



HAL
open science

L'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées : étude comparée France-Brésil

Regina Helena Gomes Da Silva

► **To cite this version:**

Regina Helena Gomes Da Silva. L'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées : étude comparée France-Brésil. Droit. Université de Rennes, 2017. Français. NNT : 2017REN1G001 . tel-02062547

HAL Id: tel-02062547

<https://theses.hal.science/tel-02062547>

Submitted on 9 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : DROIT

Ecole doctorale SHOS

présentée par

Regina Helena GOMES DA SILVA

Préparée à l'unité de recherche (n° EA 4640)
Institut du Droit Public et de la Science Politique
Faculté de Droit et Science Politique de Rennes

**« L'externalisation dans
les services publics au
sens restreint à
destination des
personnes privées :
Etude comparée
France – Brésil »**

**Thèse soutenue à
Rennes le 08/03/2017**

devant le jury composé de :

Lucie CLUZEL-METAYER

Professeur des Universités, Université de Lorraine /
Rapporteur

Jacques FIALAIRE

Professeur des Universités, Université de Nantes /
Rapporteur

Gweltaz EVEILLARD

Professeur des Universités, Université de Rennes 1
/ *Membre*

Hélène MUSCAT

Maître de conférences, Université de Rennes 1 /
Directeur de Travaux

*L'université n'entend donner aucune approbation
Ni improbation aux opinions émises dans les thèses :
Ces opinions sont considérées comme propres à leurs auteurs.*

A tous ceux qui se retrouvent dans mon cœur

Mes remerciements vont à ceux qui m'ont accompagné, aidé et encouragé durant ce
travail :
À Madame Hélène Muscat, pour sa confiance et ses conseils qui m'ont été précieux.
À ma famille, pour son affection et son soutien inconditionnel.
À mes amis, pour leur indéfectible présence et leur patience : ils m'ont permis
d'avancer.

*« Il n'y a que deux conduites avec la vie :
ou on la rêve ou on l'accomplit »¹.*

¹ CHAR, René. *A une sérénité crispée*. Paris : Gallimard, 1951, 49 p., sp. p. 1-49.

Avertissement à l'intention du lecteur :

Les traductions effectuées au long de cette thèse sont de responsabilité de son auteur.

L'accès aux textes législatifs brésiliens se trouvent : Législation fédérale < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao> > et législation des Etats fédérés (<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-estadual/legislacoes-estaduais>>).

L'accès à la jurisprudence des Tribunaux brésiliens sont consultables sur la page internet du tribunal correspondant : Tribunal Supérieur du Travail < <http://www.tst.gov.br> >, Cour suprême < http://www2.stf.gov.br/portalstfinternational/cms/verprincipal.php?idioma=en_us > et Supérieur Tribunal de Justiça < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> >.

L'accès aux textes législatifs français et aux jurisprudences se trouvent : < <http://www.legifrance.fr> >.

SOMMAIRE

Première Partie : L'externalisation dans les services publics au sens restreint et à destination des personnes privées en France et au Brésil

Titre I. Les enjeux de l'externalisation

Titre II. Externalisation et autres formes de relations contractuelles

Deuxième Partie : L'externalisation dans les services publics au sens restreint et à destination des personnes privées comme instrument de gestion performante pour l'administration publique en France et au Brésil

Titre I. La performance des agents publics et l'externalisation

Titre II. La performance et la transparence comme élément de la contractualisation de l'externalisation

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

France

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AFNOR	Association Française de Normalisation
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
BOAMP	Bulletin officiel administratif des marchés publics
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CDPC	Centre de droit public comparé
CE	Conseil d'Etat
CE, Avis	Avis du Conseil d'Etat
CE, Sect.	Conseil d'Etat, Section
C. comptes	Cour des comptes
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CMP	Code des marchés publics
Chap.	Chapitre
Coll.	Collection
Concl.	Conclusion
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DA	Droit Administratif
Dir.	Direction
Ed.	Edition, éditeur
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative

H.T.	Hors taxe
Ibid.	<i>Ibidem (au même endroit)</i>
Id.	<i>Idem</i>
<i>In</i>	Dans
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MTP	Marché d'entreprise de travaux publics
NGP	Nouvelle Gestion Publique
NPM	<i>New Public Management</i>
N°	numéro
OCDE	Organisation pour la Coopération et le Développement Economiques
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation pour les nations unies
Ord.	Ordonnance
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (cité précédemment)
P., pp.	Page, pages
PUF	Presse universitaire de France
Rapp.	Rapport (ou rapporteur)
RAP	Revue d'administration publique
RDP	Revue du droit public
Rec. C. comptes	Recueil de la Cour des comptes
Rec. C. const.	Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel
Rec. Lebon	Recueil Lebon
Rec. CIJ	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice
Rec. CJCE	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de 1 ^{ère} instance
Rec. CJUE	Recueil Cour de Justice de l'Union Européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFAP	Revue française d'administration publique
RGPP	Révision générale des politiques publiques
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIT	Revue internationale du travail

Sect.	Section
SIG	Service d'intérêt général
SIEG	Service d'intérêt économique général
SPA	Service public administratif
SPIC	Service public industriel et commercial
Suiv.	Suivant (e)s
TA.	Tribunal administratif
TC.	Tribunal de conflits
Vol.	Volume

Brasil

BD	Boletim juridico
BDM	Boletim de direito municipal (Bulletin de droit communal)
CC	Código civil (Code civil)
CF	Constituição Federal (Constitution fédérale)
CGU	Controladoria Geral da União
CLT	Consolidação das leis do trabalho (Code du travail)
CP	Código penal (Code pénal)
CPC	Código de Processo Civil (Code de procédure civile)
DF	Distrito Federal (Districte fédéral)
ed.	Edição (Edition)
IDPB Bahia)	Instituto de Direito Público da Bahia (Institut du droit public de Bahia)
IN	Instrução Normativa (Instruction normative)
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal (Loi de responsabilité budgétaire)
LTr	Revista Legislação do Trabalho (Revue de la législation du travail)
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado (Ministère d'administration et réforme de l'Etat)
p., pp.	Página, páginas (Page, pages)
PPP	Parceria Público-Privada (Partenariat public-privé)
RAP	Revista de Administração Pública (Revue de l'administration publique)
RDE	Revista do Direito Eletrônico (Revue du droit électronique)
RDJ	Revista diálogo jurídico (Revue Dialogue juridique)
RDPG	Revista de Direito Processual Geral (Revue du droit de la procédure générale)
RDPR	Revista de Direito Público e Regulação (Revue du droit public et régulation)
REDAE	Revista Eletrônica do Direito Administrativo Econômico (Revue électronique du droit administratif économique)

rev. e actual.	Revista e atualizada (Révisée et actualisée)
RICP	Revista Internacional de Contratos Públicos (Revue internationale des contrats publics)
RIDC	Revista International do Direito Comparado (Revue internationale du droit comparé)
RJ	Rio de Janeiro
RPGE/RS	Revista da Procuradoria geral do Estado do Rio Grande do Sul (Revue de la « Procuradoria geral » de l'Etat du Rio Grande do Sul)
RSP	Revista do Serviço Público (Revue du service public)
RT	Revista dos Tribunais (Revue des tribunaux)
S.	Súmula (Précédent)
SLTI	Secretaria de Logística e de Tecnologia da Informação (Secrétariat de logistique et de technologie de l'information)
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal (Cour Suprême)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Supérieur tribunal de justice)
TCU	Tribunal de Contas da União (Cour des comptes fédérale)
TST	Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal supérieur du travail)
USP	Universidade de São Paulo (Université de São Paulo)

INTRODUCTION

La présente étude a pour objet confronter et comparer les modèles français et brésilien pour analyser les différentes caractéristiques-clés de l'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées.

Il s'agit d'un thème classique et qui a subi des changements continus en droit administratif². Il suscite de réflexion en raison principalement de l'environnement normatif et jurisprudentiel qui l'entoure.

Le but de la présente étude est d'apporter un éclairage sur les similitudes et les divergences des droits français et brésilien.

La ligne directrice retenue pour la partie française de cette étude est la définition française proposée par Paul Lignières et L. Babin. L'externalisation est définie par des auteurs 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* »³.

La définition brésilienne choisie est celle proposée par Alexandre Santos de Aragão et présentée par Helder dos Santos Amorim qui définit l'externalisation comme :

² En ce qui concerne l'évolution du droit administratif remarque Arnaldo Wald en citant A. Hauriou (A. HAURIOU, « *Le Droit administratif de l'aléatoire* » in Mélanges offerts au Doyen Louis TROBATAS, Paris, LGDJ, 1970, 880 p., sp. p. 224) : « [...] le droit administratif de la fin du XX^e siècle et du début du troisième millénaire n'est plus celui qui existait auparavant. C'est ce que signalait, il y a déjà quelques années, André HAURIOU dans les termes suivants : "Notre droit administratif classique est un droit du commandement, du privilège, du contrôle, et, pour tout dire, de la méfiance. Le droit administratif de l'aléatoire, qui s'élabore sous nos yeux, présente et présentera de plus en plus des caractéristiques différentes : ce sera un droit de l'effort commun, encadré par des actes collectifs, de l'entraide entre l'Administration et ses partenaires et, pour tout dire, de la confiance" ». (WALD, Arnaldo, Le contrat administratif : Rapport général, in « *Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LV – Le contrat : journées brésiliennes (23 au 27 mai 2005)* », Paris : Société de législation comparée, 2008, 12 p., sp. pp. 171-183).

³ LIGNIÈRES, P. et BABIN, L., L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat, in « *Droit Administratif (DA)* », mai 2002, p. 37.

« Un moyen dont se sert l'administration publique pour réaliser la gestion "centralisée" du service public, via les ressources humaines et matériaux de tiers. Malgré son nom, le contrat de prestation de services n'a pas pour objet le transfert du service public au privé et par conséquent ne constitue pas un instrument de décentralisation administrative »⁴.

Il existe en effet plusieurs définitions de l'externalisation au sens restreint dans le secteur public⁵. Dans la plupart de ces définitions, l'externalisation est caractérisée par le fait de confier à un partenaire privé la gestion de tâches « non stratégiques », c'est-à-dire, qui ne relèvent pas du service public comme la maintenance informatique, l'entretien des infrastructures etc. Ainsi, ce sont des services opérationnels ou fonctionnels qui sont contractualisés auprès de partenaires privés.

Cette opération consiste ainsi à confier à un tiers une partie d'une mission globale afin de permettre à l'administration de « recentrer » son activité sur le cœur de métier.

En droit brésilien, néanmoins, le terme « externalisation » est parfois utilisé dans son sens large, pour englober les modalités de délégation de services publics telles que les concessions et les permissions⁶ jusqu'à la « privatisation »⁷ des entreprises publiques.

⁴ AMORIM, Helder Santos, *Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*, São Paulo: LTr, 2009, 248 p., sp. p. 97.

⁵ Pour reprendre les termes de Jean-David Dreyfus, en citant Pierre Joxe « [...] l'externalisation peut être définie comme l'opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle rend normalement elle-même en charge. Elle consiste donc 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. L'heure est à l'efficacité de l'Etat (JOXE, Pierre. *L'efficacité de l'Etat*, in « *La France du nouveau siècle* », PUF, 2002) ». (DREYFUS, J.-D. Externalisation et liberté d'organisation du service, in « *Dalloz actualité* » (AJDA) [en ligne], n° 59, 2009, 5 p., sp. p. 1529, 15 sept. 2009. Disponible sur : <http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=AJDA/CHRON/2009/0551> >.

⁶ La permission de service public en droit brésilien est un mode de gestion déléguée, caractérisé par sa plus grande précarité et par l'existence d'un contrat d'adhésion.

⁷ Pour Paul Lignières l'externalisation et la privatisation constituent deux notions distinctes : « *Lorsque l'Etat privatise, il se retire des fonctions d'opérateur d'un secteur pour n'y exercer en principe que des fonctions de réglementation et de régulation. La privatisation déplace donc la frontière entre les activités de service public et les activités qui relèvent de la liberté du commerce et de l'industrie. L'externalisation a, au contraire, pour objet de permettre à l'Etat d'utiliser le secteur privé afin de l'assister à mettre en œuvre des activités régaliennes (que l'on assimile souvent en France aux activités de service public)* ».

Sa conception plus exacte correspondre au sens restreint du mot qui englobe seulement la passation des contrats de services, d'ouvrages publics et de main-d'œuvre.

Ainsi, en dépit des tentatives pour définir l'externalisation, il n'existe pas encore une définition précise de ce concept *en droit français et en droit brésilien*⁸.

Comme l'observe Gilles J. Guglielmi :

*« La problématique s'est récemment concentrée sur la notion d'externalisation [...], l'externalisation est l'opération réalisée par une personne publique lorsqu'elle confie à un opérateur externe et autonome une partie de ses missions, une activité ou un organe de gestion qu'elle prenait jusque-là en charge elle-même en raison de leur caractère annexe. La problématique managériale privilégie alors une fonctionnalité présentée comme évidente : "le cœur de métier", pour préconiser un "recentrage" sur celle-ci, dans un but d'efficience »*⁹.

Il importe d'abord de souligner qu'il existe une constante dans les deux pays étudiés : L'existence d'un « *noyau irréductible* » (selon la terminologie française) et d'une

(LIGNIÈRES, Paul. Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, AJDA, Dalloz, 14 mars 2007, 12 p., sp. pp. 1-12). Dora Maria de Oliveira Ramos traite le concept de privatisation avec clarté et situe l'externalisation dans ce contexte : Le terme (privatisation) englobe une acception ample et une autre restreinte. Génériquement, il est possible de placer dans le concept ample de privatisation tout un ensemble de mesures adoptées afin de diminuer l'influence de l'Etat dans l'économie, en amplifiant la participation de l'initiative privée dans des activités qui étaient auparavant sous le contrôle de l'Etat. Cette conception ample englobe la vente d'actifs de l'Etat (avec le transfert du contrôle actionnaire des entreprises de l'Etat – dénationalisation) ; la non- réglementation, en diminuant l'intervention de l'Etat dans le domaine économique, y compris la flexibilisation des relations de travail et la non monopolisation des activités économiques ; la concession, la permission ou l'autorisation de services publics ; la passation de contrats externes (*contracting out*). Le droit brésilien nomme « externalisation » tous ces types de passation de contrat. (RAMOS, Dora Maria de Oliveira, *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, 175 p., sp. p. 40).

⁸ Le concept d'externalisation a été importé de la sphère privée à l'administration publique et possède depuis quelques années une acception aux contours précisément définis par le droit du travail *au Brésil*.

⁹ GUGLIEMI, Gilles J., KOUBI, G., LONG, M., *Droit du service public*. 4^e éd. Paris : Montchrestien, 2016, 890 p., sp. p. 772.

« *activité-intermédiaire* » ou d'une « *activité-finale* » (selon la terminologie brésilienne) qui ne peut être exercé que par les organes de l'administration publique.

Ces références demeurent le plus souvent implicites. Ensuite, il faut préciser qu'autour de ce « *noyau irréductible* » viennent se greffer de nombreuses activités annexes qui ne participent qu'indirectement à l'exercice de l'autorité publique et qui peuvent souvent faire l'objet d'une externalisation au sens restreint.

La distinction entre les fonctions dites « stratégiques » et « opérationnelles » est très importante dans le cadre de cette étude. Les premières incombent à l'administration centrale et les deuxièmes sont transférées à des structures, fonctionnelles ou territoriales, autonomes, voire externalisées *via* des procédures de marchés publics, des formules de délégation de service public (1992) et de partenariat public-privé (2004)¹⁰.

Elle a été largement influencée par l'idéologie du *New Public Management* (NPM), modèle de gestion stratégique qui remonte aux années 70. Il s'agit d'un modèle utilisé pour réformer l'Etat en suivant le fonctionnement du secteur privé à travers une série de techniques destinées à transformer l'administration.

Elle doit être pensée dans un contexte de gestion stratégique, en fixant des objectifs et des résultats de développement techniquement mesurables, avec l'utilisation d'indicateurs d'évaluation et de modèles d'évaluation de performance¹¹.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques, Management public et Droit, in « *Politiques & management public* » [en ligne]. Vol. 26/3, 2008, 7 p., sp. pp. 93-100. Disponible sur : < <http://pmp.revues.org/1520> >.

¹¹ Les principales caractéristiques du NPM sont la décentralisation au profit d'unités gouvernementales et dévolution de responsabilités à des niveaux inférieurs du gouvernement telles que les communes, la réduction du secteur public et privatisation d'activités ou création d'organes autonomes pour les réaliser, le réexamen de ce que le gouvernement doit payer et faire, payer et ne pas faire, ni payer ni faire, la prise en compte de formes moins coûteuses de prestation de services, telles que la sous-traitance, les mécanismes du marché et le paiement par l'utilisateur, l'information du client et l'application des normes de qualité pour le service public, le « *benchmarking* » et l'évaluation de résultats obtenus, les réformes destinées à simplifier la réglementation et à réduire ses coûts. (SARAVIA, Enrique J., La réforme de l'Etat au Brésil : l'influence du *New Public Management*, in « *La réforme de l'Etat et la nouvelle gestion publique : mythes et réalités* ». Revue française de l'administration publique [en ligne]. 2003-1, n° 105-

Cette nouvelle forme de gestion peut désormais être effectuée à travers les agents publics ou *via* le secteur privé, sous l'orientation publique. La mise en œuvre du service public par le biais d'une société intermédiaire permet à l'administration publique de se « recentrer » sur son cœur de métier.

Dans le contexte du NPM, la séparation des fonctions de gestion stratégique et de gestion opérationnelle est l'une de ses mesures phares. Elle a été reprise dans les réformes françaises et les réformes brésiliennes, sans entraîner des changements de même ampleur.

Plus spécifiquement en France, elle a conduit à partir de 1992, mais plus encore avec la Révision générale des politiques publiques (RGPP), à ce que l'administration centrale de l'Etat se recentre sur ses fonctions stratégiques, c'est-à-dire, de conception et de régulation. Les fonctions opérationnelles telles que les tâches de gestion, d'exécution et de prestation de services sont laissées aux services déconcentrés ou à d'autres partenaires publics ou privés¹².

Les législations française et brésilienne admettent depuis longtemps qu'une personne privée soit habilitée à gérer une mission de service public à caractère administratif ou bien à caractère industriel et commercial, soit par voie unilatérale, soit par voie contractuelle.

L'appel à la collaboration du secteur privé pour la gestion des services publics n'est pas une nouveauté puisque les services économiques ont été confiés à des gestionnaires privés, dès le début du XX^e siècle, en évitant ainsi que les collectivités locales et l'Etat ne s'engagent dans des activités coûteuses et risquées¹³.

106, 304 p., sp. pp. 55-65. Disponible sur : < <http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-55.htm> >).

¹² CHEVALLIER, Jacques, L'Etat central, quelles évolutions ? Quels enjeux ?, *Coll. « Cahiers français »*. La Documentation française, sept.-oct. 2008, n° 346, 88 p., sp. p. 40 et s.

¹³ CHEVALLIER, Jacques, L'Etat post-moderne, *Coll. « Droit et Société »*, Maison des sciences de l'homme. 4^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2014, 265 p., sp. pp. 95-96.

Cependant, pour des raisons pratiques telles que la crise des finances publiques et des questions d'efficacité de la gestion publique, le phénomène de l'externalisation prend actuellement des dimensions et des portées différentes.

Pour des raisons idéologiques, le déficit de légitimité de l'Etat et l'affirmation du principe de subsidiarité conduisent à associer systématiquement les acteurs de la société civile à la mise en œuvre des actions publiques et à la fourniture des services d'intérêt collectif.

L'ensemble des outils destinés à mettre en place l'externalisation est disponible dans les deux systèmes juridiques ici étudiés. Toutefois de nombreuses questions sont fréquemment soulevées et méritent d'être minutieusement analysées.

Il est opportun d'expliquer que le processus d'externalisation ne se destine pas à supprimer les pôles de décision publique et de gestion administrative¹⁴. En outre, des organes chargés du suivi des activités externalisées assument l'intermédiation entre l'administration et son prestataire privé en raison de leur activité de contrôle.

Néanmoins, l'externalisation est souvent présentée comme une source d'économie budgétaire et d'efficacité¹⁵, de recentrage sur un cœur de métier, de diminution des coûts fixes, de réduction des délais, d'amélioration de la structure technique et comme un moyen de mieux satisfaire les usagers du service public¹⁶.

¹⁴ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 7. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

¹⁵ L'idée d'efficacité a conduit à une inflexion des modes d'action publiques, par un recours croissant aux techniques conventionnelles ainsi qu'à une transformation de l'architecture étatique, telle qu'elle est définie et encadrée par le droit.

¹⁶ Comme l'a relevé Sérgio Pinto Martins : « *L'externalisation est la possibilité d'embaucher un tiers pour effectuer des activités qui ne sont pas l'objet principal de la société et peut impliquer la production de biens et de services, comme les contrats de services de nettoyage, de surveillance ou même services temporaires* » (MARTINS, Sérgio Pinto, *A terceirização e o direito do trabalho*. 13^a ed. rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014, 188 p., sp. p. 12).

L'externalisation peut toutefois être rendue complexe du fait de la rigidité budgétaire. Elle porte le risque de défaillance du prestataire privé et soulève la question de l'étendue et des conséquences des contrôles opérés par l'administration concernée.

Derrière les avantages et les inconvénients décrits se dessinent des interrogations portant sur la performance et l'efficacité de l'externalisation mais aussi la responsabilité de l'Etat en ce qui concerne la gestion de ces contrats et ses éventuels contentieux.

Avant d'entrer plus avant dans le sujet, il est fondamental d'en préciser des éléments de la recherche et d'évoquer les spécificités liées à un approche de droit comparé¹⁷.

I. Activités externalisés, gestion privée des services publics et principes des services publics

Avant de rentrer dans le cœur de l'étude de l'externalisation *en France et au Brésil*, il importe la recentrer dans le contexte plus général de la gestion privée des services publics¹⁸ et des activités publiques proprement dites (A) avant de s'intéresser à l'incidence des principes fondamentaux propres au service public sur les activités externalisées (B).

¹⁷ D'après Yves-Marie Laithier : « *Comparer consiste à établir des rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir, puis à en mesurer l'ampleur, à en chercher les raisons et à en apprécier la valeur. La comparaison est un procédé d'acquisition du savoir. Opération de prime abord élémentaire, la comparaison est devenue une méthode de travail, utilisée par de nombreuses disciplines (littérature, linguistique, sociologie, épistémologie, ethnologie, histoire, économie, etc.) au nombre desquelles figure la science juridique. [...] On peut donc définir le droit comparé comme l'application de la méthode comparative à tout ou partie de systèmes juridiques dans le but essentiel d'en améliorer la connaissance* ». (LAITHIER, Yves-Marie, *Droit comparé*. Paris : Dalloz, 2009, 255 p., sp. p. 2).

¹⁸ Jean-Paul Valette mentionne que « [...] pour Aristote les institutions doivent être au service des citoyens. Cette ébauche d'une distinction entre la société civile, qui concerne les intérêts privés, et la société politique, qui défend le bien commun, est déjà l'esquisse d'un clivage entre des services "privés" et des services "publics". Le philosophe ne se limite toutefois pas à cette affirmation. Il dresse un premier tableau des missions de la Cité dans sa liste des magistratures indispensables : "En ce qui concerne les besoins indispensables de la cité, le premier objet de surveillance, c'est le marché public, qui doit être sous la direction d'une autorité veillant aux conventions qui s'y passent et à sa bonne tenue". [...] ». (VALETTE, Jean-Paul, *Le service public à la française*, Coll. « Le droit en questions ». Paris : Ellipses Marketing, 2000, 175 p., sp. p. 14).

(A) La gestion privée des services publics et des activités publiques

En droit français comme en droit brésilien, la notion de service public¹⁹ est fondée sur l'idée de satisfaction d'un besoin d'intérêt général, directement assuré soit par des personnes morales de droit public, soit par une personne privée sous le contrôle et éventuellement avec l'aide d'une personne publique²⁰.

L'ensemble des services essentiels à la vie et à la satisfaction de l'intérêt général tel que l'approvisionnement en eau, en l'électricité et la fourniture de transports urbains dont les activités sont de la responsabilité de l'administration, constituent un « service public » au sens technique du terme²¹.

¹⁹ « Conçu dans un pays dont l'unité fut construite et assurée par l'Etat, le droit public français accorde un rôle central au service public, au point que ce dernier constitue, pour certains juristes, la justification même du droit administratif. Qu'il soit mis en œuvre, directement ou indirectement, par l'Etat ou les collectivités territoriales, le service public apparaît comme un élément du modèle social français largement fondé sur le principe d'égalité entre les citoyens. Le droit administratif a donc favorisé l'intervention publique, tant au niveau national que local, dans l'ensemble des sphères d'activités, non seulement sociales et économiques mais aussi sportives ou culturelles. En un sens, la clause de compétence générale vient consacrer cette conception du rôle des pouvoirs publics : dès lors qu'elle agit au nom de l'intérêt général, une collectivité peut, quel que soit son niveau de compétences, intervenir dans la vie de la société. La conception européenne du rôle de l'Etat, sur laquelle est bâti le droit communautaire, est radicalement inverse. Traumatisés par la crise des années trente et la Seconde Guerre mondiale, les rédacteurs du traité de Rome sont les héritiers d'une autre philosophie de l'Etat, selon laquelle celui-ci est en partie responsable de la crise, pour avoir permis l'essor du protectionnisme économique, et surtout potentiellement liberticide, pour avoir été l'instrument de l'embrigadement des âmes. Le droit communautaire repose donc sur l'une des idées fondamentales de la pensée libérale : c'est la limitation du rôle de l'Etat qui permet de favoriser au mieux la paix et la prospérité en Europe ». (Rapport n° 319 (2009-2010) de Mme. Annie JARRAUD-VERGNOLLE, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 23 fév. 2010).

²⁰ Pour reprendre les termes de Gilles J. Guglielmi : « [...] contrairement au discours actuellement dominant, le service public en France, en tant que forme juridique d'encadrement des activités, a toujours associé les personnes privées. Ce n'est pas aujourd'hui qu'il faut célébrer l'annonce du rapprochement, le fameux 'partenariat' entre le public et le privé. La totalité des réseaux en France a été installée par des personnes privées au XIX^e siècle, sur la base de la délégation des services publics industriels et commerciaux. On les a parfois repris en régie ensuite pour des raisons d'efficacité, de difficultés financières, mais il y a jamais eu (sic) de divorce entre le public et le privé, ni de monopole de l'intervention publique réservée aux personnes publiques ». (GUGLIELMI, Gilles J., La conception du service public « à la française », in « Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit » [en ligne], 5 p., sp. p. 4. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/spip.php?article227> >).

²¹ D'après Almiro do Couto e Silva : « En France et dans les pays qui ont souffert l'influence du concept français de service public, telles que l'Italie, la Grèce et le Portugal, il n'existe pas un concept constitutionnel de service public. Malgré l'existence de quelques allusions de service public dans leurs

Celui-ci est généralement conçu et présenté comme une activité de prestation à des usagers qui sont : Soit des particuliers, soit des personnes morales de droit privé, soit des personnes publiques elles-mêmes²². Il se différencie de l'activité de réglementation qui caractérise la police administrative.

Les vingt dernières années ont été marquées par des processus de renouvellement profond des services publics *en France*. Ils sont dus en grande partie à plusieurs éléments dont la mondialisation des économies et la concurrence entre Etats tels que les évolutions des nouvelles technologies dans de nombreux domaines, l'adaptation parfois difficile des services publics face aux exigences des marchés et les attentes des citoyens vis-à-vis de nouveaux besoins liés aux évolutions technologiques et à la conjoncture de crise²³.

Dans le cadre de cette étude, il est fondamental d'effectuer la distinction entre les activités de service public et les autres tâches accomplies par les personnes publiques.

Lorsque les services publics possèdent comme destinataire final leurs usagers, les tâches ne présentent pas de spécificités liées aux prestations, même si elles sont évidemment nécessaires, dans leur principe, au fonctionnement des personnes publiques. Ainsi, leur continuité et leur coût constituent des variables stratégiques pour l'administration²⁴.

respectives constitutions. La notion, dans ces pays, a été plus travaillé par la jurisprudence et par la doctrine, lesquelles, telles que la législation, ne possèdent pas les lourds constitutionnels existants au Brésil ». (COUTO E SILVA, Almiro do, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira ?*, Coll. « Cadernos de Direito Público ». Revista da Procuradoria Geral do Estado – Rio Grande do Sul [en ligne]. 2003, vol. 27, n° 57 suppl., 30 p., sp. pp. 72-73. Disponible sur : < www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf >).

²² A côté des services publics reconnus, c'est-à-dire, des services publics effectifs, il existe des services publics en puissance, appelés services publics virtuels. Ils se caractérisent comme une activité d'intérêt général mais l'administration ne réalise pas le service. Au contraire, elle transfère à un particulier, sous certaines conditions, l'obligation de gérer cette activité.

²³ LAMARZELLE, Dennis, Management public et modernisation des services publics, in « *L'Europa* », [en ligne], 67 p., sp. p. 58. Disponible sur : < www.europaong.org/wp-content/uploads/.../Management_public.pdf >.

²⁴ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 7. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

En ce qui concerne la compréhension de différentes fonctions qui conditionnent fortement la faculté d'externaliser, il existe dans les deux systèmes juridiques étudiés une fonction supérieure désignée « direction stratégique », une fonction désignée « gestion opérationnelle » et une troisième fonction désignée « d'exécution ».

La première fonction désignée « direction stratégique » concerne la direction proprement dite du service. Ses activités relèvent de la compétence de la personne publique titulaire du service public, à laquelle est attribuée la capacité de créer et de supprimer le service public, le choix du gestionnaire opérationnel et des exécutants du service public, l'autonomie pour définir les principes de l'organisation et de fonctionnement du service public ainsi que le contrôle du respect de ces principes et le pouvoir de sanction en cas de violation de ces derniers. L'externalisation est totalement exclue de cette fonction.

La deuxième fonction désignée « gestion opérationnelle », quant à elle, consiste à assurer la continuité du service public, à optimiser les services publics, que ce soit par la résolution des conflits, le respect des tâches d'urgence ou par le choix d'activités à faible coût.

Elle comprend des compétences qui font partie de la liberté de gestion de l'opérateur : La compétence de régler les liens avec les usagers du service public, la maîtrise d'ouvrage des installations du service public et le pouvoir de réglementation des liens avec les agents des services publics entre autres²⁵.

A ce sujet Gilles J. Guglielmi remarque que :

« Cette fonction concerne à la fois ce que la science juridique désigne par fonctionnement et ce qu'elle attribue à l'organisation du service. Elle n'est, de ce fait, pas forcément assurée de façon unitaire parce que, dans certains cas, des régulations sont effectuées par la personne juridique chargée de l'exploitation, mais des

²⁵ CE 8 juill. 1930, Compagnie des chemins de fer PLM et autres, Rec. p. 753, RDP 1931, p. 141, concl. Josse, D. 1931, p. 21, S. 1932, III, p. 26.

optimisations sont décidées par la personne juridique chargée de l'exploitation, mais des optimisations sont décidées par la personne publique qui possède la maîtrise des objectifs. Dans d'autres, l'optimisation est déléguée à un exploitant, mais la régulation est transférée par celui-ci à des exécutants »²⁶.

La troisième fonction, dite d'exécution, concerne la gestion strictement matérielle de la prestation²⁷ qui se rapporte à la conduite pratique, c'est à dire, à la prestation du service lui-même, qui n'est pas un service public dans son intégralité mais plutôt attaché à des éléments et tâches du service public. Elle n'est pas caractérisée par des compétences.

Dans ces deux derniers cas l'externalisation est admise sans limite.

Ces niveaux de gestion de l'administration publique se distinguent respectivement par le niveau d'autonomie de l'agent public, l'importance de l'optimisation des services et de la mise en œuvre des activités elles-mêmes. Ils sont directement liés à la compréhension de la distinction entre les régimes de l'externalisation d'activités non stratégiques auxquels cette étude s'intéresse plus particulièrement et la délégation de services publics.

Comme le signale Gilles J. Guglielmi :

« Il apparaît ainsi que, d'une part, l'externalisation de la gestion opérationnelle d'activités de service public s'analyse, en d'autres termes, en une délégation de gestion

²⁶ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 4. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

²⁷ D'après Renan Le Mestre « *Lorsque la gestion matérielle du service public est confiée à une personne privée [...], le lien avec la personne publique créatrice se trouve limité aux seules règles intéressant l'organisation fondamentale du service ; le fonctionnement quotidien relevant normalement des règles de droit privé (gestion privée). Le relâchement de ce lien ne signifie toutefois pas sa disparition, car une personne publique ne saurait jamais renoncer à contrôler la gestion d'une activité à laquelle elle a le label de service public. Léon Blum notait, en ce sens, dans ces conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, que "l'Etat ne peut pas se désintéresser du service public de transports une fois concédé. Il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. 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" ».* (LE MESTRE, Renan, *Droit du service public*. Paris : Gualino, 2005, 532 p., sp. p. 145).

de service public. Dans ce cas, il est nécessaire, mais aussi suffisant, de respecter la législation en vigueur depuis la loi du 21 janvier 1993, codifiée par l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales. [...] D'autre part, l'externalisation de simples tâches d'exécution matérielle du service public ne se différencie pas, pour son régime, de celle d'autres tâches accomplies par des personnes publiques pour subvenir à leur propre fonctionnement. Dans la plupart des cas, les règles applicables se trouvent tout entières contenues dans l'encadrement des marchés publics et dans les règles de droit financier »²⁸.

En ce qui concerne la possibilité pour des personnes morales de droit privé de gérer des missions de service public²⁹, elle a été reconnue, *en droit français*, par la décision du Conseil d'Etat Caisse primaire « Aide et protection », du 13 mai 1938³⁰.

Depuis les années 40, l'administration se décharge plus fréquemment des tâches, notamment économiques, sur des partenaires privés, par exemple par le biais de la

²⁸ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 5. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

²⁹ Comme l'a relevé Pierre Esplugas-Labatut : « *L'histoire des modes de gestion des services publics en France est en fait l'histoire de leur externalisation. Depuis que le modèle du service public a été théorisé en France par l'Ecole de Bordeaux, le mouvement dessiné est en effet de chercher des formules qui s'éloignent de celle traditionnelle de la régie. Certes, il ne faut pas perdre de vue que la régie est encore la structure aujourd'hui choisie pour la majorité des services publics, et donc que l'Etat ou les collectivités territoriales assument directement, avec leurs propres moyens, la plupart des services publics dont ils ont la charge. Toutefois, très vite, dès 'l'époque classique' des auteurs de l'Ecole de Bordeaux, va s'amorcer un phénomène aujourd'hui bien connu qui est celui du démembrement de l'Administration. Ce phénomène s'analyse en un recours à des organismes de nature diverse qui se substituent à l'Etat et aux collectivités territoriales. L'externalisation des services publics n'étant pas en soi une notion juridique définie précisément, la présente étude prendra pour base cette définition délibérément large de recours par l'Etat ou une collectivité territoriale à un organisme tiers pour gérer un service public* ». (ESPLUGAS-LABATUT, Pierre, *L'externalisation dans les services publics en France et ses limites* [en ligne], 11 p., sp. p. 1. Disponible sur : < http://www.google.fr/url?sa=t&trct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwic1tq4q7HLAhXMXRoKHRFBCNwQFggsMAM&url=http%3A%2F%2Fimh.ut-capitole.fr%2Fmedias%2Ffichier%2Fcurriculum-vitae-janvier-2016_1453369833165-doc&usg=AFQjCNHjaa25Ch845RJr9UR7vT4ritoejg&sig2=IMwOCeirTjMmidHUFcUxtg >).

³⁰ CE 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », n° 57302, Rec. Lebon p. 417.

concession de services. Il s'agit d'une mutation qui change les contours de l'administration³¹.

La question est de savoir quand un service public peut être confié à des partenaires privés.

La distinction entre un service public industriel et commercial (ci-après « le SPIC ») et un service public administratif (ci-après « le SPA ») peut servir d'indice pour définir, *en droit français comme en droit brésilien*, quand un service public peut être géré par un partenaire privé ou non.

En général, un SPIC peut être considéré comme un service susceptible d'être géré par des entreprises privées qui sont rémunérées par une redevance payée par les usagers du service public. Par ailleurs, un SPA n'est, en principe, pas confié à des entreprises privées dans la mesure où ils sont gérés par l'administration suivant des formes autoritaires, conformément aux traditions de la hiérarchie administrative.

Néanmoins, le Conseil d'Etat français indique dans son important avis du 7 oct. 1986 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 par la volonté du législateur ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même »³².

Cet avis a identifié certaines missions ne pouvant pas faire l'objet d'une délégation à une personne privée. Tel est le cas des missions de service public assurées par les

³¹ CHEVALLIER, Jacques, Essai sur la notion juridique de service public, in « *Publications de la Faculté de Droit d'Amiens* » [en ligne], n° 7, 1976, 24 p., sp. p. 149. Disponible sur : < <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/7/chevallier.pdf> >.

³² Avis du Conseil d'Etat du 7 oct. 1986, n° 340609, cité in circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, JO 20 déc. 1987.

collectivités territoriales au nom et pour le compte de l'Etat comme l'état civil, les élections, les obligations militaires, les missions de service public qui relèvent de l'exécution même du pouvoir régalien des collectivités locales comme les pouvoirs de police, de sécurité et d'hygiène, l'exercice du pouvoir de réglementation ou d'organisation interne des collectivités.

La gestion privée d'un SPA est donc limitée d'une part dans le cas où un texte législatif ou réglementaire en interdit la délégation ou a entouré cette législation de règles précises, d'autre part en raison de leur propre nature telles que les services que la collectivité exerce au nom et pour le compte de l'Etat (état civil...), ou les missions qui relèvent de l'exercice d'une prérogative de puissance publique (l'exercice du pouvoir de police).

En droit français, la distinction classique SPIC / SPA a été subrepticement dépassée par la notion communautaire de « services d'intérêt généraux » (ci-après « les SIG »)³³, qui se distingue de la notion de « services d'intérêt économique généraux » (ci-après « les SIEG »)³⁴. Cette mesure a été mise en œuvre afin de protéger certains secteurs ou certaines régions fragilisées par des marchés conquérants dans l'Union Européenne.

³³ KOUBI, Geneviève, La dégénérescence du service public : du service « au » public au service « rendu à la personne », in « *Revue Le Droit Ouvrier, Spécial Service Public, Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public – Intérêt général et intérêt des travailleurs* », avr. 2008, p. 167, en citant V.B. SEILLIER, « L'érosion de la distinction SPA - SPIC », AJDA 2005, p. 417. Toutefois, « *l'opposition qu'opère le droit communautaire entre les services d'intérêt général marchands et non marchands pour préciser le champ de la libre concurrence se superpose à notre distinction interne sans la recouvrir exactement. Il existe certes une parenté entre la notion de service public industriel et commercial et celle de service d'intérêt économique général (SIEG) : "le lien entre les deux notions est fondé sur la notion de service marchand. En effet ce qui caractérise aussi bien le SPIC que le SIEG, c'est le fait d'être constitué de prestations de services qui sont offertes sur un marché"* » (citant : A.-S. MESCHERIAKOFF, *SPIC locaux et droit communautaire, Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Coll. « Décentralisation et développement local », LGDJ : Paris, 2003, p. 15).

³⁴ L'expression SIEG a apparaît dès 1957 dans l'art. 90, §2, du Traité de Rome (art. 86 du traité instituant la Communauté). Elle a ultérieurement été introduite à l'art. 16 du traité de la Communauté Européenne par le traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 et à l'art. 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009 dans le cadre du traité de Lisbonne. Le tribunal de première instance de la Cour de justice de Luxembourg a indiqué que : « *les Etats membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général et [...] la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste* » (CJCE, 12 fév. 2008, BUPA e.a. /Commission, affaire du T-289/03, Rec. 2008 II-00081, considérant 166).

Pour reprendre les termes de Stéphane Rodrigues :

« Il en résultait que les SIEG correspondraient à une sous-catégorie des SIG, sans que l'on sache vraiment si la distinction marchand/non économique, puisque, en application des définitions proposées par la Commission, une activité de service marchand pourrait tantôt être qualifiée de SIG ou de SIEG, tout en pouvant être soumise, de surcroît, aux mêmes obligations de service public »³⁵.

Les SIG comprennent deux catégories de services : Les services non marchands (ou SIG non économiques) et les services marchands appelés services d'intérêt économique général (SIEG)³⁶.

Les premiers désignent l'essentiel des services sociaux et des services régaliens tels que la police, la justice et la diplomatie. Les deuxièmes désignent les services de nature économique, c'est à dire des activités de production ou de commercialisation de services marchands, que les Etats membres ou l'Union européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. Il s'agit notamment de certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications, la formation professionnelle continue, les prestations culturelles et la plupart des services sociaux.

Selon l'explique Pierre Bauby, le processus d'eupéanisation des services publics, que l'Union Européenne appelle « SIG » en rapport avec leurs finalités, a été engagé au milieu des années et était fondé sur les quatre grandes libertés de circulation : Des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. En effet, ces libertés rendent possibles aux pays européens la réalisation d'un grand marché intérieur³⁷.

³⁵ RODRIGUES, Stéphane, Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire, in « AJDA », 16 janv. 2006, 5 p., sp. p. 84.

³⁶ Le droit de l'Union Européenne de la concurrence ne s'applique qu'aux activités de nature économique, définies largement par la CJCE comme toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné.

³⁷ BAUBY, Pierre, Questions à Pierre Bauby. Entretien réalisée en janvier 2012, La Documentation française.

Il également explique que :

« Cette européanisation des services publics est marquée à la fois par la définition de certaines règles communes, par les logiques spécifiques de chaque secteur et par le poids des histoires et traditions nationales. Elle n'est pas uniformisation, mais prise en compte de ces tensions, afin que les choix à faire permettent de répondre de mieux en mieux aux besoins des citoyens et de la société ».

(B) Principes fondamentaux propres aux services publics et activités externalisées

La doctrine traditionnelle française fait mention des « Lois de Rolland » pour désigner les principes qui régissent le service public. Louis Rolland³⁸ systématisa les règles relatives aux services publics et distingua trois principes fondamentaux : La continuité (1), l'égalité (2) et la mutabilité (3).

Quelle que soit la façon dont le service public est assurée (en régie directe ou externalisée)³⁹, il obéit à des principes communs⁴⁰. Ces principes régissent, en effet, toutes les activités administratives. Toutefois, ils n'ont pas une valeur absolue et admettent les dérogations qu'il dicte.

L'existence de ces principes est justifiée par l'exigence de l'intérêt général. La performance de la prestation d'un service public n'est pas accomplie si les activités administratives se présentent discontinues, inégales ou immunes à l'évolution sociale⁴¹.

Le modèle de principes conçus à partir de la doctrine et de la jurisprudence française a été absorbé par le droit positif brésilien, avec quelques adaptations. Ce modèle de

³⁸ ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 1928, 508 p.

³⁹ D'après Stéphane Braconnier, tous les services publics sont soumis, indépendamment de leur nature ou de leur mode de gestion, aux « Lois du Service Public » ou « Lois de Rolland ». L'égalité, la continuité et la mutabilité constituent ainsi les bases traditionnelles de l'organisation du service public. (BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, Coll. « Thémis ». 2^e éd. Paris : PUF, 2003, 530 p., sp. p. 299).

⁴⁰ Pour Juan Carlos Cassagne, le principe de continuité « *no implica, en todos los supuestos, la continuidad física de la actividad pues se requiere que sea prestada cada vez que aparezea la necesidad (v. gr. , servicio público de extinción de incendios)* ». (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*. Tomo II. 8^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 420).

⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 852 p., sp. pp. 146-147.

principes consolide un régime spécial et est destiné à la fourniture des services publics adéquats, tel que prévu au § IV de l'art. 175 de la Charte constitutionnelle de 1988⁴².

1. Le principe de continuité du service public

Le service public, par définition, a été créé *en France et au Brésil* sous une même conception : Faire face à un besoin d'intérêt général et continu. En conséquence, le service doit fonctionner sans interruptions intempestives⁴³ .

La continuité n'impose pas que tous les services soient assurés quotidiennement et intégralement. En réalité, le service public doit être fourni lorsqu'il se présente une nécessité pour l'utilisateur⁴⁴.

Le principe de continuité du service public trouve son fondement dans le principe plus large dans l'art. 5 de la Constitution de 1958, celui de la continuité de l'Etat : « *Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat* ».

Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision n° 79-105DC, du 25 juill. 1979⁴⁵ a considéré que la continuité du service public possède le caractère d'un principe à valeur

⁴² DAL POZZO, Augusto Neves, Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro, in "Coleção Temas de Direito Administrativo". São Paulo: Malheiros, 2012, 144 p., sp. p. 96.

⁴³ Selon Dinorá Grotti « *Pour l'école de service public, le principe de continuité est une exigence de qualification du service public. J'èze parvient à justifier son statut juridique spécial dans une prestation continue et régulière dont toutes les règles juridiques spéciales "ont pour but de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, en la satisfaisant, de la façon la plus rapide et complète que possible, les besoins d'intérêt général"* ». (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Malheiros, 2003, 406 p., sp. pp. 260-261).

⁴⁴ Le Conseil d'Etat admet qu'en période de crise, voire, comme dans le cas de l'espèce, en période de guerre, la puissance publique dispose de pouvoirs exceptionnellement étendus afin d'assurer la continuité des services publics. (CE Sec., 28 juin 1918, Sieur Heyriès, n° 63412, Rec. Lebon p. 651). C'est de cette théorie des circonstances exceptionnelles que s'est inspiré l'art. 16 de la Constitution de 1958.

constitutionnelle, qui vise à assurer le fonctionnement continu et régulier des activités de service public. Pour le Conseil d'Etat, le principe de continuité est qualifié de « principe fondamental »⁴⁶.

Ce fonctionnement peut vouloir dire « permanent » comme dans les cas des services publics de secours, de soins, de police, ou encore, de fonctionnement « d'ouverture suffisante » comme dans le cas de l'état civil et l'enseignement.

Comme l'indique Jacques Chevallier, la continuité des services publics :

« [...] repose sur l'idée que la prise en charge d'une activité par l'administration implique l'existence d'un besoin social impérieux à satisfaire [...] le service public doit se poursuivre quotidiennement, de manière régulière et continue »⁴⁷.

Le droit de grève dans le droit français a été reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946. Renaud Denoix de Saint Marc énonce que :

« Le Préambule de la Constitution de 1946 a, au demeurant, pris soin de relativiser la proclamation de ce droit : il s'exerce "dans le cadre des lois qui le réglementent" ; il invitait ainsi le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des

⁴⁵ « Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent"; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ». (CC. Décision n° 79.105 DC du 25 juill. 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. JORF du 27 juill. 1979, Rec. p. 33). Disponible sur : < <http://www.senat.fr/rap/l09-127/l09-1275.html> >.

⁴⁶ CE 4/1 S SR, 13 juin 1980, Mme Bonjean, n° 17995, Rec. Lebon, p. 274.

⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques, *Le service public*, Coll. « Que sais-je ? ». Paris : PUF, 1987, 127 p., sp. p. 72.

intérêts professionnels, dont la grève constitue une modalité, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte »⁴⁸.

Le législateur a travaillé à concilier le principe de continuité et le droit de grève en faisant en sorte que l'exercice du droit de grève soit limité par les exigences de la continuité.

Le Préambule de la Constitution du 4 oct. 1958 a confirmé le droit de grève, reconnu au septième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 : « *s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* »⁴⁹. Il s'agit d'un progrès puisque pendant une longue période, les fonctionnaires n'eurent pas le droit de faire grève⁵⁰.

