sommaire	p. IX
Principales abréviations	p. XI
Introduction générale	p. 1
Partie 1 : Conceptualisation de l'externalisation administrative	p. 59
<u>Titre 1 : La démonstration d'une existence artificielle de l'externalisation</u>	p. 67
Chapitre 1 : Une existence contractuelle dénaturée en droit civil	p. 73
<u>Section 1 : La réalité économique négligée de l'externalisation</u>	p. 81
<i>§1 : Un outil stratégique au service de l'entreprise</i>	p. 85
A. Conceptualisation d'un outil de gestion des ressources de l'entreprise	p. 88
1. Des racines théoriques économiques fondamentales	p. 91
2. Une émergence conceptuelle stratégique	p. 97
B. Concrétisation d'un outil de gestion des ressources de l'entreprise	p. 100
1. Un outil fondé sur une logique nouvelle de gestion	p. 102
2. Un outil inspiré d'une logique de gestion coopérative	p. 106
<i>§2 : Un outil juridique résumé à sa dimension contractuelle</i>	p. 109
A. Une prise en compte contractuelle de la stratégie d'externalisation	p. 112
1. La détermination contractuelle d'une forme hybride de gouvernance	p. 114

2. L'assimilation contractuelle de l'externalisation au genre hybride	p. 118
B. Une formule contractuelle économiquement spécifique	p. 122
1. Une formule contractuelle hybride économiquement marquée	p. 124
2. Une double spécificité économique des contrats hybrides d'externalisation	p. 128
Conclusion de section	p. 131
<u>Section 2 : L'identification spéculative de l'externalisation au contrat d'entreprise</u>	p. 132
<i>§1 : Une assimilation forcée au sein des catégories traditionnelles</i>	p. 135
A. La traduction forcée de l'externalisation par une logique d'échange	p. 137
1. L'exclusion d'office de la logique d'organisation	p. 139
2. L'inclusion consécutive à la logique d'échange	p. 144
B. L'utilisation « par défaut » de la figure générale du contrat de service	p. 149
1. L'exclusion des contrats portant sur le transfert d'une chose	p. 151
2. L'assimilation aux contrats portant sur les services	p. 155
<i>§2 : Une assimilation déformée au contrat d'entreprise</i>	p. 159
A. Le choix de l'espèce particulière du contrat d'entreprise	p. 163
1. L'exclusion des autres formes de contrats de service	p. 165
2. Une assimilation confirmée par l'objet propre au contrat d'entreprise	p. 171
B. La remise en cause de l'assimilation à l'espèce du contrat d'entreprise	p. 179
1. Une remise en cause de la logique échangiste	p. 181
2. Une remise en cause du contrat d'entreprise	p. 188

Conclusion de section	p. 195
Conclusion de Chapitre	p. 195
Chapitre 2 : Une existence conceptuelle inachevée en droit administratif	p. 199
<u>Section 1 : L'influence managériale sur le droit administratif</u>	p. 204
<i>§1 : Le tournant managérial du modèle étatique</i>	p. 207
A. L'évolution progressive de la figure de l'État	p. 210
1. Une évolution conceptuelle	p. 212
2. Une évolution idéologique	p. 216
B. L'influence du <i>New Public Management</i> sur le droit administratif	p. 220
1. Une influence conceptuelle	p. 222
2. Une influence idéologique	p. 226
<i>§2 : L'intégration subséquente de l'externalisation à ce nouveau modèle</i>	p. 230
A. L'intégration conceptuelle de l'externalisation expliquée par son origine managériale	p. 232
1. Une intégration justifiée par le discours managérial	p. 234
2. Une intégration confirmée par la nouvelle gestion publique	p. 238
B. L'intégration conceptuelle de l'externalisation justifiée par sa logique coopérative	p. 242
1. Une logique coopérative brouillée inspirée du management	p. 244
2. Une logique coopérative instruite par l'externalisation	p. 251
Conclusion de section	p. 257