Dans la décision Dehaene, du 7 juill. 1950, le Conseil d'Etat juge qu'en l'absence de loi applicable, l'administration a l'obligation, au nom du principe de continuité, de réglementer le droit de grève des fonctionnaires⁵¹.

⁴⁸ SAINT MARC, Renaud Denoix de, *L'Etat*, Coll. « Que sais-je ? ». 2^e éd. Paris : PUF, 2012, 128 p., sp. p. 68.

⁴⁹ La rédaction de l'art. 34 de la Constitution actuelle confère d'ailleurs au pouvoir législatif le soin de fixer les « *principes fondamentaux [...] du droit du travail* » et « *du droit syndical* ». Le droit de grève est ainsi un principe de valeur constitutionnelle qui n'est ni général ni absolu : il s'exerce dans le cadre de la loi qui en fixe les limites.

⁵⁰ D'après la décision CE 7 août 1909, Winkell, n° 373317, Rec. pp. 826 et 1296, concl. Tardieu, la loi n'interdisait pas le droit de grève expressément, mais cela semblait incompatible avec les nécessités du service public et la sauvegarde de l'ordre public et de l'autorité de l'Etat.

⁵¹ « *Pendant une longue période, les fonctionnaires n'eurent pas le droit de faire grève. Ce n'est pas que la loi l'interdisait expressément, mais cela semblait incompatible avec les nécessités du service public et la sauvegarde de l'ordre public et de l'autorité de l'Etat (cf. CE, 7 août 1909, Winkell, n° 373317, p. 826). Le Préambule de la Constitution de 1946 avait toutefois modifié les données juridiques de cette question lorsque le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur le blâme infligé au sieur Dehaene, chef de bureau dans une préfecture, en raison de sa participation à une grève à laquelle le ministre de l'intérieur avait interdit aux agents d'autorité de participer. Ce Préambule prévoit en effet que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". Mais, s'agissant des fonctionnaires, deux lois seulement étaient intervenues, toutes deux relatives à certains personnels chargés de la sécurité intérieure. Le Conseil d'Etat se trouvait donc dans une alternative juridique délicate. Admettre que cette disposition du Préambule avait une valeur normative pour le pouvoir exécutif ne faisait pas difficulté. Mais, faute pour le législateur d'avoir réglementé la matière, la Haute Assemblée ne pouvait guère qu'en rester à la jurisprudence antérieure au motif que la disposition du Préambule n'était pas applicable sans texte d'application ; ou alors admettre sans limitation l'exercice du droit de grève par les fonctionnaires. Aucune de ces solutions n'était satisfaisante : il ne fait guère de doutes que l'ordre public exige que le droit de grève des fonctionnaires soit limité ; mais, à l'inverse, la distorsion entre les droits des salariés du secteur privé et ceux des fonctionnaires devenait trop flagrante pour demeurer admissible ».* (CE Ass. 7 juill. 1950, DEHAENE, n° 01645, Rec. Lebon, p. 426).

Par rapport à l'état de la législation à l'époque de cette décision, de nouvelles catégories d'agents publics se sont vues dénier le droit de grève par la loi. C'est le cas, notamment, des personnels de police (Loi n° 48-1504 du 28 sept. 1948), des agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958), des magistrats (Ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958) et des militaires (Loi n° 72-662 du 13 juill. 1972).

En 2004, le Conseil constitutionnel a également affirmé que le principe de continuité (tout comme le principe d'égalité) est inhérent au service public :

« Considérant, enfin, que la circonstance que des entreprises assurant des missions de service public n'aient pas conclu de contrat avec l'Etat est sans effet sur l'obligation de respecter les principes d'égalité et de continuité inhérents au service public »⁵².

Les limites apportées au droit de grève ne peuvent donc aller au-delà de ce qui permet d'assurer la continuité du service public et il appartient au législateur de définir les modalités d'exercice du droit de grève sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé que le principe de continuité des services publics découle de son caractère indispensable. Ainsi, son fonctionnement doit être poursuivi sans interruption, sauf dans des circonstances très strictes prévues par la loi :

« [...] que, en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la

⁵² CC décision n° 2004-501 DC du 05 août 2004, Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. JORF n° 185 du 11 août 2004, p. 14337, texte n° 5.

présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays »⁵³.

Relativement aux droits des usagers du service public, *en droit français*, ils se situent dans le prolongement des grands principes du service public qui en formulent des règles générales : Egalité, mutabilité, transparence, continuité. Ces droits sont codifiés dans des documents nommés « règlements de service », qui portent également sur les droits et les devoirs des usagers.

Par définition, l'usager d'un service public est celui qui utilise un bien, un service, pour satisfaire un besoin. Il est également citoyen car l'activité du service public relève de l'intérêt général.

Les usagers aspirent avant tout à ce que les services publics fonctionnent avec efficacité puisqu'ils sont aussi des consommateurs de biens et de services, dont les besoins et attentes coïncident avec ceux des autres consommateurs.

La situation de l'usager varie selon la nature du service. Elle est réglementaire si le service public est administratif et contractuelle si le service est industriel et commercial. Cette situation est sans incidence sur la qualification juridique de la contrepartie qui lui est demandée, même si c'est le mot « prix » et non celui de « redevance » qui est couramment utilisé pour désigner la contrepartie financière mise à la charge des usagers de certains services publics industriels et commerciaux.

Jacques Chevallier énonce que :

« Utilisant les services que l'administration met à sa disposition, recourant aux prestations qu'elle lui offre, l'usager apparaît comme le bénéficiaire de l'action administrative: il ne subit pas comme l'assujetti l'imposition unilatérale de disciplines administratives qui restreignent sa marge d'autonomie et limitent sa liberté de

⁵³ CC Décision n° 79.105 DC du 25 juill. 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. Rec. p. 33.

comportement, mais tire au contraire profit d'une gestion qui satisfait ses besoins et lui procure certains avantages ; il y a donc inversion du sens de la relation à l'administration, puisque les attentes légitimes de résultat sont désormais celles de l'utilisateur vis-à-vis des services publics, et non plus celles de l'administration à l'égard des assujettis »⁵⁴.

Dans la législation brésilienne, le principe de continuité s'applique aux services de compétence de l'administration directe et de ses *autarquias*⁵⁵, concessionnaires et permissionnaires⁵⁶. Il vise à assurer une certaine stabilité aux usagers des services publics en garantissant son maintien⁵⁷. Non seulement tout citoyen dispose du droit d'accès à tous les services essentiels⁵⁸, mais il doit pouvoir l'accéder de manière

⁵⁴ CHEVALLIER, Jacques, Les figures de l'utilisateur, in « *Psychologie et sciences administratives* ». Paris : PUF, 1985, 35 p., sp. p. 7.

⁵⁵ Selon Hely Lopes Meirelles, les *autarquias* sont « des entités administratives autonomes, créées par des lois spécifiques, dotées de la personnalité morale de droit public interne, d'un patrimoine propre et de prérogatives de puissance publique déterminées, [...] qui réalisent un service détaché de l'administration centrale, exerçant une activité typique de l'administration publique ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. pp. 307 et 633). En droit brésilien, l'administration décentralisée s'appelle « administration indirecte ». Selon le décret-loi 200, l'administration publique brésilienne comprend l'administration directe constituée par les organes de la Présidence de la République et par les ministères et l'administration indirecte constituée par des entités dotées d'une personnalité juridique propre. Les entités de l'administration indirecte sont les *autarquias* (assimilés aux établissements publics français, les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les fondations publiques).

⁵⁶ Il s'agit d'un type de délégation de service public du droit brésilien.

⁵⁷ D'après Jorge Luiz Souto Maior, l'intérêt public présuppose que les services publics soient rendus de façon adéquate et non pour des agents publics insatisfaits qui sont obligés de travailler en étant empêchés de lutter pour leurs droits, en raison de menaces de diminution de salaire pour journées non-travaillées et de fixation arbitraire d'un service minimum pendant les périodes de grève. (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A greve dos serviços públicos traz prejuízos irreparáveis à sociedade ?* Debate, *Jornal do Advogado* – Ano XLI – n° 409 – Setembro de 2015, 31 p., sp. p. 13).

⁵⁸ Celso Ribeiro Bastos explique que « Cette continuité paraît dans quelques cas de façon absolue, c'est-à-dire, sans aucune souplesse, comme dans les cas de fourniture d'eau, gaz et électricité. Face au refus d'un service public, ou de sa fourniture, ou même de sa cessation, l'utilisateur peut utiliser des actions judiciaires, comme "l'ordonnance de sûreté" et "l'action comminatoire" ». (BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito administrativo*. 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 1996, 345 p., sp. p. 165). « Ordonnance de sûreté » : Il s'agit d'un ordre de sécurité en Droit Français. Pour reprendre les termes de Arnaldo WALD le « Ordonnance de sûreté » a été « [...] crée par la Constitution fédérale de 1934 et qui est important dans la défense de l'individu, du contribuable et du fonctionnaire contre l'Etat. C'est une extension du domaine de l'habeas corpus pour la défense des droits qui ne sont pas liés à la liberté de locomotion. L'ordonnance de sûreté [...] peut être concédée non seulement dans le cas d'illégalité, mais aussi dans l'hypothèse de détournement de pouvoir par les autorités. La définition et la compréhension conceptuelle du détournement de pouvoir sont basées sur le droit français, qui est, en cette matière, également, souvent cité par les jugements brésiliens et par la doctrine, depuis la première application qui a eu lieu lors de l'annulation d'un acte administratif d'une autorité locale, qui avait établi des normes contraires à

continue, en vertu du principe de continuité, et aussi du contenu de l'art. 22 du Code de défense du consommateur, issu de la Loi n° 8.078 du 11 sept. 1990⁵⁹.

Il s'agit d'un principe qui a été soumis à des modifications au fil des années. La nécessité de concilier, *in exemplis*, le droit de grève avec ce principe, a imposé le maintien d'un service minimum⁶⁰ ou essentiel⁶¹, exigence qui résulte du principe de l'indisponibilité de l'intérêt public⁶².

L'art. 10 de la Loi sur l'exercice du droit de grève⁶³ établit la liste des services publics considérés essentiels : Le traitement et la distribution de l'eau, la production et la distribution d'énergie électrique, de gaz et de combustibles, l'assistance médicale et hospitalière, la distribution et la commercialisation des médicaments et des aliments, les services funéraires, le transport collectif, la captation et le traitement des déchets, les télécommunications, la conservation, l'usage et le contrôle des substances radioactives, équipements et matériaux nucléaires, le traitement des données liées aux services essentiels, le contrôle du trafic aérien et l'encaissement bancaire.

Le droit de grève est reconnu par l'art. 37, VII, de la Constitution fédérale de 1988⁶⁴, dont la rédaction a été modifiée en 1998 par l'amendement constitutionnel n° 19⁶⁵.

l'intérêt public en ce qui concerne la circulation des autobus dans le but exclusif de causer un préjudice au concessionnaire » (WALD, Arnaldo, Le droit comparé au Brésil, in « *Revue internationale de droit comparé* » [en ligne]. 1999, volume 51, n° 4, 34 p., sp. p. 823, en citant Arnaldo WALD, *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968, 34 p., sp. pp. 79 et 132).

⁵⁹ Selon l'art. 22 du Code de défense du consommateur (Loi n° 8.078 du 11 sept. 1990) : « *Les organes publics, pour si ou pour ses entreprises, concessionnaires, permissionnaires ou sous quelque d'autre forme d'engagement sont obligés à fournir services adéquates, efficaces, sûres et, quant aux essentiels continus* ».

⁶⁰ JUSTEN, Monica Spezia, *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, 255 p., sp. pp. 53-54.

⁶¹ Afin d'éviter toute confusion ou tout malentendu, il est nécessaire de préciser que les expressions « service minimum » et « services essentiels » utilisées dans les présents développements désignent respectivement *en France et au Brésil* les services publics qui sont maintenus en période de grève.

⁶² MOOR, Fernanda Stracke, *O Regime de delegação da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 160 p., sp. p. 55.

⁶³ Loi n° 7.783 du 28 juin 1989.

⁶⁴ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

⁶⁵ Amendement constitutionnel n° 19 du 4 juin 1998.

Cependant, le législateur a établi que le droit de grève pouvait faire l'objet d'une réglementation législative (loi complémentaire), qui jusqu'à présent n'a pas été éditée⁶⁶. Pendant une longue période, le principe de continuité a justifié l'interdiction de grève pour les agents publics mais aujourd'hui, de nombreux textes juridiques reconnaissent leur droit⁶⁷.

En vertu de son importance, la grève des agents publics ne peut pas impliquer l'interruption totale d'un service public. Dans le cas contraire, elle est jugée inconstitutionnelle, comme le mentionne l'art. 37, VII, de la Constitution fédérale⁶⁸.

Les éléments observés précédemment montrent que l'interdiction et les limites apportés au droit de grève se justifient en raison de la nature des services fournis, par l'intérêt général et la continuité des services publics. En effet, un service minimal vise la fourniture des services essentiels à la population, dits indispensables à l'administration⁶⁹. Ces services doivent être maintenus même en périodes de crise⁷⁰.

⁶⁶ Le « Mandado de Injunção » 708-0/DF et le « Recurso Extraordinario », avec répercussion générale, 693.456/RJ, traitent respectivement de l'applicabilité de la Loi du droit de grève du secteur privé au secteur public et de la possibilité de non-paiement des jours non-travaillés aux agents publics indépendamment d'une loi ou d'une décision judiciaire spécifique.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo : RT, 2013, 489 p., sp. p. 154.

⁶⁸ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988 : « Art. 37. *L'administration publique directe et indirecte de tous les Pouvoirs de l'Union, des Etats Fédérés, du District Fédéral et des Municipalités obéissent aux principes de légalité, impersonnalité, moralité, publicité et efficience [...] VII – le droit de grève sera exercé dans les termes et limites définis en loi spécifique ; [...] ».*

⁶⁹ Les services publics essentiels sont indispensables au développement d'une société et à la création de richesses de tout un pays. Le manquement ou l'interruption de ces services génère de véritables désordres. En l'absence d'une législation spécifique pour réglementer et définir quels sont les services publics essentiels, est utilisée de manière analogue la loi 7.783, du 28 Juin 1989 (Loi de l'exercice du droit de grève).

⁷⁰ DI PIETRO affirme une fois de plus l'essence du principe de la continuité « *Par ce principe, il est entendu que le service public et la manière dont l'Etat exécute ses fonction essentielles ou nécessaires à collectivité, ne peut pas arrêter* ». (DI PIETRO, Maria Sylvania Z., *Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, 461 p., sp. p. 74).

2. Le principe d'égalité face au service public

Le principe d'égalité figure à l'art. 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Ce principe s'impose à toutes les autorités dans le cadre de leurs services publics.

En droit français, le principe d'égalité devant et dans les services publics découle du principe d'égalité devant la loi et s'énonce très simplement : Les usagers du service public se trouvant dans une même situation doivent subir le même traitement. Cela signifie, en principe, que toutes les personnes se trouvant dans une situation identique doivent bénéficier du même traitement. Il implique également le respect des différences de situation appréciables⁷¹.

La valeur juridique du principe d'égalité est consacrée par l'arrêt du Conseil d'Etat, Sect., du 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire⁷², qui lui reconnaît la valeur d'un principe général du droit. Selon cette jurisprudence, l'administration peut déroger au principe d'égalité dans trois cas.

Le premier fait référence à l'existence d'une disposition législative. Cette situation vaut essentiellement pour les services publics rendus obligatoires par la loi⁷³. Par exemple, les communes peuvent se trouver déchargées d'une partie des coûts que représentent les prestations par des mesures compensatoires prévues par la loi, notamment, dans le cas des écoles publiques.

⁷¹ CE Ass., 28 mars 1997, Société Baxter, n° 179049, Rec. Lebon

⁷² CE Sec., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, n° 92004, Rec. p. 151.

⁷³ En effet, le principe d'égalité : « [...] *ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit* ». (CE Ass., 28 juin 2002, Villemain, n° 2203061, Rec. p. 586).

Dans le deuxième cas, il existe un intérêt général lié au service public qui justifie une dérogation. Dans le troisième cas, une différence de situation objectivement comparable et appréciable entre les usagers concernés par l'objet du service public permet une discrimination entre usagers.

Les différences doivent être ainsi justifiées par des critères objectifs. C'est le cas de l'égalité des candidats à l'entrée du service public⁷⁴, l'égalité des agents publics dans le service public et l'égalité des usagers devant le service public. L'égalité impose également la neutralité de la part de l'administration face aux différences de sexe, de race, d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques des usagers.

Dans le troisième cas, le principe du droit à la différence résulte de la décision du Conseil d'Etat, Sect., du 10 mai 1974, Sieur Denoyez et Sieur Chorques⁷⁵. Selon cette décision, une tarification différente applicable à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure. Cette différence doit être en relation à un même service rendu, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi.

L'importance prise par les questions de discrimination a conduit le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat⁷⁶ à préciser la portée du principe d'égalité. La valeur

⁷⁴ CE Ass., 28 mai 1954, Barel, n° 28238, Rec. Lebon p. 308, concl. Letourneur. Au sujet des concours publics, la décision du Conseil d'Etat, du 22 nov. 1999, M. Rolland, n° 196437, Rec. p. 842, explique que : « *Le principe d'égalité n'implique pas que les candidats à un même concours se trouvant dans des situations différentes soient soumis à des épreuves différentes. Quelles que soient les différences d'âge existant entre les candidats à l'agrégation interne d'éducation physique et sportive, l'arrêté interministériel du 27 avril 1995 a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre tous les candidats aux mêmes épreuves* ». (Disponible sur : < <http://www.lex-publica.com/cgi-bin/lexdata/lexdata.cgi?board=spc;action=messageindex;start=20> >).

⁷⁵ CE Sec., 10 mai 1974, Sieur Denoyez et Sieur Chorques, n° 88032, Rec. Lebon p. 274.

⁷⁶ Le Conseil d'Etat, dans les développements de son rapport public de 1996 consacré à l'égalité, relevait que : « *Le principe d'égalité est, en effet, menacé si la société dont il fonde l'ordre juridique voit s'étendre de nouvelles et graves inégalités. Or, celles-ci ne touchent pas seulement aux revenus mais aux liens fondamentaux qui relient chaque individu à la société, tels que le travail, le logement, l'éducation ou la culture. Lorsque ces liens sont fragilisés, voire rompus, l'égalité des droits risquent d'apparaître comme une pétition purement formelle. Dès lors, le principe d'égalité joue davantage sa crédibilité sur le terrain de l'égalité des chances. Compromise par une précarisation d'une partie de la population et notamment*

constitutionnelle du principe d'égalité a été reconnue par le Conseil constitutionnel à travers la décision CC 79-107, du 12 juill. 1979, Ponts à péages⁷⁷, selon laquelle face à des situations semblables il soit fait l'application de solutions semblables.

En droit brésilien, le principe d'égalité doit être appliqué sans distinction à toute activité de l'administration publique. Ce principe n'est rien de plus que le principe de l'impersonnalité qui régit toute l'administration publique.

Le gouvernement et le prestataire privé ont le devoir de fournir le service public de manière égalitaire à toutes les personnes qui remplissent les conditions techniques et juridiques, sans aucune distinction de caractère personnel. Cette égalité doit néanmoins être interprétée et comprise à la lumière de la proportionnalité.

L'idée est que l'égalité suppose un traitement identique pour les personnes qui sont dans la même situation juridique et un traitement différent entre les personnes qui sont dans une situation naturellement différente.

L'égalité implique des traitements différenciés en fonction des situations et justifie, *in exemplis*, les tarifs sociaux appliqués à certaines catégories d'utilisateurs, qui reposent sur

de la jeunesse, cette égalité ne peut être confortée que par une conception plus active de la solidarité ». (Disponible sur : < <http://www.senat.fr/rap/197-472/197-4728.html> >.

⁷⁷ « 2. Considérant que, selon les auteurs de la saisine, ce texte porte atteinte à deux principes fondamentaux de notre droit constitutionnel qui sont la liberté d'aller et venir et l'égalité des citoyens devant la loi et devant les charges publiques ; [...] 4. Considérant, d'autre part, que si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ; qu'en précisant dans son article 4 que l'acte administratif instituant une redevance sur un ouvrage d'art reliant des voies départementales peut prévoir des tarifs différents ou la gratuité, selon les diverses catégories d'utilisateurs, pour tenir compte soit d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art, soit de la situation particulière de certains usagers, et notamment de ceux qui ont leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés, la loi dont il s'agit a déterminé des critères qui ne sont contraires ni au principe de l'égalité devant la loi ni à son corollaire, celui de l'égalité devant les charges publiques ; [...] ». (CC Décision n° 79-107 DC du 12 juill. 1979 – Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales – Conformité, JORF du 13 juill. 1979, Rec. p. 31). Renaud Denoix de Saint Marc note que le principe d'égalité : « [...] s'applique, on le sait, de la façon la plus large et la plus générale puisqu'il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle qui domine l'ensemble de notre droit. Mais, dès avant la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'Etat avait jugé que le principe d'égalité régissait le fonctionnement des services publics ». (SAINT MARC, Renaud Denoix de, *L'Etat*, Coll. « Que sais-je ? ». 2^e éd. Paris : PUF, 2012, 128 p., sp. p. 66).

des valeurs inférieures pour la fourniture de certains services publics. Elle implique également la gratuité tarifaire dégressive du service public pour un certain groupe d'usagers, tels que les personnes âgées ou les étudiants⁷⁸.

3. Le principe de mutabilité/adaptabilité

En droit français comme en droit brésilien, le principe de mutabilité/adaptabilité prend en considération le fait que les services publics doivent s'adapter aux évolutions sociales et technologiques. Les besoins des gens varient dans le temps et les technologies évoluent rapidement. Il est donc nécessaire d'ajuster les activités administratives. Le principe vise à permettre l'adaptation efficace du service aux besoins des usagers et aux variations de l'intérêt général.

En droit français, le principe de la mutabilité/adaptabilité figure dans les textes législatifs depuis une vingtaine d'années. Il n'est ni un principe à valeur constitutionnelle, ni un principe général du droit selon le Conseil d'Etat, qui à travers la décision du 10 janv. 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen⁷⁹, fait un premier pas vers l'admission de la mutabilité des contrats administratifs⁸⁰.

⁷⁸ Monica Spezia Justen explique que « *Le principe d'égalité découle de la révolution de 1789. L'avertissement de Jacques Moreau semble pertinent quant à la multiplicité des facettes trouvées dans ce principe : l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques, qui constitue l'un des fondements de la responsabilité administrative - l'égalité d'accès aux concours de recrutement (personnels) [...] - ouverture égale à l'embauche par la concurrence. [...] Ce principe s'applique également aux agents des services publics, l'accès à la carrière dans la fonction publique, et aux usagers qui sont dans une situation similaire. Selon Moreau, bien que le principe de base soit le même, on peut trouver quelques particularités dans la voie de la réalisation de l'égalité devant les services publics administratifs et devant les services publics industriels et commerciaux. Ce qui est observé, c'est que dans les services économiques, il peut y avoir des discriminations entre les usagers, qui sont soumis aux règles générales du commerce* ». (JUSTEN, Monica Spezia, *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, 255 p., sp. p. 54).

⁷⁹ CE 10 janv. 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, n° 94624, Rec. p. 5.

⁸⁰ La jurisprudence du Conseil d'Etat du 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, dispose expressément que l'administration peut modifier unilatéralement les conditions d'exécution de ses contrats en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs. (CE 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux : RDP 1984, Rec. p. 12). Il s'agit d'un pouvoir auquel l'administration ne saurait pas renoncer. (CE 6 mai 1985, Association Eurolat, AJDA 1985, n° 41589, Rec. p. 620).

C'est un principe animé par la recherche de la performance dont l'application est souvent difficile puisqu'elle comporte trois conséquences : Celles relatives au personnel⁸¹, celles relatives aux usagers⁸² et celles relatives aux partenaires privés de l'administration.

En ce qui concerne les conséquences relatives au personnel, il importe de relever que les agents publics ne peuvent faire obstacle, par principe, à la modification de l'organisation ou du fonctionnement du service, sous réserve que le principe de légalité soit respecté.

Les conséquences relatives aux usagers dépendent en grande partie des dispositions régissant le service. Les usagers ne peuvent invoquer des droits acquis au maintien du service public ou à des intérêts particuliers en cas de changements apportés à l'organisation ou au fonctionnement du service public. À l'inverse, ces dispositions peuvent être modifiées unilatéralement par l'administration, sans le consentement des usagers et au nom de l'intérêt général. Ainsi, l'administration peut toujours mettre fin à un service public si la loi ne le rend pas obligatoire.

Enfin, dans le cas où l'administration concède un service à un particulier, le contrat qui les lie définit les modalités de fonctionnement du service public. L'administration possède toutefois le droit de modifier unilatéralement ce contrat au cours de son exécution et, pour voie de conséquence, les modalités de fonctionnement du service.

Le principe de mutabilité/adaptabilité comporte des limites fixées par la jurisprudence. En premier lieu, toutes les modifications doivent être inspirées par le souci de l'intérêt général. En deuxième lieu, les changements ne valent que pour l'avenir. Dans le cas où l'administration décide de modifier le fonctionnement d'un service, elle doit donc,

⁸¹ CE 11 oct. 1995, Institut Géographique National, n° 142644, Rec. p. 620 : « *L'autorité compétente peut fixer et modifier librement les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, et notamment celles qui sont relatives aux conditions de leur rémunération* ».

⁸² CE 4/1 SSR, 12 fév. 1982, Université de Paris VII, n° 27098, 27099, 27100, Rec. Lebon, p. 70.

préalablement, modifier les règles qui le gèrent. Néanmoins, pour autant qu'elles n'aient pas été modifiées, ce sont ces règles qui doivent être mises en œuvre.

Au Brésil, le principe de mutabilité/adaptabilité est également lié à l'évolution de l'intérêt collectif dans le temps. Il implique l'absence d'obstacles juridiques aux transformations devant être réalisées par l'administration⁸³.

Les nécessités peuvent changer en raison des circonstances sociales. Ces changements peuvent conduire à la création ou à la suppression d'une prestation publique, ou au changement de régime juridique, lorsque, par exemple, un service public administratif est requalifié de service public à caractère industriel ou commercial.

L'administration doit prendre en compte les changements et les transformations juridiques, économiques ou techniques et entreprendre les modifications nécessaires. Comme *en France*, les usagers et les agents ne peuvent pas s'opposer à ces modifications puisque le droit acquis aux dispositions juridiques au moment de la fourniture de service public n'existe pas en leur faveur. Le statut de l'agent public peut donc être changé et le tarif supporté par l'utilisateur peut être majoré⁸⁴ puisque le contrat peut être modifié par voie unilatérale par l'administration⁸⁵.

En effet, conformément à la rédaction de l'art. 6°, § 2, de la Loi générale des concessions et permissions⁸⁶, il est nécessaire de mettre à jour la prestation de services publics, afin de prévenir les dommages causés par le passage du temps, ce qui « *comprend la modernité des techniques, des équipements, des installations et de la conservation, ainsi que l'amélioration et l'expansion du service* ».

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Il s'agit d'un autre type de délégation de service public du droit brésilien.

⁸⁵ GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*. 12^a ed. São Paulo : Saraiva, 2007, 1030 p., sp. pp. 290-309.

⁸⁶ Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995 : « *Art. 6°. Toute concession ou permission présuppose la prestation d'un service adéquat pour satisfaire pleinement l'utilisateur, comme le prévoit la présente loi, les normes pertinentes et dans le contrat. § 1°. Service adéquat est ce qui satisfait les conditions de régularité, la continuité, l'efficacité, la sécurité, l'actualité, la généralité, la courtoisie de la prestation et la modicité des tarifs. § 2°. L'actualité comprend les techniques modernes, les équipements, les installations et la conservation, ainsi que l'amélioration et l'expansion du service* ».

Pour les services confiés à des personnes privées, l'exigence doit sans aucun doute être maintenue. Le fournisseur doit offrir aux utilisateurs un service moderne, pourvu de technologies de pointe afin de répondre aux besoins de la communauté⁸⁷.

⁸⁷ DAL POZZO, Augusto Neves, *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 2012, 144 p., sp. p. 106.

II. La question de la comparabilité juridique : Les principales spécificités du système brésilien d'administration publique

« Notre parler a ses faiblesses et ses défauts, comme tout le reste. La plupart des occasions des troubles du monde sont Grammaticiennes. Nos procès ne naissent que du débat de l'interprétation des lois ; et la plupart des guerres, de cette impuissance de n'avoir su clairement exprimer les conventions et les traités d'accord des princes. Combien de querelles et combien importantes a produit au monde le doute du sens de cette syllabe, Hoc ? »⁸⁸.

L'objectif de cette étude comparée est de découvrir les lois générales et d'appréhender la problématique qui entoure l'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées dans les deux systèmes juridiques, à l'aide d'une méthode comparative⁸⁹ qui est porteuse de difficultés⁹⁰.

La comparabilité⁹¹ se construit progressivement au cours de l'étude, elle résulte d'un choix fait par l'observateur qui décide quels sont les enjeux suffisants ou légitimes pour

⁸⁸ MONTAIGNE, Michel Eyquem de, *Les Essais*, Coll. « La Pochothèque », Livre II, Chapitre XII, « Apologie de Raymond de Sebonde ». Paris : Le Livre de poche, 1995, 810 p., sp. pp. 958-959.

⁸⁹ Pour reprendre les termes de Michel Fromont : « L'objet de la comparaison est différent selon le degré de diversité des droits étudiés. 1. Si le degré de diversité est important, il convient d'étudier en parallèle les solutions données à un problème donné par les droits étudiés [...]. Cette comparaison fonctionnelle a un caractère sociologique ; plus exactement, il s'agit d'ethnologie juridique. 2. Si la comparaison de diversité est faible, il convient de comparer des institutions dont le sens est voisin (les juridictions, le mariage, la commune) ou un ensemble de règles applicables à une situation juridique ou à un acte juridique (la propriété, la responsabilité civile, le contrat, l'acte administratif. La comparaison porte alors sur les techniques juridiques et l'on peut véritablement parler de droit comparé ou, selon une terminologie plus exacte, d'étude comparative des droits étrangers ». (FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 7^e éd. Paris : Dalloz, 2013, 278 p., sp. p. 1).

⁹⁰ Selon Johannes Schregle : « L'étude comparée présente "des écueils et des promesses" dont il faut se méfier ». (SCHREGLE, Johannes, *L'étude comparée des relations professionnelles : écueils et promesses*, in « *Revue internationale du travail (RIT)* », vol. 120, n° 1, 1981, p. 17).

⁹¹ « Dans l'univers de la globalisation, les enjeux tendent à devenir constamment et immédiatement concrets. L'exercice comparatiste acquiert une dimension d'opérationnalité qu'il ne possédait pas, ou qu'il ne possédait faiblement. Les autres systèmes juridiques ne sont plus seulement des modèles envisageables, des sources des partenaires et des concurrents à la fois, dans les brassages juridiques que la globalisation opère ». (AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*. 2^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2010, 264 p., sp. p. 191).

établir une comparaison : La pertinence de la comparaison est donc décelée par l'opération comparative elle-même, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de savoir ce qui est comparable sans avoir effectué une comparaison.

Cette étude ne se limite pas à une approche descriptive des droits nationaux et étrangers. Elle s'applique à étudier conceptuellement des notions et des éléments qui l'entourent. C'est une méthode qui comporte de nombreux inconvénients, tels que les déficits de connaissance linguistique et les erreurs de correspondances entre les notions.

Les déficits de connaissances linguistiques représentent un enjeu majeur puisque pour procéder à une comparaison juridique, il est impératif de maîtriser les langues des pays dont le droit fait l'objet de comparaisons.

Cela permet de mieux comprendre l'objet de l'étude, qui ne peut se soustraire à la simple compréhension de termes utilisés dans le droit étranger. Il s'agit de comprendre et de faire comprendre aux lecteurs le plus précisément possible le sens des mots employés. Des risques quant à la mauvaise traduction sont donc à envisager⁹².

La démarche initiale, et plus adéquate, est de repérer des termes équivalents tout en évitant une simple traduction littéraire puisque les termes peuvent ne pas exister ou ne pas avoir la même signification d'une langue à l'autre. Cela requiert un effort supplémentaire de vérification de la conformité des termes. La deuxième démarche est, en cas d'absence d'équivalent, de créer des termes ou expressions destinées à combler ces lacunes.

La question de la fausse correspondance entre les notions peut prédisposer à commettre des erreurs. Autour des analyses juridiques, des phénomènes socioculturels aussi bien

⁹² « *La méthode comparative est peu pratiquée et, par voie de conséquence, mal établie en droit public. Certes, il existe des comparatistes publicistes qui s'intéressent aux droits publics des pays étrangers, droits législatifs et surtout jurisprudentiels. Mais rares sont ceux qui dépassent la juxtaposition et qui perçoivent les forces qui les travaillent et les poussent à se rapprocher* ». (CDPC. Le droit public comparé au XXI^e siècle : objet, finalités et méthodes, in « *Rapport établi par l'équipe scientifique du Centre de droit public comparé (CDPC)* » [en ligne], 2013, 11 p., sp. pp. 1-11. Disponible sur : < www.u-paris2.fr/.../com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw? >.

que des évolutions politiques et économiques sont sciemment mis en lumière et pris en compte afin que la comparaison juridique soit toujours située dans son contexte et qu'elle acquière ainsi un sens réel⁹³.

Il est certain que :

« [...] la comparaison entre deux systèmes juridiques peut fonctionner comme instrument de compréhension des cultures juridiques à condition d'en faire une étude neutre sans critère de supériorité ou d'infériorité. L'abstention d'une évaluation qualitative des systèmes et l'absence d'idées préconçues sont justement les points les plus importants de notre analyse comparée »⁹⁴.

Enfin, le processus de comparaison comprend l'inévitable tâche d'examiner chaque ordre juridique séparément avant de les comparer, tout en filtrant les éléments de subjectivité pouvant nuire au caractère scientifique du propos⁹⁵.

Dans le contexte de cette étude, quelques données sur l'organisation de l'Etat semblent être opportunes pour tracer un panorama du droit public brésilien et pour la

⁹³ SUN, Xiaowei, *De la relation entre service public et fonction publique : étude comparée des droits français et chinois*. Thèse de doctorat : Droit. Besançon : Université de Franche-Comté, 2014, 475 p., sp. p. 16.

⁹⁴ SANTOS FERREIRA, Kaline, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Etude comparée des Droits français et brésilien*. Thèse de doctorat : Droit. Bordeaux : Université Montesquieu-Bordeaux 4, 2013, 379 p., sp. p.12.

⁹⁵ « En raison de l'histoire de leur pays, les juristes de l'Amérique Latine sont tous des comparatistes. Là est leur richesse, là a été aussi peut-être leur faiblesse. Richesse car la culture, et pas seulement la culture juridique des élites sud-américaines a toujours été impressionnante pour les Européens. En effet, l'apport espagnol ou portugais, puis l'apport français, puis nord-américain, et en même temps souvent aussi l'allemand ou italien ont contraint les juristes d'Amérique latine à s'intéresser à d'autres droits qu'au leur, puisque leur propre droit émanait le plus souvent d'une grande variété d'inspirations étrangères. Ils devaient donc, pour comprendre leur propre droit, dépasser celui-ci et s'intéresser aux droits étrangers. C'est une grande opposition avec les juristes européens qui, bien trop souvent, n'étaient pas comparatistes et ne s'intéressaient qu'à leur propre système. Mais faiblesse aussi, car pendant longtemps on a pu penser que les droits de l'Amérique latine n'étaient pas des droits véritablement originaux, que leur système de droit était fait d'emprunts aux systèmes de droit européen, et que même souvent ces systèmes n'étaient qu'une adaptation plus ou moins servile d'un système européen imité. Mais, en 1953, René David dans un article, dénonçait de façon très pertinente cette façon de voir les choses et démontrait l'originalité des différents droits des pays de l'Amérique du Sud ». (JAUFFRET-SPINOSI, Camille, La circulation du modèle juridique français en Amérique Latine : rapport général, in « Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIV - La circulation du modèle juridique français : journées franco-italiennes (1993). Paris : Litec, 1994, 11 p., sp. p. 109-120).

compréhension de l'ordre juridique de ce pays⁹⁶. Ces données permettront d'apporter un éclairage minimum sur quelques-uns des principaux aspects qui tantôt séparent, tantôt rapprochent *les droits publics français et brésilien* en termes de similitudes et de divergences.

En ce qui concerne le droit constitutionnel⁹⁷, *en droit brésilien, contrairement au droit français*, les normes du droit constitutionnel donnent une place prépondérante au droit administratif. Une telle importance du droit constitutionnel est due à plusieurs facteurs, dont le foisonnement du texte de la Constitution qui est associée soit à un contrôle de constitutionnalité diffus (tout juge peut écarter l'application d'une loi s'il l'estime inconstitutionnelle), soit à un contrôle de constitutionnalité concentré (la Cour suprême peut être saisie par différentes voies de recours directs à l'initiative de certaines autorités, des partis politiques et des syndicats de portée nationale).

Quant aux modes d'organisation *français et brésilien*, ils s'avèrent assez similaires dans un certain nombre de domaines. Les deux régimes politiques sont des Républiques, placées sous le régime démocratique du gouvernement et proclament leur respect à l'Etat de droit, au droit international et aux droits fondamentaux.

Dans d'autres domaines en revanche, des divergences significatives apparaissent : Il s'agit de la forme d'organisation territoriale, d'une part et du régime de gouvernement, d'autre part.

En ce qui concerne les formes d'organisation territoriale, *la France et le Brésil* s'opposent parce que la première adopte la forme unitaire⁹⁸ et le deuxième, la forme

⁹⁶ Selon Bénédicte Fauvarque-Cosson, « [...] *le droit brésilien n'est plus pour le juriste français, un terrain d'investigation "inconnu"* ». (FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Le droit brésilien, cet "inconnu"* qui ne l'est plus, in « *Revista Culturais Jurídicas* », vol. 2, n° 2, juill.-déc. 2007.

⁹⁷ *En droit brésilien*, le mot « loi » indique plusieurs espèces de normes telles que la Constitution et ses amendements, les lois complémentaires, les lois ordinaires, les lois déléguées, les mesures probatoires et les décrets législatifs.

⁹⁸ *La France* adopte la forme d'organisation unitaire dans la mesure où l'ensemble de son territoire est soumis aux mêmes lois qui émanent d'une seule autorité législative compétente. L'autorité législative *en France* se concentre au sein du Parlement national : Celui-ci exerce de manière exclusive le pouvoir d'édicter des lois dont le champ d'application s'étend en principe à tout le territoire. Les attributions dont disposent les collectivités territoriales (Communes, Départements et Régions) consistent essentiellement à

fédérale : Celle-ci a été introduite par la Constitution de 1891 et a été maintenue par les Constitutions de 1934, 1937, 1946, 1967-1969 et 1988⁹⁹. La Constitution de 1988 définit *le Brésil* comme étant une République fédérale composée de quatre catégories d'entités fédératives : L'Union fédérale, les Etats membres¹⁰⁰, le District fédéral¹⁰¹ et les communes (*Municípios*)¹⁰².

assurer l'exécution des lois nationales au niveau local, par le biais notamment d'actes réglementaires d'application des lois, lesquels ne se substituent pas aux prescriptions du législateur national.

⁹⁹ « *Le Brésil a acquis son indépendance vis-à-vis du Portugal en 1822. Toutefois, à la différence d'autres Etats latino-américains, il a conservé la forme monarchique jusqu'au coup d'Etat militaire du 15 novembre 1889. Sous la période monarchique (1822-1889), des révoltes locales pro-républicaines, pro-fédéralistes et sécessionnistes ont eu lieu, notamment au Rio Grande do Sul et dans la région du Nordeste, où en 1824 des provinces sécessionnistes ont tenté de créer un Etat républicain et fédéral appelé Confédération de l'Equateur (Confederação do Equador). Réprimé par les armes, ce mouvement de durée éphémère, a contribué à forger le sentiment fédéraliste qui a fini par s'imposer en 1889 lors du renversement de la Monarchie* ». (PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien. *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé*, sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p., sp. p. 48).

¹⁰⁰ Les Etats fédérés, quant à eux, sont actuellement vingt-six, avec des dimensions physiques et démographiques très différentes. Tous les Etats fédérés bénéficient des mêmes compétences et d'un nombre égal de sénateurs (trois), élus au suffrage universel direct à scrutin proportionnel, par la population de chaque Etat, pour un mandat de huit ans, une fois renouvelable. Les sénateurs sont élus pour un mandat de huit ans, une fois renouvelable, contre quatre pour l'ensemble des autres élus. Ils bénéficient des mêmes pouvoirs que les élus à la Chambre des Députés en ce qui concerne l'approbation des projets de loi et des amendements constitutionnels. Ils disposent autrement de certaines prérogatives spéciales concernant la nomination et la destitution de hautes autorités institutionnelles, ainsi que l'examen de questions d'ordre éminemment fédératif. Les députés fédéraux sont au total de 513, tous élus de la même façon que les sénateurs au sein de chaque Etat membre. Cependant, leur nombre varie en fonction du poids de la population locale. Ce principe subit quelques nuances, en raison des seuils et des plafonds que prévoit la Constitution fédérale, afin d'éviter un écart trop important entre les Etats membres. Ainsi, aucun Etat membre ne peut avoir moins de huit et plus de soixante députés selon l'art. 45, § 1, de la Constitution fédérale).

¹⁰¹ Le District fédéral situé à Brasília, la capitale du Brésil, connaît une situation mixte. Il bénéficie à la fois de l'ensemble des pouvoirs des communes mais aussi les Etats membres. Il dispose ainsi d'un gouverneur, d'une assemblée délibérante et même d'un système juridictionnel propre, à l'instar des Etats fédérés. En revanche, il n'a pas de Constitution, mais une « loi organique » comme les communes, et il ne peut pas lui-même créer des communes.

¹⁰² Les communes, enfin, disposent d'importantes compétences législatives et fiscales. Elles écrivent elles-mêmes leurs lois d'organisation politique (loi organique municipale), même si elles doivent se conformer aux principes et aux règles assez stricts prévus par la Constitution fédérale et par les Constitutions des Etats fédérés. À la différence de ces derniers, les communes ne sont pas représentées au Sénat fédéral, ni aux Assemblées délibérantes des Etats fédérés, celles-ci étant toutes monocamérales.

Quant à l'organisation interne, les Etats fédérés disposent d'une assemblée délibérante monocamérale appelée *Assembléia Legislativa*, composée de députés élus au suffrage universel direct au scrutin proportionnel pour un mandat de quatre ans, une fois renouvelable. Les Etats fédérés peuvent édicter leur propre Constitution. Cependant, leurs compétences sont fortement encadrées par la Constitution fédérale qui fixe notamment les formes d'organisation et la durée des mandats des élus étatiques.

En ce qui concerne l'édiction de normes, les codes civil, pénal, électoral, entre autres, sont édictés par des lois fédérales, dès lors qu'il s'agit de matières relevant de la compétence exclusive de l'Union¹⁰³. Le pouvoir exécutif appartient, quant à lui, à un gouverneur élu également au suffrage direct, pour un mandat de quatre ans, une fois renouvelable.

La Constitution fédérale prévoit des compétences exclusives, partagées ou concurrentes. Il appartient ainsi à l'Union, aux Etats fédérés et au District fédéral d'édicter des lois dans un bon nombre de secteurs, comme la protection de l'environnement, les marchés publics, le droit économique, le droit de l'urbanisme et le droit fiscal. Dans ces domaines, le législateur fédéral doit se limiter à l'adoption de lois cadres, afin de laisser aux Etats et au District fédéral une marge suffisante d'adaptation (art. 24, § 1 de la Constitution fédérale).

La France et le Brésil adoptent des régimes de gouvernement divergents, à savoir semi-présidentiel d'un côté¹⁰⁴, présidentiel de l'autre. *Alors qu'en France*, le régime politique

¹⁰³ Conformément à l'art. 22 de la Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

¹⁰⁴ « *La Constitution française de 1958 a adopté un régime politique hybride, qui conjugue des éléments de parlementarisme et de présidentielisme. [...] Ce modèle se caractérise par l'existence d'un pouvoir exécutif bicéphale, composé par le Président de la République et par le Premier Ministre, celui-ci étant responsable devant l'Assemblée nationale. Si les grandes lignes de ce régime sont définies par le texte de la Constitution, son évolution mérite d'être expliquée notamment en fonction de facteurs historiques et politiques qu'a connus la France. La Constitution du 4 octobre 1958 attribue la direction du gouvernement au Premier Ministre (art. 21), qui dépend politiquement du Président de la République et de l'Assemblée nationale. Ainsi, c'est le Président de la République qui nomme le Premier Ministre et sur sa proposition, les autres membres du gouvernement ; c'est également le Président qui accepte ou non la lettre de démission du Gouvernement (art. 8). L'Assemblée nationale pour sa part, exerce un contrôle sur la politique du Gouvernement dès lors qu'elle peut s'y opposer par le vote d'une motion de censure ou par la désapprobation du programme ou de la déclaration de politique générale, auxquels cas le Gouvernement est contraint à démissionner (arts. 49 et 50). Sous un autre ordre d'idée, la Constitution de 1958 prévoit des mécanismes de limitation du pouvoir du Parlement, ce qui est connu sous le nom de*

cumule des éléments du parlementarisme et du présidentielisme, *le Brésil* suit un modèle basé sur le présidentielisme¹⁰⁵. Sous la Constitution de 1988, le Président brésilien et son vice-président sont élus conjointement au suffrage universel direct pour un mandat aujourd'hui de quatre ans, une fois renouvelable.

Le Président de la République cumule la double fonction de chef de l'Etat et de chef du pouvoir exécutif fédéral. En tant que chef de l'Etat, il noue des relations avec les Etats étrangers, accrédite les représentants diplomatiques et signe les traités. Il détient des pouvoirs exceptionnels en cas d'état de siège et d'autres situations critiques. Il exerce le droit de grâce et le commandement des forces armées. En tant que chef de l'exécutif fédéral, il met en place son programme politique, nomme et destitue les différents ministres, dirige l'administration publique fédérale, édicte des règlements, entre autres.

En ce qui concerne le domaine du droit administratif, *la France et le Brésil* connaissent également des éléments de convergence et de divergence importants. L'élément principal de convergence concerne le champ d'application du droit administratif, dès lors qu'il est très étendu de part et d'autre. En revanche, l'élément principal de divergence concerne l'absence d'une juridiction administrative au Brésil.

Selon la Constitution fédérale, le pouvoir judiciaire se divise en différentes juridictions : La Justice fédérale, la Justice fédérale des Etats membres et les Justices spécialisées

“parlementarisme rationalisé”. Parmi ces mécanismes, il faut compter : la possibilité de dissolution de l'Assemblée nationale par le Président de la République ; le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel (contrôle initialement a priori, et depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, également a posteriori) ; un pouvoir d'initiative législative dont dispose le Premier Ministre ; la participation du gouvernement à différents stades de la procédure législative. Certains de ces pouvoirs ont en fait été atténués ou mieux encadrés par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui a renforcé les pouvoirs du Parlement à certains égards, notamment ceux relatifs à la maîtrise de la procédure législative, ainsi que ceux de contrôle et d'évaluation des politiques publiques et de la politique extérieure de la France ». (PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* ». Sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p, sp. pp. 51-52).

¹⁰⁵ Le régime présidentiel brésilien a été inauguré par la Constitution fédérale de 1891 et perdure toujours, à la seule exception de l'expérience éphémère de parlementarisme entre les années 1963 et 1964. Un peu plus récemment, en 1993, un plébiscite a demandé aux brésiliens de choisir entre le maintien du régime présidentiel ou l'adoption du régime parlementaire : Le premier a obtenu quarante et un pour cent des voix et le second dix-huit pour cent.

(Justice électorale, Justice du travail et Justice militaire). Les diverses juridictions se répartissent sur l'ensemble du territoire national selon les matières de leurs compétences (définies par la Constitution fédérale), et obéissent à l'exigence constitutionnelle du double degré de juridiction.

Au sommet de la pyramide judiciaire brésilienne se placent la Suprême Cour Fédérale (STF)¹⁰⁶, dont la compétence relève notamment des questions constitutionnelles et le Supérieur Tribunal de Justice (STJ), dont la compétence relève notamment de l'harmonisation de la législation du pays.

Quant au champ d'application du droit administratif, il est très large dans les deux systèmes juridiques, dès lors que la plupart des opérations de l'administration publique sont soumises à un régime juridique spécial qui diffère de celui applicable au privé. La plupart des dossiers juridiques dans lesquels l'administration publique est impliquée, relève en effet d'un ensemble de règles considérées comme exorbitantes ou dérogoires au droit commun. Elles concernent non seulement les actes unilatéraux, mais aussi les contrats, la responsabilité extracontractuelle et les agents de l'administration.

Les contentieux de l'administration sont organisés de façon divergente : *au Brésil*, le principe de l'unité de juridiction est en vigueur, les litiges administratifs étant soumis au Code de procédure civile et à des mécanismes de contrôle qui assurent une uniformité

¹⁰⁶ D'après Eros Roberto Grau : « *La Cour suprême fédérale [STF], la Cour la plus importante dans la hiérarchie de l'ordre judiciaire brésilien, a été créée en 1890, aussitôt que la République a été proclamée au Brésil. Au Brésil, la juridiction administrative n'existe pas. La Constitution brésilienne assure à tous, formellement, l'accès à la justice. Elle indique dans son article 5, XXXV, que "la loi n'exclura de l'appréciation du pouvoir judiciaire aucun dommage ou menace au droit" ; le numéro XXXVII de cet article 5 affirme donc "qu'il n'y aura pas de jugement ou de cour d'exception". La Cour suprême fédérale est composée de onze ministres, choisis parmi des citoyens ayant plus de trente-cinq ans et moins de soixante-cinq ans, de notable savoir juridique et de réputation irréprochable. Les ministres du STF sont nommés par le président de la République, après approbation du choix par la majorité absolue du Sénat fédéral. Cette approbation est précédée d'un examen oral par la Commission de justice du Sénat fédéral. Le poste est à vie, avec mise à la retraite à l'âge de soixante-dix ans. Actuellement, il y a un amendement constitutionnel en examen au Congrès national, visant à porter cette limite d'âge à soixante-quinze ans. Au contraire du Conseil constitutionnel français, le STF n'exerce pas de contrôle a priori de la constitutionnalité des lois ; il exerce son contrôle a posteriori* ». (GRAU, Eros Roberto, Le point de vue du juge constitutionnel, L'expérience du Brésil, in « *Regards croisés sur la sécurité juridique* », Cour de Cassation, Séminaire franco-brésilien, Actes de Colloque, numéro spécial, 395^e année, 21 déc. 2006, n° 254, Paris : Lextenso, 40 p., sp. p. 6).

par le sommet¹⁰⁷. En revanche, *en France*, la majeure partie de ceux-ci relève de la compétence des juridictions spécialisées, les juridictions administratives. De plus, le contentieux administratif est un contentieux des droits subjectifs *au Brésil alors qu'en France*, il est un contentieux de caractère objectif¹⁰⁸. Le contentieux des conflits fédératifs retombe dans la structure judiciaire ordinaire. Les conflits juridictionnels entre entités fédérées sont résolus à partir de la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral (STF), qui est compétent pour régler les mécanismes de contrôle de constitutionnalité.

En ce qui concerne la jurisprudence, celle-ci a toujours joué un rôle secondaire en droit brésilien, étant destinée à combler des vides législatifs¹⁰⁹.

D'autres données s'avèrent également importants pour la compréhension de cette étude. Ainsi convient d'expliquer *qu'au Brésil* l'expression « Administration Publique » peut être appliquée de diverses formes différentes. L'« Administration Publique » (lettres

¹⁰⁷ PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* ». Sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p, sp. p. 65.

¹⁰⁸ FROMONT, Michel, Le droit français et le droit brésilien d'aujourd'hui, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* », sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p., sp. p. 155.

¹⁰⁹ En ce qui concerne la jurisprudence *au Brésil*, Luís Roberto Barroso explique que : « [...] *Les tribunaux en général peuvent éditer des petits résumés de l'essentiel du jugement (súmulas) et bien qu'ils ne soient pas obligatoires pour les instances inférieures de les suivre, ces résumés produisent plus d'effets que de simples renseignements sur une cause.*2) *L'article 557 du Code de Procédure Civil, modifié en 1998, permet maintenant au juge rapporteur de rejeter un recours fondé sur une thèse contraire au résumé de jugements antérieurement élaborés par le tribunal en question ou par des tribunaux supérieurs. De la même manière, cet article permet la révision en appel d'une décision manifestement contraire à la jurisprudence majoritaire. Dans le cas de la Cour suprême brésilienne, un amendement constitutionnel récent (EC 45, du 08.12.04) (sic) permet l'édition de résumés de l'essentiel des jugements à caractère obligatoire et devant être observés par les autres organes du Pouvoir Judiciaire et par le Pouvoir Exécutif. Les résumés peuvent donner des orientations en matière de validité, d'interprétation ou d'efficacité d'une norme déterminée et doivent toujours se rapporter à une question constitutionnelle. Le nouveau mécanisme a été entouré de formalités spéciales. Les résumés doivent traiter de questions dans lesquelles il existe une controverse entre les organes judiciaires ou, entre ces derniers et l'administration publique. De plus, l'énoncé du résumé doit être approuvé par les deux tiers des juges de la Cour suprême et ne pourra être élaboré qu'après qu'il y ait eu plusieurs décisions sur la matière* ». (BARROSO, Luís Roberto, *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la Class Action américaine*, 30 p, sp. pp. 3-4. Disponible sur : < <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf> >).

initiales majuscules) dans le sens subjectif, organique ou formel désigne l'ensemble d'agents publics et d'entités publiques qui exercent la fonction administrative. Dans le sens objectif, matériel ou fonctionnel, « administration publique » (avec les lettres initiales en minuscule) désigne l'activité de défense de l'intérêt public par l'Etat.

L'administration publique peut être centralisée (directe) ou décentralisée (indirecte) : Selon le Décret-loi n° 200, du 25 fév. 1967, l'administration publique brésilienne comprend l'administration directe, constituée par les organes de la Présidence de la République et par les ministères, et l'administration indirecte, constituée par des entités dotées d'une personnalité juridique propre. Les entités de l'administration indirecte sont les *autarquias* (assimilés aux établissements publics français), les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les fondations publiques.

Quant aux *autarquias*, elles « *sont des entités administratives autonomes, créées par des lois spécifiques, dotées de la personnalité morale de droit public interne, d'un patrimoine propre et de prérogatives de puissance publique déterminées [...] qui réalisent un service détaché de l'administration centrale, exerçant une activité typique de l'administration* »¹¹⁰.

Ces quelques éléments de comparaison ne sont certes pas exhaustifs. Ils constituent toutefois des pistes de réflexion, qui apporteront un éclairage minimum.

Ainsi, il convient ici de se pencher sur les données fondamentales liées à l'externalisation (Première Partie) puis sur la performance de cette procédure (Deuxième Partie).

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. pp. 307 et 633.

**PREMIERE PARTIE : L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU
SENS RESTREINT A DESTINATION DES PERSONNES PRIVEES**

PREMIERE PARTIE : L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT A DESTINATION DES PERSONNES PRIVEES

Pourquoi les administrations publiques se posent-elles la question d'externaliser leurs activités non stratégiques vers des entreprises privées ? Faut-il voir dans l'externalisation un effet de mode ou la manifestation d'une tendance durable de partage des tâches entre l'activité publique et privée ?

Depuis quelques années le nombre d'administrations ayant décidé de renoncer à la gestion directe de leurs activités secondaires s'est multiplié *en France comme au Brésil*. Ce phénomène est souvent repris sous son nom d'origine *outsourcing*.

La demande croissante d'améliorer la qualité des services publics a suscité l'émergence d'un nouveau modèle de gestion publique, qui permet à l'Etat contrôler de façon plus performante l'accomplissement de ses objectifs.

Après avoir analysé le cadre normatif et les enjeux de l'externalisation (Titre I), il importera d'analyser l'externalisation par rapport à d'autres formes de relations contractuelles entre l'administration publique et le secteur privé en *France et au Brésil* (Titre II).

TITRE I. LES ENJEUX DE L'EXTERNALISATION EN FRANCE ET AU BRESIL

TITRE I. LES ENJEUX DE L'EXTERNALISATION EN FRANCE ET AU BRÉSIL

L'Etat a connu de profondes transformations ces dernières années en *France et au Brésil*. En effet, il a été amené à jouer un rôle plus stratégique en s'interrogeant sur son rôle, voire en se limitant aux missions de services publics essentielles.

Depuis les années 70, un nouveau modèle de gestion stratégique a créé de nouvelles orientations qui ont été également appliquées dans le domaine public. De nouveaux défis ont été lancés et sont relevés par les agents publics ou *via* le secteur privé sous l'orientation publique.

Dans ce contexte marqué par de nouveaux défis sur les plans économique et social, les administrations publiques brésilienne et française ont été amenées à rechercher l'amélioration de la performance de leurs services et activités, une plus grande flexibilité ainsi qu'une meilleure réactivité.

Elles ont, en conséquence, adopté des modes de gestion plus rationnels leur permettant de se désengager de leurs activités périphériques et de se concentrer sur les activités les plus stratégiques, en faisant assurer par des prestataires privés spécialisés des prestations désormais externalisées ; lesdits prestataires s'engageant à fournir une prestation répondant à la logique de performance¹¹¹.

¹¹¹ Au sujet de la performance, Jacques Chevallier mentionne que : « [...] *le souci d'amélioration des performances des services publics est devenu un axe majeur des politiques de modernisation administrative* ». (CHEVALLIER, Jacques, Les nouvelles frontières du service public, in « *Regards croisés sur l'économie* » [en ligne]. 2/2007, n° 2, p. 14-24. Disponible sur : < www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2007-2-page-14.htm >). Jean Choussat questionne si « *la modernisation est-ce l'efficacité ?* ». Selon lui « [...] *cette interrogation résume admirablement l'état actuel de notre politique de modernisation, faite à la fois de bonne volonté et d'hésitations, d'initiatives courageuses et de faux-semblants, de progrès réels et d'attentisme désabusé, de convictions fortes et de scepticisme inavoué* » [...] « *Plus de trente ans passés au service de l'Etat n'ont pas fait que renforcer une triple conviction initiale : la première, c'est que la gestion publique peut et doit être aussi performante que la gestion privée ; la seconde, c'est que la réalisation de cet objectif exige des efforts dont l'immense majorité des fonctionnaires mesure mal l'ampleur ; la troisième, c'est que pour être écouté, sinon entendu, il faut parler haut et fort, en ne craignant pas d'abandonner les termes neutres, mesurés, et choisis qui sont la caractéristique du style administratif. La modernisation ne peut vivre qu'en étant nourrie en permanence par une vraie capacité d'indignation. La tiédeur ne lui sied pas* ». (CHOUSSAT,

Si l'externalisation peut se révéler avantageuse pour l'administration, elle peut néanmoins constituer une menace au motif de son importante fonction stratégique.

La réussite de l'externalisation dépend donc dans une très large part de la tactique adoptée par l'administration. Celle-ci doit intégrer non seulement l'aspect financier mais également la qualité du service qui sera fourni par le prestataire privé chargé de la gestion matérielle du service ainsi que la nature du service transféré¹¹².

La classification des activités de service public selon qu'elles sont ou non « stratégiques » pose néanmoins quelques difficultés, notamment en relation à sa légalité. L'ensemble des critères posés par la doctrine et la jurisprudence fournit un guide dans l'identification des activités pouvant faire l'objet d'une externalisation.

L'identification des avantages économiques et technologiques ainsi que de nombreux écueils auxquels l'externalisation se trouve confrontée doivent être envisagés. Ces derniers peuvent occasionner la perte du contrôle du processus d'externalisation et générer la responsabilité subsidiaire de l'administration tout en réduisant sa performance.

Force est de constater que dans les deux pays étudiés il existe un « *noyau irréductible* » d'activités qui ne peuvent être exercées que par les organes de l'administration ; quand bien même elles ne présenteraient pas de caractère « stratégique ».

Les activités de nettoyage et d'entretien des bureaux, d'accueil, d'impression documentaire, de restauration, de téléphonie, de surveillance des bâtiments publics et des réseaux, sont ainsi des exemples d'activités pouvant être confiées à des partenaires privés, sans par ailleurs toucher le cœur de la fonction publique.

Jean, La modernisation, est-ce l'efficacité ? in « *Le service public en recherche : quelle modernisation ?* » Sous la direction de Catherine GREMION et Robert FRAISSE. Paris : La documentation française, 1996, 405 p., sp. p. 53).

¹¹² Comme le souligne Sylvie Trosa « *La qualité est un moyen de recentrer le service public sur ses missions essentielles, par l'effort que les administrations feront au travers des démarches qualité et d'évaluation pour démontrer l'efficacité de leur action* ». (TROSA, Sylvie, Modernisation du management public : Le pari de la qualité, in « *Institut de l'entreprise* », avr. 2006, 55 p., sp., p. 38).

Il convient ici de se pencher sur le développement de l'externalisation dans les services publics (Chapitre 1) puis sur la relation tripartite établie entre l'administration, son partenaire privé et l'employé de celui-ci (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le développement de l'externalisation dans les services publics

La tendance du secteur public à faire exécuter des services et activités par des partenaires privés, pour pallier la pénurie des ressources publiques destinées à la maintenance des équipements publics, est très marquée.

Elle se manifeste par des relations contractuelles permettant un transfert des activités vers un prestataire privé plus spécialisé ; l'Etat profitant du procédé pour se recentrer sur des activités de planification, d'inspection et de contrôle.

L'externalisation ne s'inscrit pas dans un cadre légal et jurisprudentiel précis (Section 1) et sa réussite dépend de la correcte appréhension de certaines questions cruciales (Section 2).

Section 1. L'évolution du cadre légal et jurisprudentiel de l'externalisation

En droit français, l'externalisation est entendue comme la délégation partielle ou totale de fonctions dans un cadre pluriannuel. Elle est plus récemment apparue dans la sphère publique, où elle tend à se développer sans excès de publicité, à la faveur d'un environnement juridique favorable. Depuis une vingtaine d'années, le vocable « externalisation » a fait son apparition dans la langue française et depuis une dizaine d'années, il s'est répandu de plus en plus fortement dans les discours juridiques et institutionnels¹¹³.

Volonté de se recentrer sur le cœur de métier et recherche d'une plus grande efficacité¹¹⁴ de l'action publique, les motivations sont multiples, pour des modalités elles-mêmes variées et aux effets sensiblement différents de ceux observés dans le secteur privé¹¹⁵.

L'externalisation est aujourd'hui en pleine croissance et évoluerait à un rythme supérieur à celui de la plupart des autres pays. Ce rythme de croissance élevé pourrait s'expliquer par un phénomène de rattrapage par rapport aux autres pays européens.

¹¹³ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 1. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

¹¹⁴ D'après Jacques Chevallier « [...] *le postulat traditionnel 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'Etat est tenu, comme des entreprises privées, d'améliorer sans cesse ses performances et d'abaisser ses coûts : il est tenu de remplir ses missions dans les meilleures conditions possibles, en veillant à la qualité de ses prestations et en utilisant au mieux les moyens dont il dispose ; ses services ne sauraient prétendre échapper au mouvement qui pousse les entreprises de toute nature à accroître leur productivité et leur rendement et cette contrainte est renforcée par le passage à une économie ouverte* ». (CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat*, Coll. « Connaissance du droit ». 2^e éd. Paris : Dalloz, 2011, 122 p., sp. p. 107).

¹¹⁵ Comme l'a relevé Paul Lignières « *L'externalisation participe ainsi des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public (démarche qualité, certification ISO, etc.)* ». (LIGNIÈRES, Paul, Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, AJDA, Dalloz, 14 mars 2007, 12 p., sp. p. 2).

Cependant, en ce qui concerne l'ensemble des outils qui permettent de recourir à l'externalisation, Paul Lignières précise que « *la France a accumulé un retard important en matière d'externalisation par rapport à d'autres pays, du fait de sa tradition administrative* »¹¹⁶. En effet, il semblerait qu'elle connaisse un certain retard quant aux courants successifs de la pensée managériale de l'externalisation au sens restreint¹¹⁷.

Dans les années 80, l'externalisation était conventionnelle et tactique, l'idée étant de réduire les coûts et de transférer la gestion de l'activité au prestataire privé. Le service était standardisé et le risque financier était partagé avec le prestataire.

Dans les années 90 a émergé, notamment aux Etats-Unis, « l'*outsourcing* collaboratif » ayant pour volonté l'obtention d'une meilleure qualité et une plus grande flexibilité pour s'adapter aux changements de contexte économique¹¹⁸. L'entreprise attendait du

¹¹⁶ LIGNIÈRES, Paul, Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, AJDA, Dalloz, 14 mars 2007, 12 p., sp. p. 1).

¹¹⁷ Comme l'observe Frédéric Rouvillois, « *Il ne faut sans doute pas sous-estimer les pièges du comparatisme : "Comparaison n'est pas raison", dit le proverbe, surtout dans ces domaines, où le poids de l'histoire politique et des traditions nationales demeure considérable. L'Etat français, constitué depuis le haut Moyen Âge, ne se confond pas, sur ce plan, avec l'Etat fédéral allemand, l'Etat italien ou la Couronne britannique. Ainsi, le fait que cette dernière ait toujours été très en pointe en matière d'externalisation ne signifie pas que d'autres Etats, et notamment la France, doivent et même puissent aller aussi loin dans leur démarche* » (ROUVILLOIS, Frédéric, L'externalisation ou comment recentrer l'Etat sur ses compétences essentielles, in « *Fondation pour l'innovation politique* », avr. 2008, 62 p., sp. pp. 49-50).

¹¹⁸ Paul Lignières mentionne que « *En 1998 sous l'administration de Bill Clinton, l'Etat fédéral américain a lancé une réforme tendant à externaliser toutes les fonctions non inhérentes à l'activité gouvernementale. Le "Federal Activities Inventory Reform Act" de 1998 (ou FAIR Act) est un processus permettant d'externaliser les activités non-régaliennes de l'Etat* ». (LIGNIÈRES, Paul, *Distinction des activités régaliennes et non-régaliennes*, Coll. « Droit administratif européen ». Sous la direction de Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. Bruxelles : Bruyant, 2007, 1122 p., sp. p. 986). Philippe Cossalter mentionne que « [...] le FAIR Act, adoptée en 1998, a pour objet la délégation systématique des fonctions non régaliennes du gouvernement fédéral au secteur privé. [...] Cette loi a prévu que les pouvoirs publics doivent publier des listes de fonctions que des contractants privés peuvent réaliser de façon plus économique que le personnel gouvernemental. Le FAIR Act ressemble en de nombreux points au "Compulsory Competitive Tendering". Le FAIR Act est composé de six articles, impose aux agences exécutives du gouvernement fédéral d'établir des listes de fonctions qui ne sont pas des "fonctions gouvernementales par nature" (inherently governmental functions), et qui pourront être confiées au secteur privé ». (COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union*

prestataire qu'il réinvente la fonction et les processus. L'entreprise qui externalisait avait accès à l'expertise et le risque opérationnel était partagé.

Dans les années 2000 émerge « l'*outsourcing* de transformation », utilisé pour transformer en profondeur l'organisation et accroître rapidement les performances. Le prestataire propose des services intégrés, partage les risques financiers et stratégiques et permet l'accès à des compétences spécifiques.

En France, la circulaire « Juppé » du 26 juill. 1995, relative à la réforme de l'Etat et des services publics, mettait l'accent sur la participation des personnes privées aux fonctions et aux missions de la puissance publique en tant qu'un des axes majeurs de la réflexion sur la réforme de l'Etat : « *nous ne pouvons pour autant nous dispenser d'approfondir l'usage des formules qui permettent d'associer des personnes privées à la gestion de services et d'interventions publics* »¹¹⁹.

En 2004, le développement de l'externalisation dans l'administration publique française a été inséré dans le cadre d'une politique de « Réforme de l'Etat ». L'Etat devait se recentrer sur son « cœur du métier » et pour cela, certaines missions devaient être déléguées. A la même période était conçue l'ordonnance sur les contrats de partenariat (Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, abrogé par l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015¹²⁰).

Européenne, Coll. « Thèses », sous-coll. « Bibliothèque de droit public », tome 249. Paris : LGDJ, 2007, 896 p., sp. p. 551).

¹¹⁹ JO, n° 174 du 28 juill. 1995, p. 11217 : « *Le gouvernement doit d'abord mieux préciser, domaine par domaine, la frontière entre les missions qui incombent aux personnes publiques et celles qui peuvent relever des acteurs privés (marchés, entreprises ou acteurs sociaux). Le champ même des services publics fait aujourd'hui l'objet de débats. Le gouvernement est déterminé à défendre la conception française des services publics assurant à tous, sur l'ensemble du territoire, les prestations que les citoyens d'une démocratie développée sont en droit d'attendre. Nous ne pouvons pour autant nous dispenser d'approfondir l'usage des formules qui permettent d'associer des personnes privées à la gestion de services ou d'interventions publics* ».

¹²⁰ Le Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 transpose les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 fév. 2014 sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE du 26 fév. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et prévoit les mesures d'application de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics.

Ce concept poursuivi ainsi son évolution avec la proposition de décision n° 249 du rapport remis par Jacques Attali au Président de la République en fév. 2008 : « *Élargir l'externalisation de certaines activités annexes du secteur public* ».

Dans les quinze dernières années, l'externalisation a été présentée comme une méthode de management et de gestion mise en œuvre par les deux tiers des entreprises *en France*.

Les opérations d'externalisation s'inscrivent dans le long terme, entraînant des modifications fondamentales en termes de compétitivité et engendrant un partage de valeur ajoutée.

En ce qui concerne le secteur public, l'externalisation a été utilisée par l'administration pour de nombreuses activités telles que le ramassage des ordures, l'entretien des espaces verts, la restauration scolaire et le nettoyage. Depuis les années 2000, la gestion informatique, la formation et la gestion du personnel ont fait également l'objet du processus d'externalisation¹²¹.

Il est certain que l'utilisation de l'externalisation n'est pas une nouvelle méthode de gestion pour l'administration. A ce sujet, Jacques Chevallier mentionne que :

« L'appel à la collaboration du privé pour la gestion des services publics n'est pas chose nouvelle. Les services économiques ont, dès le début du XX^e siècle, été confiés à des gestionnaires privés, évitant ainsi aux collectivités locales et à l'Etat de s'engager dans des activités coûteuses et risquées : c'est dans le cadre de la concession qu'ont été construits et exploités les services locaux de proximité (distribution et épuration des eaux, enlèvement et traitement des ordures ménagères, transports urbains, chauffage collectif, pompes funèbres, lutte contre l'incendie ...), puis les grands réseaux nationaux de transport, de communication et d'énergie, avant leur nationalisation ; et le relais associatif a été très largement utilisé par la gestion des services sociaux et culturels. Le

¹²¹ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 1. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

phénomène prend cependant aujourd'hui une dimension et une portée différentes : des raisons pratiques (la crise des finances publiques, le souci d'efficacité ...) mais aussi idéologiques (le déficit de légitimité de l'Etat, l'affirmation du principe de subsidiarité ...) conduisent en effet à associer systématiquement les acteurs sociaux à la mise en œuvre des actions publiques et à la fourniture des services d'intérêt collectif »¹²².

Au Brésil, l'administration publique a été pionnière dans le développement de stratégies de gestion et de décentralisation¹²³ de ses propres activités qui ont permis de mieux appréhender ses besoins réels¹²⁴.

¹²² CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, Coll. « Droit et Société, Maison des sciences de l'homme ». 4^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2014, 265 p., sp. p. 95.

¹²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro explique que la décentralisation est « [...] la distribution de compétences d'une à l'autre personne morale ou personne physique [afin de] épuiser [...] un grand volume d'attributions, pour permettre la plus adéquate et rationnelle performance ». (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 23^a ed. São Paulo : Atlas, 2010, 875 p., sp. p. 410).

¹²⁴ Sérgio Pinto Martins observe que dans certains pays, le travail temporaire est interdit, c'est le cas de la Suède (Loi n° 1.877/80), de l'Espagne (D.L. de 1.952 et D. n° 3.677/70) et de l'Italie (Lois n° 264/49 et 1.369/60). Dans d'autres pays l'externalisation est admise et réglementée comme la Belgique, le Danemark, la Norvège, les Pays-Bas et la France dont la loi de 1972 a été l'inspiration pour la Loi du travail temporaire au Brésil (Loi n° 6.019/74). En Argentine, l'intermédiation du travail est admise, cependant seule la location temporaire des travailleurs est acceptée ; il est admis la responsabilité solidaire entre le prestataire de services et le bénéficiaire des services, en ce qui concerne le droit du travail et la sécurité sociale. L'art. 29 du décret 390/76 argentin est incisif sur le sujet : « *Les travailleurs employés par des tiers pour fournir des services à d'autres bénéficiaires sont considérés comme des employés directs de ceux qui utilisent leurs prestations, en étant l'intermédiaire et le bénéficiaire solidairement responsables par les charges sociales* ». En Colombie, l'externalisation est tenue légitime, dès que le prestataire de services s'est placé en tant qu'employeur légitime et non comme un simple intermédiaire, en étant responsable solidaire de la société bénéficiaire des services si et quand il n'aurait de conformité économique de l'entreprise prestataire des services. L'Italie interdit l'externalisation (Loi n° 264/49). L'art. 3^e de la Loi n° 1.369 établit que « *Les entreprises de travail temporaire, y compris celles de travaux de nettoyage ou de conservation ordinaire d'installations, exécutés à l'intérieur de l'entreprise sous l'organisation et la gestion du locataire, sont responsables solidaires pour le paiement des charges salariales des salariés qui ont exécuté les travaux, d'un salaire minimale non inférieur à ce que reçoivent les salariés directement embauchés, tel que la garantie des conditions de travaux non inférieurs à celles qui profitent à ses salariés* ». Au Japon, l'externalisation est interdite pour les activités de transport portuaire et de construction civile. Dans les secteurs de l'économie s'applique le *Worker Dispatching Law* de 1985 (Loi du travailleur sous-embauché) dont l'objectif est de discipliner la sous-passation des contrats. Si les exigences prévues par la loi des sous-contrats sont respectées, la responsabilité solidaire n'est pas appliquée. Au Mexique, l'externalisation à rigueur n'est pas permise, sauf quelques exceptions prévues par la législation nationale. Au Pérou, la législation est restreinte en ce qui concerne la passation de contrats directs. L'art. 27 du Décret-loi n° 2.216 interdit, d'un côté, et limite de l'autre, la passation du contrat par voie directe pour des services permanents, en interdisant le remplacement des emplois permanents payés par des entités étrangères à la relation d'emploi. L'auteur observe encore que l'OIT (Organisation Internationale du Travail) ne traite pas spécialement sur le thème de l'externalisation mais reste cependant permissive en relation à ce sujet (Conventions n° 34 de 1933, n° 96 de 1949, n° 88 de 1948 et n° 96 de 1968, cette dernière étant dénoncée par le Brésil en 1972). (MARTINS, Sérgio Pinto, *A Terceirização e o direito do trabalho*. 13^a ed. rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014, 188 p., sp. pp. 17-25).

Dans le secteur public, l'externalisation au sens restreint a débuté à partir du Décret-loi n° 200 du 25 Fév. 1967, qui prévoyait que l'administration devrait utiliser autant que possible la délégation de certaines activités, sous contrat et sous certaines conditions, ne prévoyant pas toutefois, la nature de l'activité comme limite à la passation du contrat administratif¹²⁵.

Ce Décret-loi avait comme finalité l'amélioration de la performance des activités de l'Etat, en examinant les actions administratives liées à ses activités essentielles et l'expansion des partenariats avec le secteur privé, en utilisant l'exécution indirecte par contrat, pour certaines activités telles que la collecte des ordures, les parcs de véhicules et les transports en commun¹²⁶.

Dans les années 80, l'administration publique brésilienne a lancé un processus de réforme visant à réduire la complexité de son agrément administratif, de façon à devenir plus souple, efficiente et axée sur la prestation de services au citoyen.

C'est à partir des années 80 qu'a surgi dans certains pays un nouveau mouvement destiné à transférer au secteur privé certaines entreprises publiques. A ce moment, les notions de privatisation, non-étatisation et déréglementation apparaissent au sens large¹²⁷.

¹²⁵ Selon Odete Medauar, dans les années 60 et 70 la création d'entreprises d'Etat s'est beaucoup répandue. Néanmoins, cette situation a suscité beaucoup de problèmes. En effet, les objectifs d'efficience et d'agilité n'ont pas été atteints et ces entreprises se sont transformées en « *cabides de emprego* », c'est-à-dire, en « agglomération d'emploi ». Ces entreprises ont accumulé beaucoup de dettes et de déficits. Dans les années 80, un mouvement contraire a surgi en transférant au privé les activités exécutées par l'Etat. (MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo : RT, 2013, 489 p., sp. pp. 107-109).

¹²⁶ Selon le § 7° de l'art. 10 du Décret-loi n° 200, du 25 fév. 1967 : « *Pour mieux s'acquitter des tâches de planification, de coordination, de supervision et de contrôle et afin de prévenir la croissance excessive de l'appareil administratif, l'administration cherchera à se désengager de la mise en œuvre physique des tâches d'exécution, en utilisant, autant que possible, l'exécution indirecte par contrat, à condition qu'il existe dans la région, une initiative privée suffisamment développée et qualifiée pour effectuer les tâches de gestion* ».

¹²⁷ Pour Carlos Pinto Coelho Motta, les termes « privatisation » et « non-étatisation » sont généralement présentés de façon égalitaire lorsque le thème de la délégation de services publics est suscité. Il observe que la Loi n° 9.491, du 9 sept. 1997, qui régit le Programme National de non-étatisation ne définit pas le mot « privatisation » malgré la doctrine brésilienne qui s'était déjà penchée sur cette définition. Il explique que le terme « privatisation » peut être défini tel que « [...] *le transfert ou l'aliénation à*

Elles comprennent, notamment, la rupture des monopoles d'activités effectuées exclusivement par le gouvernement, la délégation des services publics au secteur privé et l'externalisation, où l'Etat fait appel à la coopération des entités privées dans l'exercice d'activités auxiliaires de l'administration¹²⁸.

Les notions de privatisation, non-étatisation et déréglementation ne sont pas suffisamment précises et parfois, utilisées de façon impropre¹²⁹.

Dora Maria Ramos traite avec simplicité le concept de privatisation au sens large et situe l'externalisation dans ce contexte. Selon elle, le terme « privatisation » couvre une acception large et une autre limitée, en affirmant que généralement, il est possible d'englober dans le concept ample de la privatisation tout un ensemble de mesures adoptées afin de réduire l'influence de l'Etat dans l'économie, en amplifiant la participation du secteur privé dans un certain nombre d'activités auparavant sous contrôle de l'Etat¹³⁰.

Elle ajoute que cette acception générale de « privatisation » comprend la vente d'actifs de l'Etat, en particulier avec le transfert du contrôle du capital des entreprises publiques,

l'initiative privée, non seulement de l'exécution d'un service public ou d'une œuvre publique, mais de l'entreprise privée qui l'exécute, ou encore de son contrôle actionnaire. Le concept plus restreint de privatisation est lié à la propriété de l'entreprise ou de son contrôle délibératif ». (MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2^a ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2011, 822 p., sp. p. 27).

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Z., *Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, 461 p., sp. p. 29.

¹²⁹ Odete Medauar en citant Jordão Teixeira do Amaral Filho explique que : « [...] le terme "non-étatisation" signifie l'existence d'une majeure autonomie pour la société de décider son propre destin, avec la moindre présence de l'Etat. Ce terme englobe les termes "déréglementation" et "privatisation". Le terme "déréglementation", par ailleurs, consiste dans l'élimination totale ou partielle des normes incidentes sur le marché et sur les activités économiques, menant à la simplification et à la non-bureaucratization de l'Etat. Le terme "privatisation" apparait, dans un sens ample, pour exprimer le contrôle et la participation plus effective de la société sur le processus productif et, dans un sens plus restreint, telle que le transfert du contrôle actionnaire d'entreprises d'Etat au secteur privé ». (MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo : RT, 2013, 489 p., sp. p. 108).

¹³⁰ RAMOS, Dora Maria de Oliveira, *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, 175 p., sp. p. 40.

la déréglementation, la réduction de l'intervention de l'Etat dans le domaine économique, y compris la flexibilisation des relations de travail et l'ouverture à la concurrence des activités économiques, la concession, la permission¹³¹ ou l'autorisation¹³² des services publics et l'adoption de plus en plus fréquente des recrutements externes (*contracting-out*¹³³), avec la réalisation des ajustements pour que le secteur privé puisse exercer des activités dans le secteur public. Il s'agit alors de l'externalisation au sens large.

Le thème de l'externalisation au sens restreint n'a pas été directement abordé par la Constitution fédérale de 1988. Cependant, son art. 37, XXI, permet la passation d'un contrat d'externalisation avec un prestataire privé, sous réserve qu'existe une loi spécifique prévoyant des règles pour les appels d'offre à la concurrence et les contrats administratifs associés¹³⁴. Selon cet article, à l'exception des cas spécifiques prévus par la législation, les œuvres, les services, les achats et les aliénations doivent être exécutés à travers des marchés publics de manière à assurer l'égalité d'accès à tous les candidats intéressés.

Malgré l'inexistence d'un dispositif concernant les limites à l'externalisation dans les services publics au sens restreint, c'est-à-dire, impliquant la nature de l'activité

¹³¹ La « permission de service public » *en droit brésilien* est un mode de gestion déléguée, caractérisé par sa plus grande précarité et par l'existence d'un contrat d'adhésion. Au travers d'un contrat administratif, le Pouvoir public transfère à un particulier l'exécution d'un certain service public, pour son compte et risque, dans des conditions établies par les normes de droit public.

¹³² L'« autorisation » est un acte administratif précaire, unilatéral, discrétionnaire et qui permet de conférer l'usage d'un bien public ou de viabiliser la pratique d'une activité publique pour un particulier. En tant qu'acte discrétionnaire, la « autorização » ne gère pas de droit subjectif et en tant que précaire, elle peut être révoquée à tout moment et sans donner droit à des indemnités.

¹³³ « *Public managers sometimes have opportunities to influence their organizational boundaries. Most often, this opportunity arises in the choice of what to produce in-house and what to purchase from other organizations. Sometimes, however, public managers can shape decisions about the more fundamental question of whether the gouvernement will relinquish decisions about the provision of goods to either the private or nonprofit sectors (that is, "market")* ». (VINING, Aidan R., WEIMER, David L., *Economic perspectives on public organizations*, in « *The Oxford Handbook of Public Management* », chapter 9. Chippenham, Wiltshire : Oxford University Press, 2005, 789 p., sp. pp. 216-217).

¹³⁴ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

(intermédiaire ou finale). Cela est peut-être dû au fait que cette technique est originaire du domaine de l'administration et non du domaine juridique¹³⁵.

L'appel à candidatures doit prévoir des clauses établissant des obligations de paiement et les exigences essentielles de qualification technique et économique indispensables pour l'accomplissement des obligations.

Cet article de la Constitution fédérale a été précisé par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique¹³⁶, qui, néanmoins, n'a pas davantage tracé les limites ou les conditions de l'exécution indirecte des services publics par des partenaires privés sous le critère « d'activité-intermédiaire » ou « d'activité-finale ».

En 1994 surgit le principal instrument de mise en œuvre de la réforme de l'Etat, le Ministère de la Réforme de l'Etat (MARE), qui, dans sa mission de réorganiser le secteur public, a procédé à la délimitation des fonctions de l'Etat selon le modèle préconisé en 1995.

Conceptuellement, trois domaines d'action ont été établis : Les activités exclusives de l'Etat, les services sociaux et scientifiques de l'Etat et la production de biens et services pour le marché. L'objectif primordial était de distinguer, dans chacun de ces domaines, les principales activités auxiliaires ou de soutien.

¹³⁵ GARCIA, Flavio Amaral, A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública, in *“Revista de direito processual geral (RDPG)”* [en ligne]. Rio de Janeiro, (65), 2010, 26 p., sp. pp. 95-114. Disponible sur : < http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50822.pdf/Revista65Doutrina_pg_95_a_114.pdf >.

¹³⁶ Selon Egon Bochmann Moreira, la Loi n° 8.666 apparaît dans un scénario institutionnel décourageant. En effet, elle a été promulguée en juin 1993, période pendant laquelle le pays vivait le « post-impeachment » du Président Fernando Collor de Mello. Le scénario public subissait par une inflation, le non-respect des règles relatives aux contrats publics, la corruption et l'absolu manque de contrôle des recettes et des dettes publiques. (BOCHMANN MOREIRA, Egon, Não me fale da 8.666 ! in *« Gazeta do Povo, Justiça e Direito »*, du 5 oct. 2015. Disponible sur : < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/nao-me-fale-da-8666-9nfwqt8ulixd3iuju366rjxgu> >).

Les activités exclusives de l'Etat devaient naturellement rester à sa charge, en distinguant entre elles, verticalement, à son sommet, l'existence d'un noyau stratégique, et horizontalement, les départements qui engendraient les politiques publiques, les agences exécutives et les agences régulatrices.

Au milieu, entre les activités exclusives de l'Etat et la production de biens et services pour le marché, il y aurait une série d'activités non exclusives dans le domaine social et scientifique. Dans cette catégorie se trouvent les écoles, les universités, les centres de recherche scientifique et technologique, les garderies, les secours, les hôpitaux, les entités d'assistance aux nécessiteux, les musées, les orchestres symphoniques, entre autres.

Dans le cadre de cette réforme, il n'y avait pas de raisons pour que ces activités demeurent exclusivement à l'Etat, ni soient privatisées, puisque par nature, elles étaient fortement subventionnées par l'Etat et comptaient sur les dons volontaires de la société¹³⁷.

Le plan directeur de la réforme de l'Etat¹³⁸, connu en nov. 1995, a permis le développement rapide de l'externalisation au sens restreint en procédant à une réorganisation de la fonction publique. A ce stade, une nouvelle politique de formation de contrat d'externalisation a été mise en place¹³⁹.

¹³⁷ Un « programme de publicisation » était défendu pour les activités non-exclusives et consistait dans son transfert au secteur public ou au tiers secteur.

¹³⁸ *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Câmara dos Deputados. Brasília, 1995. Disponible sur : < <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> >.

¹³⁹ Luiz Carlos Bresser Pereira, en tant que Ministre de la réforme de l'Etat dans les années 1995-1999, fut le principal inspirateur des réformes de l'Etat. Selon lui le Plan directeur de la réforme de l'Etat fut inspiré des réformes administratives mises en œuvre depuis les années 80 dans certains pays de l'OCDE, et particulièrement, en Grande-Bretagne. Cette réforme avait pour but la décentralisation des services sociaux au profit des Etats membres et des municipalités, une délimitation plus précise du champ d'action de l'Etat par l'établissement d'une distinction entre les activités exclusives qui englobent le pouvoir de l'Etat et qui doivent demeurer dans son champ, les activités sociales et scientifiques qui ne lui appartient pas et qui doivent être transférées au secteur public paraétatique, et, enfin, la production de biens et de services qui appartient au marché. Elle avait également pour but la distinction entre ce qui relève du noyau stratégique qui devrait rester entre les mains des politiques et des hauts fonctionnaires et les activités de services qui pouvaient être l'objet de contrats avec des organismes extérieurs, la séparation entre la formulation de politiques et leur mise en œuvre, une plus grande autonomie pour les activités exécutives exclusives de l'Etat qui devraient être réalisées par de agences exécutives, une plus grande autonomie également pour les services sociaux et scientifiques assumés par l'Etat, qui devraient être

Cette réforme inscrivait un paradigme managérial au cœur de l'administration publique, en lieu et place d'une culture bureaucratique des contrôles de procédés. Elle impliquait le contrôle des résultats, l'efficacité et l'efficience des procédés, et une plus grande flexibilité dans le domaine de la gestion des ressources humaines.

De cette façon, la logique par laquelle l'Etat devrait déléguer certaines de ses activités à des partenaires privés, a été renforcée en tant que moyen de freiner la croissance du déficit public et la dimension de son appareil administratif. L'externalisation était donc liée à une double finalité : Economique et organisationnelle.

En effet, à partir des années 90 le *Brésil* est devenu un laboratoire de mise en œuvre de politiques néolibérales prônant notamment la réduction des effectifs de l'Etat et soutenant le processus d'externalisation¹⁴⁰.

transférés à des organisations sociales, c'est-à-dire un modèle d'organisation n'appartenant pas à l'Etat, sans but lucratif, mais prises en compte dans le budget de l'Etat (c'est le cas pour les hôpitaux, les universités, les écoles, les centres de recherche et les musées), l'obligation de rendre compte au moyen de la gestion par objectifs, de la création de quasi-marchés et de divers mécanismes de démocratie directe ou de contrôle social, combinés à une plus grande transparence dans le service public, avec une réduction concomitante du rôle des procédures et du contrôle interne (les contrôles classiques de l'administration publique bureaucratique devant peser d'un moindre poids). Le plan établissait également les objectifs pour chaque groupe d'activités de l'Etat : Pour les activités de l'Etat dites stratégiques, il fallait rechercher l'efficacité de l'administration central pour les activités exclusives de l'Etat, la transformation des entités gouvernementales en agences exécutives est préconisée, pour les services non exclusifs est prônée la création « d'organisations sociales » en remplacement des institutions d'Etat jusqu'alors prestataires de ces mêmes services, la privatisation était recommandée pour les activités commerciales et industrielles de l'Etat. Les agences exécutives étaient censées être plus efficaces et flexibles par la suppression de nombreux contrôles en contrepartie de la signature d'un contrat de gestion. Les organisations sociales étaient des institutions privées, financées et contrôlées par le gouvernement, également liées par un contrat de gestion. Ces dernières étaient clairement inspirées des « quangos » (« quasi non governmental organizations ») introduites dans la réforme administrative britannique des années 80. Le plan directeur prévoyait encore le transfert des activités d'assistance vers le secteur privé, qu'il s'agisse de services simples comme la sécurité et le nettoyage ou plus complexes tels que le conseil et les services informatiques. (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995, in « *Revista do Serviço Público* », ano 50, n° 4, out-dez. 1999, 25 p, sp. pp. 6-7).

¹⁴⁰ La réforme administrative a introduit dans l'ordonnancement juridique brésilien des nouvelles figures juridiques telles que des *autarquias* sous régime spécial, des agences exécutives et des agences régulatrices. Durant cette période apparaissent les contrats de gestion, les organisations sociales (Loi n° 9.637, du 15 mai 1998), les organisations de la société civile d'intérêt public (Loi n° 9.790, du 23 mars 1999). Selon Celso Antônio Bandeira de Mello, avec la réforme administrative ont surgi *au Brésil* des nouvelles expressions telles que « externalisation », « partenariat » et « troisième secteur ». (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 32^a ed. rev. e atual. até a EC 84 de 2/12/2004, São Paulo : Malheiros, 2015, 1150 p., sp. p. 228).

Le 7 juill. 1997 a été publié le Décret fédéral n° 2.271 normalisant les formes de contrat dorénavant en usage dans l'administration publique fédérale directe, les établissements publics et les fondations publiques, par l'établissement d'une liste d'activités devant, de préférence, être réalisées d'une manière externalisée. Selon le premier § de l'art. 1^{er} de cet arrêté, les activités de conservation, de nettoyage, de sécurité, de surveillance, de transports, d'informatique, d'accueil, de reprographie, de télécommunications et de maintenance des bâtiments, équipements et installations devaient faire préférentiellement l'objet d'exécution indirecte.

Il précise également que l'externalisation ne peut pas être utilisée pour les activités relatives aux catégories fonctionnelles couvertes par le « Plan de Postes de travail » inhérent à l'administration, sauf disposition légale contraire ou lorsque les postes se trouvent éteints, totalement ou partiellement, dans le Cadre général des effectifs de l'administration.

L'instruction normative (IN) n° 2, du 30 avr. 2008/SLTI, et ses modifications ont été créées pour réglementer la passation des contrats d'externalisation au sens restreint entre l'administration et ses partenaires privés. Cette instruction normative aborde plusieurs questions : La définition de « service continu »¹⁴¹, l'interdiction de passation de contrats de prestation de services destinés à l'embauche de main-d'œuvre, l'absence de liens d'emploi entre l'administration et les employés de son prestataire privé, en interdisant la relation qui caractérise l'*intuitu personae* et la subordination directe.

Il est clair que le cadre législatif et normatif de l'externalisation au sens restreint a beaucoup évolué *au Brésil*. Du Décret-Loi n° 200, du 25 fév. 1967, à l'évolution jurisprudentielle de nos jours, il constitue un thème toujours nouveau et stimulant, qui exige une étude intégrée de sa législation et de sa jurisprudence nationale, pour le parfait équilibre entre l'Etat et l'initiative privée pour la concrétisation de l'intérêt public.

¹⁴¹ Selon son art. 6^e, les services dits « continus » sont ceux qui contribuent à l'exécution des activités essentielles au bon accomplissement de la mission institutionnelle de l'entité publique.

Section 2. L'intérêt, risques et limites portés par l'externalisation

*« Pour nous, la parole
n'est pas nuisible à l'action, ce
qui l'est, c'est de ne pas se
renseigner par la parole avant
de se lancer dans l'action ».*

*Périclès, Eloge des guerriers
morts pendant la première année de la
guerre du
Péloponnèse.*

Le recours à l'externalisation est devenu une pratique courante dans les administrations publiques française et brésilienne car elle présente un certain nombre d'avantages. Elle véhicule également des risques qu'il convient à l'administration d'évaluer avant de prendre décision¹⁴².

Conformément à ce qu'indique Gilles J. Guglielmi :

« La moindre des prudences, une fois pris en compte l'environnement normatif public applicable aux très diverses configurations des situations d'externalisation souhaitées par des personnes publiques, est de respecter les étapes de toute démarche d'externalisation engagée par une entreprise privée »¹⁴³.

¹⁴² Selon l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) : « Au niveau organisationnel, un gouvernement doit être en mesure d'évaluer l'opportunité et les conditions de l'externalisation, y compris les coûts et les avantages ainsi que les opportunités et les risques. Concevoir des contrats, en précisant entre autres l'étendue des travaux, l'estimation des prix, les modalités de paiement, les critères de performance et les références pour le suivi [...]. Gérer le contrat et notamment mettre en place et exécuter avec succès les appels d'offre, l'administration des contrats ainsi que les systèmes et les procédures de paiement financiers. Assurer le suivi et l'évaluation du contrat, disposer des systèmes de responsabilité de rendre compte et d'exécution, posséder les techniques de règlement des litiges [...]. Ce qui est implicite dans tout ce qui précède c'est que les systèmes, les processus et les procédures doivent être suffisants pour gérer les risques de corruption dans les processus d'externalisation et de gestion des contrats ». Disponible sur : < http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/development/guide-sur-l-externalisation-des-services-et-fonctions-de-l-etat-dans-les-situations-post-conflit-et-de-fragilite_9789264092181-fr#page75 >.

¹⁴³ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit » [en ligne], 7 p., sp. p. 5. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

Pour cela, les intérêts (1), les nombreux risques (2) et limites (3) corrélés à la décision d'externaliser un service public au sens restreint doivent être minutieusement analysés.