<u>Section 2 : Une réception incomplète par la doctrine administrativiste</u>	p. 258
<i>§1 : L'émergence discrète du concept d'externalisation en droit administratif</i>	p. 261
A. Une assimilation inexistante par rapport au droit civil	p. 263
1. Une assimilation concrète en droit civil	p. 265
2. Une assimilation concrètement inexistante en droit administratif	p. 270
B. Une prise en compte partiellement perceptible en droit administratif	p. 273
1. Une prise en compte visible dans les travaux parlementaires	p. 275
2. Une prise en compte audible dans les conclusions des rapporteurs publics	p. 280
<i>§2 : L'apparition approximative du concept d'externalisation dans le discours doctrinal</i>	
	p. 284
A. Une conceptualisation explicite par la doctrine	p. 287
1. Une conceptualisation fidèle à l'esprit des « faiseurs de systèmes »	p. 289
2. Une conceptualisation engagée par la doctrine administrativiste	p. 293
B. Une conceptualisation incomplète par la doctrine	p. 297
1. Une conceptualisation non spécifique au droit administratif	p. 299
2. Une conceptualisation sans essence propre au droit administratif	p. 302
Conclusion de section	p. 306
Conclusion de Chapitre	p. 307
Conclusion de Titre	p. 308
<u>Titre 2 : La détermination de l'essence coopérative de l'externalisation</u>	p. 313
Chapitre 1 : Recherche d'une essence coopérative en droit civil	p. 319

<u>Section 1 : Une essence perdue dans les modèles traditionnels</u>	p. 323
<i>§1 : Une considération tardive pour la coopération</i>	p. 326
A. La dissonance de l'économie et du droit face à la coopération	p. 328
1. Histoire d'un premier rendez-vous inabouti	p. 329
2. Histoire d'un second rendez-vous à venir	p. 335
B. L'apathie du droit civil face à la coopération	p. 342
1. Une transposition suggérée par une prise en compte de l'intérêt commun	p. 343
2. Une transposition insatisfaisante par le recours au contrat-cadre	p. 351
<i>§2 : Une considération relative pour la coopération</i>	p. 355
A. L'admission d'une coopération dans le contrat	p. 357
1. Une admission encouragée par le solidarisme	p. 359
2. Une admission déformée par le solidarisme	p. 365
B. L'omission d'une coopération par le contrat	p. 371
1. L'émergence d'une voie intermédiaire par les groupes de contrats	p. 373
2. L'émergence d'une voie intermédiaire par les actes conjonctifs	p. 377
Conclusion de section	p. 381
<u>Section 2 : Une essence retrouvée dans le contrat-coopération</u>	p. 382
<i>§1 : Une convergence matérielle dans l'économie du contrat</i>	p. 385
A. Détermination de l'économie du contrat-coopération	p. 387

1. L'économie du contrat, une conception contractuelle rénovée	p. 389
2. L'économie du contrat-coopération, un contenu contractuel finalisé	p. 395
 B. Identification de l'économie de l'externalisation	 p. 401
1. Une économie irriguée par la coopération	p. 403
2. Une économie dictée par la coopération	p. 408
 §2 : <i>Une convergence structurelle liée à la fonction du contrat</i>	 p. 415
 A. Détermination de la structure juridique du contrat-coopération	 p. 417
1. Présentation des contours complexes du contrat-coopération	p. 419
2. Présentation de la structure duale du contrat-coopération	p. 427
 B. Identification de la structure juridique de l'externalisation	 p. 433
1. Une assimilation théorique au contrat-coopération	p. 435
2. Une assimilation pratique au contrat-coopération	p. 440
 Conclusion de section	 p. 444
Conclusion de Chapitre	p. 444
 Chapitre 2 : Découverte d'une essence coopérative en droit administratif	 p. 447
 <u>Section 1 : Une fonction coopérative spécifiée par la compétence</u>	 p. 453
 §1 : <i>Une inspiration civiliste inévitable : un mode coopératif de gestion de la compétence</i>	 p. 456
 A. L'évolution de l'appréhension doctrinale de la compétence	 p. 459
1. L'acception originelle de la compétence	p. 461
2. L'acception habilitante contemporaine de la compétence	p. 468

B. L'influence de la coopération sur une compétence renouvelée	p. 476
1. Une influence oubliée de la coopération en droit administratif	p. 478
2. Une influence actuelle de la coopération en droit civil	p. 482
<i>§2 : Une fonction spécifique : un mode coopératif de réalisation de la compétence</i>	p. 488
A. L'assimilation de la prestation finale à la réalisation de la compétence	p. 490
1. L'influence fonctionnelle de l'externalisation administrative sur la compétence	p. 492
2. L'acclimatation de la prestation finale à la réalisation de la compétence	p. 499
B. La conceptualisation de la compétence en tant que norme d'habilitation primaire	p. 507
1. Une habilitation primaire hétérogène indispensable à l'externalisation	p. 509
2. Une habilitation dérivée à la réalisation de la compétence au cœur de l'externalisation	p. 518
Conclusion de section	p. 525
<u>Section 2 : Une structure coopérative singularisée autour de l'obligation</u>	p. 526
<i>§1 : Une conceptualisation des modalités coopératives de réalisation de la compétence</i>	p. 528
A. Une singularisation de la logique coopérative par la compétence	p. 530
1. Une singularisation du critère organique de l'externalisation	p. 532
2. Une singularisation du critère fonctionnel de l'externalisation	p. 542
B. Une conceptualisation enrichie de l'externalisation par l'obligation	p. 553
1. Un enrichissement du critère fonctionnel : l'obligation, une habilitation ressource	p. 556
2. Un enrichissement du critère fonctionnel : l'obligation, une habilitation contrainte	p. 562