1. L'intérêt du processus d'externalisation

Les intérêts peuvent être divers pour l'administration publique et revêtent une importante fonction stratégique. Ils peuvent être liés à l'amélioration de la qualité du service et de la compétitivité (expertise)¹⁴⁴, aux gains en termes de flexibilité, à l'amélioration du système de coûts du service, à l'augmentation de l'efficacité du service¹⁴⁵ et à la diminution du risque d'obsolescence des équipements.

En droit français et en droit brésilien, ils constituent un élément essentiel dans le cadre d'une externalisation réussie car ils comprennent non seulement les aspects économiques et financiers mais aussi la volonté que le partenaire privé fournisse un service de qualité dans l'intérêt public¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Selon l'Organisation Internationale du Travail (OIT) « *Les expériences du recours à des prestataires privés de services de l'emploi qui ont été menées par des pays comme l'Australie ou les Pays-Bas méritent de recueillir une plus grande attention des chercheurs et des décideurs publics. Le système Australien Job Network (Réseau de l'emploi australien) a obtenu de bons résultats au cours des dix dernières années. Toutefois, l'exemple australien montre également que, pour qu'elle soit réussie, l'externalisation exige un certain nombre de conditions préalables en termes d'assurance de la qualité. Il faut en particulier qu'il existe un système adapté de mesure de résultats obtenus par divers prestataires en matière de placement et que ce système prenne en compte les différences de profil des usagers et ne soit pas biaisé par un "écrémage"* ». (OIT, *Administration du Travail et Inspection du Travail*, Rapport V, Conférence International du Travail, 100^e éd. 2011, 138p., sp. pp. 61-62. Disponible sur : <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09_45_fren.pdf>).

¹⁴⁵ Jacques Chevallier mentionne que : « *Le glissement essentiel, d'ordre axiologique, est relatif à la conception de l'efficacité, qui, pour l'administration, est irréductible à la simple "efficience" : certes, comme les entreprises privées, l'administration doit gérer au mieux les moyens qui lui sont affectés ; mais l'efficacité s'apprécie d'abord par rapport au degré de réalisation des objectifs fixés par les élus, et non en fonction de la seule "rentabilité" financière. Le management public visera à améliorer la "performance publique", en permettant à l'administration d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés par les autorités politiques à coût minimal : elle est ainsi invitée à un effort permanent de productivité, tendant à la réduction des coûts mais sans dégradation de la qualité des prestations ; cette exigence conduira à repenser ses structures, ses modes d'organisation du travail, ses méthodes de gestion* ». (CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, Coll. « Droit et Société, Maison des sciences de l'homme ». 4^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2014, 265 p., sp. p. 65).

¹⁴⁶ *En droit brésilien*, l'art. 2^o du Décret fédéral n^o 2.271, du 7 juill. 1997, mentionne que le plan de travail doit être stratégiquement étudié. La passation du contrat doit être précédée et instruite avec le plan de travail approuvé par l'autorité majeure de l'organe ou entité publique, ou à qui celle-ci a délégué la compétence. Il doit contenir, au minimum, la justification de la nécessité des services, la relation entre la demande prévue et la quantité de service à être contractualisée, la démonstration des résultats attendus en termes d'économicité et de meilleure disponibilité des ressources humaines, matérielles ou financières disponibles.

Selon Sergio Pinto Martins, l'externalisation réduit la bureaucratie de l'Etat et permet à celui-ci de se développer dans des activités dont il est spécialisé, en laissant les activités secondaires à l'initiative privée (plus efficiente). Elle permet également à l'Etat de redistribuer les recettes destinées à l'accomplissement de ses vraies responsabilités, parallèlement à une baisse des coûts¹⁴⁷.

La technicité croissante de certaines tâches et métiers favorise le recours à l'externalisation, tout en améliorant la qualité du service et la compétitivité (expertise). Tel est notamment le cas en matière informatique avec l'utilisation de logiciels de plus en plus complexes et les différents systèmes pour assurer la confidentialité et la sécurité des installations. D'autres fonctions sont également concernées comme la reprographie et la maintenance technique des bâtiments.

L'idée de flexibilité est aussi importante. L'avantage est mis sur la possibilité de résilier le contrat passé avec le partenaire privé en cas de prestations de services inadéquates ou de permettre la substitution de professionnels peu performants, et donc, de gagner en flexibilité organisationnelle, à mesure que les activités accessoires deviennent obsolètes avec le temps.

Lorsque les raisons de l'externalisation sont envisagées, c'est souvent la dimension financière qui se trouve mise en avant. Outre la perspective d'une réduction des coûts, il ne faut pas perdre de vue le fait que le transfert au secteur privé permet parfois de réaliser des économies sur les charges liées aux pensions de retraite des fonctionnaires.

Pour reprendre les termes de Paul Lignières :

« Dans un contexte budgétaire contraint, l'externalisation permet la réduction des coûts due aux économies d'échelle et à la spécialisation des intervenants. L'externalisation permet une meilleure efficacité des services et un accès facilité aux technologies de

¹⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto, *A Terceirização e o direito do trabalho*. 13^a ed. rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014, 188 p., sp. p. 143.

pointe. Enfin, elle est un instrument de gestion des ressources humaines en ce qu'elle permet une réallocation des postes : les personnels peuvent être réaffectés à des activités au cœur des métiers des organisations (front office) et déléguer ainsi les tâches 'de soutien' (back office), ces dernières n'offrant, de surcroît, que peu d'opportunité de carrière (comptabilité, ventes, activités de gestion d'actifs, informatique ...) »¹⁴⁸. Il ajoute que « L'externalisation participe ainsi des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public (démarche qualité, certification ISO, etc.) »¹⁴⁹.

Il faut souligner que, même si les avantages précédemment identifiés pèsent en faveur de l'externalisation, il est impératif de déterminer si le service destiné comprend une activité stratégique. Cette dernière en effet, qui correspond au « cœur de métier » de l'administration, ne peut être déléguée.

Il est également souhaitable d'évaluer si l'administration publique ne possède pas des moyens d'accomplir les services par ses propres moyens.

¹⁴⁸ LIGNIÈRES, Paul, Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, AJDA, Dalloz, 14 mars 2007, 12 p., sp. p. 2.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

2. Les écueils liés à l'externalisation

La pratique de l'externalisation recèle toutefois de nombreux écueils qui peuvent contrebalancer les avantages déjà identifiés. Ils sont fréquemment liés à des lacunes dans l'étude et la mauvaise rédaction de l'appel d'offres à la concurrence ou du contrat administratif passé avec le prestataire privé, qui parfois entraînent une perte du contrôle et du savoir-faire. Ils peuvent aussi tenir à une insuffisante fiabilité, pérennité de la relation ou à une dépendance excessive à l'égard du prestataire.

Les risques peuvent être liés à l'administration publique ou au partenaire privé.

a) Les risques liés à l'administration publique

L'administration publique est confrontée à plusieurs facteurs de risques au cours du processus d'externalisation au sens restreint.

Parmi ces risques se repèrent, notamment ceux encourus lors de l'évaluation des besoins¹⁵⁰, de la planification et de la budgétisation (surévaluation ou sous-évaluation), de la mauvaise qualité de l'évaluation des besoins, de l'absence de définition précise et objective des exigences requises, liés à l'inadaptation ou à l'irrégularité du choix de la procédure, aux risques inhérents au mode de sélection, lors de la gestion des marchés publics et aux difficultés de contrôle du prestataire privé.

¹⁵⁰ D'après l'OCDE, les risques relatifs à la phase d'évaluation des besoins, très susceptible d'être exposée au risque de corruption, tels que des investissements ou des achats inutiles, créant une demande pour qu'une entreprise spécifique puisse remporter un marché, mais l'intérêt de l'achat pour la société est nul ou limité ; l'investissement n'est pas justifié d'un point de vue économique ou cause des dommages à l'environnement ; surestimation de biens et de services nécessaires pour favoriser un prestataire spécifique ; la distribution de faveurs politiques ou de commissions illicites par l'inclusion d'un contrat « affecté » dans le budget (un budget est prévu pour financer un contrat qui sera passé avec une entreprise spécifique prédéfinie). (OCDE (2008), *L'intégrité dans les marchés publics, Les bonnes pratiques de A à Z, Organisation pour la Coopération et pour le Développement Economiques* [en ligne], 190 p., sp. p. 27. Disponible sur : < <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/4207132e.pdf> >).

Au Brésil, la Cour des Comptes a pris position sur les risques relatifs à une planification inefficace. Conformément à son Précédent n° 1.603/2008, Assemblée, les gestionnaires publics doivent observer la gestion publique stratégique et recourir aux nouvelles technologies de l'information et de la communication destinées à éviter au maximum les erreurs commises dans le processus d'acquisition de services et produits par l'administration publique.

Elle ajoute que l'insuffisance ou l'absence de planification rendent les procédures irrégulières ce qui peut engager la responsabilité de l'agent public dans le cadre d'une procédure disciplinaire dans la mesure où elles peuvent préjudicier aux caisses publiques.

L'opération d'externalisation ne s'improvise donc pas. Elle doit avoir des objectifs précisément définis et être minutieusement préparée. L'utilisation d'un cahier des charges est par conséquent indispensable.

Lors d'un processus d'externalisation, la gouvernance doit être fortement structurée. A *contrario sensu*, la personne publique peut se retrouver en position de dépendance par rapport à son prestataire privé.

Comme l'a relevé Gilles J. Guglielmi :

« [...] les entreprises privées donneurs d'ordre ne se contentent pas toujours, pour conserver les compétences clefs, les sources d'information et un droit de regard sur la modification de certaines variables (recrutement et affectation de personnel, investissements), d'une supervision contractuelle : elles créent parfois des sociétés ad hoc avec l'entreprise prestataire. La traduction de cette forme de contrôle, pour les personnes publiques, serait donc une résurgence de l'économie mixte et non pas une libéralisation économique »¹⁵¹.

¹⁵¹ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 7. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

b) Les risques liés au partenaire privé

L'administration publique peut être confrontée à des difficultés liées à l'absence, à la défaillance ou encore aux informations confidentielles pouvant être obtenues par le partenaire privé.

Carence d'abord car dans certaines zones géographiques, un partenaire privé disponible sur place ou à proximité possédant les compétences nécessaires pour la bonne exécution des services requis par l'administration fait défaut.

Défaillance car il n'est pas rare qu'au *Brésil*¹⁵², le prestataire privé fasse faillite ou qu'il ne réussisse pas à accomplir les conditions prévues par le contrat administratif ; ce qui, par conséquent, nuit à la qualité de service public assuré.

Il est dès lors impératif qu'au moment de la passation du contrat administratif, l'administration soit particulièrement attentive aux questions relatives aux effectifs mis à disposition par le partenaire privé, à son savoir-faire, aux changements d'équipes effectués ou encore aux grèves.

L'intervention du personnel du partenaire privé peut en outre constituer un facteur de risque pour l'administration en raison, *in exemplis*, de la confidentialité des informations relatives aux citoyens ou à la discrétion des éléments tenant à l'administration elle-même.

¹⁵² La déclaration de faillite est un motif pour la résiliation du contrat administratif brésilien, selon l'art. 78 de la Loi n° 8.666, du 21 juin 1993.

3. Les limites relatives au cadre légal et jurisprudentiel

Afin de mieux comprendre les limites de l'externalisation dans les services publics de chaque ordre juridique, il faut connaître les problématiques du sujet.

Les critères relatifs au « cœur de métier » *en droit français* et de « l'activité-intermédiaire » / « l'activité-finale » *en droit brésilien* et des « activités internes » et « activités permanentes » méritent d'être mis en valeur, tout en passant par la question du principe constitutionnel du concours public, du travail temporaire, de la tripartition de la relation contractuelle et par la question de la responsabilité de l'administration.

Il faut souligner qu'isoler ces critères n'est pas suffisant pour fixer la distinction entre les activités susceptibles ou non d'être externalisées.

a) La problématique concernant la question du « cœur du métier » en France et la définition « d'activité-intermédiaire » et « d'activité-finale » au Brésil

Comment cela a été mentionné précédemment (p. 15), *en droit français et en droit brésilien* il existe un « noyau irréductible » qui ne peut être exercé que par les seuls organes de l'administration. De nombreuses activités accessoires (non stratégiques), annexes à ce noyau, pouvant contractuellement être confiées à un partenaire privé sont variés et couvrent le fonctionnement opérationnel essentiel de l'administration.

Les activités qui pourraient être confiées aux partenaires privés à travers l'externalisation sont celles de nettoyage et entretien des bureaux, accueil, impression documentaire, restauration, téléphonie, surveillance des bâtiments publics et réseaux¹⁵³.

¹⁵³ Le Conseil d'Etat a précisé que les responsabilités de surveillance des élèves ne sont pas susceptibles d'être transférées à un exploitant privé (WALINE, Marcel. Les fournitures entres services publics

Dans ce contexte, il devient nécessaire de définir précisément les méthodes pour tracer la frontière entre les activités composant ce « *noyau irréductible* » (non externalisables) et les activités accessoires qui viennent s’y rattacher (externalisables)¹⁵⁴.

En France, la frontière entre les activités externalisables et les activités non externalisables est difficile à tracer. Toutefois, les activités dites régaliennes et non-régaliennes marquent la frontière pour autoriser l’exercice de certaines activités par le secteur privé.

Comme l’a relevé Philippe Cossalter :

*« Les frontières des activités déléguables et non déléguables sont incertaines. Elles ne prennent une certaine netteté que lorsqu’il y est porté atteinte. Au sein même des activités non déléguables existent de nombreuses fonctions externalisables »*¹⁵⁵.

constituent-elles des atteintes à la liberté du commerce ? in « *Revue de Droit Public (RDP)* », 1970, 7 p., sp. pp. 1423-1430).

¹⁵⁴ D’après José Pastore, *au Brésil* « *Le processus d’externalisation trouve une forte résistance dans les organes du Pouvoir public, comme le Ministère du Travail, le Ministère Public du Travail et de la Justice du Travail. Il existe plusieurs projets de loi au Congrès National et, récemment, le sujet est entré dans la liste de discussion du Suprême Tribunal Fédéral (STF), puis CENIBRA (industrie de papier) a questionné sur la légalité du Précédent n° 331 du Tribunal Supérieur du Travail, qui empêche l’externalisation pour les activités-finales. [...] Selon la Cour des comptes de l’Union, néanmoins, le Pouvoir public fédéral utilise amplement l’externalisation. En 2013, il avait 222 000 travailleurs externalisés, ce qui a représenté une dépense supérieure à R\$ 21 billions de “reais” brésiliens. L’externalisation est fréquemment pratiquée par tous les organes fédéraux. Dans le Ministère du Travail et de l’Emploi, par exemple, il y avait environ 2.700 employés externalisés en 2013. Dans le Pouvoir judiciaire fédéral, 25.182 (presque la moitié dans la justice du travail, avec 12.532 employés externalisés). Il n’est pas récent que cet organe administratif augmente l’utilisation des employés externalisés. Entre 2012 et 2013, la proportion de fonctionnaires externalisés dans le Tribunal Régional du Travail de la 4^e région (Rio Grande do Sul) a augmenté en 20%. A Paraíba, 24%, à Pernambuco, 28%, au Paraná, 34%, et au district fédéral et au Tocantins, plus de 70% (Conseil National de Justice, Justice en numéros, 2013 ; Tribunal Supérieur du Travail, Rapport annuel de 2013). Le Ministère Public de l’Union, qui englobe le Ministère Public du Travail a utilisé, en 2013, 3.372 professionnels externalisés. La Présidence de la République avait 2.352 travailleurs dans cette condition (Rapport de la Cour des comptes de 2013). [...] Toutefois, l’externalisation n’est pas une méthode qui permet de résoudre tous les problèmes relatifs au manquement de personnel, elle est une réalité de l’économie moderne [...] ».* (PASTORE, José, *Terceirização no setor público*, article publié au journal “L’Etat de São Paulo”, le 16 dezembro 2014).

¹⁵⁵ COSSALTER, Philippe, *Le droit de l’externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens* [en ligne], 21 p., sp. p. 11. Disponible sur : « <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf> ».

Il ajoute que les activités non déléguables le sont au motif d'une attribution des compétences ou en raison de leur nature. Les limites données pour l'attribution des compétences sont envisagées en tant qu'une simple attribution de compétence et non comme une référence à la nature de l'activité¹⁵⁶.

En relation aux activités dites non déléguables il faut faire référence aux fonctions non déléguables par nature. Dans ces dernières, il est nécessaire de définir les fonctions régaliennes, leur contenu et le nombre et l'intensité des inévitables exceptions. En effet, ce sont les exceptions qui permettent au mieux de saisir le principe et son caractère éminemment variable¹⁵⁷.

Comme l'indique Philippe Cossalter :

« [...] l'identification des activités indéléguables par nature ne peut se défaire d'une certaine approximation, et [il] n'est guère possible de définir ces fonctions autrement que par une référence intuitive aux fonctions de base, aux "core functions" de l'Etat : police, justice, armée, activité normative. Telles sont les limites, indéfinies mais virtuellement infranchissables, de la délégation. Mais il est bien difficile de tracer la frontière entre l'exercice privé d'une fonction régaliennne et l'externalisation de fonctions annexes. En identifiant les "prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté", le Conseil constitutionnel français porte une analyse guère différente

¹⁵⁶ Pour reprendre les termes de Philippe Cossalter « *L'indéléguabilité fondée sur la nature de l'activité est, comme tout principe fondé sur un tel critère, soumis à des exceptions dont la logique échappe à toute volonté de synthèse. Le critère déterminant de la fonction indéléguable n'est pas l'exercice de l'autorité, mais "l'objet autoritaire" de l'activité. Sont des fonctions régaliennes indéléguables ou "core functions" les activités dont l'objet est d'exercer un pouvoir contraint sur les particuliers sans être l'accessoire d'une activité de prestation. Telles sont les limites à la déléguabilité. Leur énoncé suffit à donner l'idée générale de ses frontières* ». (COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Coll. « Thèses », sous-coll. « Bibliothèque de droit public », tome 249. Paris : LGDJ, 2007, 896 p., sp. p. 538).

¹⁵⁷ Les fonctions de souveraineté doivent être exercées par des personnes publiques. Dans le domaine pénitentiaire, la construction, la restauration ou l'entretien des prisons peuvent être confiées à des entreprises mais la surveillance des détenus doit demeurer une attribution de la personne publique. (Avis du CE, 13 nov. 1986, *EDCE*, 1987, n° 38, p. 138, confirmé par la Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation sur la justice).

de celle des autres juridictions et autorités nationales. Les activités non externalisables sont ainsi une catégorie introuvable qui ne pourra être définie que par l'exemple »¹⁵⁸.

La jurisprudence administrative française permet de définir les lignes directrices destinées à identifier les activités publiques qui ne peuvent pas être externalisées au secteur privé. La position de principe a été définie par le Conseil d'Etat à propos des cantines scolaires :

« [...] le caractère administratif d'un service public n'interdit pas [...] d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même »¹⁵⁹.

Cet avis souligne que :

« [...] la nature administrative d'un service public n'est pas, en tant que telle, de nature à constituer un obstacle à son externalisation au profit d'un prestataire privé. Il s'ensuit que le périmètre des missions externalisables est assez large et ne trouve de limite que dans les missions qui impliquent l'exercice de prérogatives de puissance publique ou de fonctions légalement réservées aux personnes publiques »¹⁶⁰.

Ainsi, les tâches pouvant être contractuellement confiées à un prestataire privé sont celles relatives à l'essentiel du fonctionnement opérationnel d'un service public, telles que la construction et la mise en service des cantines et de leurs équipements, l'entretien

¹⁵⁸ COSSALTER, Philippe, *Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens* [en ligne], 21 p., sp. p. 11. Disponible sur : « <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf> ».

¹⁵⁹ Avis du Conseil d'Etat du 7 oct. 1986, n° 340609, cité in circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, JO 20 déc. 1987.

¹⁶⁰ LIGNIERES, Paul, Distinction des activités régaliennes et non-régaliennes, in « *Droit administratif européen* ». Dir. de Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère. Bruxelles : Bruyant, 2007, 1122 p., sp. p. 989.

des locaux, l'élaboration des menus, la confection des repas, le contrôle de l'hygiène et de la sécurité¹⁶¹.

En droit brésilien, l'Etat possède des compétences matérielles qui sont établies par la Constitution fédérale et qui sont affectées à l'administration publique. Elles peuvent être entendues comme recouvrant les finalités institutionnelles des entités qui les détiennent. Dénommées « activités-finales », actes juridiques ou d'empire, elles constituent des manifestations du pouvoir d'Etat.

Il semble utile de reprendre la classification proposée par Hely Lopes Meirelles¹⁶². D'après lui les « activités-finales » peuvent être réparties en deux catégories : Les services publics propres et les services publics impropres.

Les premières indiquent les activités caractéristiques de l'Etat et celles qui ne sont en aucun cas déléguables. C'est le cas du pouvoir de police, de la définition de politiques publiques, entre autres. Les secondes consistent en des services publics d'intérêt commun, qui, même si non essentiels, peuvent être mis en œuvre directement par l'Etat, ou indirectement, par les concessions, les permissions ou les autorisations de services publics.

Ainsi, les activités propres (non déléguables) sont nommées en droit brésilien comme « activités-finales ». C'est l'activité relative au « cœur de métier », dans laquelle l'Etat concentre son intervention. Elle met en scène les objectifs de l'Etat, comme la production de biens ou de services et la mise à disposition des usagers du service public¹⁶³.

¹⁶¹ LIGNIÈRES, Paul, Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, AJDA, Dalloz, 14 mars 2007, 12 p., sp. p. 5.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. p. 321.

¹⁶³ Pour le droit commercial, « activité-finale » c'est laquelle qui comprendre l'objet social du contrat.

Les activités déléguables, nommées « activités-intermédiaires » peuvent être comprises comme des activités développées pour l'Etat mais qui ne coïncident pas avec ses buts principaux. Ce sont des activités secondaires d'appui à d'autres secteurs de l'Etat¹⁶⁴.

Selon Flavio Amaral Garcia, le critère « activité-intermédiaire/activité-finale » est applicable aux « contrats administratifs de services, d'achats (ou fournitures) ou de travaux » soumis au régime général des appels d'offres à la concurrence réglementé depuis le 21 juin 1993 par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique¹⁶⁵. Il s'agit d'un critère qui ne doit pas être appliqué dans d'autres formes de contrat dits de collaboration, tel que des délégations de services publics et contrats de partenariat.

En réalité, il n'existe pas actuellement, dans l'ordonnement juridique brésilien, de normes fixant les critères « d'activité-finale » et « d'activité-intermédiaire ». Ceux-ci sont cependant délimités par la justice du travail (équivalent au Conseil de prud'hommes en France) à travers sa jurisprudence « Précédent¹⁶⁶ 256 », des 19, 20 et 21 nov. 2003¹⁶⁷, du Tribunal Supérieur du Travail – TST (organe suprême de la justice du travail au Brésil) substitué par le « Précédent 331 » - TST, du 27, 20 et 31 mai 2011.

¹⁶⁴ Luciano Ferraz observe que : « *Les activités matérielles peuvent être réalisées par une autre entreprise ; par ailleurs, les activités juridiques et les actes qui possèdent une charge d'autorité ne peuvent pas être l'objet de cette exécution indirecte puisque celles-ci doivent être pratiquées par les fonctionnaires publics [...]. Si l'activité est développée par le partenaire privé, c'est une "activité-finale", l'externalisation sera interdite ; lorsqu'il y a correspondance entre l'activité développée par le partenaire privé et les postes existants dans la structure de l'organe ou de l'entité publique, l'externalisation sera aussi interdite* ». (FERRAZ, Luciano, Terceirização, contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, in *"Boletim de Direito Municipal"*. São Paulo, v. 1, n° 1, jan. 2007, 8 p., sp. p. 2).

¹⁶⁵ AMARAL GARCIA, Flavio, A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública, in *"Revista de direito processual geral"* [en ligne], Rio de Janeiro, (65), 2010, 26 p., sp. pp. 95–114. Disponible sur : < http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50822.pdf/Revista65Doutrina_pg_95_a_114.pdf >.

¹⁶⁶ Le « Précédent » *en droit brésilien*, consiste dans une position de principe destinée à expliciter une solution jurisprudentielle déjà consolidée sur une question importante de droit. Elle est rendue par une cour de justice réunie dans sa formation la plus solennelle et est publiée dans le bulletin d'information officiel des actes du pouvoir judiciaire.

¹⁶⁷ D'après le Précédent 256 : « *Sauf en cas de travail temporaire et de service de surveillance prévus dans les Lois n° 6.019, du 3 janv. 1974, et 7.102, du 20 juin 1983, c'est illégal la formation de contrats de travail à travers d'entreprises tiers, en établissent la relation de travail directement avec le preneur du service* ».

Selon le Précédent n° 331, I : « *La formation de contrats de travail à travers une entreprise tiers est illégale, en établissant directement avec le preneur du service la relation de travail, sauf les cas de travail temporaire (Loi n° 6.019 du 03.01.1974)*¹⁶⁸ ».

Le 8 avr. 2015, la Chambre des Députés a voté le Projet de Loi n° 4.330, du 26 oct. 2004, visant à changer l'application du critère « activité-intermédiaire » et « activité-finale ». Selon ce Projet de Loi, les organes de l'administration indirecte¹⁶⁹, les entreprises privées, les professionnels libéraux et les producteurs ruraux pourront exercer son « activité-finale » dans le cadre d'une externalisation. Il s'agit d'un projet qui n'est pas applicable à l'administration directe, aux établissements publics et aux fondations publiques. C'est un projet polémique qui divise la société brésilienne et qui devra être soumis à l'approbation du Sénat fédéral (octobre 2016) et du Président de la République.

Sergio Pinto Martins précise que les expressions « activité-intermédiaire » et « activité-finale » ont été créées dans la sphère du droit du travail afin de différencier les activités directement connexes à des finalités institutionnelles de l'entreprise de celles qui sont simplement accessoires, auxiliaires à sa mise en œuvre¹⁷⁰.

Il propose une nouvelle classification, selon laquelle l'externalisation peut être nommée simplement licite ou illicite. Pour lui, l'externalisation dite licite existe lorsque les normes relatives aux droits sociaux des employés du partenaire privé de l'administration sont observées et qu'il n'existe pas de relation d'emploi entre ces employés et l'administration publique. Par ailleurs, l'externalisation illicite est celle relative au louage permanent de main-d'œuvre, au détriment de la pérennité relation de travail.

¹⁶⁸ Selon la Loi n° 6.019 du 3 janv. 1974, la durée d'un contrat de travail temporaire ne doit pas dépasser de trois mois.

¹⁶⁹ L'administration décentralisée s'appelle « administration indirecte » *en droit brésilien*. Selon le décret-loi 200, l'administration publique brésilienne comprend l'administration directe, constituée par les organes de la présidence de la République et par les ministères, et l'administration indirecte constituée par des entités dotées d'une personnalité juridique propre. Les entités de l'administration indirecte sont les *autarquias* (assimilés aux établissements publics français), les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les fondations publiques.

¹⁷⁰ MARTINS, Sergio Pinto, *A terceirização e o direito do trabalho*. 13^a ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2014, 188 p., sp. p. 130.

L'Instruction Normative (IN) n° 2 du 30 avr. 2008/SLTI, du Ministère de la Planification, Budget et Gestion (MPOG) cite les interdictions à l'externalisation et fixe la distinction entre externalisation de services et location de main-d'œuvre. D'après cette norme, l'externalisation de services est celle relative aux activités administratives d'appui, pour lesquelles la rémunération de l'employé est effectuée directement par l'entreprise privée prestataire de service public.

Dans le cas de location permanente de main-d'œuvre, l'objet du contrat passé entre l'administration et le prestataire privé n'est pas la prestation d'un service mais la fourniture de main-d'œuvre. Le professionnel qui exécute les services est managé par un agent public. Un tel contrat est manifestement illégal et inconstitutionnel car il correspond à une idée d'externalisation erronée¹⁷¹ puisqu'alors, les employés du prestataire privé sont directement subordonnés à l'administration publique au sein de laquelle ils exécutent le service. Cette illégalité découle du principe constitutionnel du concours public, prévue par l'art. 37, II, de la Constitution fédérale brésilienne¹⁷².

Il convient de souligner que le louage permanent de main-d'œuvre, bien qu'illicite, est fréquemment pratiqué *au Brésil* sous la forme de prestation de services spécialisés tels qu'encadrés par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique¹⁷³ ou sous la forme de travail temporaire, en présentant une fausse apparence de légalité.

Il est certain qu'en droit français et en droit brésilien la problématique concernant l'existence d'un noyau irréductible est constante. Les frontières entre les activités pouvant être externalisées et celles non déléguables sont incertaines, ce qui peut mener l'Etat à se concentrer sur son « cœur de métier », et à s'interroger sur ses missions prioritaires, en distinguant les tâches pouvant être détachables des fonctions régaliennes.

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Z., *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, 461 p., sp. p. 224.

¹⁷² Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

¹⁷³ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

b) Le principe du concours public

L'exigence du concours public est considérée comme un principe constitutionnel de l'administration publique brésilienne. Il s'agit d'un moyen technique qui permet à l'administration d'assurer d'autres principes, comme le principe de moralité, d'efficacité et d'adaptation du service public. Elle est également un moyen de garantir aux candidats l'égalité d'opportunités¹⁷⁴. Elle vise la sélection du meilleur candidat parmi les concurrents¹⁷⁵.

L'art. 37, I et II, de la Constitution fédérale brésilienne¹⁷⁶ ne distingue pas les activités nécessitant la réalisation d'un concours public. Il mentionne toutefois que les candidats à des postes ou à des emplois publics doivent se soumettre à des concours publics destinés à choisir le meilleur candidat pour intégrer l'administration, à l'exception des cas de nomination à des « postes en commission » (agents non-titulaires) déclarés de libre investiture et d'exonération *ad nutum*¹⁷⁷.

En ce qui concerne l'externalisation d'activités internes¹⁷⁸ et permanentes de l'administration, elles peuvent être considérées comme légales dès qu'elles n'affrontent pas le principe constitutionnel du concours public.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. p. 505.

¹⁷⁵ CAMMAROSANO, Márcio, *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo : RT, 1984, 112 p., sp. p. 82.

¹⁷⁶ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

¹⁷⁷ Comme l'explique Carolina Zancaner Zockun, les postes en commission sont ceux occupés par des agents non-titulaires, c'est-à-dire par des professionnels dits « de confiance » de l'administrateur public, lequel possède la liberté de choisir et d'exonérer le professionnel. (ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da Terceirização na administração pública*. São Paulo : Malheiros, 2014, 208 p., sp. p. 107). Au sujet des postes de confiance, la Cour des comptes brésilienne (TCU), à travers son Précédent n° 4387/2014, Première chambre, Rel. Walton Alencar Rodrigues mentionne que la transformation de poste public de confiance en poste public effectif, même s'il a été occupé pendant une longue durée, est illégale.

¹⁷⁸ Par « activité interne » s'entend une activité développée par l'administration, l'administration étant elle-même son propre destinataire.

Ainsi, l'externalisation est valable dans les cas d'augmentation des services ou de diminution du nombre d'agents publics titulaires de l'administration (par l'occurrence d'extinction de postes ou de fonctions publiques disponibles ou encore de fonctions publiques susceptibles d'externalisation). Ce besoin doit être notamment prouvé.

Il convient d'expliquer que les activités « internes et permanentes » sont celles nécessaires ou adéquates au fonctionnement de l'Etat. Elles ne constituent pas des services publics mais des formes « d'auto-services », de prestations à soi-même puisqu'alors, le prestataire et le bénéficiaire des services se fondent dans une même personne.

La Constitution fédérale mentionne que les seuls services peuvent être externalisés car les « auto-services » doivent être exécutés par les titulaires des postes publics¹⁷⁹ (analogue aux agents titulaires en France), d'emplois publics (analogues aux agents contractuels en Contrat à durée indéterminée - CDI¹⁸⁰) ou par des agents temporaires (en Contrat à durée déterminée - CDD¹⁸¹)¹⁸².

¹⁷⁹ Selon le Précédent n° 20 de la Cour Suprême (STF – Suprême tribunal fédéral) « *La démission d'un agent public titulaire demande l'instauration d'une procédure administrative en étant assuré la règle du respect du contradictoire* ».

¹⁸⁰ Les agents contractuels de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs (EPA), ont la qualité d'agents de droit public, indépendamment de la fonction exercée, conformément à la décision du TC. 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône c. Conseil des prud'hommes de Lyon (arrêt « Berkani »), n° 03000, Rec. Lebon ; AJDA 1996, 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux. En revanche, les agents contractuels des établissements publics industriels ou commerciaux (EPIC) ont la qualité d'agents de droit privé, à l'exception du directeur et du chef du service de comptabilité s'il a la qualité de comptable public. (CE. 26 janv. 1923, Sieur de Robert Lafrégeyre, n° 62529 ; CE. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau) ».

¹⁸¹ L'arrêt du CE. 30 sept. 2015, Mme. Courtois, n° 374015, Rec. CE, p. 733, mentionne que « *Les dispositions de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 prévoient que la durée totale de contrats à durée déterminée successifs ne peut excéder six ans et que, si l'autorité compétente entend les reconduire à l'issue d'une telle période, elle doit prendre une décision expresse et ne peut conclure avec l'agent qu'un contrat à durée indéterminée. Un contrat à durée déterminée (CDD) conclu, en méconnaissance de ces dispositions, pour une durée qui, compte tenu de la durée des contrats successifs précédemment conclus avec le même agent, conduit, en cours d'exécution du contrat, à dépasser la durée maximale d'emploi de six années n'est pas tacitement transformé en contrat à durée indéterminée (CDI)* ».

¹⁸² Selon Domingos Paiva de Almeida : « *Quant aux agents de l'administration, leur situation est assez proche de ce que connaît la France. Ainsi en effet, le régime de fonctionnariat est applicable non seulement aux agents qui occupent des fonctions d'autorité comme en Allemagne et en Italie, mais à une large gamme d'employés. La possibilité de recruter des contractuels au sein de l'administration centrale et des établissements publics (autarquias) est très encadrée, afin de lutter contre le népotisme et la corruption. En réalité, la Constitution fédérale exige que l'ensemble des agents du secteur public soient recrutés par voie de concours, notamment les agents contractuels de droit privé des entreprises publiques* ».

Les activités internes et permanentes de l'administration, parce qu'elles ne sont pas considérées comme des services publics, ne constituent que de simples instruments pour la réalisation d'autres finalités publiques, même si elles sont directement liées à la finalité publique poursuivie¹⁸³.

Dans ce contexte, survient la question de savoir si le détournement du principe constitutionnel du concours public au bénéfice de l'externalisation d'activités internes et permanentes devrait être considéré comme un acte d'improbité administrative¹⁸⁴.

Selon l'art. 11 de la Loi d'improbité administrative¹⁸⁵, les actes qui s'opposent aux principes de l'administration publique sont considérés comme des actes d'improbité administrative. Ainsi, une fois accepté l'argument d'improbité administrative, la responsabilité subjective de l'agent public responsable dans le choix de l'externalisation est donc engagée. Cette conduite doit être obligatoirement caractérisée comme une violation consciente de ses devoirs¹⁸⁶. Il est admis cependant la modalité d'improbité administrative basée sur la faute¹⁸⁷.

ayant la personnalité de droit privé (sociedade de economia mista), sous réserve des situations spécifiques prévues par le législateur. Par ailleurs, les Etats membres sont habilités à adopter leurs propres lois en matière de fonction publique, et de pensions et retraites de leurs agents, dans le respect des règles communes contenues dans la Constitution fédérale ». (PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* ». Sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p., sp. p. 59).

¹⁸³ ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da terceirização na administração pública*. São Paulo : Malheiros, 2014, 208 p., sp. p. 140.

¹⁸⁴ Selon le § 4° de l'art. 37 de la Constitution fédérale brésilienne, les actes d'improbité administrative apportent la suspension des droits politiques, la perte de la fonction publique, l'indisponibilité des biens et le remboursement de valeurs aux coffres publics, en plus des sanctions pénales. La question de l'improbité administrative a été régulée initialement par les Lois n° 3.164 du 1^{er} juin 1957 (Loi Pitombo-Godoi Ilha) et n° 3.502 du 21 déc. 1958 (Loi Bilac Pinto) : La première faisait référence au séquestre des biens acquis par l'agent public à travers abus de pouvoir en tant qu'agent public, en plus de sa responsabilisation criminelle en cas d'enrichissement illicite ; la deuxième a régulé le séquestre de biens et a défini les cas d'enrichissement illicite. Elles ont été révoquées par la Loi n° 8.429 du 2 juin 1992 (Loi du « *Colarinho Branco* »).

¹⁸⁵ Loi n° 8.429 du 2 juin 1992.

¹⁸⁶ ALMEIDA PRADO, Francisco Octávio de, *Improbidade administrativa*. São Paulo : Malheiros, 2001, 242 p., sp. p. 37.

¹⁸⁷ OSORIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*. 2^a ed. São Paulo : RT, 2005, 560 p, sp. p. 87.

Actuellement au Brésil, la réalisation des concours publics est destinée à l'exécution d'activités qui exigent des candidats les niveaux d'études secondaires (équivalent au lycée en France) ou universitaires. D'autres activités sont fréquemment exécutées *via* l'externalisation de services. Les partenaires privés sont alors sélectionnés par des marchés publics de services ou à travers la formation de contrats de travail temporaire (analogues aux contrats à durée déterminée, le CDD français) prévus par l'art. 37, IX, de la Constitution fédérale brésilienne.

c) Le travail temporaire et les Précédents n° 256 et n° 331, I, du Tribunal Supérieur du Travail au Brésil

En 1986, le Tribunal Supérieur du Travail brésilien (TST) a approuvé le Précédent n° 256 qui a délimité les hypothèses d'externalisation au sens restreint. Selon ce Précédent, la formation de contrat à travers une entreprise tiers était illégale, étant le lien d'emploi formé directement avec le bénéficiaire de ces services ; sauf en cas de travail temporaire¹⁸⁸ et de service de surveillance bancaire¹⁸⁹.

En 1993, ce Précédent a été annulé et remplacé par le Précédent n° 331. En mai 2011, la rédaction du Précédent n° 331 a été à nouveau changée. Cependant, les dispositions relatives au travail temporaire ont été maintenues. Contrairement au Précédent n° 256, le Précédent n° 331 fait mention expresse de l'externalisation dans les services publics.

D'après ce dernier, la formation de contrat de travail à travers une entreprise tiers est illégale, en raison du lien d'emploi formé directement avec le bénéficiaire des services, sauf en cas de travail temporaire.

¹⁸⁸ Loi n° 6.019 du 3 janv. 1974.

¹⁸⁹ Loi n° 7.102 du 20 juin 1983.

Il précise également que la formation irrégulière de contrat avec une entreprise tiers ne crée pas de lien d'emploi entre les salariés du partenaire privé et l'administration publique. En outre, la formation de contrat pour la prestation de services de surveillance, de conservation et nettoyage, ainsi que des services spécialisés liés à « l'activité-intermédiaire » du bénéficiaire des services ne génèrent pas des liens d'emploi dès que les critères d'*intuitu personae* et de subordination directe sont absents.

Le Précédent n° 331 a pourtant défini quatre hypothèses d'externalisation licites : Le travail temporaire, le service de surveillance, le service de conservation et nettoyage et le service spécialisé relatif à « l'activité-intermédiaire » du bénéficiaire des services.

La définition de travail temporaire et d'entreprise de travail temporaire est donnée par la Loi n° 6.019 du 3 janv. 1974 précédemment mentionnée. Selon cette Loi, le travail temporaire est défini comme celui fourni par une personne physique à une personne morale de droit public ou de droit privé, destiné à substituer temporairement le personnel régulier et permanent du contractant (congés maternités, arrêts maladies etc.) ou en cas d'augmentation extraordinaire des services, *in exemplis*, les ventes de Noël et de Pâques.

L'entreprise de travail temporaire est la personne physique ou morale urbaine, dont l'activité consiste en mettre à disposition d'autres entreprises, temporairement, des travailleurs qualifiés, qu'elle rémunère et dirige¹⁹⁰.

La principale caractéristique du contrat de travail temporaire est sa durée de trois mois. Elle est fixée par l'art. 10 de la Loi du travail temporaire et peut être prorogée pour trois mois avec l'autorisation du Ministère du Travail et de l'Emploi, jusqu'à une durée maximale de six mois.

En ce qui concerne le cas de substitution temporaire du personnel régulier et permanent, la récente *Portaria* n° 789 du Ministère du Travail et de l'Emploi, publiée le 2 juin

¹⁹⁰ Il faut souligner que le fonctionnement de l'entreprise de travail temporaire est dépendant d'un enregistrement dans le Ministère du Travail et de l'Emploi.

2014, a établi que le contrat de travail temporaire peut être prorogé jusqu'à un total de neuf mois. La durée des contrats temporaires relatifs à l'augmentation extraordinaire des services n'a pas été modifiée¹⁹¹.

Dans tous les cas, pour proroger le contrat de travail, l'entreprise prestataire de services a besoin d'une autorisation du Ministère du Travail et de la Prévoyance Sociale brésilien, sans laquelle toute prorogation est tenue pour illégale.

Pour l'administration publique les délais de prorogation du contrat de travail temporaire varient selon l'activité concernée. Pour l'administration publique fédérale, les établissements publics fédéraux et les fondations publiques fédérales, la norme applicable est la Loi n° 8.745 du 9 déc. 1993.

Conformément à cette Loi, la formation de contrat temporaire est admise en cas de calamité publique, d'urgence en santé publique, d'admission de professeur substitut, visitant ou étranger, de sécurité agricole et d'élevage de bétail, d'assistance à la santé dans des communautés indigènes, de recensement démographique, entre autres cas.

Afin de mieux comprendre le sujet, il importe de préciser que dans l'administration brésilienne, les agents publics administratifs constituent des serviteurs publics, des employés publics ou des agents temporaires¹⁹².

¹⁹¹ Selon le Précédent n° 1521/2016, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Benjamin Zymler, dans les entreprises privées, l'externalisation des activités liées aux catégories fonctionnelles prévues par le plan de postes de l'entreprise ou d'« activité-intermédiaire » avec subordination directe et *intuitu personae* ou d' « activité-finale » est irrégulière.

¹⁹² Domingos Paiva de Almeida mentionne « *En ce qui concerne les agents publics, l'application du droit administratif français a aussi une portée très large. Les agents publics sont en effet l'ensemble des agents titulaires et non titulaires qui, de manière continue, assurent le fonctionnement de l'administration. Ils constituent la plus grande partie du personnel de l'administration et sont soumis à un régime de droit public (statutaire pour les titulaires et contractuel de droit public pour les non titulaires). Le droit commun du travail s'applique uniquement dans certaines situations ciblées, comme celle des personnels des établissements publics qui gèrent un service public industriel ou commercial (EPIC)* ». (PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* ». Sous la direction de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488 p., sp. p. 58).

Le serviteur public est l'agent administratif assujéti au régime statutaire. Il peut être titulaire du poste qu'il occupe à la suite de la réussite à un concours public ou parce qu'il a obtenu la confiance d'un employeur public¹⁹³ (à l'intérêt d'un emploi fonctionnel en France). L'employé public est celui qui occupe un emploi public et qui est assujéti au régime juridique contractuel (régé par le Code du travail brésilien). Le travailleur temporaire est embauché un temps certain pour subvenir à un besoin temporaire d'intérêt public. Le régime imposé est celui de contractuel, sans relation avec un poste ou un emploi public.

Il est impératif de souligner que contrairement aux entreprises prestataires de services à tiers (cas de l'externalisation au sens restreint), l'entreprise de travail temporaire transfère au contractant pendant la durée du contrat de travail de son employé, le pouvoir de direction, technique et disciplinaire exercé sur celui-ci.

Cet employé peut être destiné à exécuter des « activités-intermédiaires » comme des « activités-finales » du contractant ce qui différencie nettement le travail temporaire de l'externalisation au sens restreint.

¹⁹³ *Au Brésil*, le « népotisme » consiste dans la pratique par laquelle une autorité publique nomme dans sa hiérarchie, quelqu'un de sa famille ou de son entourage à un poste public, au détriment du mérite et de l'intérêt public. Selon la Résolution n° 7, du 18 oct. 2005, du Conseil National de Justice, la pratique du népotisme dans l'administration publique est expressément condamnée. Dans le même sens, le Précédent n° 13 de la Cour Suprême fédérale rejoint cette disposition en affirmant que la nomination de conjoint, compagnon ou familial en ligne droite, collatérale ou pour affinité, jusqu'au troisième degré (inclus), de l'autorité ou de serviteur de la même personne juridique investi en poste de direction ou de conseil, pour l'exercice de poste dit « commissionné » ou de « confiance » ou encore, de fonction gratifiée dans l'administration publique directe et indirecte dans quel que soit le Pouvoir de l'Union, des Etats, du district fédéral et des communes, constitue un acte de népotisme.

Chapitre 2. La relation tripartite entre l'administration, son partenaire privé et l'employé salarié de celui-ci et la responsabilité subsidiaire de l'administration

L'externalisation consiste désormais en une forme de relation exceptionnelle qui exige prudence, tant du point de vue économique que du point de vue juridique.

Economiquement, elle compromet la planification de la productivité, de la qualité et des dépenses financières. Juridiquement, elle peut impliquer la reconnaissance du lien de travail entre l'employé du prestataire de services privés (Section 1) et l'administration publique, bénéficiaire des services en cas de fraude ou de responsabilité subsidiaire (Section 2).

Section 1. La formation d'une relation tripartite et la question de la subordination avec l'administration publique brésilienne

Dans la législation brésilienne, force est de constater l'existence d'une relation juridique tripartite entre l'administration publique, le partenaire privé et l'employé du partenaire privé - étant donné qu'il existe trois entités dans cette relation juridique.

La première relation lie l'employé du partenaire privé et l'administration, en établissant une relation juridique de travail économique, la deuxième lie l'employé du partenaire privé et le partenaire privé, en établissant une relation juridique d'emploi et, enfin, la troisième lie le partenaire privé et l'administration publique, en configurant une relation juridique contractuelle.

En ce qui concerne la relation juridique de l'administration avec l'employé de l'entreprise privée, la subordination directe à l'Etat et l'*intuitu persone* sont deux restrictions essentielles au contrat de travail dans le cadre d'une externalisation au sens restreint.

Il importe de souligner que ces deux restrictions ne doivent pas figurer dans la relation de travail. Le contrat de travail pourra être requalifié et ainsi engager l'administration publique subsidiairement en cas de défaillance du prestataire privé.

La question de la subordination est délicate à gérer¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Pour reprendre les termes de Jean Waline : « *La gestion du service public. C'est le point plus délicat. En effet, s'il subsiste toujours, sur la gestion, un pouvoir effectif au profit de l'autorité publique, la subordination qui en résulte comporte des degrés. Le service peut relever directement et exclusivement de l'autorité. Mais celle-ci peut, à l'inverse, se décharger sur une personne privée de la gestion courante et se borner à intervenir sur quelques points essentiels. A la limite, on passe par transition insensible du "droit de dernier mot" que l'autorité exerce sur le service public, même confié à un particulier, ou "déléguée" à celui-ci, au simple pouvoir de contrôle qu'elle se réserve sur certaines activités privées* ». (WALINE, Jean, *Précis de droit administratif*. 25^e éd. Paris : Dalloz, 2014, 768 p., sp. p. 382).

Elle est envisagée par l'art. 10 de l'Instruction Normative (IN) n° 2 du 30 avr. 2008/SLTI, du Ministère de la Planification, Budget et Gestion (MPOG). Selon cette norme, il est interdit à l'administration ou à ses agents de pratiquer des actes d'ingérence dans l'administration de son cocontractant (comme exercer le pouvoir de direction sur ses employés), diriger l'embauche des candidats pour travailler pour le cocontractant, promouvoir ou accepter le changement de fonctions des employés du cocontractant, ou considérer ces employés comme des agents éventuels de l'administration.

Dans ce sens, comme l'indique Di Pietro « [...] *si l'Etat donne des ordres directs à l'employé et non à l'entrepreneur, alors il exerce un pouvoir disciplinaire [...] traduisant une subordination actuelle et directe* »¹⁹⁵.

L'auteur ajoute que la validité de l'externalisation dans le contexte de l'entreprise, ne doit pas présenter d'éléments pertinents à la relation de travail de l'employé du partenaire privé, notamment l'élément subordination¹⁹⁶ et que l'administration ne peut pas être considérée comme le supérieur hiérarchique mais comme un intermédiaire ; le partenaire privé ayant une totale autonomie de relation avec ses employés.

Elle résume qu'en fait, l'externalisation au sens restreint implique un partenariat entre les parties, avec la division des services et des responsabilités de chaque côté. Dans ce contexte, il est nécessaire de faire la distinction entre la subordination juridique qui embauche, licencie, transfère et donne des ordres, et la subordination technique mise en évidence par le fait de donner des ordres techniques sur la façon dont le service doit être exécuté, surtout lorsqu'il est réalisé au sein de l'administration publique.

Concernant la relation juridique de travail formé entre le prestataire privé de services et son personnel, il convient de garder à l'esprit que le contrat de travail est réalisé entre l'employé salarié et le partenaire privé fournisseur de services.

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Z., *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, 461 p., sp. p. 216.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

L'administration publique intègre cette relation tripartite à l'égard de l'emplacement et de l'utilisation des services, et non par l'emploi ou la formation d'un lien juridique avec le partenaire privé, puisque la relation de l'administration avec le partenaire privé est régie par le droit civil et non par le Code du travail (CLT).

D'autres auteurs ont également publié sur le sujet de la relation tripartite établie entre l'administration publique, le partenaire privé et l'employé salarié de celui-ci¹⁹⁷. Parmi eux, Gabriela Neves Delgado précise que :

« L'externalisation de services installe une relation trilatérale qui permet à l'administration publique (entreprise cliente) de décentraliser et de déléguer ses activités accessoires (activité-intermédiaire), à des partenaires privés (entreprises fournisseurs de services), avec le recours à la main-d'œuvre externalisée (employé externalisé), qui, d'un point de vue administratif, est considérée comme un instrument facilitateur pour la viabilité de la production mondiale, liée au paradigme de l'efficacité dans les entreprises »¹⁹⁸.

De cette façon, si les règles relatives aux relations établies entre l'administration publique et le partenaire privé sont respectées, la responsabilité subsidiaire de l'administration ne viendra pas à être soulevée.

¹⁹⁷ Liduina Araújo Campos mentionne : « [...] il existe trois types de relations juridiques : la première implique l'entreprise qui fournit le service et la société qui l'utilise (il s'agit d'une relation juridique d'ordre civil) ; la deuxième relation juridique implique les travailleurs et l'entreprise qui fournit les services (c'est-à-dire, la mise en place d'une relation de travail) et, enfin, la troisième implique une relation de travail qui existe entre l'employé et la société bénéficiaire des services ». (CAMPOS, Liduina Araújo, Terceirização de serviços públicos, in "Boletim Jurídico" [en ligne]. 2006, a. 4, n° 190. Disponible sur : < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1470> >).

¹⁹⁸ DELGADO, Gabriela Neves, *Terceirização : paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. 1^a ed. São Paulo: LTr, 2003, 201 p., sp. p. 142.

Section 2. La problématique relative à la responsabilité subsidiaire de l'administration publique brésilienne

En droit brésilien, il n'existe pas de consensus quant au sens des termes de « responsabilité de l'administration publique » et de « responsabilité d'Etat ». La doctrine traditionnelle brésilienne utilise le terme « responsabilité d'Etat ». Néanmoins dans cette étude il lui a été préféré le terme « responsabilité de l'administration publique », vu que la responsabilité est ici envisagée comme une obligation issue des actes de l'administration et non d'Etat en tant qu'entité politique.

Cette idée est défendue par Hely Lopes Meirelles qui affirme :

*« Les actes politiques, en principe, ne génèrent pas la responsabilité civile [...]. Plus approprié est, pourtant, de parler de responsabilité de l'administration publique en tant que responsabilité d'Etat, dont découle l'obligation d'indemniser »*¹⁹⁹.

Concernant la responsabilité²⁰⁰ de l'administration, *le droit brésilien* a connu deux périodes distinctes. La première a été celle relative à la théorie de la responsabilité subjective de l'Etat, prévue à l'art. 179, n° 29, de la Constitution de l'Empire du 25 mars 1824 et par le Code civil de 1916. Ce dernier texte affirme que les agents publics sont strictement responsables des abus et des carences pratiqués dans l'exercice de leurs fonctions.

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. p. 530.

²⁰⁰ L'origine du mot « responsabilité » selon Paulo Affonso Leme Machado en citant Michel Villey, vient du latin, plus précisément « *“Respondere” amène à “sponsio”, institution qui possédait une place centrale dans le droit romain arcaïque, et à “sponderev”. Le “sponsor” était un débiteur : l'homme qui, dans le dialogue de la stipulation, par une réponse affirmative à la question du “estipulant”, future créancier, était engagé dans une future prestation. Le “responsor” était spécialement la caution ; dans un second échange de mots, il s'est obligé à répondre sur la dette principale d'autrui* ». (VILLEY, Michel, Esquisse historique sur le mot responsable, in « *La responsabilité à travers les âges* », Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1977, 14 p., sp. pp. 45-58, *apud* MACHADO, Paulo Affonso de Leme, *Direito ambiental brasileiro*. 20^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, 1280 p., sp. p. 400).

La deuxième période a été celle relative à la théorie de la responsabilité objective de l'Etat²⁰¹. La Constitution de 1946 a adopté cette théorie, qui a été confirmée et maintenue par l'art. 37, § 6° de la Constitution fédérale de 1988, tel qu'il est interprété par la jurisprudence.

Selon cet article, les personnes juridiques de droit public et celles de droit privé, prestataires de services publics, doivent répondre des dommages causés à des tiers²⁰², tout en étant assurés d'un droit de recours contre le responsable en cas de dol ou de faute²⁰³.

L'expression « agent public » englobe également les particuliers collaborant avec l'administration. L'on identifie ici les prestataires privés de services publics.

²⁰¹ D'après Lúcia Valle do Figueiredo : « Dans l'article 82 de la Constitution de 1891 [...] ainsi que l'obligation du fonctionnaire, à travers un engagement formel pendant la cérémonie d'assermentation, d'accomplir ses devoirs légaux. A son tour, la Loi fédérale n° 221, de 1894, a admise, implicitement, l'obligation à l'Etat d'indemniser les préjudices causés par les actes de ses agents. L'article 15 du Code civil a attribué la responsabilité aux personnes juridiques de droit public des dommages causés par ses représentants. Le Décret n° 24.216, du 09/05/34, a éloigné la responsabilité de l'Etat, en acceptant son application seulement dans l'hypothèse où le fonctionnaire qui a causé le dommage est préservé. Toutefois, la Constitution de 1934, dans son article 171, a attribué la responsabilité solidaire à l'Etat et au fonctionnaire. Cela a été maintenu par la Constitution de 1937. Finalement, dans la Constitution de 1946, il est possible de constater l'existence de la responsabilité objective, telle qu'elle est connue aujourd'hui. Il était aussi prévu par le paragraphe unique de l'article 194 du devoir de l'Etat de poursuivre de façon régressive le fonctionnaire qui avait agi avec dol ou faute. [...] La rédaction des Constitutions de 1967 et son amendement n° 1, et l'article 107 prévoient également cette règle ». (FIGUEIREDO, Lúcia Valle, O devida processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, in "Revista Diálogo Jurídico" [en ligne], 2002, n° 13, Salvador – Bahia – Brasil, 21 p., sp. p. 8). Disponible sur : <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>.

²⁰² Selon le Précédent n° 1637/2016, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Benjamin Zymler, le salarié d'entreprise privée partenaire de l'administration publique peut être sanctionné pour des dommages causés aux coffres publics du TCU. Pour cela, l'identification des éléments suivants est obligatoire : action ou omission de l'agent public, relation de causalité entre l'action du responsable et du dommage causé, dol et faute grave du salarié. D'après le Précédent n° 7468/2014, Première chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Benjamin Zymler, le privé peut être individuellement responsabilisé pour des dommages causés aux coffres publics, indépendamment de la confirmation de son actuation conjointe à un agent public.

²⁰³ Les anomalies des actes, des comportements ou des fonctionnements defectueux d'une activité ou d'un service public, d'où résulte un dommage pour un tiers, peuvent engendrer la responsabilité de l'administration publique.

Ainsi, la particularité principale du régime applicable à l'administration brésilienne consiste en fait dans la reconnaissance et l'application du principe de la responsabilité objective, à savoir la responsabilité sans faute, de l'administration.

En ce sens, *le droit brésilien se distingue du droit français* en ne faisant pas de séparation absolue entre le régime de responsabilité administrative et le régime de responsabilité civile.

La théorie de la responsabilité objective prévoit que la victime est dispensée de présenter des preuves de la responsabilité directe ou indirecte de l'administration. Néanmoins, cette responsabilité, même si elle est objective, est dépendante d'une conduite, d'un lien de causalité et d'un dommage. La preuve de l'existence de ce lien de causalité est une question délicate²⁰⁴ car la responsabilité de l'administration, non liée à des facteurs subjectifs, peut être affirmée indépendamment de la preuve de sa faute²⁰⁵.

La responsabilité de l'administration publique n'est évidemment pas toujours objective ou primaire. C'est le cas lorsque plusieurs personnes juridiques exercent leur activité en conséquence d'une relation juridique qui les lie au Pouvoir public, quel que soit le titre juridique de cette relation. C'est le cas pour l'administration indirecte²⁰⁶, les prestataires de services publics par délégation (concessionnaires et permissionnaires de services publics) mais également pour les prestataires privés de services publics qui exécutent des œuvres et des services en application d'un contrat administratif.

²⁰⁴ CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade Civil : doutrina e jurisprudência*. 2^a ed. São Paulo : Saraiva, 1988, 679 p., sp. p. 376.

²⁰⁵ L'art. 70 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 mentionne également que le cocontractant de l'administration est responsable des dommages causés directement à celle-ci ou à des tiers, résultants de sa faute ou dol dans l'exécution du contrat. Cette responsabilité n'est pas exclue ou réduite par un manquement de contrôle exercé par l'organe de l'administration intéressé.

²⁰⁶ L'administration décentralisée s'appelle « administration indirecte » *en droit brésilien*. Selon le décret-loi 200, l'administration publique brésilienne comprend l'administration directe, constituée par les organes de la présidence de la République et par les ministères, et l'administration indirecte constituée par des entités dotées d'une personnalité juridique propre. Les entités de l'administration indirecte sont les *autarquias* - assimilés aux établissements publics français, les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les fondations publiques.

La responsabilité objective s'oppose à la responsabilité subjective qu'elle requiert, pour sa mise en œuvre, l'existence de la preuve du dol ou de la faute²⁰⁷ qui doit refléter la négligence, l'imprudence ou encore la faute de mise en danger délibérée d'autrui²⁰⁸. Ceux-ci sont désormais traités par le Précédent n° 331, IV, du Tribunal Supérieur du Travail (TST).

Comme conséquence de la mauvaise gestion des contrats d'externalisation pendant les dernières décennies, l'administration brésilienne a été condamnée à payer des charges salariales et de sécurité sociale à la place de ses prestataires privés.

Cette situation a conduit l'Etat à revoir la règle donnée par le n° IV du Précédent n° 331²⁰⁹, du Tribunal Supérieur du Travail (TST). En mai 2011 une nouvelle rédaction dont le principal objectif était de diminuer les risques concernant le paiement des charges salariales et de sécurité sociale par l'administration publique à la place de ses partenaires privés a été publiée.

²⁰⁷ En langue portugaise du Brésil *negligência, imprudência* et *imperícia* de l'agent public.

²⁰⁸ « La négligence constitue une faute non intentionnelle consistant à ne pas accomplir un acte qu'on aurait dû accomplir, quasi-délit source de responsabilité civile (C. civ. A. 1383) ou parfois pénale ; la imprudence c'est une espèce de faute non intentionnelle (quasi-délit), source de responsabilité civile (C. civ. A. 1383) ou pénale, qui se distingue de la négligence par l'initiative qu'elle suppose (acte d'imprudence : excès de vitesse, escalade, etc.) ; l'expertise consiste dans un avis technique sans porter d'appréciation d'ordre juridique (CPC, a. 263, s.) ». (CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant. Paris : Quadrige, PUF, 1095 p., sp. pp. 676, 524 et 435).

²⁰⁹ Selon le Précédent n° 331 du TST : « I – La contractualisation de travailleurs à travers une entreprise tiers est illégale, en produisant un lien direct avec le contractant des services, sauf en cas de travail temporaire (Loi fédérale n° 6.019, du 03 jan. 1974). II – La contractualisation irrégulière de travailleurs, à travers une entreprise tiers, ne gère pas des liens d'emploi avec les organes de l'administration publique directe, indirecte ou des fondations (art. 37, II, de la Constitution fédérale de 1988). III – Les services de conservation et nettoyage et de surveillance ne gèrent pas les liens d'emploi avec le contractant de ces services (Loi fédérale n° 7.102, du 20 juin 1983), et également les services spécialisés liés à l'activité-accessoire du contractant, dès qu'inexistent les critères de personnalité et de subordination directe. IV – La violation des obligations sociales par l'employeur implique la responsabilité subsidiaire de l'Etat quant à ses obligations, à condition qu'il ait participé à la poursuite judiciaire et qu'il ait également été condamné par une sentence judiciaire. V - Les membres des entités de l'administration publique, directe et indirecte répondent de façon subsidiaire sous les mêmes conditions que dans le n° IV, si sa culpabilité est reconnue conformément à la Loi nationale n° 8.666 du 21.06.1993, notamment pour l'exécution des obligations contractuelles et légales du prestataire privé. La responsabilité susmentionnée ne se pose pas du simple défaut des obligations contractées par le prestataire privé. VI - La responsabilité des services de l'Etat couvre toutes les sommes découlant de la condamnation relative à la période de travail ».

Selon ce Précédent, les contrats signés entre une entreprise privée et ses salariés ne créent pas directement des liens d'emploi avec l'administration qui bénéficie des services du prestataire privé (comme l'indique l'art. 37, II, de la Constitution fédérale de 1988) ; sauf dans l'hypothèse de travail temporaire encadré par la Loi n° 6.019, du 3 janv. 1974.

La règle fixée par ce Précédent s'applique plus précisément aux services de conservation, de nettoyage et de surveillance prévus par la Loi n° 7.102, du 20 juin 1983, dits services spécialisés liés à l'activité accessoire de l'administration publique. Les critères de personnalité et de subordination directe²¹⁰ doivent être obligatoirement absents.

La nouvelle rédaction du Précédent n° 331, IV, a changé la règle de la responsabilité objective de l'administration publique donnée par l'art. 71 de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique²¹¹. Selon cette règle, le prestataire privé de services publics était responsable du paiement des charges salariales, liées à la sécurité sociale²¹², commerciales issues de l'activité développée au sein de l'administration.

Conformément à la nouvelle rédaction du Précédent, la responsabilité du non-paiement des charges relatives à la sécurité sociale par le prestataire privé est solidairement transférée à l'administration publique²¹³. Cette dernière ne peut pas échapper à toute

²¹⁰ En droit social brésilien, la personnalité et la subordination directe constituent des points clés pour définir une relation de travail entre un salarié et son employeur.

²¹¹ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

²¹² Loi n° 8.212 du 24 juill. 1991.

²¹³ Selon l'art. 71 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, le cocontractant est responsable des charges salariales, de la sécurité sociale, tributaires et commerciales résultantes de l'exécution du contrat. Le non-paiement par le cocontractant des charges sociales, tributaires et commerciales ne transfère pas à l'administration publique la responsabilité pour son paiement, ni grave pas l'objet du contrat ou restreint la régularisation et l'usage des œuvres et édifications, inclus en relation à l'office notarial. L'administration publique répond solidairement avec le cocontractant pour les charges de sécurité sociale issues de l'exécution du contrat, dans les termes de l'art. 31 de la Loi n° 8.212, du 24 juill. 1991.

forme de responsabilité²¹⁴. Ainsi, les préjudices causés par les prestataires privés de services publics à ses salariés doivent, en principe, être réparés par l'entité publique bénéficiaire de la prestation de ces services. C'est la sécurité juridique du salarié qui est protégée²¹⁵.

Dans le cas de l'externalisation au sens restreint²¹⁶, l'administration ne rend pas directement le service mais en externalise la prestation, étant la bénéficiaire des services. Pour cette raison, elle assume les risques relatifs au paiement des charges salariales (responsabilité subsidiaire) et de sécurité sociale (responsabilité solidaire) dues aux salariés de son prestataire privé.

Il convient de souligner que cette responsabilité ne désigne pas une responsabilité contractuelle car l'administration ne possède pas une relation juridique contractuelle avec le tiers qui a souffert du préjudice. Le fait à l'origine du préjudice est ici la conduite fautive de l'administration qui n'a pas accompli son devoir de surveillance quant aux conditions fixées par le contrat. Ainsi, en cas de dommage, la règle de la responsabilité subjective doit être appliquée pour voir la responsabilité de l'administration engagée.

La responsabilité subjective ou subsidiaire de l'administration publique est pourtant basée sur la faute *in eligendo* et sur la faute *in vigilando*. Il s'agit d'une responsabilité indirecte, par le fait d'un tiers, basée sur l'idée d'une faute présumée *in eligendo* ou *in vigilando*.

La faute *in eligendo* est fondée sur le choix du prestataire privé à travers la procédure du marché public. La faute *in vigilando* est fondée sur la mauvaise gestion par

²¹⁴ Le fondement d'une telle affirmation se justifie par le fait que l'administration peut aussi répondre par des dommages qui ne sont pas gérés pour son actuation directe et immédiate mais par des événements qui sont à l'origine d'une situation susceptible de causer un dommage.

²¹⁵ Il convient d'expliquer que le non-paiement des charges de sécurité sociale par le cocontractant de l'administration constitue un crime de « détournement de fonds », prévu à l'art. 168 - A du Code pénal brésilien dont la peine est de deux à cinq ans de réclusion, en plus du paiement d'une amende.

²¹⁶ Les sociétés d'économie mixte et les entreprises publiques qui exécutent des activités économiques sont soumises à la théorie de la responsabilité subjective.

l'administration des obligations contractuelles de son partenaire privé. Parmi ses obligations se trouve le respect des lois du droit du travail et de sécurité sociale.

La culpabilité de l'administration est de cette façon reconnue uniquement s'il est constaté une carence coupable de sa part en matière de surveillance de l'accomplissement des obligations salariales et de sécurité sociale du prestataire privé²¹⁷, qui doit être manifestement prouvée.

La simple violation de ces obligations par le prestataire privé n'est pas suffisante pour imputer la responsabilité subjective (subsidaire) à l'administration publique²¹⁸. Cette

²¹⁷ En 2008, la Cour des comptes fédérale (TCU) a publié l'énoncé n° 2254/2008, Assemblée, selon lequel : « *Responsabilité solidaire : En cas de non possibilité de paiement, le créancier peut poursuivre tant le débiteur, comme le bénéficiaire ; tous les deux pourront être responsabilisés par la totalité de la dette* ».

²¹⁸ La décision prononcée par le Tribunal Supérieur du Travail (TST), dans l'appel « *RECURSO DE REVISTA* » RR 19471920105030103 1947-19.2010.5.03.0103, interposé par le deuxième débiteur SESI, externalisation au sens restreint dans les services publics : « *Article 71, §1°, de la Loi nationale n° 8.666 du 21 juin 1993 et responsabilité subsidiaire de l'entité publique pour les obligations de son cocontractant. Possibilité, en cas de faute "in vigilando" de l'entité ou organe public contractant, dans les termes de la décision du STF prononcée dans la ADC n° 16-DF et par l'incidence des articles 58, n° III, et 67, §1°, de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique, article 186 et 927, entête, du Code civil. Matière infra constitutionnelle et de pleine observance du Précédent n° 10 et de la décision prononcée par le Suprême tribunal fédéral dans l'ADC n° 16-DF. Précédent n° 331, n° IV et n° V, du Tribunal supérieur du travail. Le Suprême Tribunal Fédéral a décidé que l'efficacité de tous et effet contraignant (art. 102, §2°, de la Constitution fédérale), en jugent l'action déclaratoire de constitutionnalité n° 16-DF, qui est constitutionnel l'article 71, §1°, de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique (Loi n° 8.666/93), dans la rédaction qui l'a donné l'article 4° de la Loi n° 9.032/95, en ayant pour conséquence que le simple non-respect des obligations concernant le droit du travail causés par l'employeur des salariés – cocontractant de l'administration publique, après appel d'offres régulière, pour la prestation de services de nature continue, ne nécessite pas de cette dernière, de façon automatique et quel que soit l'hypothèse, sa responsabilité principale et contractuelle par la satisfaction de ces droits. Cependant, comme a été également décidé par la même section de jugement du STF, cela ne signifie pas que, dans certains cas concrets basés sur des éléments factuels probatoires décrits dans le processus et dus à l'interprétation systématique des préceptes légaux en combinaison avec d'autres normes infra constitutionnelles également appliquées à son controverse (spécialement les articles 54, §1°, 55, n° XIII, 58, n° III, 66, 67, entête et son §1°, 77 et 78 de la même Loi nationale n° 8.666/93 et les articles 186 et 927 du Code civil, tous accessoirement applicables au domaine du droit du travail par force du paragraphe unique de l'article 8° du Code du travail), ne peut pas identifier la présence de la faute "in vigilando" dans la conduite par carence de l'entité publique contractante, qui n'a pas correctement effectué son devoir de contrôle de l'accomplissement des tâches par le cocontractant, des obligations concernant le droit du travail, [...] tout cela a été consacré par le Tribunal Supérieur du Travail, qui a procédé au nouvel examen du Précédent n° 331, dans sa section extraordinaire réalisée le 24/5/2011 (décision publiée par le Journal Electronique de la Justice du Travail du 27/05/2011, p. 14 et 15), en attribuant une nouvelle rédaction au n° IV et en ajoutant un nouveau n° V, dans les termes suivants : PRECEDENT N° 331 - CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICES. LEGALITE [...] IV – Le non-respect par l'employeur des obligations relatives au droit du travail implique la responsabilité subsidiaire du contractant de ces services (administration publique)*

culpabilité doit être reconnue par une sentence judiciaire. Elle englobera toutes les sommes relatives à la période de travail de l'employé du partenaire privé. Toutefois, les employés du partenaire privé peuvent également engager la responsabilité solidaire de l'administration publique²¹⁹.

La responsabilité solidaire peut être définie comme « [...] *la liaison de plusieurs personnes à la satisfaction d'une obligation juridique, en permettant au créancier le choix, parmi eux, du responsable par le paiement total ou partiel auquel il a droit* »²²⁰. Elle permet au créancier d'exercer un choix parmi ses débiteurs²²¹.

La différence entre responsabilité solidaire²²² et responsabilité subsidiaire²²³ est très importante dans le cadre de cette étude²²⁴, notamment en ce qui concerne l'ordre de préférence imposé par la justice du travail pour l'exécution des débiteurs.

quant à ces obligations, dès qu'il participe de la relation processuelle et qu'il soit également condamné par le titre exécutif de la justice. V – Les entités intégrantes de l'administration publique directe et indirecte répondent subsidiairement dans les mêmes conditions prévues par le n° IV, dans le cas où soit mise en évidence sa conduite coupable dans l'accomplissement des obligations de la Loi nationale n° 8.666, du 21.06.1993, spécialement à la supervision des obligations contractuelles et légales de l'entreprise prestataire des services. Cette responsabilité ne découle pas du simple défaut à l'accomplissement des obligations concernant le droit du travail assumées par l'entreprise cocontractante. Face aux fondements constants de la décision attaquée, le Tribunal Régional, en condamnant subsidiairement la partie qui propose l'appel et en considérant que l'application du n° III du Précédent n° 331 do TST – n'exclut pas la responsabilité fondée sur la faute "in eligendo" et "in vigilando" de l'administration publique, prévue par le n° IV, [...], condamne la partie qui procède à l'appel la responsabilité subjective, par lesquelles il n'est pas dispensable la faute en relation au dommage, ce qui se révèle harmonieux avec le 1^{er} § de l'article 71 de la Loi fédérale n° 8.666/93 et avec le Précédent n° 331, IV, du TST, puis la responsabilité subsidiaire de l'administration publique par les crédits du tiers, conformément à la décision régionale, présuppose la faute en relation à la contractualisation de l'entreprise prestataire des services (faute "in eligendo") et à l'exécution du contrat (faute "in vigilando"). Recours d'appel non connu ».

²¹⁹ Selon la Loi n° 8.212 du 24 juill. 1991, la sécurité sociale comprend un ensemble d'actions d'initiative des Pouvoirs publics et de la société. Elle est destinée à assurer le droit relatif à la santé, à la retraite et à l'assistance sociale. Elle obéit aux principes d'universalité de couverture et de prestation, d'uniformité et d'équité des bénéfices et des services destinés à la population, de sélectivité et de distributivité dans la prestation de bénéfices et de services, d'irréductibilité de la valeur des bénéfices, d'équité de la forme de participation au financement et de diversité de la base de financement.

²²⁰ LORENZETTI, Ari Pedro, *A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo : LTr, 2003, 463 p., sp. p. 22.

²²¹ L'art. 25, §2°, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, prévoit la responsabilité solidaire du fournisseur, du prestataire de services et de l'agent public en cas de surfacturations des contractualisations directes. La responsabilité solidaire ne comporte pas de bénéfice d'ordre.

²²² « 1. Qui comporte la * solidarité passive (obligation, dette, engagement solidaire de la part des débiteurs, C. civ., a.1200) ou active (obligation solidaire entre plusieurs créanciers, C. civ., a. 1197). 2.

En relation à la responsabilité subsidiaire, le salarié qui a souffert du dommage doit respecter un ordre de préférence et ne possède pas la liberté de choisir qui, parmi les débiteurs, doit procéder à l'indemnisation. Dans ce cas, le débiteur principal est le partenaire privé, l'administration publique étant le débiteur secondaire. Le droit de poursuivre le débiteur secondaire s'applique seulement si le débiteur principal n'est pas solvable ou si le patrimoine des responsables principaux est épuisé (non-personnification de la personne juridique).

Depuis l'édition du Précédent n° 331 du TST, d'autres normes ont été éditées avec l'objectif de réprimer les actions abusives des partenaires privés, comme la Loi n° 12.440 du 7 juill. 2011 qui a changé la rédaction de l'art. 27 de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique²²⁵ en imposant aux participants des marchés publics l'obligation de présenter une attestation délivrée par le Conseil de Prud'hommes déclarant la régularité sociale.

Qui est tenu solidairement (débiteur, * codébiteur, * caution solidaire), ou qui bénéficie de la * solidarité active (créancier solidaires) ». (CORNU, Gérard, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant. Paris : Quadrige, PUF, 1095 p., sp. p. 967).*

²²³ « Adj. – Lat. jur. “subsidiaria”, décr. de “subsidium” : secours. – (obligation), Celle dont le paiement ne devient exigible que dans le cas où le créancier ne peut obtenir du débiteur * principal (par ex. insolvable) l'exécution de la dette principale. V. “bénéfice de discussion”, “caution”. Ant. “garantie autonome” ». (CORNU, Gérard, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant. Paris : Quadrige, PUF, 1095 p., sp. p. 984).

²²⁴ Pour reprendre les termes de Rodolfo Pamplona et de Pablo Stolze Gagliano : « Il vaut rappeler que l'expression “subsidiária” fait référence à tout ce qui vient “en renfort de [...]” [...] ou “en substitution de [...]”, c'est-à-dire, en n'étant pas possible d'exécuter le débiteur (personne passive directe de la relation juridique d'obligation) doivent être exécutés les autres responsables pour la dette contractée ». (PAMPLONA FILHO, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil*, volume III. São Paulo : Saraiva, 2003, 544 p., sp. p. 168).

²²⁵ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

**TITRE II. EXTERNALISATION ET ORGANISATION DE LA
RELATION CONTRACTUELLE ENTRE L'ADMINISTRATION
PUBLIQUE ET LE SECTEUR PRIVE EN FRANCE ET AU BRESIL**

TITRE II. EXTERNALISATION ET ORGANISATION DE LA RELATION CONTRACTUELLE ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE SECTEUR PRIVE EN FRANCE ET AU BRESIL

Ce titre dresse un panorama des formes de collaboration publique-privée dont disposent les administrations publiques pour faire assurer par un tiers une activité érigée en service public.

L'émergence de nouveaux types d'ajustement a permis aux administrations publiques une collaboration croissante et variée du secteur privé au cours des dernières décennies, selon des modèles qui ne correspondent ni au schéma classique de contrat administratif, ni au schéma théorique des contrats en vigueur au XIX^e siècle.

Dans les années 90 a émergé le terme « partenariat », dont la transposition de la sphère privée à la sphère publique a provoqué des critiques de la part de certains publicistes. Ce terme est néanmoins déjà incorporé dans les législations étudiées.

Le partenariat répond divers objectifs et se matérialise par des instruments juridiques variés, tels qu'une des formes de délégation de l'exécution de services publics, la promotion de l'initiative privée d'intérêt public des conventions, des contrats de gestion, de partenariat, à travers la réduction des lourdeurs bureaucratiques et l'instauration d'une administration publique managériale à travers des contrats de gestion et des formes de coopération du privé dans l'exécution d'activités propres de l'administration par l'externalisation au sens restreint.

L'étude de ces nouveaux modes de prestation de services publics est complémentaire à l'étude de l'externalisation au sens restreint, c'est-à-dire, concernant les activités non

stratégiques de l'administration²²⁶ parce qu'il permet de mieux comprendre, par leur convergence et leur divergence, la portée de cette dernière.

Pour cette raison, l'examen des principales caractéristiques des délégations de services publics (Chapitre 1) et d'autres formes de relation contractuelle entre le privé et l'administration publique (Chapitre 2) est nécessaire.

²²⁶ Dans ce contexte, il semble utile de souligner que d'après la législation brésilienne, le critère « activité-intermédiaire » et « activité-finale » applicable à l'externalisation au sens restreint ne doit pas être appliqué à d'autres formes de collaboration public-privé, comme les délégations de services publics et les contrats de partenariat.

Chapitre 1. L'externalisation et autres formes de relation contractuelle

L'externalisation au sens restreint se différencie des délégations de services publics notamment par le mode de rémunération du délégataire.

Lorsque la rémunération du partenaire privé de l'administration est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service public on a affaire à un contrat de délégation de service public (Section 1). Cette catégorie de contrat public se décline en différents contrats (Section 2).

Section 1. Les délégations de services publics

En droit français, la délégation de service public consiste à confier à un tiers, généralement privé, la gestion d'un service public. Le cocontractant de l'administration est alors investi de la gestion opérationnelle du service public²²⁷. Dans ce procédé, le cocontractant prend à sa charge les investissements rendus nécessaires par le déploiement du service et assume, en lieu et place du délégant, les risques associés à son exploitation.

Consacrée par la Loi « Sapin 1 », la délégation de service public est définie comme :

« 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, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »²²⁸.

Il existe plusieurs définitions différentes de la délégation de service public²²⁹.

²²⁷ Pour Gérard Marcou, les délégations d'activités publiques sont un instrument de réforme de l'Etat, n'impliquant pas un retrait mais un renouveau de l'intervention publique. (MARCOU, Gérard. Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique, in « Caisse des Dépôts et Consignations » (avec le concours du GRALE), *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*. Paris : La Documentation française, 2002, 37 p., sp. pp. 13-50).

²²⁸ Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 (dite loi « Murcef » Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier).

²²⁹ L'art. L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales aussi définit une délégation de service public : « Une 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, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Pour le Conseil d'Etat : « Considérant que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les 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 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, Rec. p. 137 ; Concl. C. Chantepy et Note P. Terneyre, *RFDA*, 12 (4), juill.-août 1996, pp. 715-722 ; Chronique X. Girardot et D.

La durée d'une délégation de service public doit être limitée dans le temps. En fonction de ce que prévoit la loi et en tout état de cause, elle ne peut pas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre²³⁰, qui 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 la prévision des tarifs payés par les usagers²³¹.

Chauvaux, AJDA, 3, 20 oct. 1996, pp. 729-732). D'après Jacques Chevallier : « *L'introduction dans le droit français de la notion de "délégation de service public" (lois du 6 février 1992 et du 29 janvier 1993) en est l'illustration : définie comme "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, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation" (article 3 de la loi du 11 décembre 2001), la délégation couvre l'ensemble des hypothèses par lesquelles une personne privée se voyait confier par contrat la charge de gérer un service public ; sous la pression du droit communautaire, des règles de publicité et une mise en concurrence ont été prévues sans mettre pour autant en cause le principe du libre choix du délégataire par l'autorité délégante. Devenue le procédé normal d'externalisation de la gestion du service, la formule ne s'applique pas aux seuls services publics industriels et commerciaux mais encore aux services administratifs : certains services liés à la souveraineté (comme la Défense) ou traditionnellement non déléguables (comme la police) n'hésitent plus à recourir à la formule, pour certains franges au moins de leurs activités ; le recours à la gestion déléguée est particulièrement important au niveau local, les collectivités locales manquant des ressources et des compétences nécessaires pour prendre elles-mêmes directement en charge les responsabilités qui leur sont transférées* ». Il ajoute que : « *La gestion déléguée renvoie à un phénomène ancien et connu, par lequel une personne privée (entreprise, association ...) se voit confier l'exploitation d'un service public, moyennant la perception de redevances sur les usagers. La notion permet cependant de subsumer les modalités très diverses selon lesquelles cette substitution pouvait être opérée sous une dénomination commune, tout en mettant l'accent sur l'accord de volontés* ». (CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, Coll. « Droit et Société, Maison des sciences de l'homme ». 4^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2014, 265 p., sp. p. 96).

²³⁰ Conformément à la décision du CE. 11 août 2009, Société Maison Comba, n° 303517, la durée d'amortissement dans une délégation de service public résulte d'un équilibre global : « *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 la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements ; qu'un jugeant que la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résultait d'un équilibre global entre les différents éléments précipités, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'avait pas à vérifier que la convention de délégation contenait elle-même les justificatifs de sa durée, n'a donc pas commis d'erreur de droit* ».

²³¹ La rémunération étant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, des subventions peuvent être accordées par l'Etat. En revanche, le délégataire doit être rémunéré au moins en partie par son activité ; il doit donc assumer un risque financier (CE 30 juin 1999, Syndicat mixte des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marne (SMITOM), n° 198147, AJDA 1999, p. 714). Le délégataire est rémunéré par les usagers du service, et non par le délégant.

L'entrée en vigueur de la loi « Sapin 1 » limitant la durée des délégations de service public ne rend pas illégales les délégations antérieures d'une durée supérieure mais a pour effet de limiter leur durée maximale à celle désormais autorisée par la loi²³². Il s'agit d'une catégorie de contrat public qui se décline en différents contrats. La principale différence réside dans le mode de rémunération du délégataire qui est substantiellement assuré par les résultats de l'exploitation du service public²³³. C'est donc l'existence d'un risque économique pour l'opérateur qui permet de distinguer le marché public et la délégation de service public.

La délégation présume une prise de risque pour le prestataire privé chargé de la gestion du service tandis que le marché public satisfait à un achat : Le prestataire est rémunéré en fonction d'un prix fixé par avance et payé par l'administration.

Elle se distingue également des marchés publics par ce qu'elle vise à établir une relation durable de collaboration²³⁴.

L'habilitation peut être unilatérale ou contractuelle. La première peut prendre toutes sortes de formes (lois, actes réglementaires, actes individuels, délibérations des collectivités). Elle est généralement consentie à des groupements à but non lucratif, tels que certaines associations (associations communales de chasse, fédérations sportives, caisses primaires et régionales de sécurité sociale) et ordres professionnels (Ordre des avocats, des médecins).

²³² La décision du CE Ass., 8 avr. 2009, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet, Rec. CE, p. 116, concl. E. GEFFRAY, RFDA 2009, p. 449, a introduit une limite de vingt ans pour la durée des contrats de délégations.

²³³ D'après la décision du CE 19 mars 2012, SA Groupe Partouche, n° 341562, avec concl. de N. BOULOUIS, Rec. CE, p. 91 : « *si les jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération et substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public* ».

²³⁴ SOLDINI, David. La délégation de service public, sa fonction, ses critères, « RFDA », n° 6, 2010, 11 p., sp. pp. 1114-1123.

Ce mode de dévolution peut aussi être octroyé à des sociétés anonymes telles que Air France ou l'Imprimerie nationale. Ces sociétés ont un statut spécial et l'Etat détient tout ou partie du capital social. C'est un procédé couramment utilisé.

C'est une personne privée qui gère un service public, à travers la conclusion d'un contrat avec une personne publique. La délégation contractuelle de service public à une personne privée demeure un contrat administratif entre l'autorité délégante et le délégataire, que le service public en question soit de caractère administratif ou industriel et commercial. Le contrat a pour objet de confier l'exécution d'une mission de service public à la personne privée.

Comme cela a déjà été mentionné, la frontière entre les activités externalisables et non externalisables est souvent subtile et, parfois même, délicate à délimiter. Sa complexité et ses contingences peuvent encourager l'administration à soutenir une solution permettant une gestion d'un ensemble de services par nature très associés, ce qui peut mener à la gestion directe en tant que seul recours possible pour tous ses services.

C'est le cas du service public de l'éducation qui est considéré comme non délégable pour les activités proprement éducatives ou qui y sont assimilées par la jurisprudence. Le temps de restauration scolaire est délégable, tandis que la surveillance des enfants durant le temps du repas ne l'est pas²³⁵.

C'est aussi le cas de l'entretien de locaux tels que la cuisine ou la salle de restaurant qui peuvent être comprises dans une délégation, au contraire de l'entretien des salles de classe. Dans le cas des hôpitaux, la ligne de partage est différente : « *La restauration des malades n'est pas une activité délégable car elle est considérée comme un*

²³⁵ Selon le Circulaire n° 97-178 du 18 sept. 1997, les agents intercommunaux ont la responsabilité des enfants. Les communes ne peuvent pas confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas à travers un marché public ou une délégation de service public, sauf des missions relevant du service de l'enseignement public, et notamment la surveillance des élèves conformément à la décision du Conseil d'Etat, avis du 7 oct. 1986.

accessoire du service public de la santé, mais la restauration du personnel et le blanchissage peuvent être délégués »²³⁶.

Les législations française et brésilienne prévoient plusieurs types de contrat permettant de confier la gestion d'un service public à une personne privée, tels que la concession de service public, l'affermage et la régie intéressée²³⁷.

1. Les concessions de services publics, l'affermage et la régie intéressée

La conception statique de la concession du XIX^e siècle a beaucoup évolué durant les dernières décennies. Elle a fait place à une nouvelle approche : Celle de la concession dynamique, du contrat évolutif et de collaboration²³⁸. Ce changement d'état d'esprit et de structure est apparu à la suite de modifications dues à la mondialisation et à l'apparition de nouvelles technologies.

En France, la concession de service public est le contrat le plus traditionnellement employé. Elle est régie par l'Ordonnance n° 2016-65, du 29 janv. 2016²³⁹, rédigée sur le fondement de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Elle transpose en droit français la directive relative à l'attribution des contrats de concession qui établit un cadre juridique unifié pour ces contrats. Elle

²³⁶ BABUSIAUX, Christian (dir.), Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? in « *Rapport du groupe de travail mis en place par l'Institut de la gestion déléguée sur le thème « l'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics »* », 2005, 179 p., sp. p. 30. Disponible sur : < http://www.fondation-igd.org/files/pdf/IGD_DF_competition.pdf >).

²³⁷ Selon l'art. 175 de la Constitution Fédérale brésilienne du 5 oct. 1988, il incombe au gouvernement, en vertu de la loi, soit directement, soit par concession ou permission, toujours à travers un appel d'offre, la prestation de services publics.

²³⁸ WALD, Arnaldo, Le contrat administratif : Rapport général, in « *Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LV – Le contrat : journées brésiennes (23 au 27 mai 2005)* », Paris : Société de législation comparée, 2008, 12 p., sp. pp. 171-183.

²³⁹ Voir Décret n° 2016-86 du 1^{er} fév. 2016, l'Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession et la Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique.

poursuit la démarche de simplification et de rationalisation du droit français de la commande publique²⁴⁰.

L'ordonnance concilie les règles applicables aux contrats de concession et met fin aux régimes juridiques relatifs aux concessions de travaux et aux délégations de service public.

Il s'agit, traditionnellement, d'un mode de gestion propre des services publics industriels et commerciaux. Par le biais d'un contrat, une personne publique (dénommée autorité concédante) confie à une personne privée ou publique (dénommée le concessionnaire), sur la base d'une convention conclue avec celle-ci, le soin de réaliser à ses frais les investissements nécessaires à la création du service et de le faire fonctionner à ses risques et périls, conformément aux prescriptions d'un cahier des charges.

La rémunération est réalisée par le biais des redevances perçues des usagers, conformément à un tarif, mais sous le contrôle du concédant. Le concessionnaire demeure éligible au versement d'indemnités d'imprévision par le concédant.

L'objet du contrat peut être multiple comme en cas de réalisation d'un ouvrage public, de l'exploitation d'un service public, voire de la construction d'un ouvrage public et de l'exploitation du service public.

Généralement, la concession est le plus souvent doublée d'une concession de travaux publics. Tel est le cas du concessionnaire chargé d'un service public de la distribution d'eau potable qui est également chargé d'établir les infrastructures comme les réseaux d'adduction d'eau nécessaires à l'exécution du service.

²⁴⁰ Selon Jean Rivero et Jean Waline : « [...] *la concession a beaucoup évolué dans le sens d'une association entre concédant et concessionnaire privé* » [...] « *le mariage de l'autorité publique et de l'entrepreneur privé est passé d'un régime de séparation des biens à un régime de communauté* ». (RIVERO, Jean, WALINE, Jean. *Droit administratif*, Coll. « Précis de droit administratif ». 17^e éd., Paris : Dalloz, 1998, 529 p., pp. 453-454).

La convention qui constitue l'acte de concession (les droits et obligations) est un contrat administratif soumis aux principes d'égalité, de continuité et de mutabilité.

Le cahier des charges énumère celles supportées par le concessionnaire, tout comme l'exécution de l'ensemble des services, les investissements nécessaires au fonctionnement des services, l'entretien et le renouvellement des biens meubles et immeubles pendant toute la durée de la concession.

Le concessionnaire est tenu d'assurer lui-même l'exécution du contrat puisqu'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. La cession de la concession est admise avec l'accord de l'administration mais le concessionnaire continue d'être le seul responsable de la bonne marche du service.

La concession de services publics est usuellement mise en place pour les transports urbains publics, la concession de travaux publics pour les stations-service sur le domaine public et la concession de services publics et de travaux publics pour les autoroutes et ponts à péage.

Lorsque le concessionnaire n'assure pas le fonctionnement du service public, le concédant peut recourir à des sanctions financières telles que le paiement de dommages et intérêts, pénalités contractuelles ; à des sanctions coercitives telles que la mise sous séquestre (substitution temporaire au concessionnaire) ou mettre un terme à la concession en prononçant la déchéance de concession.

Les stipulations de l'acte de concession prévoient également divers avantages au profit du concessionnaire telles que le bénéfice du monopole, des avances, des garanties d'emprunt, de subvention, d'équilibre financier et de droit à redevance payée par les usagers.

La concession peut prendre fin à l'arrivée du terme prévu par l'acte de concession ou de manière anticipée *via* la déchéance, la résiliation, le rachat ou la force majeure²⁴¹.

²⁴¹ Selon la décision du CE Ass. 21 déc. 2012, Commune de Douai, n° 342788, AJDA 2013, Rec. 724 : « les parties peuvent convenir d'une faculté de reprise par la personne publique, à l'expiration de la délégation ou de concession de service public, et moyennant un prix, des biens appartenant au

L'avantage de ce mode de gestion est que l'administration ne mobilise pas de capitaux. De surcroît, elle contribue au renforcement de la collaboration public-privé qui se caractérise par le jeu de la concurrence. Son inconvénient tient à un contrôle réduit de la collectivité sur le fonctionnement du service et à une fixation des tarifs souvent controversée.

En droit brésilien, la concession de service public est conçue comme un arrangement contractuel caractérisé par l'exploitation du service aux frais et risques du concessionnaire et la perception des redevances directement sur les usagers du service²⁴². A l'issue de la concession, les biens affectés à la prestation du service sont réintégrés au patrimoine public²⁴³.

Elle peut être définie comme le :

« Contrat administratif dans lequel le gouvernement délègue à d'autres l'exécution d'un service, de travaux publics, ou concède l'usage d'un bien public, aux risques et périls de l'entrepreneur, conformément aux délais et aux conditions établies. Le concessionnaire perçoit des redevances ou une autre forme de rémunération »²⁴⁴.

déléataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service ; toutefois, aucun principe ni aucune règle ne fait obstacle, s'agissant de ces biens susceptibles d'une reprise, à ce que le contrat prévoie également leur retour gratuit à la personne publique au terme de la délégation ».

²⁴² D'après Arnaldo Wald : « On peut remarquer, cependant, au titre de l'influence du droit administratif français, la technique française de la concession et la réception au Brésil du principe du droit à l'équilibre économique et financier du cocontractant de l'administration » (WALD, Arnaldo, *Le droit comparé au Brésil : la vision de 2000*, in « *Revue internationale de droit comparé* » [en ligne], 1999, n° 4, vol. 51, 34 p., sp. p. 822).

²⁴³ Carlos Pinto Coelho Motta explique que le Code des eaux brésilien (Décret fédéral n° 24.643, du 10 juill. 1934) a déclenché l'usage de l'institut de la concession des services publics *au Brésil*. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2^a ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2011, 822 p., sp. p. 21).

²⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto, *A terceirização e o direito do trabalho*. 13^a ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2014, 188 p., sp. p. 153.

La définition classique de la concession a été peu à peu altérée, en grande partie du fait du perfectionnement du mode de délégation des prestations des services d'intérêt général, pour répondre aux demandes socio-économiques croissantes et variées²⁴⁵.

Il importe d'expliquer que depuis la Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004 (Loi des partenariats public-privés), les concessions de services publics sont divisées en deux catégories : les concessions communes et les concessions spéciales.

Les concessions communes continuent à être réglementées par la Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995 et comportent deux modalités : Les concessions de services publics simples et les concessions de services publics précédés par des œuvres publiques. Leur principale caractéristique réside dans le fait que le pouvoir concédant n'offre pas d'avantages financiers au concessionnaire ; toutes les ressources proviennent des tarifs payés par les usagers du service prêté.

Les concessions spéciales sont quant à elles encadrées par la Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004. Elles se divisent également en deux modalités : Les concessions administratives et les concessions parrainées. Dans les deux cas, le concessionnaire reçoit une compensation financière du pouvoir concédant. La Loi des concessions communes est appliquée ici de façon accessoire.