<i>§2 : Une conceptualisation précisée de la réalisation de la compétence par l'obligation</i>	p. 572
A. Une articulation particulière des obligations essentielles	p. 575
1. La persistance des obligations essentielles	p. 576
2. La réunion des obligations essentielles	p. 583
B. La détermination particulière des obligations accessoires	p. 590
1. La disparition apparente des obligations de coopération	p. 592
2. La valorisation d'obligations de protection de l'intérêt général	p. 599
Conclusion de section	p. 608
Conclusion de Chapitre	p. 608
Conclusion de Titre	p. 610
Conclusion de Partie	p. 612
Partie 2 : Réalisation de l'externalisation administrative	p. 616
<u>Titre 1 : L'expression de l'externalisation administrative à travers la compétence</u>	p. 622
Chapitre 1 : Un repliement face à la réalisation de la compétence normative	p. 630
<u>Section 1 : Un repliement instruit par une relecture de l'indisponibilité</u>	p. 636
<i>§1 : Les prémisses d'une relecture doctrinale de l'indisponibilité</i>	p. 640
A. L'abandon progressif d'une approche « naturelle » de l'indélégalité	p. 644
1. L'émergence doctrinale d'une insuffisance de l'approche « naturelle » en matière de police	p. 647
2. La consécration juridique d'une insuffisance de l'approche « naturelle » en matière de police	p. 655

B. Le remplacement de la compétence au « cœur » de l'indélégalité	p. 664
1. L'importance de la compétence en arrière-plan de toute activité	p. 667
2. L'importance de la complémentarité de la compétence et de l'activité	p. 675
<i>§2 : L'esquisse d'une relecture éclairante de l'indisponibilité</i>	p. 682
A. Le rôle de l'indisponibilité comme fondement de l'externalisation administrative	p. 686
1. Présentation d'une relecture de l'indisponibilité à l'aune du concept d'habilitation	p. 688
2. Présentation de l'externalisation administrative fondée sur l'indisponibilité	p. 696
B. Le rôle de l'indisponibilité dans la délimitation des contours de l'externalisation administrative	p. 704
1. Une délimitation en fonction du contenu de la compétence	p. 707
2. Une délimitation différente selon le contenu de la compétence	p. 716
Conclusion de section	p. 727
<u>Section 2 : Un repliement déduit pour la réalisation de la compétence normative</u>	p. 729
<i>§1 : Une dimension normative formellement contraignante pour les personnes publiques</i>	p. 732
A. L'identification du caractère contraignant de la dimension normative	p. 735
1. Une répartition stricte des pouvoirs normatifs entre les autorités administratives	p. 738
2. Une répartition stricte limitant la relativisation de l'indisponibilité du pouvoir normatif	p. 746
B. Les manifestations du caractère contraignant de la dimension normative	p. 753
1. Une manifestation traditionnelle : l'interdiction de la renonciation	p. 755
2. Une manifestation originale : l'exclusion du recours à l'externalisation	p. 761

<i>§2 : Une dimension normative par essence préservée de l'influence managériale</i>	p. 767
A. Une dimension indisponible en droit administratif	p. 770
1. L'indisponibilité essentielle de la puissance publique	p. 773
2. Une indisponibilité renforcée par la relecture de l'indisponibilité	p. 777
B. Une dimension préservée par les stratégies managériales	p. 783
1. Une préservation admise de la puissance publique	p. 785
2. Une préservation caractérisée par le repliement de l'externalisation	p. 791
Conclusion de section	p. 799
Conclusion de Chapitre	p. 800
Chapitre 2 : Un déploiement pour la réalisation de la compétence matérielle	p. 802
<u>Section 1 : Un déploiement instruit par l'objet de l'externalisation administrative</u>	p. 808
<i>§1 : Une délimitation du champ hétérogène des activités objets de l'externalisation</i>	p. 814
A. La prise en compte des activités détachables des compétences normatives	p. 818
1. La démonstration du caractère détachable des activités matérielles	p. 821
2. L'admission de principe de l'externalisation des activités matérielles détachables	p. 830
B. La prise en compte des activités relevant des compétences matérielles	p. 841
1. L'externalisation entendue de la réalisation des activités matérielles de service public	p. 844
2. L'externalisation étendue de la réalisation des activités matérielles d'intérêt général	p. 854
<i>§2 : Délimitation du champ hétérogène des instruments de l'externalisation</i>	p. 867