²⁴⁵ Selon OCDE « *Le Brésil a attribué des concessions ou mené des privatisations avant la mise en place d'un régime réglementaire – dans les secteurs de ports et de routes – puis après cette mise en place – dans le secteur de télécommunications. Dans ce dernier cas, le processus a été moins heurté, il s'est accompagné d'un nombre moins élevé d'incidents (renégociations des contrats ou comportements opportunistes). [...] il est préférable de mettre à plat à l'avance les principaux aspects du contrat, comme le rééquilibrage des tarifs et les obligations de service universel. Si une autorité de tutelle indépendante est déjà en place, elle n'en sera que mieux placée pour assurer la gestion du contrat et la certitude pour les soumissionnaires n'en sera que plus grande, ce qui augmentera le prix qu'ils devront acquitter. En général, il est plus facile de régler en amont les questions importantes, telles que l'organisation du secteur concerné, avec les pouvoirs publics avant de mettre sur pied les concessions que par la suite, avec les parties privées. [...] qu'une privatisation intégrale est généralement préférable à l'attribution de concessions, mais au Brésil la Constitution ne permet pas toujours de procéder à une privatisation. Il est alors nécessaire de recourir aux concessions, si certains éléments d'actifs doivent être gérés par le secteur privé [...]* ». (OCDE (2006). Concessions, in « *Global Forum on Competition* » [en ligne]. OCDE, 2006, 227 p., sp. p. 218). Disponible sur : < www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote... >.

L'objet immédiat de la concession commune est l'exécution de certaines activités caractérisées comme des services publics telles que la construction des voies fédérales, précédées ou non de travaux publics, l'exploitation d'ouvrages ou services de barrages, contentions, écluses et irrigations, avec ou sans travaux publics²⁴⁶, la construction de postes de douanes, non installés dans les ports ou aéroports et les services postaux. Les activités concernant le transport de charges par routes ou voies navigables de passagers dès que non réalisés entre ports organisés sont exclues²⁴⁷.

Comme l'observe Arnaldo Wald, les concessions :

« [...] sont liées à des projets d'infrastructure ambitieux dans lesquels les investisseurs internationaux sont appelés à jouer un rôle important. Ceci s'inscrit dans le droit fil de l'ouverture du Brésil sur le monde et de son intégration dans le marché international »
248.

En ce qui concerne la passation du contrat de concession, celui-ci ne peut être signé qu'après une procédure d'appel d'offres dans la modalité « concurrence »²⁴⁹.

²⁴⁶ La concession de service public précédée de travaux publics (ou concession de travaux publics) est définie telle qu'un contrat administratif au travers duquel le Pouvoir public forme un contrat avec une personne morale ou un consortium d'entreprises pour l'exécution de certains travaux publics, pour ses frais et risques, en déléguant au constructeur, après conclusion des travaux, la possibilité de son exploitation pour un délai déterminé. Après ce délai, le Pouvoir public peut assumer directement l'exploitation de l'œuvre ou la transférer à un autre prestataire.

²⁴⁷ Les délégations de services publics relatives au domaine des transports sont régies par les Lois n° 9.277 du 10 mai 1996, n° 9.503 du 23 sept. 1997, n° 9.791 du 24 mars 1999, n° 10.233 du 5 juin 2001, n° 11.442 du 5 janv. 2007, n° 11.975 du 7 juill. 2009 et n° 12.815 du 5 juin 2013. Les délégations de services publics relatives au domaine des télécommunications sont encadrées par la Loi n° 9.472 du 16 juill. 1997. Les délégations de services publics concernant les domaines d'énergie, forêts et assainissement sont régies par les Lois n° 9.478 du 6 août 1997, n° 11.284 du 2 mars 2006 et n° 11.445 du 5 jan. 2007.

²⁴⁸ WALD, Arnaldo, La nouvelle législation brésilienne relative au régime des concessions de services publics, in « *Revue internationale de droit comparé* ». Vol. 48, n° 1, janv.-mars 1996, 26 p., sp. pp. 65-91.

²⁴⁹ La Constitution fédérale brésilienne, dans son art. 37, XXI, fait obligation à l'administration de conclure des concessions sur la base exclusive de la passation d'un marché public.

La sous-concession est admise dès qu'elle est expressément autorisée par le Pouvoir public concédant et précédée d'une mise en concurrence. Elle constitue un contrat accessoire, lié au contrat de concession commune. Il s'agit d'un contrat administratif.

Il est permis également au concessionnaire d'externaliser ses activités accessoires ou complémentaires et de développer des projets associés liés aux services de surveillance, de nettoyage, d'ouvrages et de maintenance. Les contrats formés entre le concédant et le concessionnaire sont régis par le droit privé. Ils ne nécessitent pas l'autorisation du concédant. Le transfert de la concession commune ou du contrôle sociétaire du concessionnaire ne peut être néanmoins effectué sans l'autorisation préalable du Pouvoir concédant.

Il est important de remarquer que les concessions de services publics se distinguent des contrats de prestation de services encadrés par la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993. Les différences entre le contrat de concession et le contrat de prestation de services sont relatifs à l'objet du contrat, à la forme de rémunération, aux prérogatives publiques et au pouvoir d'intervention du Pouvoir public dans les contrats de concession.

Enfin, du point de vue de la rémunération, les contrats de concession et l'externalisation au sens restreint se différencient. Dans le premier cas, la rétribution des services est faite directement par les usagers de ces services ; dans le deuxième cas, la rémunération est faite directement par l'Etat qui est également le bénéficiaire des services fournis par les prestataires privés²⁵⁰.

Par rapport à l'affermage²⁵¹, en France elle est définie comme un contrat administratif à durée déterminée par lequel une personne publique confie à une personne privée (fermier) la gestion d'un service public, à ses frais et risques. La gestion est assurée par un fermier qui n'engage que les fonds de roulement.

²⁵⁰ FERRAZ MARQUES, Fábio, *A prestação privada de serviços públicos no Brasil*. Monographie de Master : Droit. São Paulo : Universidade de São Paulo (USP), 2009, 143 p., sp. p. 51.

²⁵¹ En droit brésilien se réfère au *Contrato de arrendamento*.

Contrairement à la concession, le délégataire ne réalise pas les travaux de premier établissement. Le contrat peut toutefois prévoir que tout ou partie des travaux d'entretien, de renouvellement ou d'extension incomberont au fermier.

L'Administration finance les frais de premier établissement et met éventuellement à la disposition de son partenaire les ouvrages nécessaires à l'exécution du service²⁵². Le fermier n'avance que le fond de roulement et doit entretenir les ouvrages mis à sa disposition. Les travaux de renforcement et d'extension sont à la charge de l'administration affermante.

Il est fréquent qu'une convention d'affermage suive une concession venue à échéance. Sa durée est généralement réduite (7 à 12 ans en moyenne contre 15 pour la concession). La concession permet d'instituer le service public et l'affermage assure sa gestion ultérieure. Tel est le cas du service public de distribution d'eau potable²⁵³.

Le mode de rémunération du fermier est semblable à celui du concessionnaire. Il est fixé moyennant : D'une part la perception de redevances sur les usagers de ce service et d'autre part, le versement d'un loyer à la personne publique délégante. Le loyer est la contrepartie de l'usage des biens que le délégant a mis à la disposition du délégataire. La rémunération du fermier résulte de la différence (supposée positive) entre les redevances et le loyer.

L'affermage diffère de la concession dans l'obligation faite au fermier de rétrocéder une partie de sa rémunération à la personne publique délégante. Ceci est dû au fait que le fermier ne supporte pas les charges des frais d'établissement. Pour cette même raison, l'affermage est d'une durée plus courte que la concession.

²⁵² CE 29 avr. 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022, Rec. p. 152 ; RFDA 1987, p. 525, concl. Y. Robineau.

²⁵³ Ce type de contrat est majoritairement utilisé pour la gestion des services d'eau potable et d'assainissement, désormais il est réputé largement plus coûteux que la gestion en régie directe.

L'avantage de l'affermage est que le contrat garantit un contrôle de l'administration. Son inconvénient est que celle-ci assume les frais de construction et d'extension du service.

En droit brésilien, l'affermage (*arrendamento*) est précisé par le Décret-Loi n° 9.760 du 5 sept. 1946. Il se caractérise par le transfert de la gestion opérationnelle d'un service public à un partenaire privé, pour l'exploitation à ses frais et risques, d'un immeuble public ou d'un ensemble de biens publics affecté à la prestation de services. L'affermage doit respecter la procédure d'appel d'offres et le principe de mise en concurrence. La durée maximale de l'affermage est de vingt ans, selon la Loi n° 11.314 du 3 juill. 2006.

Il est possible d'affirmer qu'en droit brésilien, l'affermage se rapproche du bail de droit public français. Il traite de l'utilisation et de l'exploitation de certains biens publics que plutôt de la prestation de certaines activités au public²⁵⁴.

Les contrats dits « d'affermage » sont caractérisés par trois éléments : Le premier fait référence à l'octroi par l'administration de l'exploitation d'un service public à un cocontractant ; le deuxième, à l'octroi au cocontractant des biens publics préexistants pour son exploitation et le troisième fait référence au paiement d'une redevance en argent au contractant, comme forme d'une contrepartie pour l'exploitation commerciale qui lui est garanti et pour les biens qui lui sont donnés à cette fin.

En ce qui concerne la régie intéressée, *en France*, elle consiste en une forme de délégation de services publics par laquelle une personne publique confie à une personne morale (en principe une entreprise privée) le soin de gérer un service public. Le délégataire (le régisseur) agit non pas pour son propre compte mais pour le compte de l'autorité publique.

²⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, Delegações de serviços públicos, in "Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)" [en ligne]. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009, 50 p., sp. p. 28. Disponible sur : < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >.

Le régisseur n'est pas rémunéré par les usagers des services publics mais par la personne publique à qui il reverse l'intégralité des redevances. Le montant de cette rémunération dépend des résultats de l'exploitation du régisseur, tels que les gains de productivité, les économies réalisées et la qualité du service rendu.

Il s'agit d'un contrat par lequel il y a transfert de la gestion opérationnelle d'un service public à un tiers (régisseur) qui, agissant pour le compte de la personne publique délégante, assume la tâche de la gestion à travers une rémunération indexée sur les résultats financiers du service payées par le gouvernement.

Bien que la régie intéressée se rapproche de la concession et dans la mesure où il existe le transfert de l'exécution matérielle et de la gestion d'un service public, la rémunération provient du paiement de l'utilisateur au concessionnaire et pour la régie intéressée provient de l'administration. Les biens utilisés appartiennent à cette dernière tandis que le partenaire privé jouit de l'autonomie dans la gestion du service.

En effet, la rémunération de ce type de contrat comprend deux parties : Une partie fixe forfaitaire et une partie variable, afin d'inciter le délégataire à optimiser la gestion du service et à le rendre plus attractif (comme dans le cas du service public de l'exploitation des transports en commun). Cette rémunération est indexée à au moins trente pour cent des résultats de l'exploitation du service²⁵⁵.

A ce type de gestion peut être rattaché le contrat de gérance. Il s'en distingue par le fait que la collectivité verse au gérant une rémunération forfaitaire et décide seule de la fixation des tarifs. Le gérant est une sorte de prestataire de service qui agit pour le compte de l'administration publique, laquelle le rémunère en contrepartie, et assume le risque financier. Le gérant n'assume, par conséquence, aucun risque dans l'exploitation du service.

²⁵⁵ CE 30 juin 1999, Syndicat mixte des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marne (SMITOM), n° 198147, AJDA 1999, p. 714.

Caractérisée par une gérance avec rémunération en fonction des résultats, la régie intéressée permet à la collectivité d'assurer réellement la responsabilité du service. Son inconvénient réside dans le fait que l'investissement et le risque financier reposent sur la collectivité.

En droit brésilien, il n'existe pas de modalité de délégation de services publics qui correspond exactement à la régie intéressée. Cependant, la concession administrative (modalité de concessions encadrée par la Loi des Partenariats public-privés²⁵⁶) s'approche de la régie intéressée prévue dans le droit français dans le sens que même en n'ayant pas une rémunération tarifaire, le cocontractant se rémunère à travers les résultats de sa gestion. La concession administrative est traitée dans les pages 138/140.

Section 2. La permission de services publics, la franchise publique, le contrat de gestion, la sous-traitance, les contrats *in house* ou « quasi-régie » et les marchés de partenariat.

Au-delà des délégations de services publics, *la France et le Brésil* possèdent un vaste ensemble d'instruments destinés à mettre en œuvre la gestion privée d'un service public. Il s'agit notamment de contrats administratifs plus récents, faisant l'objet de politiques de modernisation des relations contractuelles de l'administration publique visant à les rendre plus efficaces et par conséquent, plus attractifs. L'un des plus récents est le marché de partenariat, régie par l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 (Section 2).

Le transfert d'un certain nombre de services publics à l'initiative privée requiert une régulation et une réglementation spécifiques. A travers leur indépendance, les agences régulatrices assurent la transparence des contrats passés par l'administration publique, tout en établissant *en France, comme au Brésil*, des normes et modèles destinés à

²⁵⁶ Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004.

améliorer la performance et la qualité des services fournis par ses prestataires (Section 2).

En droit brésilien la permission est un « [...] contrat administratif par lequel le gouvernement transfère à une entité (permissionnaire) l'exécution de certains services publics dans les conditions prévues par la règle de droit public, y compris la fixation du montant des frais »²⁵⁷.

Cette définition est complétée par l'art. 2, IV, de la Loi de Concessions et Permissions de l'administration publique²⁵⁸ qui définit la permission de service public telle que la délégation à titre précaire par un processus d'appel d'offres, de la prestation de services publics faite par le concédant à une personne ou entité qui démontre sa capacité à l'effectuer, à ses risques et périls.

Conformément à l'art. 175 de la Constitution fédérale brésilienne, la permission est l'exécution d'un service public ou l'utilisation privée d'un bien public, ce dernier cas étant classé comme une permission d'utilisation. Elle se fera toujours au moyen d'un appel d'offres pour l'une de ces modalités. Peuvent participer à la compétition une personne morale ou une personne physique, la participation d'un consortium d'entreprises étant interdite.

Il est certain que la concession et la permission sont des institutions quasiment identiques puisque toutes deux sont formalisées par des contrats administratifs, pour la décentralisation des services de l'Etat, à ne pas confondre avec l'externalisation dans le sens restreint. Son but est de fournir un service public dont l'Etat demeure titulaire qui, par voie législative spécifique, peut concéder au privé le droit de faire payer le service directement à l'utilisateur.

²⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. rev. e ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, 1347 p., sp. p. 451.

²⁵⁸ Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995.

D'autres formes de collaboration public-privé sont prévues par la législation brésilienne, comme la franchise publique.

La franchise, dans la législation brésilienne²⁵⁹, est définie comme une modalité juridique de délégation de services publics utilisée lorsqu'une entité centrale nécessite de créer des agences pour la prestation de services décentralisée, en établissant des critères et des prérequis rigoureusement uniformes pour son fonctionnement²⁶⁰.

Il s'agit d'une modalité atypique de contrat qui n'est prévue, ni dans la Loi générale des marchés publics et contrats de l'administration²⁶¹, ni dans la Loi générale des concessions et permissions²⁶². Cependant, son utilisation par l'administration publique n'est pas interdite.

A travers cette technique, un contrat administratif de prestation de services est formé entre une entreprise privée et l'administration. Son but est d'accomplir des activités relevant de la compétence des entreprises publiques des secteurs de l'eau et de l'assainissement, postal²⁶³, de téléphonie et d'énergie électrique pour la prestation de services de relevés de compteurs et de facturation. Elle peut également être utilisée pour l'externalisation des services de nettoyage et de surveillance.

²⁵⁹ D'après le professeur Cristiana Fortini, la franchise est une façon de moderniser l'actuation de l'administration publique qui doit être cohérente avec les dispositions de la Constitution Fédérale brésilienne, en ce qui concerne l'applicabilité du principe d'efficience. La franchise peut produire des résultats plus satisfaisants que la concession de service public. (FORTINI, Cristiana, O Princípio da legalidade e o emprego da franquía pela administração pública brasileira, in "Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico" [en ligne], Salvador, IDPB, 2006, n° 6, 7 p., sp. p. 5. Disponible sur : < <http://www.direitodoestado.com.br> >).

²⁶⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas Concessões, Permissões e Parcerias*. 2^a ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2011, 822 p., sp. pp. 47 – 48.

²⁶¹ Lei n° 8.666 du 21 juin 1993.

²⁶² Loi n° 8.987 du 13 fév. 2005.

²⁶³ En ce qui concerne la franchise postale, ses règles sont fixées par la Loi n° 11.668 du 2 mai 2008. Selon cette Loi, l'activité de franchise postale peut être utilisée pour l'ECT – *Empresa de Correios e Telégrafos*, dont l'équivalent en France est « La Poste ». Cette activité est subsidiairement réglementée par le Code Civil brésilien (Loi n° 10.406 du 10 janv. 2002), par la Loi n° 8.955 du 15 déc. 1994, par la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 et par la Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995. Le Décret n° 6.639 du 7 nov. 2008 a précisé la Loi n° 11.668 du 2 mai 2008.

En droit brésilien, le contrat de gestion a été introduit par l'art. 37, § 8, de la Constitution fédérale, à la suite de l'amendement constitutionnel n° 19. Il prévoit que l'autonomie de gestion, budgétaire et comptable, des organes et des entités de l'administration directe et indirecte peut être étendue par le biais d'un contrat signé par ses administrateurs et le pouvoir public, dans le but de fixer des objectifs de performance pour l'organisme ou l'entité²⁶⁴.

Le contrat de gestion est un instrument de droit public dont la fonction est d'assurer la transparence gouvernementale. Selon Hely Lopes Meirelles, « *Le contrat de gestion n'est pas source de droit, mais un instrument juridique qui permet l'application de certains bénéfices prévus par la loi* »²⁶⁵.

En effet, le contrat de gestion est le gage d'une plus grande transparence dans la gestion publique parce qu'il implique un lien moral unilatéral de l'Etat envers la communauté. Même si cela n'apparaît pas si évident, le destinataire des règles des contrats de gestion est en définitive le citoyen brésilien²⁶⁶.

La raison d'être du contrat de gestion est l'engagement du gouvernement envers l'administré car le gouvernement expose à la communauté les stratégies adoptées et les objectifs retenus. Il constitue une forme d'autolimitation de l'autorité politique qui explique peut-être sa faible utilisation dans la vie administrative publique brésilienne.

En ce qui concerne la sous-traitance, elle fait l'objet de dispositions innovantes dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015, relative aux marchés publics *en France*²⁶⁷.

²⁶⁴ *En France*, la catégorie des contrats de gestion recouvre tous les contrats confiant au délégataire des prestations de service à destination des tiers, sans investissements, sans le support d'une infrastructure spécifique dont la rémunération est intégralement publique.

²⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. p. 257.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, Les nouveaux modes de gestion de l'action publique, in « *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107 p., sp. p. 273.

²⁶⁷ Le Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 transpose les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 fév. 2014 sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE du 26 fév. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des

Il s'agit d'une opération par laquelle l'administration confie à un partenaire privé le soin d'exécuter, sous sa responsabilité, tout ou partie d'un contrat d'entreprise ou d'une partie d'un marché public conclu avec un maître d'ouvrage.

La sous-traitance ne peut pas exister de façon totale dans un marché public. Il est de la responsabilité de l'administration de bien vérifier que les candidats à un marché public s'engagent à l'exécuter la majeure partie des prestations par leurs propres moyens tout au long de sa durée. Selon les nouvelles règles, la sous-traitance peut être limitée par le pouvoir adjudicateur quant à son étendue ; cela à la différence de ce qui se passait jusqu'à présent puisque jusqu'alors seule la sous-traitance totale était interdite.

La sous-traitance est fondée sur une simple logique de fourniture contre rémunération, ce qui la différencie de l'externalisation au sens restreint, qui implique une volonté de partenariat et de « gagnant-gagnant » dans la démarche poursuivie²⁶⁸.

Pour reprendre les termes de Stéphane Braconnier :

« Si les marchés globaux des articles 33 à 35 sont soumis aux règles générales de l'article 62, notamment à la prohibition du montant anormalement bas des prestations sous-traitées, les marchés de partenariat en sont dispensés et se trouvent soumis à des règles particulières prévues à l'article 87-II. Cet article oblige notamment la société de projet titulaire d'un marché de partenariat à constituer, à la demande de son ou ses sous-cocontractants, un cautionnement auprès d'un organisme financier pour garantir le paiement des sommes dues à ce(s) dernier(s). Ce mécanisme est très proche de celui prévu à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à sous-traitance »²⁶⁹.

services postaux et prévoit les mesures d'application de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015, relative aux marchés publics.

²⁶⁸ Guide de l'externalisation, Rapp. AN n° 3595, 12 fév. 2002, p. 11.

²⁶⁹ BRACONNIER, Stéphane, Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat, in « AJDA », Dalloz Dossier « Les codes des marchés publics nouveau est arrivé », n° 32, 2015, 8 p., sp. pp. 1795-1803.

En ce qui concerne la distinction entre l'externalisation et la sous-traitance, J.-D. Dreyfus mentionne que :

« Certaines définitions de l'externalisation laissent à penser que la sous-traitance est un mode d'externalisation. Une distinction peut, toutefois, être faite, mais elle s'avère bien subtile. Ramu de Bellescize (J.-Cl. Adm. 2007, fasc. Organisation et missions de la défense) distingue l'externalisation de la sous-traitance en ce qu'elle impliquerait une volonté de partenariat plus approfondie, une obligation de résultat et éventuellement des transferts d'actifs. Le critère de réversibilité sert également à distinguer ces deux notions. La sous-traitance consisterait à déléguer des tâches que l'administration est en mesure de reprendre à tout moment ; l'externalisation, quant à elle, passerait par la dévolution de fonctions complètes, la réversibilité éventuelle du processus serait plus complexe »²⁷⁰.

D'après Gilles J. Guglielmi :

« L'externalisation se différencie à la fois de la prestation de services externe à caractère ponctuel et de la simple sous-traitance, externe et durable, car, dans une démarche d'externalisation, l'entreprise donneuse d'ordre exerce un pilotage étroit sur le cadre et les conditions d'exécution de l'engagement de l'entreprise prestataire externe »²⁷¹.

Par rapport aux contrats *in house* ou « quasi-régie », il convient préalablement de citer qu'au Brésil, il n'existe pas d'équivalent pour ce type de contrat. Les fournitures, les travaux ou les services publics sont achetés ou exécutés directement par l'administration publique ou indirectement par ses cocontractants.

²⁷⁰ DREYFUS, J.-D., Externalisation et liberté d'organisation du service, in « AJDA » [en ligne]. Paris : Dalloz, 2009, 5 p., sp. p. 1529. Disponible sur : < <http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=AJDA/CHRON/2009/0551> >.

²⁷¹ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit » [en ligne], 7 p., sp. p. 3. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

En droit français, les critères des contrats *in house* sont fixés par la décision du CJCE, du 18 nov. 1999, affaire C-107/98, Teckal SRL c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia :

« [...] *à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »²⁷².

Cette décision présente deux critères cumulatifs. Le premier est relatif au contrôle exercé par le Pouvoir adjudicateur sur son cocontractant qui doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services. Le deuxième tient à l'activité exécutée par le cocontractant. Celle-ci doit être principalement consacrée à ce pouvoir adjudicateur²⁷³.

La personne publique doit être en mesure d'exercer une influence déterminante sur les décisions de son cocontractant, tant sur les objectifs stratégiques que sur les moyens de les atteindre. Il convient de souligner que les sociétés d'économie mixte ne bénéficient pas de l'exception *in house*. Ces contrats se différencient de l'externalisation au sens restreint au regard essentiellement du contrôle de la personne publique sur le cocontractant.

²⁷² « [...] *nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona da esso giuridicamente distinta un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano —, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno* ». Disponible sur : < curia.europa.eu/.../document_print.jsf:... >.

²⁷³ La décision du CJCE 11 janv. 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03, reprend les termes de la décision du CJCE, du 18 nov. 1999, affaire C-107/98, Teckal SRL c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia et ajoute que : « *Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent [...]. Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* ». La décision du CJCE. 13 oct. 2005, Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG, affaire C- 458/03, définit le critère du contrôle analogue comme étant un « *contrôle complet sur les choix stratégiques et sur les décisions de gestion de l'entité* ».

Les nouvelles bases du droit des marchés publics établis par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 doivent conduire à l'adaptation d'un Code de commande publique²⁷⁴. Ces nouvelles bases poursuivent trois grands objectifs : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics, un ensemble de dispositifs tendant à favoriser l'accès des PME à la commande publique et une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives européennes²⁷⁵.

L'ordonnance de juill. 2015 vise à mettre en place un droit des marchés publics plus facilement applicable pour l'unification des règles du droit français et de celles du droit de l'Union européenne. Dans ce sens, les contrats de partenariat public-privé, nouvellement dénommés « marchés de partenariat », sont mis sous l'égide des marchés publics. Ils regroupent les contrats de partenariat public-privé et le corpus des contrats dits « complexes ».

Par ailleurs, elle n'est pas applicable aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque quelques conditions prédéterminées sont réunies.

²⁷⁴ Le Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 transpose les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 fév. 2014 sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE du 26 fév. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et prévoit les mesures d'application de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015, relative aux marchés publics.

²⁷⁵ Historiquement et bien avant les contrats de partenariat public-privé que l'on connaît aujourd'hui, préexistait *en France* une forme de partenariat public-privé : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Dans le cadre de ces contrats, l'entreprise privée, rémunérée par une collectivité, était chargée de la construction d'un ouvrage et de la gestion du service auquel il était affecté. L'intérêt du METP était de confier une mission globale à l'entreprise. Ainsi, les contrats qui ne confiaient que la réalisation et l'entretien de l'ouvrage sans la gestion du service étaient considérés comme des marchés de travaux publics et non des METP. A ce propos, il faut noter une différence parmi le contrat de partenariat actuel et l'ancien METP : aujourd'hui les contrats de partenariat ne comprennent pas (en pratique) la gestion d'un service public. L'originalité du METP était qu'il permettait un paiement différé, étalé dans le temps. Cela rompait avec le mode de rémunération du marché public relatif au versement unique d'un prix. Suite à leur disparition, la pratique a mis au point un système de montage complexe dans lequel l'étalement des paiements des travaux d'équipements publics était permis. (Selon l'expression jurisprudentielle découlant de la décision du CE. 11 déc. 1963, Ville de Colombes, n° 55972, Rec. CE, p. 612).

Le marché de partenariat est défini²⁷⁶ est ainsi défini comme un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général (nouveau). Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser et supporte un risque à cet égard. L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager des prestations exécutées en vertu du contrat.

Les conditions de lancement d'une procédure visant l'attribution d'un marché de partenariat sont soumises à la réalisation d'une évaluation du mode de réalisation du projet quel que soit le montant de l'investissement, à la réalisation d'une étude de soutenabilité budgétaire et à la transmission de ces évaluations et études à des experts.

Les conditions de recours aux marchés de partenariat varient en fonction de la valeur du marché conformément à un seuil fixé par voie réglementaire, mis aussi de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur, de l'intensité du risque encouru et du bilan plus favorable que le recours à d'autres modes de réalisation du projet.

Des nouveautés quant au régime juridique du contrat de partenariat sont également identifiées telle que la participation de la personne publique au financement des investissements à travers la détention d'une participation financière minoritaire au capital de la société du marché.

²⁷⁶ Le contrat de partenariat a été précédemment défini par l'Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004, comme un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services nécessaires à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

En cas de remise en cause du contrat par annulation, résolution ou résiliation, il est possible de prévoir contractuellement les modalités d'indemnisation du titulaire. Si le marché de partenariat emporte l'occupation du domaine public, le titulaire du marché peut, pour autorisation de la personne publique, céder des biens en vue de valoriser une partie de son domaine.

Il importe d'expliquer que le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services²⁷⁷. La personne morale contrôlée réalise plus de quatre-vingt pour cent de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle. Cette personne morale ne possède pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocages requis par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Il est concluant que le marché de partenariat vise à l'optimisation des performances respectives des secteurs public et privé, avec de meilleurs délais de réalisation et de conditions requises, puisque les projets présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour l'administration, tels que la construction d'hôpitaux, d'écoles, de systèmes informatiques et d'infrastructures. Le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

En accompagnant la nouvelle tendance du droit administratif européen, *le droit brésilien* a lui aussi adhéré à la théorie des contrats de partenariat public-privé entre les entreprises privées et l'administration publique. Cette nouvelle phase de la passation des contrats publics a créé des conditions favorables aux investissements de l'Etat en infrastructures, en transférant au privé l'obligation de rendre le service public avec efficacité et qualité.

²⁷⁷ Il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques, mais aussi sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

La Loi des Partenariats publics-privés (ci-après « Loi des PPP »)²⁷⁸ a été promulguée le 30 déc. 2004, instituant les normes générales pour le marché public et les contrats de partenariat public-privé au sein de l'administration brésilienne. Celle-ci est entendue comme l'ensemble des personnes publiques (l'Union, les Etats, le District fédéral et les municipalités), des fonds spéciaux, des *autarquias*, des fondations publiques, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte et d'autres entités contrôlées directement ou indirectement par l'administration directe (centralisée)²⁷⁹.

Ce contrat tient à attribuer à un particulier l'obligation d'exécuter, à l'aide de ses propres ressources, l'infrastructure nécessaire à l'exercice d'une activité publique et par la suite, de fournir ou de mettre à disposition les services nécessaires à leur plein fonctionnement. En contrepartie, le concessionnaire reçoit une rémunération régulière provenant des fonds publics.

La nouvelle Loi a introduit deux nouvelles formes de concessions : La concession parrainée (rémunérée par les subsides provenant des fonds publics et la concession administrative) présentant de nombreuses similitudes avec le marché d'entreprise de travaux publics (METPS) relevant du droit français.

En ce qui concerne la concession parrainée, elle comprend les contrats administratifs par lesquels l'administration publique délègue à l'initiative privée l'exécution d'un service public, dont la rémunération résulte des tarifs publics payés par les usagers et complétés par le partenaire public. La concession administrative en revanche se rapproche de la notion de concession générale encadrée par la Loi générale des concessions et des permissions²⁸⁰.

Elle prévoit des délais plus longs, entre cinq ans et trente-cinq ans. Elle exige du partenaire privé des investissements en infrastructures pour la prestation de services publics, à la différence des contrats administratifs encadrés par la Loi des marchés

²⁷⁸ Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004.

²⁷⁹ Loi n° 13.137 du 19 juin 2015.

²⁸⁰ Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995.

publics et contrats de l'administration publique²⁸¹, dont la durée ne peut pas dépasser 5 ans.

L'entreprise privée est, dans ce cadre, responsable de l'exécution des services, l'administration continuant à en détenir la gestion, alors que cette dernière utilisera directement ou indirectement ces services. Il s'agit d'une modalité de contrat de partenariat public-privé plus flexible.

Le marché de partenariat, parrainé ou administratif, présente des particularités par rapport à la concession²⁸² et d'autres contrats administratifs. Les différences tiennent essentiellement à la compensation financière accordée au partenaire privé. En effet, celle-ci est garantie et assumée par l'Etat en contrepartie d'un engagement de longue durée, en moyenne supérieur à vingt ans. Les paiements en faveur du prestataire privé sont en outre indexés sur la performance réalisée (les biens doivent retourner à l'échéance du contrat dans le domaine public, à titre onéreux ou gratuit).

Le marché de partenariat diffère également du contrat de concession en ce qui concerne le régime de responsabilité civile. La responsabilité de l'administration publique est, en effet, solidaire, lorsque dans le cas des concessions générales de services publics elle est subsidiaire. En outre, les Lois sur les concessions empêchaient le gouvernement de procéder à des transferts financiers directs au profit du concessionnaire qui devait tirer ses ressources uniquement des paiements provenant des usagers.

A l'instar de la situation française, les lois sur les concessions et les marchés publics ne permettaient pas de conclure des contrats globaux.

Il est certes que les contrats de partenariat permettent de multiples applications dans divers domaines du développement urbain brésilien et ses champs d'application, ils pourraient certainement être encore étendus pour le financement des investissements et du fonctionnement des infrastructures urbaines.

²⁸¹ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

²⁸² Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995.

Comme les concessions générales, ils permettent à l'Etat de bénéficier de l'expertise privée sur des thèmes pour lesquels le secteur public manque de savoir-faire et d'accélérer l'investissement public à travers la mobilisation de capitaux privés. Ils peuvent également aider à une meilleure maîtrise des coûts, des délais et de la qualité de service. Cependant, ces bénéfices sont conditionnés à un choix judicieux des modalités de contrats de partenariat choisis, à une définition soignée des dispositions contractuelles, à un processus de sélection transparent et à un suivi attentif à l'exécution des contrats.

L'apparente « privatisation » qu'elle peut représenter aux yeux des citoyens rend nécessaire une gouvernance exemplaire, notamment du point de vue budgétaire.

Comme indique le professeur Marçal Justen Filho :

« La particularité des PPP brésiliennes découle d'une spécificité relative à l'exécution des décisions de condamnation des personnes de droit public, fruit d'une disposition constitutionnelle. Selon une tradition purement brésilienne, les condamnations d'une personne de droit public à un paiement quelconque doivent être exécutées selon un régime différencié. Il appartient au pouvoir judiciaire d'ordonner que le montant de la condamnation soit inclus dans la loi budgétaire de l'année suivante. En théorie, le transfert au pouvoir judiciaire du montant de la condamnation au bénéfice du créancier devrait être opéré durant l'exercice suivant »²⁸³.

Les similitudes sont nombreuses entre *les pratiques française et brésilienne* concernant les partenariats publics – privés au sens large (incluant les concessions régies par la Loi générale des concessions)²⁸⁴. La pratique de la concession « générale » dans les

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal, Les nouveaux modes de gestion de l'action publique, in « *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107 p., sp. p. 269.

²⁸⁴ Selon Egon Bockmann, à partir les années 90, le droit administratif brésilien a gagné un accent « anglo-saxon » avec l'introduction de concepts tels que les contrats BOT, le « *public-private partnership*, l'*independent agencies* » etc, contrairement à la période située avant les années 90 où le droit administratif brésilien possédait plutôt un « accent français ». Cela pouvait se distinguer dans la doctrine concernant l'acte administratif, le contrat administratif, la déviation de pouvoir, les services publics,

domaines de l'eau et de l'assainissement (y compris dans la gestion et l'amélioration des performances du réseau existant), de la gestion des déchets ou des transports publics urbains, permet de partager, avec un certain recul, des expériences qui s'inscrivent dans la durée et de confronter les points de vue de partenaires publics et privés engagés depuis plusieurs décennies dans des projets communs.

notamment. (BOCKMANN MOREIRA, Egon, Concessões de serviços públicos e *Project Finance*, in « *Revista de Direito Público e Regulação (RDPR)* » [en ligne]. Salvador, n° 23, agosto/setembro/outubro 2010, 10 p., sp. p. 1). Disponible sur : < www.direitodoestado.com/.../REDAE-23-AGOSTO-2010-EGON-... >.

Chapitre 2. Les Autorités Administratives Indépendantes françaises et les Agences Régulatrices brésiliennes

Les Autorités Administratives Indépendantes *en France* et les Agences Régulatrices *au Brésil* constituent un ensemble de structures originales dans l'appareil d'Etat et leur création ont comme objectif commun de permettre aux actions de ne pas souffrir d'influences politiques ni de pressions de divers intérêts économiques et professionnels dans des secteurs d'activités sensibles exigeant une protection vigilante et impartiale des libertés²⁸⁵.

Le phénomène des *independent regulatory agencies* institutionnalisé d'abord aux Etats-Unis d'Amérique et au Royaume-Uni s'est propagé, à partir des années 70, dans divers pays européens et dans les pays d'Amérique Latine. Toutefois, il est important de remarquer que ces nouvelles structures se sont véritablement répandues en Europe, après seulement que l'Union Européenne ait promu des projets communautaires. En revanche, *au Brésil*, ce modèle a été le résultat de projets de privatisation et de réforme de l'Etat²⁸⁶.

²⁸⁵ La notion de régulation va apparaître aux Etats-Unis, avec la crise de 1929, lorsque le gouvernement décide de mettre en place un ensemble d'organismes pour contrôler les marchés (surtout le financier), le bon fonctionnement de la concurrence et l'abus économique. En relation à l'existence des instances de régulation, selon Françoise Dreyfus « [...] *la question se pose dès lors est de savoir si derrière l'intérêt général qui constitue la justification de l'existence des instances de régulation, ne se masquent pas d'autres intérêts, à l'instar de ce que l'on observe dans la sphère économique privée ou la régulation est loin de n'être qu'un moyen de pallier les défauts du marché* ». (DREYFUS, Françoise, A la recherche du temps perdu. La science politique française oublieuse de l'administration publique. A propos de Notre Etat, in « *Politix* » [en ligne], vol. 15, n° 59, Troisième trimestre 2002, 23 p., sp. p. 189. Disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_2002_num_15_59_1230 >).

²⁸⁶ Le terme « agence » adopté par le *système brésilien* pour désigner ces instituts indépendants n'était guère accepté par la doctrine brésilienne. Pour la majorité des juristes, ce terme était nettement importé du système américain et il apporte deux inconvénients qui ne recommandent pas son adoption. Le premier inconvénient concerne l'indéfinition terminologique parce qu'aux Etats-Unis le terme agence désigne également d'autres organismes qui ne sont pas dotés de fonction régulatrice. Le deuxième inconvénient concerne l'incompatibilité du terme agence avec la tradition du droit brésilien qui utilise déjà ce terme pour désigner d'autres organismes qui n'ont aucun rapport avec les instituts régulateurs indépendants. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Agencias Reguladoras Independentes : fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte : Forum, 2009, 220 p., sp. pp. 54-55).

Le modèle français de régulation possède une logique de “convention” qui fonctionne via une délégation d’activités et de responsabilités entre les prestataires de services, l’Etat et les consommateurs, créant un système de partenariat et de délégation commun. Comme l’observe Clezio Saldanha dos Santos :

« En France, le système de contrôle des services publics est développé et accompli par le gouvernement, sans l’aide des entités régulatrices. La qualité des services est contrôlée par les directions de chaque région et les tarifs sont contrôlés par le Ministère de l’économie et des finances. Comme l’observe Medauar, la doctrine française identifie la décentralisation comme la création de nouvelles personnes juridiques indépendantes qui sont dotées d’organes et de patrimoine, qui possèdent des pouvoirs en domaines spéciales et qui fixent des normes relatives au contrôle que le Pouvoir central exécutera sur ces entités. [...] »²⁸⁷.

En France, le législateur utilise l’expression Autorité Administrative Indépendante, qui a été utilisée la première fois pour qualifier la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL) le 6 janv. 1978. Par la suite, il n’a que rarement eu recours à une telle formulation. Ont été ainsi désignées la Commission pour la Transparence et le Pluralisme, la Commission de la Concurrence, toute deux abrogées en 1986, et la Commission Nationale de la Communication et des Libertés remplaçant la Haute Communication Audiovisuelle, qui a elle-même disparu assez rapidement après l’élection de François Mitterrand à la Présidence de la République en 1998.

Pour le Conseil d’Etat, dans son Rapport de l’Inspection générale des finances (IGF) n° 2011-M-044-01, relatif à l’Etat et ses Agences, la création d’agences présente en théorie certains avantages :

« Une agence se caractérise par sa structure de gouvernance différenciée par rapport à une administration classique, à la hiérarchie verticale et intégrée. Elle repose sur un

²⁸⁷ SANTOS, Clezio Saldanha dos, Breve comparação entre os sistemas de controle de serviços públicos brasileiro e francês: o caso da distribuição de energia elétrica, in “Revista de Administração Pública (RAP)” [en ligne]. 2004, v. 38, n° 5, Santos, 21 p., sp. pp. 1-21. (Citant COHEN, Elie, HENRY, Claude, *Service public, secteur public*, Coll. « Les Rapports du Conseil d’analyse économique ». Paris : La Documentation Française, 1997).

double principe de spécialisation et d'autonomie de gestion. En théorie, l'existence d'une agence permet à la puissance publique d'atteindre plus efficacement ses objectifs : 1 - Grâce à sa spécialisation, elle est jugée plus efficace pour la fourniture "industrialisée" des services aux usagers du service public. Par ailleurs, elle facilite l'internalisation des compétences – ce que l'administration ne permet pas toujours et le développement d'une expertise ; 2 - Elle introduit une culture plus managériale, et davantage tournée vers les résultats. Elle est ainsi plus responsabilisante (sic) pour les responsables qui en ont la charge. Dotés de moyens, qu'ils sont censés pouvoir gérer librement, pour atteindre leurs objectifs, ils sont jugés sur leurs capacités à remplir leur mission ; 3 - Elle offre une plus grande souplesse de gestion, permettant de contourner certaines lourdeurs administratives et financières pouvant nuire à certaines missions exigeant une forte réactivité ; 4 - Elle permet parfois à la puissance publique d'exercer une compétence à l'abri des pressions politiques, notamment en cas où des pouvoirs de régulation ou l'exercice de libertés publiques sont en jeu ; 5 - Enfin, elle permet également de mettre en place une culture plus partenariale, et d'associer toutes les parties prenantes à la conduite d'une politique publique. L'utilisation d'agences aurait l'avantage, pour l'Etat, de lui permettre de se distancier de l'activité de prestation de services, et de se concentrer sur ses tâches de conception et d'évaluation des politiques publiques »²⁸⁸.

En ce qui concerne le modèle anglo-saxon de régulation, l'arrangement institutionnel est indépendant de l'Etat. Les agences régulatrices fixent des règles contractuelles et des sanctions destinées aux concessionnaires de services publics. En termes d'efficience, dans la plupart des pays qui adoptent ce modèle, ces contrats sont devenus des instruments d'innovation²⁸⁹.

*Le droit brésilien a suivi le modèle de régulation anglo-saxon*²⁹⁰.

²⁸⁸ Rapport n° 2011-M-044-01, « L'Etat et ses agences », Inspection générale des finances, Mars 2012, p. 43.

²⁸⁹ JANN, Werner, REICHARD, Christoph, Melhores práticas na modernização do Estado, in "Revista do Serviço Público (RSP)". Brasília, ano 53, n° 3, jul./set. 2002, 20 p., sp. pp. 31-50.

²⁹⁰ Alexandre Santos de Aragão constate que : « Les agences sont apparues au Brésil dans une conjoncture (a) de transfert à l'initiative privée d'un certain nombre de services publics qui, une fois privatisés, ne pouvaient demeurer sans régulation et (b) de réglementation de l'exécution de ces services

Pour reprendre les termes de Pierre-Louis Mayaux :

« Les agences de régulation brésiliennes ont été très largement inspirées du modèle américain, dans lequel les agences indépendantes sont une caractéristique ancienne, remontant pour la plupart à la période d'expansionnisme étatique du New Deal. Ce modèle, caractéristique d'un régime présidentiel, accorde un rôle déterminant au Congrès dans la création des agences (par le biais de lois ordinaires ou organiques), dans la nomination de leurs directeurs, et dans leur supervision. Tout comme aux Etats-Unis, c'est le Sénat qui, au Brésil, a la haute main sur les nominations. Proposées par le Président de la République, celles-ci doivent ensuite être approuvées par la commission compétente (par exemple la commission des infrastructures), avant d'être confirmées en session plénière [Di Pietro, 2006] »²⁹¹.

Il ajoute que :

« La réforme administrative brésilienne des années 1990, qui a débouché sur la création de neuf agences de régulation, doit être replacée dans la longue durée, en soulignant la manière dont elle prolonge et rompt, tout à la fois, avec des tentatives récurrentes de professionnalisation de la bureaucratie ».

Les neuf agences auparavant cités ont été créées entre 1996 et 2001, pendant le processus de privatisation mené par le président de Fernando Henrique Cardoso²⁹². Une

selon un régime juridique jusqu'alors inédit dans notre droit positif qui s'apparentait, d'une certaine manière, à un régime concurrentiel et, par conséquence, moins fortement régulé ». (ARAGÃO, Alexandre Santos de, La Participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes : le cas brésilien, in « *Revista Internacional de Contratos Públicos (RICP)* » [en ligne]. 2013, p. XI-3. Disponible sur : < http://www.direitodoestado.com/revista/11_RICP-01-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf >).

²⁹¹ MAYAUX, Pierre-Louis, Le dilemme du contrôle : politiciens et régulateurs économiques au Brésil, in « *Association française de science politique (AFSP)* » [en ligne]. 2011, 42 p., sp. p. 13. Disponible sur : < <http://www.afsp.info/congres2011/sectionsthematiques/st15/st15mayaux.pdf> >.

²⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de, La Participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes : le cas brésilien, in « *Revista de Direito do Estado (RDE)* » [en ligne]. 2013, p. XI-2. Disponible sur : < http://www.direitodoestado.com/revista/11_RICP-01-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf >).

seule a été créée par le gouvernement suivant, celui de Luiz Inácio Lula da Silva, en 2005.

Plusieurs auteurs proposent des définitions concernant les agences régulatrices²⁹³. Comme l'a relevé Alexandre Santos de Aragão²⁹⁴, les agences régulatrices sont définies comme des :

« [...] *autarquias de régime spécial, dotées d'une considérable autonomie face à l'administration publique centrale, responsables par l'exercice de fonctions régulatrices et dirigées par des membres nommés pour un délai déterminé par le Président de la République*²⁹⁵, *après approbation préalable par le Sénat Fédéral, étant interdite l'exonération ad nutum* »²⁹⁶.

Pour lui, les agences régulatrices brésiliennes constituent une nouvelle institution du droit public depuis les années quatre-vingt-dix. Cependant, si d'un côté, la division de l'administration en plus d'un centre de pouvoir est un phénomène beaucoup plus large que celui du surgissement des récentes agences régulatrices, il observe qu'il ne faut pas mépriser leur importance, surtout dans le contexte de désétatisation et de déréglementation dans lequel leur apparition s'inscrit²⁹⁷.

Il ajoute, en citant Luciano Parejo Alfonso :

²⁹³ D'après Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *en droit brésilien*, une agence régulatrice peut être définie comme : « [...] *tout organe de l'administration directe ou entité de l'administration indirecte possédant des fonctions de régulation disciplinaire spécifique. S'il s'agit d'une entité de l'administration indirecte, elle sera assujetti au principe de la spécialité* [...] ». (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 23^e ed. São Paulo : Atlas, 2010, 875 p., sp. p. 402).

²⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, 509 p., sp. p. 275.

²⁹⁵ Conformément à l'art. 6^o de la Loi n^o 9.986, du 18 juill. 2000, et l'art. 52, III, f, de la Constitution fédérale brésilienne.

²⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, La Participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes : le cas brésilien, in « *Revista de Direito do Estado (RDE)* » [en ligne]. 2013, p. XI-4. Disponible sur : < http://www.direitodoestado.com/revista/11_RICP-01-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf >).

²⁹⁷ *Ibidem*.

« Ces entités munies d'une authentique autonomie ne sont pas "un substitut de la supposée objectivité dégradée de l'Administration classique". Au contraire, elles sont une continuation, par d'autres moyens, de la même et unique objectivité administrative, là et seulement là où la progressive complexité de l'actuelle société – dont l'Etat, qualifié dans notre cas d'Etat social, est aujourd'hui le responsable universel de l'aménagement – a conduit le système ordinaire de pouvoirs-sources à un point extrême au-delà duquel il devient incapable de gérer de façon satisfaisante la rationalité juridique nécessaire pour soutenir, avec objectivité, le processus d'accomplissement de l'intérêt général, propre à l'Administration traditionnelle ou classique. On est ainsi face à une manifestation spécifique du point de rupture d'un système général devant l'émergence et le développement, à son intérieur, d'un sous-système différencié, dont l'absorption – selon les mots de Garcia Pelayo – serait impossible à partir de la rationalité globale propre au premier système. L'attention et l'incorporation du mentionné sous-système sont impératives pour la récupération de la cohésion du système dans un nouvel équilibre ».

Celso Antônio Bandeira de Mello estime que les agences régulatrices peuvent être définies comme des « [...] *autarquias*²⁹⁸ sous le régime spécial, dernièrement créés avec la finalité de discipliner et contrôler certaines activités »²⁹⁹.

Pour Marçal Justen Filho « une agence régulatrice est une "autarquia" spéciale, assujetti au régime juridique, qui assure son autonomie face à l'administration publique directe et investie de compétences pour la régulation sectorielle »³⁰⁰.

²⁹⁸ Selon le professeur Hely Lopes Meirelles, les *autarquias* sont : « [...] des entités administratives autonomes, créées par des lois spécifiques, dotées de la personnalité morale de droit public interne, d'un patrimoine propre et de prérogatives de puissance publique déterminées, [...] qui réalisent un service détaché de l'administration centrale, exerçant une activité typique de l'administration publique ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. pp. 307 et 633). Son équivalent le plus proche en droit français serait l'établissement public à caractère administratif.

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 32^a ed. rev. e atual. até a EC 84 de 2/12/2004, São Paulo : Malheiros, 2015, 1150 p., sp. p. 154.

³⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2005, 863 p., sp. p. 466.

Pierre-Louis Mayaux précise que :

« Les agences de régulation brésiliennes sont des organismes dotés d'une personnalité juridique de droit public, d'une capacité administrative propre et d'une autonomie patrimoniale. Elles se distinguent des "autarquias" traditionnelles par leur absence de toute subordination hiérarchique et leur pouvoir de réglementation. Elles sont créées par la loi et leur statut ne peut être modifié que par la loi³⁰¹. Afin de renforcer leur indépendance, leurs décisions sont prises collégalement : les membres du collège de direction (les directeurs), généralement au nombre de cinq, bénéficient de plusieurs dispositions favorables à leur autonomie : ils jouissent d'un mandat fixe (entre trois et cinq ans suivant les agences) et décalés par rapport à celui du président. Ils ne peuvent être révoqués, sauf pour faute professionnelle grave. Leurs décisions ne sont passibles de recours qu'auprès des juridictions ordinaires (i.e. judiciaires, le Brésil n'ayant pas de justice administrative). Leur source de financement provient essentiellement d'une "taxe de surveillance" dont le montant est fixé par la loi de finance »³⁰².

Les agences régulatrices peuvent être réparties en différents types. Elles peuvent aussi être distinguées de la sphère avec laquelle elles sont liées, c'est-à-dire, fédérale, d'Etat ou municipale, par exemple.

La classification la plus importante est faite par le type d'activité développé par l'agence régulatrice. De cette façon, il existe les agences régulatrices d'exploitation de monopoles publics, d'exploitation de biens publics, de contrôle et surveillance d'activités économiques privées et de contrôle de services publics.

³⁰¹ *En droit brésilien*, le statut des agences ne peut donc pas être modifié par le recours à une mesure provisoire émise par le Président de la République (qui possède force de loi pendant 120 jours). Il convient d'expliquer que les « mesures provisoires » possèdent valeur de loi *au Brésil*. Elles ont succédé aux Décrets-lois existants avant 1988. Elles ne doivent être utilisées qu'à titre exceptionnel conformément à l'art. 61 de la Constitution fédérale de 1988.

³⁰² MAYAUX, Pierre-Louis, *Le dilemme du contrôle : politiciens et régulateurs économiques au Brésil*, in « Association française de science politique (AFSP) » [en ligne]. 42 p., sp. p. 14. Disponible sur : < <http://www.afsp.info/congres2011/sectionthematiques/st15/st15mayaux.pdf> >.

Initialement, les agences régulatrices étaient circonscrites au secteur des services et des monopoles publics. Avec l'ouverture à l'initiative privée par l'intermédiation de concessions, permissions et autorisations publiques, elles furent par la suite considérées par le Législateur d'une importance spéciale pour la collectivité³⁰³.

Parmi les agences fédérales, l'on doit mentionner l'Agence Nationale de L'Energie Electrique (ANEEL)³⁰⁴, l'Agence Nationale des Télécommunications (ANATEL)³⁰⁵, l'Agence Nationale du Pétrole (ANP)³⁰⁶, l'Agence Nationale des Eaux (ANA)³⁰⁷, l'Agence Nationale des Transports Terrestres (ANTT)³⁰⁸, l'Agence Nationale des Transports Aquatiques (ANTAQ)³⁰⁹, l'Agence Nationale de Surveillance Sanitaire (ANVISA)³¹⁰, l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS)³¹¹ et l'Agence Nationale du Cinéma (ANCINE)³¹².

Les fonctions exécutées par les agences régulatrices sont de quatre types : Réglementation, fiscalisation, sanction et médiation de conflits³¹³.

La fonction régulatrice comme l'enseigne Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

« C'est celle qui soulève le plus de discorde. Pour les agences régulatrices qui ne possèdent pas de prévision constitutionnelle, la délégation de fonction normative est

³⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de, La Participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes : le cas brésilien, in « *Revista de Direito do Estado (RDE)* » [en ligne]. 2013, p. XI-2. Disponible sur : < http://www.direitodoestado.com/revista/11_RICP-01-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf >).

³⁰⁴ Loi n° 9.427 du 26 déc. 1996.

³⁰⁵ Loi n° 9.472 du 16 juill. 1997.

³⁰⁶ Loi n° 9.478 du 6 août 1997.

³⁰⁷ Loi n° 9.433 du 8 janv. 1997.

³⁰⁸ Loi n° 10.233 du 5 juin 2001.

³⁰⁹ Loi n° 10.233 du 5 juin 2001.

³¹⁰ Loi n° 9.782 du 26 janv. 1999.

³¹¹ Loi n° 9.961 du 28 janv. 2000.

³¹² Mesure provisoire n° 2.219 du 4 sept. 2001.

³¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, 509 p., sp. p. 316.

faite par la loi qui a établie l'agence et non par la Constitution fédérale, l'exercice de la fonction régulatrice ne peut pas supplanter d'autres organes administratifs ou entités de l'administration publique, car autrement cela serait totalement anticonstitutionnel »

314.

Par rapport à la fonction de fiscalité, la Loi générale des concessions et permissions de l'administration publique³¹⁵ établit que les concessions et les permissions sont, de façon générique, contrôlées par l'administration publique, avec la coopération des usagers.

Selon l'art. 29, I, de la Loi générale des concessions et permissions de l'administration publique, le Pouvoir public possède la compétence pour réglementer et contrôler la prestation de service³¹⁶. En revanche, l'art. 29, II, V et VIII, encadre les attributions du pouvoir concédant pour assurer la mise en œuvre de la loi et les clauses contractuelles mais aussi pour assurer la bonne qualité du service public.

Il est certain que *les droits français et brésilien* connaissent à la fois des éléments de convergence et de divergence. *En France*, ce n'est qu'à partir de 2003 que quelques Autorités Administratives Indépendantes ont été dotées d'un statut de personne morale mais la majorité d'entre elles restent liées à l'Etat à travers la tutelle ministérielle. *Au Brésil*, les Agences Régulatrices sont des instituts dotés de personnalité morale ; ce qui permet de garantir leur indépendance et l'accomplissement indépendant de leurs fonctions de régulation et de sanction.

Enfin, *en droit français*, l'institutionnalisation des Autorités Administratives Indépendantes demeurent étroitement liée à la garantie de droits fondamentaux *alors*

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 23^a ed. São Paulo : Atlas, 2010, 875 p., sp. p. 406.

³¹⁵ Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995.

³¹⁶ Selon l'art. 29 de la Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995, le pouvoir concédant est tenu responsable de réglementer le service concédant et de fiscaliser de façon pérenne les prestations, d'appliquer les pénalités réglementaires et contractuelles, d'homologuer les réajustements et de procéder à la révision des tarifs dans la forme de cette Loi, des normes connexes et du contrat, de déclarer d'utilité public les biens nécessaires à l'exécution des services ou œuvres publiques, de promouvoir les expropriations, directement ou à travers le transfert de pouvoirs à la concessionnaire, cas dans lequel appartiendra à celle-ci la responsabilité pour les dommages applicables.

qu'en droit brésilien, la grande majorité des Agences Régulatrices ont été créées pour intervenir et pour essayer de corriger les défauts de la libéralisation. Son principal objectif est la satisfaction des besoins des usagers des services publics.

Conclusion de la Première Partie

Le droit public français et le droit public brésilien connaissent d'importants et récents développements, non seulement en raison de leur cadre national respectif, mais également sous l'influence du droit international et plus spécifiquement du droit français.

Le développement de l'externalisation au sens restreint dans les services publics ne semble pas correspondre à une nouvelle méthode de gestion, malgré tant l'absence d'un cadre normatif spécifique que son usage comme instrument de gestion stratégique.

Il est possible d'affirmer que l'usage de l'externalisation au sens restreint *dans les deux systèmes juridiques* étudiés a été élargi par une série de normes visant à lutter contre la croissance des dépenses de personnel de l'administration, en privilégiant l'exécution directe des activités les plus pertinentes et les plus stratégiques de l'administration. Dans ce cadre, la quête d'une gestion des services publics plus performantes a été recherchée par l'administration.

La question de la limite des activités externalisables, telle qu'elle résulte aujourd'hui de lois multiples, est complexe dans les deux pays étudiés. Les circonstances dans lesquelles certains services ne sont pas déléguables n'empêchent pas que leurs activités accessoires soient confiées à des personnes privées *via* l'externalisation au sens restreint.

Cette problématique, basée sur le « cœur du métier » en *droit français* et sur la dichotomie « activité-intermédiaire / activité-finale » en *droit brésilien*, est mise en évidence et se montre inefficace pour cerner de façon précise et claire toutes les spécificités liées au sujet.

Dans la sphère du *droit brésilien*, la construction « activité-intermédiaire / activité-finale » se heurte à la difficulté de distinguer précisément et concrètement les activités

pouvant être externalisées. L'exercice de délimitation nécessite des questionnements relatifs à l'utilité de cette dichotomie et à son caractère opérationnel.

Dans les deux pays, l'intérêt de l'externalisation dépend de la nature du service, du marché, des prestataires mais aussi des risques pour la gestion publique. La garantie que l'externalisation soit formatée et gérée conformément à l'intérêt public doit être un élément essentiel du choix. En effet, les risques liés à sa mauvaise utilisation peuvent compromettre la performance de ce procédé et lorsque l'administration choisit mal son partenaire ou lorsque ce dernier est défaillant, les questions de réparation peuvent compromettre l'image de l'administration auprès des usagers.

Au Brésil, la fragile configuration de la relation tripartite établit entre l'administration, son partenaire privé et les employés de celui-ci peut également concerner la responsabilité subsidiaire de l'administration en cas de non-paiement des charges salariales par le partenaire privé, en compromettant les coûts budgétaires et ainsi la performance du processus.

Dans les deux systèmes juridiques, le choix de l'externalisation peut contribuer à la réduction des charges salariales et sociales, tout en permettant une plus grande flexibilité financière et opérationnelle de la structure de l'Etat. Il incombe néanmoins à l'administration de choisir parmi les formes possibles d'externalisation celle qui est la mieux adaptée à ses besoins : Ce choix repose sur différents paramètres tels que l'objet du contrat, la durée, la rémunération, les prérogatives et le pouvoir d'intervention de l'administration notamment.

Nonobstant l'existence de nombreuses caractéristiques communes aux *droits français et brésilien*, la comparaison peut difficilement aller plus loin que les éléments mentionnés précédemment dans le sens où il n'existe pas d'équivalent pour toutes les formes de relation contractuelle prévues *en France et au Brésil*.

L'étude des différentes formes d'externalisation et ses particularités ont permis de confirmer le choix portant sur la notion d'externalisation au sens restreint qui régit cette étude, c'est-à-dire, un outil de gestion permettant à l'administration de détacher

certaines fonctions non stratégiques ou n'appartenant à son cœur de métier, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs, publics ou privés. Cette notion est celle qui définit le mieux l'externalisation au sens restreint puisqu'elle permet à la fois de délimiter son champ d'extension mais aussi d'établir ses limites, avantages et écueils.

**DEUXIEME PARTIE : LA PERFORMANCE DANS LE CADRE DE
L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS EN
FRANCE ET AU BRESIL**

DEUXIEME PARTIE : LA PERFORMANCE DANS LE CADRE DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT EN FRANCE ET AU BRESIL

Les administrations publiques se posent-elles le défi d'allier les conditions d'externalisation et son exécution proprement dites à une gestion performante ?

Dans ce sens, comme l'a relevé Philippe Cossalter :

« La question de la transparence et de la responsabilité posent (sic) en réalité deux problèmes distincts : comment contrôler les conditions de l'externalisation ; comment assurer la mise en œuvre effective des conditions d'exécution stipulées »³¹⁷.

Cette démarche interroge : Le rôle des agents publics responsables pour la surveillance de la mise en œuvre du processus d'externalisation est-il approprié pour sa bonne démarche ? Les conditions de mise en œuvre sont-elles suffisantes pour assurer la performance de ce processus ?

Il s'avère que la pratique de l'externalisation recèle des écueils fréquemment liés au faible engagement des agents publics dans les tâches qui leurs sont affectées et aux possibles conflits d'intérêt qui peuvent apparaître lors de la relation entre ces agents publics et les partenaires privés de l'administration et ainsi nuire au processus d'externalisation (Titre I).

D'autres écueils liés aux mécanismes de contractualisation de l'externalisation et au contrôle des règles fixés par la législation peuvent également apparaître (Titre II).

³¹⁷ COSSALTER, Philippe, *Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens* [en ligne], 21 p., sp. p. 18. Disponible sur : < <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/cossalter.pdf> >.

**TITRE I. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE GESTION
DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU
SENS RESTREINT**

TITRE I. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE GESTION DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT

La quête d'amélioration de la qualité des services publics a suscité dans les années 70 l'émergence d'un nouveau modèle de gestion publique, dont la finalité était de permettre à l'Etat de contrôler de façon plus efficace³¹⁸ la mise en œuvre de ses objectifs³¹⁹ : *Le New Public Management*³²⁰ (ci-après « NPM »).

Il n'existe pas de définition unique du NPM, mais le point commun des réformes regroupées sous ce terme est le passage d'une logique « traditionnelle » à une nouvelle logique de management fondée sur les méthodes employées dans le secteur privé³²¹.

Le NPM a établi un modèle de gestion stratégique selon lequel la gestion publique, à travers les agents publics ou *via* le secteur privé, sous l'orientation publique, peut être utilisée comme instrument de gestion économique, efficiente et efficace pour l'administration³²².

³¹⁸ Le terme « efficace » (= efficacité) ne se confond pas avec le terme « efficience » ou le terme « effectivité » ; il concerne la façon par laquelle l'activité administrative est exécutée (c'est la *modus operandi*). Elle fait référence à la conduite des agents publics. En revanche, le terme « efficience » concerne les moyens et les instruments employés pour les agents publics pour développer son activité ; et le terme « effectivité » concerne les résultats obtenus avec les actions administratives.

³¹⁹ « La gestion d'une activité publique est par essence susceptible d'évolutions constantes, sous l'influence combinée des contingences politiques, des contraintes économiques et juridiques. Au choix d'une délégation pourra succéder celui d'une reprise en régie de l'activité, de même qu'à une externalisation pourra par la suite être préférée une "ré-internalisation" de l'activité et inversement. Cette réversibilité de la gestion des activités publiques est une réalité pratique à laquelle les élus sont particulièrement sensibles ». (JUAN, Muriel, *Continuité de l'emploi et évolution des activités publiques*. Thèse de doctorat : Droit. Pau : Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, 387 p., sp. p. 51).

³²⁰ Egalement nommée Nouvelle Gestion Publique (NGP).

³²¹ FERLIE, E., ASHBURNER, L., FITZGERALD, L. and PETTIGREW, A., *The New Public Management in Action*, in « *Oxford University Press* », Oxford : New York, 1996, 295p.

³²² La conception du NMP, reposant sur les 3 E (Economie, Efficacité, Efficience) est à l'opposé de celle de Weber pour lequel la « bureaucratie » est la condition même de l'efficacité par sa dimension rationaliste. (URIO, Paolo, *La gestion publique au service du marché*, in « *La pensée comptable : Etat, néolibéralisme, nouvelle gestion publique* ». PUF et Les nouveaux Cahiers de l'IUED : Paris et Genève, 1999, sp. pp. 91-124.

Cette nouvelle gestion publique implique l'utilisation de nouveaux dispositifs empruntés au secteur privé tels que le contrôle interne, l'audit interne, l'audit externe, la gestion par objectifs, l'approche par les risques et la lutte contre la fraude et la corruption.

Ce modèle de gestion publique permet d'identifier quatre fonctions importantes : La fonction stratégique³²³, la fonction financière³²⁴, la fonction marketing³²⁵ et la fonction ressources humaines³²⁶. Elles poussent l'Etat à s'interroger sur son rôle et ses missions, celles qu'il doit lui-même assurer, celles qu'il peut déléguer ou confier à des agences ou à des partenaires privés et celles qu'il peut organiser en partenariat avec le secteur privé³²⁷.

³²³ La fonction stratégique comprend la gestion par les résultats, la mise en place d'une planification stratégique, la privatisation d'entreprises publiques ou l'externalisation (faire-faire), la mise en place de partenariats public/privé, la séparation des fonctions décisionnelles et d'exécution, la déconcentration et/ou décentralisation, l'utilisation de nouvelles technologies de l'information et de la communication en interne (l'intranet permet de décloisonner les services), la généralisation de l'évaluation (culture de la performance) et la simplification des formalités administratives.

³²⁴ En ce qui concerne la fonction financière, elle englobe des mesures destinées à réduire des déficits, la budgétisation par programme et une plus grande transparence de la comptabilité (par exemple par la mise en place d'une comptabilité analytique pour comparer les résultats aux prévisions).

³²⁵ La fonction marketing, quant à elle, pousse le développement du marketing public *via* des consultations, enquêtes, sondages, observatoires, entre autres et l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication en externe.

³²⁶ La fonction ressources humaines, enfin, implique des actions destinées à améliorer la gestion des effectifs, à responsabiliser et motiver des fonctionnaires à travers l'individualisation des rémunérations et des primes au rendement, ou le développement de la participation.

³²⁷ GRUENING, Gernod, Origin and Theoretical Basis of New Public Management, in « *International Public Management Journal* », 4, 2001, 25 p., sp. p. 1-25. (Disponible sur : < [https://www.google.fr/?gws_rd=ssl#q=Gruening,+G.+\(2001\),+%C2%AB+Origin+and+Theoretical+Basis+of+New+Public+Management+%C2%BB,+International+Public+Management+Journal](https://www.google.fr/?gws_rd=ssl#q=Gruening,+G.+(2001),+%C2%AB+Origin+and+Theoretical+Basis+of+New+Public+Management+%C2%BB,+International+Public+Management+Journal) >) ; HOOD, Christopher, A Public Management for All Seasons, in « *Public Administration* », volume 69, issue 1, 19 march 1991, 16 p., sp. pp. 3-19. (Disponible sur : < http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x/epdf?r3_referer=wol&tracking_action=preview_click&show_checkout=1&purchase_referrer=onlinelibrary.wiley.com&purchase_site_license=LICENSE_DENIED_NO_CUSTOMER >) ; LAUFER, Romain, BURLAUD, Alain, *Management public : gestion et légitimité*, Coll. « Daloz Gestion ». Paris : Daloz, 1983, volume 1, n° 2, p. 110-111 ; POLLITT, Christopher, BOUCKAERT, Geert, Public Management Reform : A Comparative Analysis, in « *Oxford University Press* », 2000, volume 18, n° 4, 314 p., sp. pp. 184-189. (Disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/pomap_0758-1726_2000_num_18_4_2653 >).

Les transformations souhaitées par les gouvernements visant à améliorer la performance de la gestion publique à travers l'engagement et la responsabilisation des agents publics sur leurs utilisations de ressources et l'obligation de rendre compte de leurs résultats³²⁸ constituent le NPM³²⁹.

Pour mieux comprendre la question de la performance des agents publics, il importe d'envisager la façon dont la relation érigée entre l'administration et son prestataire privé doit se dérouler. Cela implique de se poser à la fois la question du rôle et de l'engagement des agents publics responsables pour la surveillance de la mise en œuvre du processus d'externalisation (Chapitre 1), mais aussi celle de la responsabilité imputée aux agents liés au processus d'externalisation (Chapitre 2).

³²⁸ GANGLOFF, Florence. Le Nouveau Management Public et la Bureaucratie Professionnelle, in « *La place de la dimension européenne dans la Comptabilité Contrôle Audit* », 2009, Strasbourg, France, 17 p., sp. pp. 1-17. Disponible sur : <halshs-00460638>.

³²⁹ Comme l'explique Lucie Cluzel-Métayer : « *Dans la mouvance du New Public Management qui se propage dans l'ensemble des pays occidentaux, l'évaluation devient un passage obligé* ». (CLUZEL-METAYER, Lucie, L'évaluation et la gouvernance démocratique, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIOU, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. p. 68).

Chapitre 1. La performance et le contrôle des agents acteurs du processus d'externalisation

Au cours des trois dernières décennies, la performance dans la gestion publique a pris une importance toute particulière, les pays industrialisés étant confrontés à des pressions et à des exigences grandissantes portant sur la quantité et la qualité des services publics.

La performance et le contrôle des agents publics dans le processus d'externalisation n'est pas négligeable. Les questions du rôle et de l'engagement des agents publics (Section 1) et du devoir de reddition des comptes auquel ils sont assujettis (Section 2) constituent des éléments clefs d'une gestion publique performante.

Section 1. Le rôle et l'importance des agents publics dans le processus d'externalisation

La performance des agents publics responsables du processus d'externalisation est fondamentale pour l'administration publique. L'analyse de certains concepts permet de comprendre sur quoi repose cette performance et en quoi elle influe sur l'engagement des agents publics.

1. La soumission du processus d'externalisation aux critères de performance

Il est difficile de cerner avec exactitude ce qu'est la performance et au regard de quels critères elle doit être appréciée³³⁰.

La notion de performance est un concept qui est sémantiquement éloigné du domaine juridique et qui signifie à la fois l'accomplissement d'un processus, d'une tâche avec les résultats qui en découlent et le succès qui peut lui être attribué. Elle est habituellement appréhendée sous l'angle de la science administrative ou de la gestion publique³³¹, en

³³⁰ IDOUX, Pascale, Evaluation et performance de l'action administrative, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIUO, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. p. 35.

³³¹ « Si l'on retient l'origine anglaise, le mot "performance" signifie "réalisation, mise en œuvre et résultat". La performance publique doit donc être comprise comme la faculté des organisations publiques à mettre en œuvre des actions répondant à un (des) objectif(s) et à rendre compte de leurs résultats. Dans notre pays, il est souvent associé à l'idée de compétition voire de sanction et prend alors une connotation négative. Il est possible de réconcilier ces deux aspects en définissant la performance comme la plus-value qu'une entité apporte à la production d'un service ou à la mise en œuvre d'une politique publique. Entrer dans une logique de résultats, gérer par la performance, c'est donc se soucier de l'efficacité, de la qualité d'un service et de l'impact sur la société ; c'est également se poser la question de savoir pour qui, pour quoi, l'administration agit, quelles sont ses ambitions et comment elle compte les réaliser ». (Perspectives, Gestions Publiques, Publications de l'IGPDE, n° 9, fév. 2004, p. 2).

évoquant à la fois la recherche de qualité, de rapidité, d'efficacité ou encore de rentabilité³³².

Le mot performance, étymologiquement, vient de l'ancien français *parformer* qui signifiait « accomplir, exécuter » au XIII^e siècle. Au XV^e siècle il apparaît en anglais avec *to perform* dont vient le mot performance³³³. En littérature, plusieurs définitions sont indistinctement employées en vue d'établir de manière précise le concept.

Malgré cette difficulté de définir le mot « performance » et de définir ses critères dans la sphère publique, il est possible de relier son concept à deux notions primordiales : L'efficacité et l'efficience.

La première notion, désigne usuellement le caractère de ce qui produit l'effet attendu. Elle fait référence non seulement à la performance et à l'évaluation, mais aussi à des « valeurs qui y sont associées », comme la responsabilité, la qualité et la transparence³³⁴. Elle équivaut également dans le langage courant à la capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'efforts ou de dépenses.

La deuxième notion, quant à elle, désigne la mesure, permettant d'apporter une approche mathématique à l'action d'un acteur économique³³⁵, en introduisant des

³³² Selon Jacques Chevallier : « *L'extension progressive à l'externalisation d'une rationalité de type managériale, où l'efficacité prime toute autre considération conduit ainsi à la remise en cause de la rationalité juridique sur laquelle elle a été bâtie : le management suppose une rupture radicale avec les présupposés qui fondaient le modèle classique d'administration* ». (CHEVALLIER, Jacques, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel*, in « J. CHEVALLIER (dir.), *Le droit administratif en mutation* ». Paris : PUF, « CURAPP », 1993, 30 p., sp. p. 29).

³³³ PESQUEUX, Yvon, *La notion de performance globale*. 14 p., sp. p. 7. Disponible sur : < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/20/.../performanceTunis.rtf> >.

³³⁴ Comme l'a relevé Hélène Pauliat : « *Il serait alors intéressant de s'interroger sur la pertinence actuelle des principes : d'adaptation n'est-elle pas liée à la continuité ou à la qualité ? La transparence ne se fonde-t-elle pas dans l'égalité ou la qualité ?* ». (PAULIAT, Hélène, *Justice, performance et qualité. Le droit administratif : permanences et convergences*, in « *Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME* ». Dalloz : Paris, 2007, 1122 p., sp. p. 824).

³³⁵ Plus précisément, les moyens utilisés menant une action à son terme avec une problématique d'économie. Au Brésil « *Le principe d'économie est énoncé par l'article 70 de la Constitution fédérale brésilienne. Il informe les critères de fiscalisation de l'Union et des organes de l'administration directe et indirecte. Il s'agit d'une exigence relative à l'efficience, du point de vue économique, des dépenses publics : avec le minimum de ressources, il faut atteindre le maximum de satisfaction des besoins*

indicateurs de performance sur certaines activités. Elle constitue une valeur spécifiquement liée à la gestion, qui consiste par essence à dégager un bon rapport entre les ressources employées (lois, politiques publiques) et les résultats obtenus³³⁶.

Dans le champ de l'administration publique, la notion de performance, peut ainsi être entendue au sens de réalisation, de mise en œuvre ou encore de résultat dans un cadre compétitif, en intégrant également les notions d'efficacité et d'efficience.

Comme l'observe Pascale Idoux :

« Dans la sphère publique en général et administrative en particulier, la notion de performance est souvent assimilée à une simple recherche d'efficience, dans une perspective de NPM (New Public Management) et d'impératif de réalisation d'économies. Et c'est bien dans cette perspective managériale que s'inscrit la culture de la performance découlant de la LOLF de 2001 »³³⁷.

Jacques Chevallier précise que :

« La pénétration de la rationalité managériale dans le droit se traduit par la promotion de cet impératif d'efficacité : non seulement celui-ci est érigé en principe juridique, mais encore il devient la condition de validité des normes juridiques ». [...] « Les valeurs managériales ont donc pénétré au cœur du système juridique en contribuant à le faire évoluer : une nouvelle figure de la rationalité juridique, dans laquelle le droit

publics ». (PISCITELLI, Tathiane, *Direito financeiro esquematizado*. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo : Método, 2012, 232 p., sp. p. 26).

³³⁶ Le principe « d'efficience » a été incorporé à l'art. 37, entête, de la Constitution fédérale brésilienne par l'amendement constitutionnel n° 19 du 4 juin 1998. Selon ce principe, l'activité administrative doit être exécutée avec promptitude, perfection et performance fonctionnelle. L'agent public est assujéti au devoir d'efficience imposé par cet article. En cas de violation de ce devoir, les actes pratiqués doivent être annulés et l'agent qui les a commis doit être sanctionné au terme d'une procédure contradictoire. (FURTADO, Lucas Rocha, *As raízes da corrupção : estudo de casos e lições para o futuro*. Thèse de doctorat. Salamanca : Universidad de Salamanca, 2012, 499 p., sp. pp. 66-90.

³³⁷ IDOUX, Pascale, Evaluation et performance de l'action administrative, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIOU, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. p. 35.

est tout entier sous-tendu par l'impératif d'efficacité, tend à se substituer à la conception traditionnelle qui faisait de la régularité la condition même de l'efficacité »³³⁸.

En France, la performance a intégré le champ de l'administration avec l'adoption de la Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF)³³⁹. Cette nouvelle constitution financière de la France a mis en place un dispositif de pilotage par objectifs nécessitant en termes de ressources humaines « *d'inculquer à l'administration d'Etat un nouvel esprit fondé sur la productivité et sur l'idée que l'Etat doit être géré comme une entreprise* »³⁴⁰.

Cette loi se traduit par une quête d'efficience de la gestion, de la qualité du service rendu et de l'efficacité de la dépense publique, en orientant la gestion vers des résultats prédéfinis, une plus grande autonomie de gestion et la satisfaction des usagers des services. Le gestionnaire doit atteindre ses objectifs dans le cadre de l'enveloppe budgétaire qui lui a été allouée. Des indicateurs de performance³⁴¹ et des cibles de résultats sont mis en place pour permettre de dépenser mieux et d'avoir des politiques plus efficaces³⁴².

³³⁸ CHEVALLIER, Jacques, Management public et Droit, in « *Politiques et management public* », vol. 26/3, 2008, 7 p., sp. pp. 93-100.

³³⁹ Comme le souligne Lucie Cluzel-Métayer : « *Le contexte de restriction budgétaire impose au contraire d'en faire un levier d'action prioritaire : l'évaluation de la performance publique, consacrée par la LOLF depuis août 2001, est devenue systématique. Quittant le cadre strictement budgétaire, l'évaluation se diffuse. Implicitement présente dans la Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP) mise en place en 2007, elle est érigée en priorité de la Modernisation de l'Action Publique (MAP) en 2002* ». (CLUZEL-METAYER, Lucie, L'évaluation et la gouvernance démocratique, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIOU, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. p. 69).

³⁴⁰ Loi n° 2007-148 du 2 fév. 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF, 6 fév. 2009.

³⁴¹ D'après Jacques Chevallier : « *La distinction entre évaluation et contrôle ne prête plus guère à discussion : alors que le contrôle est sous-tendu par une préoccupation de régularité et poursuit un objectif de mise en conformité à travers un mécanisme de correction/sanction, l'évaluation s'interroge sur les résultats obtenus, les effets enregistrés ; même si la conception du contrôle a évolué, les organes qui en sont chargés étant amenés à se poser une série de questions fort proches de celles de l'évaluation, sa finalité reste foncièrement différente* ». (CHEVALLIER, Jacques, Rapport de synthèse, in « *L'évaluation dans l'administration* », Coll. « Travaux du CURAPP ». Paris : PUF, 1993, p. 181).

³⁴² « *La LOLF participe néanmoins du "changement culturel" qui entend réconcilier "la logique démocratique" dont le but ultime est l'accroissement de la possibilité de débat et d'intervention des citoyens dans les champs des politiques publiques – et la logique de l'efficacité décisionnelle qui cherche*

Plus spécifiquement en ce qui concerne le processus d'externalisation, la performance s'est imposée à l'un des deux facteurs concordants : la rationalité des choix budgétaires en tant que levier d'optimisation des dépenses publiques³⁴³, et l'évolution des fondements et de la perception de la légitimité des choix publics qui doivent être démontrés, ce qui implique une recherche d'efficacité dont l'évaluation va devenir à la fois l'instrument et le témoignage³⁴⁴.

Il est certain qu'une gestion performante requiert de l'agent public sa responsabilisation pour les coûts/bénéfices de l'application des ressources publiques³⁴⁵. Pour cela, il faut impérativement définir les besoins et indiquer les meilleures solutions pour l'accomplissement de l'intérêt public³⁴⁶.

à optimiser, du point de vue du décideur, l'efficacité de son action ». (CLUZEL-METAYER, Lucie, L'évaluation et la gouvernance démocratique, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIOU, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. pp. 74-75).

³⁴³ Selon Sabino Cassese : « *A bien y regarder, il y a dans le discours de l'efficacité quelque chose de véritablement édifiant : il accompagne, en même temps qu'il la produit, une grande opération de déconstruction/reconstruction de la matière juridique. Ce processus peut être reconstitué à partir des trois séquences qui le constituent : a) l'efficacité est au principe d'un mouvement de rapprochement – évitons de parler de confusion, nous restons loin d'une pareille situation – entre un droit public dont beaucoup déplorent lourdeur, lenteur et rigidité et un droit privé auquel sont prêtées des qualités contraires : dynamisme, réactivité et souplesse ; b) l'efficacité est l'un des grands vecteurs du rapprochement entre le droit national, celui du droit de l'Union européenne et l'ordre juridique qui se met en place dans le procès de globalisation ; c) l'efficacité est enfin ce qui détermine la volonté de considérer le droit, en tant que grande fonction sociopolitique, à partir de calculs économiques* ». (CASSESE, Sabino, Quels réagencements des contrôles juridictionnels de l'action publique, in « *L'Etat du droit administratif* », sous la dir. de Jacques CAILLOSE. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 339 p., sp. pp. 249-250).

³⁴⁴ IDOUX, Pascale, Evaluation et performance de l'action administrative, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIOU, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p., sp. pp. 31-32.

³⁴⁵ La Cour des comptes brésilienne est compétente pour vérifier les aspects liés à la légalité, à la légitimité et à l'économicité des actes (efficacité et efficacité), permettant *a posteriori* la présentation de recommandations aux gestionnaires publics.

³⁴⁶ Dans ce sens, le « *recours à l'évaluation pour améliorer la performance de l'action administrative, à condition d'en connaître les conditions d'efficacité (et de sincérité), d'en prévenir les risques et contreperformances [...]* ». (IDOUX, Pascale. Evaluation et performance de l'action administrative, *op. cit.*, sp. p. 39).

2. Le devoir d'efficience : La performance et l'engagement des agents publics

Dans le cadre de l'externalisation au sens restreint, l'administration exerce un pilotage étroit sur le cadre et les conditions d'exécution de l'engagement de son partenaire privé. Ce pouvoir peut se traduire de différentes manières. Les questions qui se posent sont de savoir d'abord comment assurer ce contrôle par les agents publics³⁴⁷ et ensuite comment établir le contrôle de la performance par les acteurs publics.

En France, la gestion du processus d'externalisation effectuée par les agents publics comprend un système de vérification destiné à contrôler l'exécution du contrat administratif par le partenaire privé. L'administration dispose toujours d'un pouvoir de direction et de contrôle, auquel elle se peut renoncer³⁴⁸.

Ces pouvoirs se matérialisent par les mesures unilatérales que l'administration est amenée à prendre en sa qualité de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage. Ce sont des

³⁴⁷ Il semble utile d'expliquer que dans le cadre de cette étude la classification des agents publics utilisée *en droit brésilien* est celle donnée par José dos Santos Carvalho Filho. Selon lui, *au Brésil* l'expression « agent public » possède une signification ample. Elle englobe l'ensemble des personnes exerçant une fonction publique, indépendamment de son titre, de sa durée et de sa forme de rémunération ou non rémunération. La catégorie des « agents publics » est divisée en agents politiques, agents particuliers collaborateurs, serviteurs publics (civils ou militaires ; communs ou spéciaux ; statutaires, assujettis au Code du travail ou temporaires), agents de fait (nécessaires ou putatifs). Les agents politiques comprennent ceux qui exécutent les directives tracées par le Pouvoir public, en créant des stratégies politiques nécessaires et pratiques pour la réalisation des objectifs de l'Etat. Ces agents occupent, de façon transitoire, des fonctions de direction et d'orientation établies par la Constitution fédérale. L'investiture est faite *via* une élection qui confère le droit à un mandat. Les agents particuliers collaborateurs sont ceux qui exécutent certaines fonctions spéciales en faveur de la collectivité et qui peuvent être classées comme publiques. C'est le cas des personnes convoquées pour exercer des services électoraux, les jurés, les commissaires de mineurs et les concessionnaires et permissionnaires de services publics. Les serviteurs publics sont ceux qui exercent des fonctions diverses de la fonction administrative de l'Etat. Ils sont liés à l'Etat par une relation permanente de travail et sont rémunérés pour son travail. Les agents de fait sont ceux qui en n'étant pas investies dans la fonction publique, exécutent une fonction au nom de l'Etat. Cette fonction est dérivée d'une situation exceptionnelle, sans prévision légale. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. rev. e ampl. e atual. até 31.12.2009. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, 1347 p., sp. pp. 637–647).

³⁴⁸ La mise en œuvre des obligations ne pose pas toujours de difficultés. En cas d'exécution d'un marché de fournitures, le pouvoir de contrôle se limite à la vérification du service rendu, au moment de la livraison. Par ailleurs, dans le cas des marchés de travaux, l'administration présente la qualité de maître d'ouvrage qui est la personne pour laquelle l'ouvrage est construit ou pour le compte de laquelle les travaux sont effectués.

actes unilatéraux à caractère obligatoire adressés au titulaire du marché ou, au mandataire en cas de groupement d'entreprises et dont le non-respect constituera une faute engageant la responsabilité de son destinataire³⁴⁹.

Ces ordres de service ont pour objet de démarrer l'exécution des prestations, lorsque le marché le prévoit, de suspendre leur exécution, d'ordonner l'exécution de prestations non prévues au marché mais nécessaires. Ce contrôle permet à l'administration de mieux connaître les coûts et de contribuer à une meilleure transparence de son action.

En droit brésilien, l'exécution du processus d'externalisation doit être suivie et contrôlée par des représentants de l'administration publique, qui doivent analyser les événements liés à l'exécution du contrat et déterminer les moyens permettant de prévenir et mettre un terme aux possibles défaillances sur le fondement de l'art. 67, I, de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique³⁵⁰.

Le représentant de l'administration doit être un agent public³⁵¹ et posséder diverses attributions et responsabilités liées au type de contrat pour lequel il est responsable. Il est également possible de recruter un tiers pour assurer cette fonction. La désignation d'agents publics contractuels, recrutés temporairement, doit respecter la Loi du travail temporaire³⁵².

La désignation du gestionnaire du contrat doit être faite par un décret du dirigeant de l'administration concernée, avant ou au plus tard au moment de l'avis d'appel public à la concurrence, qui précise son rôle dans l'élaboration des critères d'exécution et de contrôle du contrat administratif. Le gestionnaire doit posséder une bonne éthique

³⁴⁹ CE 6 mai 1985, Association Eurolat, n° 41589, Rec. p. 620 ; AJDA, 1985, p. 610.

³⁵⁰ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

³⁵¹ Dans le cadre de cette étude est utilisée la définition d'agent public donnée par la Loi n° 8.429 du 2 juin 1992. Selon cette Loi, « agent public » est défini comme celui qui exerce, encore que transitoirement ou sans rémunération, par élection, par nomination, par désignation, ou par quelque d'autre forme d'investiture ou de liaison, un mandat, un poste, un emploi ou une fonction dans la sphère de l'administration publique directe ou indirecte.

³⁵² Loi n° 8.745 du 9 déc. 1993.

professionnelle mais aussi être capable de dialoguer avec ses supérieurs, ses collègues et ses subordonnés.

Le partenaire privé doit nommer un mandataire de services, reconnu par l'administration. Sa fonction est de contrôler le service des salariés de l'entreprise privé mis à disposition de l'administration en vue de signaler au partenaire privé les possibles difficultés.

En raison de son expertise, le gestionnaire doit être capable d'anticiper les problèmes liés à la gestion des contrats, de promouvoir des solutions en évitant des risques relatifs à la perte de temps ou à la maîtrise du budget. Les missions qui dépassent sa sphère de compétences devront être soumises immédiatement à son supérieur hiérarchique, pour l'adoption de mesures appropriées³⁵³.

Au-delà de l'éthique professionnelle, le gestionnaire doit mettre en œuvre des règles liées à la sécurité au travail, au droit de la sécurité sociale et au contrôle des délais prévus par le contrat.

Le gestionnaire est assujéti à la responsabilité administrative, civile et pénale³⁵⁴. Il est également censé répondre aux organes de contrôle, en cas de carence ou de mauvaise

³⁵³ Pour que la procédure de fiscalisation des contrats d'externalisation soit accomplie avec efficacité, l'instruction normative n° 02 du 30 avr. 2008/SLTI mentionne que le gestionnaire du contrat doit : Connaître parfaitement le contrat et ses clauses, devant répondre les doutes conjointement avec d'autres secteurs de l'administration, connaître la description des services devant être exécutés (délais, locaux, matériaux employés), accompagner l'exécution des services, en vérifiant la correcte utilisation des matériaux, équipements et produits en quantité suffisante pour la qualité des services, solliciter, si nécessaire, que les services soient refaits s'ils sont inadéquats ou défectueux, suggérer l'application de sanctions au cocontractant de l'administration en raison du non accomplissement des obligations contractuelles, vérifier si les matériaux, ouvrages ou services ont été intégralement ou partiellement accomplis dans les délais préfixés, noter toutes les occurrences relatives à l'exécution du contrat en déterminant la régularisation des failles et défauts, communiquer à l'autorité supérieure les éventuels retards d'accomplissement de l'objet du contrat, observer si la quantité et la qualité des matériaux utilisés sont celles prévues par le contrat.

³⁵⁴ Selon l'art. 82 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, les agents administratifs qui pratiquent des actes en désaccord avec les préceptes de cette Loi ou en visant à frustrer les objectifs du marché public sont assujétiés à des sanctions prévues par cette Loi et par d'autres réglementations, sans préjudice de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale résultante de son acte.

exécution des tâches que lui sont affectées. Les sanctions disciplinaires pouvant lui être infligées peuvent se cumuler avec les sanctions civiles et pénales³⁵⁵.

Il faut comprendre que le gestionnaire ne doit pas être responsable de la résolution de problèmes techniques, même s'il doit être capable de les faire résoudre par des techniciens spécialisés. Pour autant, il doit pouvoir interagir avec d'autres professionnels, afin d'acquérir les éléments qui l'aideront à solutionner les problèmes et à assurer l'accomplissement de l'objet du contrat administratif.

Une autre figure importante dans le cadre de la gestion des contrats administratifs est le contrôleur. Le contrôleur est, selon l'art. 67 de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique³⁵⁶, l'agent public responsable de la vérification de l'exécution des services qui font l'objet du contrat. Il doit être nommé après la signature du marché public.

Il importe d'insister sur le fait que les fonctions de gestionnaire et de contrôleur ne peuvent pas être exercées par le même agent public. La séparation de ces deux fonctions est particulièrement importante, en raison de la différence et de la complémentarité des attributions conférées.

La plus grande différence entre les deux agents tient au fait que le gestionnaire est responsable de la vérification de l'accomplissement régulier des conditions indiquées dans le contrat administratif et de l'enregistrement de tous les éléments qui influencent son exécution. Le contrôleur, quant à lui, est responsable de l'accompagnement des services, œuvres ou achats d'objets du contrat administratif³⁵⁷.

³⁵⁵ Conformément à la Loi n° 8.429 du 2 juin 1992 et la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

³⁵⁶ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

³⁵⁷ La Loi organique de la Cour des comptes de l'Union, Loi n° 8.443 du 16 juill. 1992, établit des règles destinées à assurer l'efficacité du contrôle des actes et des contrats pour la Cour des comptes de l'Union. D'après cette Loi, les appels d'offres à la concurrence, les contrats (ici inclus les contrats administratifs), les conventions et d'autres ajustements congénères sont objets des règles fixées par les art. 41 à 47.

Ainsi, alors que le gestionnaire des contrats est responsable de l'accompagnement et de l'exécution de plusieurs services, achats ou œuvres, le contrôleur - pour sa part - est responsable de l'accompagnement de l'exécution d'un seul contrat³⁵⁸.

Parmi les tâches attribuées aux gestionnaires des contrats d'externalisation se trouve le contrôle des droits sociaux des employés du partenaire privé³⁵⁹. Ce contrôle a pour but d'éviter que l'administration soit accessoirement responsable du paiement de ces droits lorsque son partenaire ne l'effectue pas.

Il s'agit d'un contrôle qui se déroule en quatre phases distinctes.

La première phase, dite « contrôle initial » (au moment où elle s'initie), comprend l'élaboration d'une feuille de calcul avec le résumé du contrat passé et la nomination et qualification de tous les employés du partenaire privé en service dans l'administration publique. Des données comme le nom, fonction et droits concernés doivent figurer sur cette feuille. La Carte de travail et de prévoyance sociale doit être également vérifiée.

Au Brésil, tous les travailleurs doivent obligatoirement posséder une Carte de travail et de prévoyance sociale (CTPS), émise par le Ministère du travail et de l'emploi, dans laquelle tous les contrats passés pour ceux-ci doivent être obligatoirement inscrits (avec le nom de l'entreprise, son numéro d'inscription, les dates initiale et finale du contrat et le salaire perçu). Le contrat de travail, en revanche, peut être dispensé si le travail ne comporte pas des conditions spéciales de réalisation telles que : Le travail nocturne, l'additionnel d'insalubrité et d'autres rémunérations.

La deuxième phase correspond au contrôle mensuel (réalisé avant le paiement du partenaire privé). Il s'agit de l'élaboration d'une feuille mensuelle comprenant le nom

³⁵⁸ Selon le Précédent n° 720/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. José Múcio Monteiro, le manque ou l'insuffisance de vérification et d'analyse des documents présentés par les candidats aux marchés publics configure négligence de la part de l'agent public responsable pour la procédure. Le Précédent n° 265/2010, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Raimundo Carreiro, mentionne que le paiement des services exécutés peut être réalisé seulement après l'attestation par l'agent public concerné et par la preuve documentée de sa parfaite exécution.

³⁵⁹ Instruction Normative (IN) n° 2 du 30 avr. 2008/SLTI, § unique de l'art. 31.

de l'employé, la fonction exercée, les jours de travail effectués, les heures complémentaires et/ou supplémentaires réalisées, les licences médicales, les absences entre autres.

La troisième phase concerne le contrôle journalier consistant en la vérification des employés en service dans la journée, sur quelles fonctions, et à quels horaires.

La quatrième phase fait référence à l'analyse des données correspondantes aux salaires et aux bénéfices fixés en Convention collective de travail (CCT), le contrôle des périodes de vacances et de stabilité des membres du Comité d'entreprise, syndicale, liées aux maternités entre autres.

Ces contrôles permettent à l'administration de respecter le principe constitutionnel d'efficience qui régit toute l'activité administrative, indispensable à la bonne gestion des biens et deniers publics, en assurant l'accomplissement de l'intérêt public.

Section 2. Le devoir de reddition des comptes et la Cour des comptes

« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »

Article 15 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789.

Les agents publics responsables dans le cadre du processus d'externalisation sont en charge de la gestion des biens et des intérêts de l'administration publique. Pour cette raison, ils sont assujettis à la reddition de comptes liée à la manipulation d'argent public et du patrimoine publique³⁶⁰.

En droit français cette obligation de compte-rendu a été imposée par voie législative et réglementaire au partenaire privé qui sans réserve de respecter le cadre réglementaire imposé, est libre de la forme donnée. *En droit brésilien*, en revanche, cette obligation constitue un principe constitutionnel, dans lequel les actes des agents publics en charge de la gestion de biens et d'intérêts de l'administration publique sont assujettis.

Comme l'explique Joaquim Barbosa :

« Le principe constitutionnel de reddition obligatoire des comptes pour tous ceux qui sont responsables de l'utilisation de biens et deniers publics est une norme largement enracinée dans notre ordre juridique. Le non-respect de ce principe dans le système constitutionnel entraîne des conséquences drastiques, tant sur le plan juridique de nos entités fédératives, que sur le plan des droits politiques des agents concernés. Les Etats fédérés et les communes peuvent même en subir une intervention. Pour leur part, les agents concernés peuvent voir leurs droits politiques suspendus. L'examen de tels faits

³⁶⁰ « Les institutions supérieures de contrôle des finances publiques jouent un rôle important pour ce qui est de rendre l'administration publique plus efficiente, plus respectueuse du principe de responsabilité, plus efficace et plus transparente ». ONU, Résolution 66/209 adoptée par l'Assemblée générale le 22 déc. 2011.

incombe à une institution politico-administrative désormais traditionnelle chez nous, les cours des comptes, qui ne sont rien d'autre qu'une création juridique typique de la France napoléonienne »³⁶¹.