A. Une discrète diversité au sein des actes unilatéraux	p. 871
1. Une externalisation manifestée par l'emploi d'habilitations législatives	p. 874
2. Une externalisation manifestée par d'autres formes d'habilitations unilatérales	p. 883
B. Une diversité bousculée par l'emploi d'habilitations contractuelles	p. 888
1. Un rapprochement envisageable au sein des concessions par l'objet de l'externalisation	p. 891
2. Un renouvellement probable de la distinction concession/marché par l'objet de l'externalisation	p. 898
Conclusion de section	p. 905
<u>Section 2 : Un déploiement déduit des critères de l'externalisation administrative</u>	p. 907
<i>§1 : Identification de l'externalisation parmi les instruments juridiques hors marché</i>	p. 910
A. L'exclusion des instruments traditionnels de l'organisation administrative interne	p. 914
1. L'éviction de la décentralisation fondée sur un transfert de la compétence	p. 918
2. L'éviction de l'auto-prestation fondée sur la réalisation interne de la compétence	p. 926
B. L'expression de l'externalisation à travers des instruments de coopération administrative interne	p. 933
1. L'inclusion de la coopération publique fondée sur un partage de la compétence	p. 936
2. L'inclusion de la prestation intégrée fondée sur la réalisation externe de la compétence	p. 943
<i>§2 : Identification de l'externalisation parmi les instruments juridiques du marché</i>	p. 952
A. L'exclusion logique des instruments traditionnels de l'action administrative	p. 955
1. L'éviction des formes contractuelles séculaires fondées sur une logique d'échange	

	p. 957
2. L'éviction des formes institutionnelles éculées fondées sur un abandon de compétence	p. 968
B. L'expression de l'externalisation à travers des instruments renouvelés	p. 976
1. L'inclusion de formes contractuelles renouvelées fondées sur une logique coopérative	p. 978
2. L'inclusion de formes juridiques nouvelles fondées sur le maintien de la compétence	p. 986
Conclusion de section	p. 996
Conclusion de Chapitre	p. 997
Conclusion de Titre	p. 999

Titre 2 : L'instrumentalisation de l'obligation par l'externalisation administrative

p. 1004

Chapitre 1 : L'appréhension de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative

p. 1012

Section 1 : L'identification de la fonction normative duale de l'obligation

p. 1019

§1 : L'obligation : une norme d'habilitation indispensable à l'externalisation administrative

p. 1023

A. Une fonction normative sous-jacente : un lien de droit subjectif au service de la coopération

p. 1026

1. L'expression d'une fonction d'instauration d'un lien de droit subjectif p. 1029

2. L'expression d'une fonction renforcée par la transposition du contrat-coopération p. 1038

B. Une fonction normative renouvelée : l'habilitation objective à satisfaire l'intérêt général

p. 1046

1. Une fonction objective incontournable de l'externalisation administrative p. 1049

2. Une fonction objective portée notamment par l'obligation essentielle p. 1055

§2 : L'obligation : une norme de comportement au service de l'action administrative

	p. 1061
A. L'aboutissement d'une réflexion doctrinale par le concept d'externalisation administrative	p. 1064
1. L'évocation lointaine d'une dimension normative objective de l'obligation	p. 1067
2. La confirmation par l'externalisation d'une dimension objective de l'obligation	p. 1076
B. L'approfondissement d'une réflexion doctrinale par le concept d'externalisation administrative	p. 1084
1. La consécration de l'obligation en tant que norme objective de comportement	p. 1086
2. L'identification de l'obligation en tant que norme objective de comportement	p. 1092
Conclusion de section	p. 1100
<u>Section 2 : La signification de la fonction normative duale de l'obligation</u>	p. 1102
<i>§1 : L'émergence d'une signification normative duale de l'obligation en droit civil</i>	p. 1106
A. Une dualité étayée par les réflexions contemporaines sur l'obligation	p. 1109
1. Le séisme provoqué par l'article fondateur de Pascal Ancel sur la force obligatoire	p. 1112
2. Un séisme suivi de répliques doctrinales essentielles à l'émergence de cette dualité	p. 1120
B. Une dualité consacrée par le renouvellement doctrinal de l'obligation	p. 1129
1. Une ambivalence latente au sein de la dualité des actes juridiques	p. 1131
2. Une dualité affirmée de la signification normative de l'obligation	p. 1139
<i>§2 : L'observation d'une signification normative duale de l'obligation au sein de l'externalisation administrative</i>	p. 1149
A. Une signification subjective manifeste : le droit d'exercer et de contrôler l'activité	

	p. 1152
1. Une signification subjective suggérée par Benoît Plessix	p. 1154
2. Une signification subjective au cœur de l'externalisation administrative	p. 1162
B. Une signification objective renouvelée : l'adoption d'un comportement déterminé	
	p. 1168
1. Une signification renouvelée éclairée par la réflexion de Grégoire Forest	p. 1170
2. Une signification renouvelée révélée par l'externalisation administrative	p. 1177
Conclusion de section	p. 1183
Conclusion de Chapitre	p. 1183
Chapitre 2 : Les conséquences de la finalisation de l'obligation au sein de l'externalisation administrative	p. 1186
<u>Section 1 : L'influence de la finalisation de l'obligation sur les actes administratifs</u>	p. 1193
<i>§1 : Un enrichissement manifeste des modalités de réglementation des conduites</i>	p. 1197
A. L'émergence du commandement coopératif	p. 1200
1. La prégnance traditionnelle du commandement autoritaire	p. 1202
2. Le développement contemporain du commandement coopératif	p. 1209
B. Le fonctionnement du commandement coopératif	p. 1217
1. Le principe du commandement coopératif pour la réalisation de la compétence	p. 1218
2. La structure obligationnelle de la réalisation du commandement coopératif	p. 1225
<i>§2 : Un dépassement potentiel de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat</i>	p. 1235
A. Une hypothèse suggérée par l'objet de l'externalisation administrative	p. 1239
1. Une remise en cause théorique de la distinction acte unilatéral/contrat	p. 1242

2. Une remise en cause pratique de la distinction acte unilatéra/contrat	p. 1250
B. Une hypothèse confortée par la finalisation de l'obligation	p. 1257
1. L'indifférence de l'habilitation à l'égard du clivage acte unilatéral/contrat	p. 1260
2. L'indifférence du lien obligationnel à l'égard du clivage acte unilatéral/contrat	p. 1267
Conclusion de section	p. 1273
<u>Section 2 : L'incidence de la dualité de l'obligation sur sa sanction contentieuse</u>	<u>p. 1275</u>
<i>§1 : Une sanction statique assurée par le contrôle de légalité</i>	<i>p. 1279</i>
A. L'examen de la légalité objective des actes juridiques	p. 1282
1. Le contrôle traditionnel de la légalité par le recours pour excès de pouvoir	p. 1284
2. Le contrôle rénové de la légalité par le recours de pleine juridiction	p. 1292
B. L'extension aux tiers du contrôle de la légalité objective des actes contractuels	p. 1299
1. La contestation par les tiers de la légalité des obligations à caractère réglementaire	p. 1301
2. La contestation par les tiers de la validité du contrat	p. 1307
<i>§2 : Une sanction dynamique assurée par la mise en œuvre de la responsabilité</i>	<i>p. 1310</i>
A. La garantie subjective des obligations par la responsabilité extracontractuelle	p. 1314
1. L'application d'une conséquence jurisprudentielle de l'opposabilité en droit civil	p. 1316
2. L'emploi souhaitable de la responsabilité extracontractuelle pour la garantie des obligations	p. 1323
B. La garantie subjective des obligations par la responsabilité contractuelle	p. 1330

1. L'obstacle apparent de l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers	p. 1332
2. Une garantie offerte par la notion civiliste d'opposabilité du contrat par les tiers	p. 1337
Conclusion de section	p. 1342
Conclusion de Chapitre	p. 1343
Conclusion de Titre	p. 1344
Conclusion de Partie	p. 1346
Conclusion générale	p. 1350
Bibliographie	p. 1362
Index <i>nominum et rerum</i>	p. 1454
Table des matières	p. 1460