Le contrôle des actes des agents publics constitue un élément essentiel dans le processus d'externalisation, nécessaire à la fois à la passation et à l'exécution des contrats³⁶². Il constitue donc un élément d'équilibre permettant d'exprimer rapidement les éventuelles difficultés, d'éviter les éventuelles déviations durables, de favoriser le dialogue et aussi de renforcer la confiance entre les cocontractants.

La majorité des contrôles porte sur la régularité des actes. Toutefois, il existe des mécanismes permettant de mieux contrôler à la fois la passation et l'exécution des contrats de l'administration³⁶³. Ces contrôles s'appliquent également sur les nouvelles technologies d'achat, comme le précise Gérard Marcou :

« Les nouvelles technologies d'achat permettant de mieux répondre aux besoins de l'administration et à meilleur coût, telles que les accords-cadres (task orders contracting aux Etats-Unis), le dialogue compétitif, le système d'acquisition dynamique ne sont pas sans risque et appellent aussi des contrôles appropriés de la part des

³⁶¹ BARBOSA, Joaquim, L'intérêt du droit français pour le juge brésilien, in « *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107 p., sp. p. 61.

³⁶² Gérard Marcou précise que : « [...] *le contrôle des marchés publics est inhérent à leur notion même, qu'il s'agisse de leur passation ou de leur exécution* ». (MARCOU, Gérard, *Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens*, in « *Le contrôle des marchés publics* », sous la dir. de G. MARCOU. Paris : IRJS, 2009, 28 p., sp. p. 2.

³⁶³ Gérard Marcou explique que : « *La première fonction du contrôle des marchés publics a été de protéger l'administration et les deniers publics contre le risque de collusion, entre les soumissionnaires ou entre certains d'entre eux et des fonctionnaires. Cela explique la préférence dont a longtemps bénéficié l'adjudication en France, car elle permettait la participation de tous les professionnels intéressés par l'appel d'offres et donnait un caractère automatique à la décision d'attribution du marché, sous réserve de l'approbation donnée par l'administration et exprimant son consentement. [...] Avec le temps et le changement des conditions économiques, la rigueur du contrôle a cédé devant la recherche de plus de flexibilité des techniques d'achat, dans un but d'efficacité, mais la préoccupation demeure : c'est d'ailleurs le même avantage que l'on attend aujourd'hui des enchères électroniques* ». (MARCOU, Gérard, *Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens*, in « *Le contrôle des marchés publics* », sous la dir. de G. MARCOU. Paris : IRJS, 2009, 28 p., sp. p. 8).

autorités administratives et des techniques de contrôle adéquates de la part des juges pour que ce soit leurs avantages qui l'emportent »³⁶⁴.

Le droit français des marchés publics connaît des contrôles purement administratifs³⁶⁵ qui incombent à des autorités publiques non juridictionnelles comme les Chambres régionales de comptes. Ils s'appliquent par la nécessité d'assurer la satisfaction d'un intérêt général dépassant celui poursuivi par le contrat, et ce pour l'essentiel de la bonne utilisation des deniers publics³⁶⁶.

Le contrôle peut être effectué par l'administration ou par tout organisme extérieur à l'administration dûment mandaté par elle. Il concerne tous les éléments qui contribuent au service externalisé. Il peut s'exercer indépendamment sur des rapports annuels fournis par le partenaire, ou complémentaires de ces derniers.

Pour permettre à l'administration d'assurer le contrôle dans des conditions optimales, certains partenaires privés font établir par des professions réglementées un contrôle global de leurs moyens mutualisés, dont ils peuvent fournir conclusions et attestations à toutes les administrations concernées. Les administrations qui le souhaitent peuvent s'épargner de mettre en place des contrôles redondants.

Le contrôle doit être essentiellement axé sur les performances du service externalisé, en termes de qualité et de satisfaction des usagers comme en termes de respect des stipulations du contrat³⁶⁷.

Selon Roland Vandermeeren :

³⁶⁴ MARCOU, Gérard, Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens, *op.cit.*, sp. p. 8.

³⁶⁵ Exemples : Le contrôle « a priori » exercé sur les dépenses engagées des administrations par un « contrôleur financier » et le contrôle exercé sur les dépenses impliquant la passation d'un marché ; le contrôle du comptable public, chargé de vérifier la régularité de la dépense qui va résulter de l'engagement contractuel de l'Etat.

³⁶⁶ DREYFUS, J.-D., L'exécution des contrats « Les pouvoirs de contrôle de l'administration en France », in « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 8 p, sp. p. 243.

³⁶⁷ Cette prérogative à l'égard de son partenaire privé est aussi un devoir vis-à-vis des usagers du service public et constitue qu'une partie du dispositif global de surveillance des services fournis.

« En France le modèle de contrôle sur les acheteurs publics a connu au cours de la période récente – et connaît toujours actuellement – des substantielles transformations, mais qui ne bouleversent cependant pas tous les fondements du schéma d’origine. Les traditions juridiques nationales sont fortes et seuls les impératifs du droit communautaire (en vigueur ou en devenir) seront parvenus à “affiner” les instruments dont dispose le juge administratif. Il restera à rechercher le meilleur équilibre possible entre les deux exigences qui s’affrontent en la matière : la nécessité de protéger les intérêts légitimes des candidats à l’attribution d’un marché et celle de préserver la sécurité juridique des opérateurs économiques »³⁶⁸.

En France et au Brésil, ces Cours des comptes respectives sont des organes chargés de contrôler la régularité des comptes publics et de vérifier le bon emploi des fonds publics.

En droit français, la Constitution garantit l’indépendance de la Cour des comptes par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif³⁶⁹ car elle ne juge pas les ordonnateurs de dépenses, mais vérifie le bon emploi des fonds publics soit à l’occasion du jugement des comptes des comptables de l’Etat et des établissements publics, soit directement en examinant la gestion des ordonnateurs.

En droit brésilien, la Cour des comptes selon le courant majoritaire de la doctrine est un organe doté d’indépendance et d’autonomie : La Cour des comptes de l’Union (fédérale) est un organe auxiliaire du Congrès National, les Cours des comptes des Etats fédérés sont des organes auxiliaires des Assemblées Législatives, la Cour des comptes du District Fédéral est un organe auxiliaire de la Chambre législative du District Fédéral

³⁶⁸ VANDERMEEREN, Roland, Les recours ouverts aux entreprises : les contrôles de l’administration acheteuse. L’évolution du modèle français, in « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 13 p, sp. p. 59.

³⁶⁹ Cons. Const., 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC ; *Loi organique relative aux lois de finances*, JO 2 août 2001, p. 12490, § 106 ; AJDA 2002, 59, note P. Jan. (RFDA, 31^e année – bimestrielle, n° 4 juill.-août 2015).

et les Cours des comptes des communes sont des organes auxiliaires des Chambres municipales. Elles sont responsables du contrôle externe des comptes publics³⁷⁰.

L'administration publique brésilienne est assujettie à trois types de contrôle : Le contrôle législatif, le contrôle judiciaire et le contrôle administratif.

Le contrôle législatif est réalisé par le parlement avec l'aide des Cours des comptes³⁷¹.

Le contrôle judiciaire quant à lui est réalisé à travers des actions constitutionnelles devant le Pouvoir judiciaire, pouvant être exercé *a priori* ou *a posteriori*. Il s'agit d'un contrôle provoqué par la partie intéressée à travers un *mandado de segurança*³⁷² ou une action civile publique.

Le contrôle administratif, enfin, est celui effectué à l'intérieur de l'administration publique. Il permet à celle-ci de confirmer, corriger ou altérer le comportement de ses agents publics. Le modèle brésilien de contrôle permet que les décisions qui émanent de ces Cours des comptes soient assujetties à la révision judiciaire à l'inverse d'autres modèles où les Cours des comptes exercent une fonction typiquement juridictionnelle. Ainsi, les décisions des Cours des comptes brésiliennes sont susceptibles d'être modifiées par d'autres instances judiciaires ordinaires³⁷³.

³⁷⁰ D'après Odete Medauar, les Cours des comptes ont été créées par Ruy Barbosa en 1890. Il s'agit d'une institution étatique indépendante puisque ses intégrants possèdent les mêmes garanties attribuées au pouvoir judiciaire selon l'art. 73, § 3^o, de la Constitution fédérale brésilienne. Elle ajoute qu'il est impossible de le placer ou l'insérer dans la structure du pouvoir législatif. (MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo : RT, 2013, 489 p., sp. p. 421).

³⁷¹ Selon l'art. 71 de la Constitution fédérale brésilienne, le contrôle externe est exercé par le Congrès national avec l'aide de la Cour des comptes.

³⁷² « Ordonnance de sûreté » : Il s'agit d'un ordre de sécurité en Droit Français.

³⁷³ Eduardo Lobo Botelho Gualazzi mentionne l'existence de cinq différents modèles de contrôle externe : L'anglo-saxon, le latin, le germanique, le scandinave et le latino-américain. Selon lui, le modèle anglo-saxon est utilisé par la Grande-Bretagne, les États-Unis, l'Irlande, Israël et par d'autres États anglophones de l'Afrique et de l'Asie. Il est composé par un seul magistrat (contrôleur général), aidé par une chambre révisionnelle, auquel il est hiérarchiquement subordonné. Ce magistrat est choisi par le Parlement, auquel il doit reporter ses résultats. Le modèle latin est composé par un ensemble de magistrats chargés du contrôle et des fonctions juridictionnelles. Il s'agit du modèle adopté par l'Italie, la France, la Belgique, la Roumanie et par plusieurs pays francophones en Afrique. L'Allemagne et l'Autriche utilisent le modèle germanique dont l'organe de contrôle est composé d'un seul magistrat possédant les garanties d'indépendance judiciaire. Dans le modèle scandinave, le contrôle est exercé par des organes appelés « réviseurs parlementaires ». Dans toute l'Amérique Latine, le contrôle externe est exercé par les

Le modèle de contrôle brésilien est singulier : La Cour des comptes a le pouvoir de contrôler et de produire des rapports destinés au Ministère Public, au Pouvoir exécutif et au Pouvoir législatif, le pouvoir d'ordonner la révision ou suspendre des actes ou des contrats et de sanctionner des gestionnaires publics et privés. Malgré la compétence constitutionnelle pour juger des comptes publics, ses décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée. Elles peuvent être mises en cause par le Pouvoir judiciaire.

Il existe des systèmes dans lesquels les organes responsables du contrôle se limitent au contrôle des activités administratives, en ayant comme principale fonction l'élaboration d'informations destinées à d'autres organes administratifs en vue de l'adoption de mesures subséquentes telles que la suspension de l'affectation de ressources, l'engagement de poursuites criminelles ou encore l'instauration de procédures disciplinaires.

Dans d'autres modèles, les organes responsables du contrôle externe possèdent une fonction de révision des décisions prises par l'administration. Tous les modèles possèdent un point commun qui tient à l'existence d'un organe technique attaché au Parlement³⁷⁴.

Controladorias Gerais ou Cour des comptes : Différemment du modèle latin, dans lequel le contentieux est exercé par des magistrats non intégrants du Pouvoir judiciaire, les Cours des comptes et les *Controladorias* ne possèdent pas de compétences juridictionnelles et sont situés dans l'orbite du Pouvoir législatif. (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. 1^a ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, 230 p., sp. pp. 28/29).

³⁷⁴ ROCHA FURTADO, Lucas, *As raízes da corrupção : estudo de casos e lições para o futuro*. Thèse de doctorat. Salamanca : Universidad de Salamanca, 2012, 499 p., sp. pp. 66-90.

Chapitre 2. La performance et le contrôle de la gestion de l'externalisation

La responsabilité de l'administration n'est pas restreinte aux aspects budgétaires ou financiers liés au processus d'externalisation, elle inclut également le suivi des clauses fixées par les contrats passés entre l'administration et ses partenaires privés, et le respect de l'intérêt public par l'agent public.

Pour l'aborder, il importe de comprendre la relation entre l'agent public et le partenaire privé de l'administration (Section 1) mais aussi de se pencher sur le devoir de probité et les sanctions pénales qui peuvent découler d'une méconnaissance de cette obligation (Section 2).

Section 1. La relation entre l'agent public et le partenaire privé de l'administration

En termes d'externalisation il est très important de comprendre quelle relation l'administration publique veut installer avec son partenaire privé : Cherche-t-elle un partenaire stratégique ou un simple fournisseur de services ?

Le partenaire stratégique cherche à participer aux décisions de l'institution, ne se limitant pas à l'exécution des services. Sa rémunération est fréquemment basée sur les résultats obtenus et sur des prix en cas de performance élevée ou extraordinaire en relation avec les termes préfixés dans le contrat. Il s'agit d'un prestataire généralement plus adapté à l'externalisation de fonctions ou de processus directement liés aux compétences de base (*cores competences*)³⁷⁵.

Le simple prestataire de services est plus adapté pour l'externalisation d'activités isolées, moins cruciales et qui sont peu corrélées ou sans influence directe sur l'activité-finale de l'administration. Le cocontractant qui assume le service est rémunéré par un prix.

Gilles J. Guglielmi mentionne que :

« A défaut, pour stabiliser les relations entre la personne publique donneur d'ordre et les entreprises prestataires concurrentes, l'externalisation doit être conçue comme une relation partenariale plus que de prestation, qui s'insère dans un pilotage logistique synchronisé de leurs activités (supply chain). Externaliser n'équivaut pas à supprimer les pôles de décision publique et de gestion administrative. La personne publique donneuse d'ordre doit au contraire continuer à disposer d'organes chargés du suivi de la fonction externalisée. Ils seront à la fois la force d'expertise interne des prestations

³⁷⁵ SILVA, Danny Monteiro da, *Terceirização na administração pública como instrumento estratégico de gestão*. Curitiba : Juruá, 2014, 209 p., sp. pp. 142 e ss.

assurées sur le terrain et le point de communication avec l'entreprise prestataire. Sans cette gouvernance fortement structurée, la personne publique se retrouverait en position de dépendance par rapport au prestataire, au risque de perdre son statut de donneur d'ordre et de sortir du cadre même de l'externalisation. Or les entreprises privées donneurs d'ordre ne se contentent pas toujours, pour conserver les compétences clefs, les sources d'information et un droit de regard sur la modification de certaines variables (recrutement et affectation de personnel, investissements), d'une supervision contractuelle : elles créent parfois des sociétés ad hoc avec l'entreprise prestataire. La traduction de cette forme de contrôle, pour les personnes publiques, serait donc une résurgence de l'économie mixte et non pas une libéralisation économique »³⁷⁶.

Indépendamment du type de relation entretenue par l'administration avec son partenaire privé, la contribution pour la concrétisation d'une mission, l'établissement de valeurs, la réalisation des objectifs et de résultats positifs pour l'administration vont révéler le caractère stratégique de l'externalisation en tant qu'instrument de gestion. Cette relation peut, cependant, être susceptible de révéler des conflits d'intérêts³⁷⁷.

Il est certain que la mission fondamentale des administrations publiques est de préserver l'intérêt général. Les administrations publiques se préoccupent toujours davantage depuis les années 90, de veiller à ce que l'intégrité de la prise de décision officielle ne soit pas compromise par les intérêts privés et les liens personnels des agents publics³⁷⁸.

³⁷⁶ GUGLIELMI, Gilles J., Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 7 p., sp. p. 7. Disponible sur : < <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf> >.

³⁷⁷ Selon OCDE : « *L'intégrité peut se définir comme ne condition d'utilisation des fonds, des ressources, des actifs et des pouvoirs conformément à leur intention officielle et à l'intérêt générale. Pour définir une stratégie efficace de prévention des violations de l'intégrité dans le domaine des marchés publics, il est utile aussi de définir l'intégrité "a contrario". Parmi les violations de l'intégrité, on peut citer : La corruption, notamment les pots-de-vin, les "backchichs", le népotisme, le copinage et le clientélisme ; Les malversations et le détournement de ressources, par exemple : substitution d'un produit à un autre, entraînant une prestation de moindre qualité ; Les conflits d'intérêt à l'intérieur de la fonction publique et dans l'après-mandat public ; la collusion ; L'usage abusif et la manipulation d'informations ; Les traitements discriminatoires lors de la passation des marchés publics ; Le gaspillage et le l'usage abusif des ressources de l'administration* ». OCDE (2011), *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 152 p., sp. p. 22. Disponible sur : < <https://dx.doi.org/10.1787/9789264056626-fr> >.

³⁷⁸ OCDE (2005), *Gérer les conflits d'intérêt dans les services publics*. Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales. Paris : Les éditions d'OCDE, 272 p., sp. pp. 12-36.

L'OCDE préconise que l'administration publique impose aux agents publics le devoir de signaler tout conflit d'intérêt potentiel dès le début de la relation contractuelle ainsi que tout conflit éventuel susceptible d'intervenir après la passation du contrat³⁷⁹.

Les instruments les plus importants permettant de prévenir et d'éviter de possibles conflits d'intérêt concernent les restrictions à l'emploi supplémentaire, la déclaration de revenus personnels, la déclaration des revenus de la famille, la déclaration du patrimoine personnel, la déclaration du patrimoine familial, la déclaration des cadeaux, la garantie et le contrôle dans l'accès à l'information privilégiée, la déclaration d'intérêts privés concernant la gestion des contrats, la déclaration d'intérêt privé concernant la prise de décision ou le vote, la déclaration d'intérêts privés concernant la participation à la préparation ou à la formulation de conseils en matière de politique, la révélation publique des déclarations d'intérêts, des revenus et du patrimoine, les restrictions et contrôle des emplois postérieurs ou des activités d'O.N.G., des restrictions et contrôle des cadeaux et de toute autre forme d'indemnités, des restrictions et contrôle des nominations concomitantes à l'extérieur, la récusation et radiation automatique, des restrictions personnelles et familiales à la détention de titres de propriété d'entreprises privées, des désinvestissements, par la vente ou l'établissement d'une convention de gestion sans droit de regard ou de confiance³⁸⁰.

En France, parmi les nombreuses dispositions posées par la Loi du 20 avr. 2016 se trouve une nouvelle figure de la fonction publique territoriale liée à l'obligation de surveillance et de prévention des conflits d'intérêt : Le lanceur d'alerte³⁸¹.

³⁷⁹ *En droit français*, la Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016 mentionne que « [...] constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ». (Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires).

³⁸⁰ VILLORIA-MENDIETA, Manuel, *Politiques et pratiques en matière de conflits d'intérêt dans neuf Etats membres de l'U.E. : Etude comparative*. Documents Sigma n° 36. Paris : Editions OCDE, 2006, 40 p., sp. pp. 11-13.

³⁸¹ Selon le Conseil d'Etat : « Un premier droit d'alerte s'est, par ailleurs, développé depuis 1982 dans les entreprises et les administrations en matière de santé et de sécurité du travail ». (Conseil d'Etat, Les Etudes du Conseil d'Etat, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. Paris : La documentation française, 2016, 135 p., sp. p. 18).

Il s'agit d'un fonctionnaire ou agent public chargé de la détection et de la prévention des conflits d'intérêt dans la sphère publique, ayant comme fonction de concilier des impératifs contradictoires tels que le respect de l'autorité hiérarchique et l'obligation d'obéissance.

Selon l'art. 6 de la nouvelle Loi, tout fonctionnaire ou agent public bénéficie, a priori, d'un régime de protection en cas de dénonciation de conflits d'intérêts, se différenciant de l'alerte éthique prévu par l'art. 40 du Code de procédure pénale. Comme l'indique le Conseil d'Etat « *En tant que dépositaire de l'intérêt général, l'agent public est chargé du devoir d'alerter l'autorité judiciaire sur les violations graves de notre droit* »³⁸².

En effet, il consiste en une alerte de prévention qui porte sur un conflit d'intérêt et non, de manière générale, sur une infraction en cours de réalisation.

Il faut comprendre que le lanceur d'alerte est un lanceur de l'alerte éthique qui ne doit jamais être considéré comme un délateur. Cette alerte éthique repose sur la responsabilité individuelle et le sens de l'intérêt général.

Au Brésil, la Loi portant sur les conflits d'intérêt fixe une liste d'interdictions aux agents publics occupants des postes ou emplois publics dans l'administration fédérale³⁸³.

Selon cette Loi, il lui est interdit de divulguer ou de faire usage d'informations privilégiées obtenues en raison de leurs activités publiques ; d'exercer des activités impliquant la prestation de services ou la poursuite de relations commerciales avec des personnes physiques ou morales ayant intérêt dans les décisions prises par l'agent public ; d'exercer, directement ou indirectement, une activité incompatible avec l'exercice du poste ou de l'emploi public ; d'agir, même que de façon informelle, comme procureur, facilitateur, consultant ou intermédiaire d'intérêts privés dans les

³⁸² Conseil d'Etat, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, in « *Les Etudes du Conseil d'Etat* ». Paris : La documentation française, 2016, 135 p., sp. p. 18.

³⁸³ Loi n° 12.813 du 16 mai 2013.

organes ou entités de l'administration publique directe ou indirecte des Pouvoirs de l'Union, des Etats, du District fédéral et des communes.

Il lui est également interdit de pratiquer des actes au bénéfice de personne juridique par laquelle l'agent public participe lui-même, son conjoint, compagnon ou famille (en ligne directe ou collatérale), jusqu'au troisième degré, dont il puisse être bénéficiaire ou influencé dans ses actes de gestion, de recevoir des cadeaux de personne ayant un intérêt dans des décisions de l'agent public, de fournir des services, même de façon ponctuelle, à des entreprises dont l'activité est contrôlée par l'organe dans lequel l'agent public exerce ses fonctions.

Les interdictions se prolongent lorsque l'agent public n'est plus en activité dans l'administration. Certains agents restent interdits d'exercer certaines activités pour une période de six mois après leurs sorties de l'administration.

Il est certain que les deux systèmes juridiques ici traités sont dotés de dispositifs permettant de faire face aux possibles conflits d'intérêt pouvant s'installer au sein de l'administration publique.

Section 2. Le devoir de probité et les sanctions pénales subséquentes

En droit français comme en droit brésilien les différents manquements des agents publics³⁸⁴ peuvent déboucher sur des sanctions administratives, civiles et pénales³⁸⁵.

³⁸⁴ L'art. 327 du Code pénal brésilien définit comme « fonctionnaire public » celui qui occupe poste, emploi ou fonction publique, même transitoirement ou sans rémunération. Cette définition englobe l'agent public travaillant pour une entité parastatale ou pour une entreprise prestataire de services publics. Comme l'a relevé José dos Santos Carvalho Filho l'expression « fonctionnaire public » est inadéquate puisqu'elle a été bannie de la Constitution fédérale. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. rev. e ampl. e atual. até 31.12.2009. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, 1347 p., sp. p. 641).

³⁸⁵ Selon Frédéric Rolin : « *Outre la répression pénale, la conclusion d'un contrat irrégulier peut également donner lieu à une répression financière, que ce soit devant les juridictions des comptes lorsque des sommes ont été extraites indûment de la caisse publique ou maniées par des personnes autres que les*

L'Organisation pour la Coopération et Développement Economiques (OCDE) mentionne que la passation des marchés publics est l'activité des Pouvoirs publics la plus exposée au risque de corruption³⁸⁶.

Il convient de *prime abord* d'expliquer que le *droit pénal brésilien* possède pour but principal la répression de certaines conduites qualifiées « infractions pénales ». La théorie bipartite en vigueur considère que crime et délit sont des synonymes, en établissant les crimes et les contraventions pénales comme les deux uniques espèces d'infraction pénale. Allemagne, Italie et Portugal également adoptent cette théorie.

Le Code pénal français énumère les délits de concussion, de favoritisme³⁸⁷, de prise illégale d'intérêt, de corruption³⁸⁸, de soustraction ou de détournement de biens et deniers publics.

Le délit de concussion est prévu par l'art. 432-10 du Code pénal français. Selon cet article, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de cinq cent mille euros, le montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction. Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme

comptables publiques, ou devant la Cour de discipline budgétaire et financière ». (ROLIN, Frédéric, Le contrat administratif, in « *Rapport Français* » [en ligne], 12 p., sp. p. 8. Disponible sur : < www.henricapitant.org/.../2.%20Contrat%20administratif%20Rapport%2...>).

³⁸⁶ Elle ajoute que « *L'absence de chaînes de responsabilité claires au niveau des agents, le manque de coordination entre les différents mécanismes de contrôle et une vérification insuffisante des réalisations des entreprises cocontractantes peuvent entraîner une mauvaise gestion, voire des actes de corruption, en particulier dans les "zones grises", où les exigences de transparence sont plus réduites* ». (OCDE (2008), *L'intégrité dans les marchés publics, Les bonnes pratiques de A à Z* [en ligne]. OCDE, 190 p., sp. p. 29).

³⁸⁷ Voir l'art. 7 de la Loi n° 91-3 du janv. 1991.

³⁸⁸ « *En France, l'un des premiers textes officiels dans lequel il est expressément fait référence à la lutte contre la corruption est l'ordonnance sur la réforme du royaume prise par Philippe le Bel, du 23 mars 1302. Il y indique clairement à ses baillis, sénéchaux et prévôts les règles à respecter pour que leurs décisions ne puissent être entachées d'irrégularités ou de favoritisme* ». (Service central de prévention de la corruption, in « *Rapport d'activité pour l'année 2001, à Monsieur le Premier Ministre et à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice* » [en ligne]. Paris : SCPC, 126 p., sp. p. 8).

quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires. La tentative est punie des mêmes peines.

Le délit de favoritisme, quant à lui, est prévu à l'art. 432-14 du Code pénal français. Il consiste à attribuer un avantage injustifié à une personne morale en n'appliquant pas les règles d'égalité et de publicité prescrites par la réglementation des marchés publics. Ce délit a été créé par la Loi relative à la transparence et à la régularité des procédures des marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Cet avantage injustifié peut résulter de différents comportements tels que le fait d'avantager une personne morale en la faisant bénéficier d'informations privilégiées ; de sous-estimer volontairement le coût des prestations afin de pouvoir déclarer un appel d'offres infructueux et de choisir ensuite la personne morale avec laquelle le marché public sera négocié. La peine principale est de deux ans d'emprisonnement et de deux cent mille euros d'amende.

La prise illégale d'intérêt est un délit prévu à l'art. 432-12 du Code pénal français. Elle consiste pour un élu à prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou en partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. La peine est de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de cinq cents mille euros, le montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.

En ce qui concerne le délit de corruption, l'art. 432-11 du Code pénal français le désigne comme le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques en son bénéfice ou pour autrui, soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit pour avoir bénéficié de son influence en vue de

faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Ce délit est assorti d'une sanction de dix ans d'emprisonnement et d'une amende d'un million d'euros ; le montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction. La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice de l'infraction prévue à l'art. 432-11 est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices.

En droit français et en droit brésilien, la corruption est dite « passive » lorsque le comportement est envisagé du point de vue de la personne publique et « active » lorsque sont visés les agissements du particulier ou de l'entrepreneur.

Le délit de soustraction ou de détournement de biens et de deniers publics prévu par l'art. 432-15 du Code pénal français prévoit que le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende d'un million d'euros, le montant pouvant être porté au double du produit de l'infraction. La tentative est punie des mêmes peines.

Le Code pénal brésilien, en revanche, énumère les crimes de concussion, de corruption passive, de prévarication, d'*advocacia administrativa*, de violation de secret fonctionnel et de violation de secret de proposition lors d'un appel public à la concurrence.

En ce qui concerne le crime de concussion³⁸⁹, l'art. 316 du Code pénal brésilien prévoit qu'il est commis lorsque l'agent public chargé de recevoir rentes, argent public ou

³⁸⁹ Le crime de concussion possède son origine dans le Droit romain. A cette époque, les hauts fonctionnaires, juges, avocats, officiers militaires étaient empêchés de recevoir quel que soit le type d'avantage ou de paiement pour les services rendus, puisque ceux-ci possédaient une nature gratuite. Une

tributes, exige à son propre bénéfice ou d'octroi, directement ou indirectement, d'occuper une fonction publique, ou de profiter d'un avantage indu. La sanction appliquée est de deux à huit ans de réclusion et le paiement d'une amende. Ce crime garde des caractéristiques communes avec celui d'extorsion.

Le crime de corruption passive, prévu par l'art. 317 du Code pénal brésilien, est le fait de solliciter ou de recevoir, en son bénéfice ou au bénéfice d'autre, directement ou indirectement, en dehors de la fonction publique ou avant son investiture, mais en raison de celle-ci, un avantage indu. Il recouvre également le fait d'accepter promesse d'un tel avantage. La sanction appliquée est de deux à douze ans de réclusion et le paiement d'une amende. Elle peut être augmentée d'un tiers si, en conséquence de l'avantage ou la promesse, le fonctionnaire retarde ou laisse pratiquer des actes administratifs ou les pratique en infligeant un devoir fonctionnel. Si le fonctionnaire pratique, laisse pratiquer ou retarde l'acte administratif, avec infraction d'un devoir fonctionnel, issue d'une demande ou d'une influence d'autre, la sanction est de trois mois à une année de détention, et peut se voir substitué par une amende.

Le crime de prévarication, prévu par l'art. 319 du Code pénal brésilien, est le fait de retarder ou laisser pratiquer, indûment, un acte ou une pratique contraire à une disposition expressément prévue par la loi, pour satisfaire ses intérêts ou sentiments personnels. Il est sanctionné d'une peine de trois mois à une année de détention et d'une amende.

Le crime d'*advocacia administrativa* prévu à l'art. 321 du Code pénal brésilien, est le fait de soutenir, directement ou indirectement, des intérêts privés face à l'administration publique, grâce à l'occupation d'un poste de fonctionnaire. Il est puni d'une peine d'un à trois mois de détention et du paiement d'une amende. Si l'intérêt est illégitime, en plus de l'application d'une amende, la peine sera de trois mois à une année de détention.

telle conduite possédait initialement un caractère illicite ; cependant, elle a passé à être traitée tel qu'un crime sanctionné par l'application d'une amende équivalente au double de l'indemnité due à la victime. (CAPEZ, Fernando, *Curso de direito penal, vol. 3, parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública*. 10^a ed. São Paulo : Saraiva, 2012, 776 p., sp. pp. 491-492).

Le crime de violation du secret professionnel, prévu par l'art. 325 du Code pénal brésilien, est l'acte de révéler ou faciliter la révélation d'un fait ayant connaissance de son secret, en raison de l'occupation d'un poste public. Il est puni d'une peine de six mois à deux années de détention ou du paiement d'une amende, si le fait ne constitue pas un crime plus grave.

Le crime de violation du secret d'une proposition lors d'un marché public, prévu par l'art. 326 du Code pénal brésilien, est l'acte de divulguer le secret ou de donner la possibilité à un tiers de le faire. Il est puni d'une peine de trois mois à une année de détention et une amende.

Les crimes de corruption³⁹⁰ au Brésil, le 1^{er} août 2013 est entrée en vigueur la Loi n° 12.846 (aussi appelé Loi de lutte contre la corruption ou Loi Anticorruption), précisée par le Décret n° 8.420 du 18 mars 2015, dans le but de condamner les sociétés qui sont à l'origine d'actes de corruption. Cette Loi traite de la responsabilité objective administrative et civile des personnes morales telles qu'elle résulte des actes pratiqués contre l'administration publique nationale ou étrangère³⁹¹.

D'après les dispositions de cette Loi, toute structure juridique, qu'elle soit une société par actions, une société à responsabilité limitée, une société de personnes, une

³⁹⁰ « *Le phénomène de la corruption est apparu dès la plus haute Antiquité et il a toujours été considéré comme l'une des plus répandues et l'une des pires formes de comportement qui pervertit l'administration des affaires publiques lorsqu'elle est le fait d'agents publics ou des élus. C'est ce qu'affirme Cicéron quand il écrit, dans "Plaisir et Vérité" : "il y a des hommes à qui tout sens de la mesure est inconnu : argent, honneur, pouvoirs, plaisirs sensuels, plaisir de gueule, plaisirs de toutes sortes enfin ; ils n'ont jamais assez de rien. Leur malhonnête butin, loin de diminuer leur avidité, l'excite plutôt : hommes irrécupérables à enfermer plutôt qu'à former" ».* (Service central de prévention de la corruption, in « *Rapport d'activité pour l'année 2001, à Monsieur le Premier Ministre et à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice* » [en ligne]. Paris : SCPC, 126 p., sp. p. 8).

³⁹¹ Selon le § 1^{er} de l'art. 5^o de la Loi n° 12.846, du 1^{er} août 2013, les organes et les entités de l'Etat, les représentations diplomatiques des pays étrangers, de quelque niveaux ou sphères du gouvernement et les personnes juridiques contrôlées, directement ou indirectement, par le pouvoir public du pays étranger sont considérés comme administration publique étrangère. Les organisations publiques internationales sont équivalentes à l'administration publique étrangère. Autrement, est considéré agent public étranger, même temporairement ou sans rémunération, celui qui occupe poste, emploi ou fonction publique dans les organes, les entités de l'Etat ou dans les représentations diplomatiques de pays étrangers et dans des personnes juridiques contrôlées, directement ou indirectement, par le pouvoir public de pays étrangers ou encore dans des organisations publiques internationales.

association ou une fondation, qui possède un siège ou un établissement stable au *Brésil*, est concernée.

Les actes effectués contre le patrimoine public national ou étranger, contre les principes de l'administration publique ou contre les compromis internationaux engagés par le *Brésil* sont passibles de sanction³⁹².

Ces actes peuvent se traduire par la promesse, l'offre ou le don, de façon directe ou indirecte, d'un avantage indu à l'agent public ou un tiers lié à cet agent, que ce soit pour subventionner ou pour parrainer des actes considérés par la loi comme illégaux³⁹³.

Cette Loi constitue un instrument de prévention de la corruption, des fraudes liées au domaine des marchés publics³⁹⁴ entre autres pratiques destinées à léser l'administration. Elle a été inspirée des documents internationaux de lutte contre la corruption aux Etats-Unis comme le *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA)*³⁹⁵ et les recommandations de l'Organisation pour la Coopération et Développement Economiques (OCDE).

³⁹² Les amendes fixées vont jusqu'à vingt pour cent de la rente brute de l'entreprise privée et jamais inférieure à la valeur de l'avantage irrégulièrement obtenu (ou dans l'impossibilité de définir cette valeur, elle pourra être fixée jusqu'à la limite de soixante millions de *reais* brésiliens, ce qui représente vingt millions d'euros le 20 nov. 2016. La possibilité de dissolution de l'entreprise privée et la perte d'actifs sont également prévues par cette Loi, en plus d'autres sanctions prévues par ladite Loi d'improbité administrative n° 8.429 du 2 juin 1992.

³⁹³ Comme l'a relevé Alain-Gérard Cohen : « *C'est un point où la New Public Management reste bloquée, puisqu'à partir d'un principe méfiant peut-être compréhensible, est maintenu contrairement à ce qui se passe dans le secteur privé, le dogme de l'appel d'offre, en lieu et place de la négociation et de l'expertise, les deux conditions du bon achat. Il en résulte que les marchés publics doivent constituer un axe fort et spécifique dans l'objet du contrôle interne et de l'audit et pas seulement sur le plan réglementaire (et de loin !) mais pour limiter et prévenir les fraudes et les corruptions dont ils sont un vecteur privilégié* ». (COHEN, Alain-Gérard, *La nouvelle gestion publique : Concepts, outils, structures, bonnes et mauvaises pratiques. Contrôle interne et audits publics*. 3^e éd. Gualino, Lextenso : Paris, 2012, 221 p., sp. p. 37-40).

³⁹⁴ En ce qui concerne le domaine des marchés publics, la société qui fraude ou empêche toute procédure d'appel d'offres à la concurrence, par le biais de l'entente entre agents, est punissable.

³⁹⁵ Disponible sur : < <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/> >.

Les sanctions peuvent être infligées sont très lourdes, allant de zéro virgule un pour cent à vingt pour cent du chiffre d'affaires de la société, peuvent également être prononcés la suspension d'activités, ou encore la dissolution de la structure³⁹⁶.

La procédure d'enquête peut être réalisée par les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et l'application de sanctions peut être rendue par les organes publics municipaux, *in exemplis*, sans attendre la procédure judiciaire.

Les sociétés déjà installées *au Brésil* ou celles qui souhaitent y investir doivent prendre en compte ces dispositions légales et mettre en place des systèmes de conformité interne pour l'ensemble des entreprises du groupe et non seulement pour les unités situées au *Brésil*³⁹⁷.

La Loi Anticorruption interagit avec d'autres dispositifs législatifs, tels que la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique³⁹⁸, la Loi relative au blanchiment de capitaux³⁹⁹, la Loi relative aux conflits d'intérêts⁴⁰⁰, la Loi relative au crime organisé⁴⁰¹ et la Loi relative à la procédure administrative⁴⁰².

Les agents publics qui n'observent pas les principes de l'administration publique voient leur responsabilité engagée conformément à la Loi d'improbité administrative⁴⁰³. Cette

³⁹⁶ Conformément aux articles 6 et 19 de la Loi n° 12.846 du 1^{er} août 2013.

³⁹⁷ Fábio Medina Osório mentionne qu'il est lamentable que les procédures de marchés publics se configurent comme des véhicules de corruption et de fraudes dans le secteur public, dans la mesure où les informations privilégiées semblent constituer le principal instrument de travail des entreprises spécialisées dans ce domaine. (OSORIO, Fábio Medina, *Teoria da improbidade administrativa : má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3^a ed. São Paulo : RT, 2013, 430 p., sp. p. 288).

³⁹⁸ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

³⁹⁹ Loi n° 9.613 du 3 mars 1998.

⁴⁰⁰ Loi n° 12.813 du 16 mars 2013.

⁴⁰¹ Loi n° 12.850 du 2 août 2013.

⁴⁰² Loi n° 9.784 du 29 janv. 1999. Le nouveau Code de procédure civile brésilien de 2015, en vigueur à partir du 18 mars 2016 (Loi n° 13.105 du 16 mars 2015), mentionne dans son art. 15 qu'en absence de dispositifs qui réglementent les procédures électorales, sociales ou administratives, les dispositions du nouveau Code sont appliquées de façon supplétive et subsidiaire.

⁴⁰³ Loi n° 8.429 du 2 juin 1992.

Loi prévoit des sanctions à caractère civil pour les agents publics acteurs d'actes d'improbité administrative contre l'administration publique des Pouvoirs de l'Union, des Etats, du district fédéral, des communes et des territoires⁴⁰⁴. Les agents publics peuvent être également soumis à des sanctions prévues par la Loi organique de la Cour des comptes⁴⁰⁵.

Il est certain qu'*entre le droit français et le droit brésilien* quelques divergences apparaissent en ce qui concerne les sanctions subséquentes appliquées aux agents publics lors d'une procédure d'externalisation. La première d'entre elles est basée sur la différence des conduites typifiées par les respectifs Codes. La deuxième tient au fait que les amendes appliquées sont fixées, au préalable, par les articles du Code pénal français *lorsqu'en droit brésilien* elles sont calculées cas par cas par le juge du procès, en respectant les limites minimales préfixés.

⁴⁰⁴ Elle est également appliquée en cas d'actes pratiqués contre des entreprises incorporées au patrimoine public ou des entités créées ou maintenues par le gouvernement (dont l'Etat possède plus de 50% du patrimoine ou du budget annuel). Sont considérés comme actes pouvant causer préjudice à l'administration publique l'enrichissement illicite de l'agent public ou d'un tiers ; ceux qui causent des préjudices financiers à l'administration ; et ceux qui heurtent les principes de l'administration publique. Les dispositions prévues par cette Loi sont également appliquées à celui qui n'est pas investi dans la fonction publique mais qui aide à la pratique de l'acte d'improbité ou bénéficie directement ou indirectement du méfait. L'atteinte au patrimoine public, par carence ou par action, par dol ou par faute, causé par un agent public ou par un tiers, implique l'intégrale réparation du dommage. En cas d'enrichissement illicite, l'agent public ou le tiers bénéficiaire perd les biens ou les valeurs ajoutés à son patrimoine. Il est indispensable de veiller à ce que l'administration publique et le contractant aient connaissance des politiques de prévention des conflits d'intérêts et de corruption.

⁴⁰⁵ Loi n° 8.443 du 16 juill. 1992.

**TITRE II. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE LA
CONTRACTUALISATION DE L'EXTERNALISATION DANS LES
SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT**

TITRE II. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE LA CONTRACTUALISATION DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT

Les préoccupations tendant à ce que l'Etat prenne en compte les grandes mutations de notre époque, les évolutions de la société, les nouvelles technologies, les exigences de transparence, de qualité, d'efficacité et de contrôle ont contribué à l'instauration d'une administration plus performante.

Cette dynamique de performance s'est également emparée du processus d'externalisation, où la règle générale en cas d'achat de biens, de fournitures, de services, devant être suivi par les gestionnaires publics *en France et au Brésil* est la procédure de marché public.

Un vaste ensemble d'outils a été mis en place *dans les deux systèmes juridiques* afin d'atteindre une finalité d'intérêt public. Quelques convergences et divergences entre ces deux systèmes ont pu être identifiées.

L'élément de convergence principal concerne l'obligation d'application des règles relatives aux marchés publics. L'élément de divergence principal concerne la soumission au droit administratif, puisqu'un marché public ne constitue pas un contrat administratif en droit brésilien. *En France*, les marchés publics passés par des personnes morales de droit public sont qualifiés de « contrats administratifs » selon la Loi « MURCEF ».

Il existe diverses catégories de marchés publics prévues dans le droit français qui équivalent aux formes de contrats administratifs organisés par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁴⁰⁶, sans pour autant avoir une coïncidence exacte⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Selon Hely Lopes Meirelles : « *Les systèmes de marchés publics qui ressemblent le plus au système brésilien sont ceux du Portugal, de l'Espagne, de l'Argentine et de l'Uruguay, toutefois avec de sensibles différences d'un système à l'autre. Il faut noter que le système brésilien ne correspond pas à ceux d'un*

Dans ce contexte, quelques confusions peuvent éventuellement se présenter car il n'existe pas de correspondance exacte entre les termes juridiques employés *en droit français et en droit brésilien*. Même si le droit français a eu une influence importante sur le droit brésilien une étude comparative impose une extrême prudence.

A titre d'illustration, le terme « marché public » *au Brésil* correspond à « l'adjudication » française mais le terme « adjudication » *au Brésil* correspond à l'attribution du marché public à celui qui l'emporte⁴⁰⁸.

Promouvoir la performance de l'administration publique est, sans aucun doute, l'un des plus grands défis actuels. Augmenter l'efficacité et l'efficacités présuppose la bonne utilisation des ressources résultantes des tributs payés par la société civile dans l'accomplissement du principal objectif de l'Etat qui est d'offrir des biens et des services à la population.

Les administrations publiques *en France et au Brésil* se sont engagées à rationaliser leur démarche d'achat public en raison de l'enjeu financier majeur que représentent ces marchés. Des dispositifs et des bonnes pratiques reposant sur un management performant de l'exécution de ces marchés sont recherchés.

Dans ce contexte, la quête de la performance dans le cadre des procédures de passation des contrats d'externalisation est primordiale. Pour cela, il importe de définir les critères d'évaluation de performance qui leur sont applicables. Ces critères doivent répondre à

autre pays puisqu'il existe une variété terminologique, conceptuelle et de modalités parmi ces pays. Lorsqu'il s'agit de contrats administratifs, la doctrine est plus semblable et uniforme ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 36^a ed. rev. e atual. São Paulo : Ed. Malheiros, 2010, 733 p., sp. p. 279).

⁴⁰⁷ « [...] les diverses catégories de marchés publics prévues dans le droit français équivalent à nos formes de contrats administratifs organisés par la Loi nationale n° 8.666 du 21 juin 1993. Cette affirmation doit être entendue avec soin, puis la coïncidence n'est pas exacte ». (JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo : Dialética, 2003, 654 p., sp. p. 80).

⁴⁰⁸ « En droit français, "adjudication publique ouverte" correspond à "concurrence" et "adjudication restreinte" possède deux modalités : la réglementation des conditions d'admission – similaire à "tomada de preço" de la Loi brésilienne et "procédure des admissions individuelles" qui équivaut à "l'invitation" ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit, p. 279).

une démarche de qualité, de développement durable et d'engagement social (Chapitre 1). Se posent néanmoins les questions de la transparence et du contrôle de ces procédures (Chapitre 2).

Chapitre 1. La performance dans les mécanismes de contractualisation de l'externalisation

La question de performance associée à la procédure des marchés publics a très souvent été au cœur des préoccupations des administrations publiques et des organisations internationales en charge des questions de développement dans le monde⁴⁰⁹.

L'analyse de certaines caractéristiques générales des marchés publics de prestation de services et des contrats administratifs mises en œuvre dans les mécanismes d'externalisation sont des éléments essentiels afin de comprendre les points de convergence et les points de divergence *entre le droit français et le droit brésilien* en matière du processus d'externalisation (Section 1).

Après avoir vu que les marchés publics constituent un moyen par lequel l'administration publique sélectionne l'offre la plus avantageuse par le biais d'un jugement objectif des offres, il importe d'analyser comment ce choix peut être fait en cas d'impossibilité de mise en concurrence (Section 2).

⁴⁰⁹ Comme l'explique Gérard Marcou : « *Dans le sens matériel, les marchés publics sont aussi anciens que les premières manifestations de l'Etat moderne, puisqu'ils constituent l'un des moyens par lesquels la puissance publique se procure les moyens nécessaires à son fonctionnement et à l'exercice de ses missions* ». (MARCOU, Gérard, Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens, in « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 28 p., sp. p. 1).

Section 1. Les marchés publics et les contrats administratifs d'externalisation

Quelques caractéristiques générales des marchés publics sont abordées dans cette section, telles que la notion de marché public (1), les principes appliqués aux marchés publics (2), les différentes catégories des marchés publics et les marchés de services dits de « nature continue » (3) et la durée des marchés (4).

1. La notion de marché public

La définition de marché public présente des similitudes *dans le système juridique français et dans le système juridique brésilien.*

En droit français, la définition de marché public, plutôt simple à l'origine, est devenue plus complexe sous l'influence du droit de l'Union Européenne⁴¹⁰. Actuellement les marchés publics sont encadrés par l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015⁴¹¹ et par d'autres dispositifs législatifs⁴¹².

⁴¹⁰ FRIER, Pierre-Laurent, PETIT, Jacques, *Précis de droit administratif*. 6^e éd. Paris : Montchrestien, Lextenso, 2010, 568 p., sp. p. 345.

⁴¹¹ Il importe d'expliquer que les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs soumis à l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015, en vue de l'exercice des missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles, ne sont pas considérés comme des marchés publics.

⁴¹² Le Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 transpose les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 fév. 2014 sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE du 26 fév. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et prévoit les mesures d'application de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics.

Les accords-cadres et les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée seraient présentes dans son champ.

Auparavant, seuls les marchés soumis au Code des marchés publics étaient qualifiés par la Loi du 11 déc. 2001 pourtant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « Murcef ».

Désormais, tous les marchés publics entrant dans le champ d'application de l'Ordonnance du 23 juill. 2015 sont, en vertu de son art. 3, des contrats administratifs à la seule condition qu'ils ont été passés par des personnes morales de droit public. Le juge judiciaire n'est donc compétent que pour les seuls contrats de marchés publics conclus entre des personnes privées, sauf rares exceptions jurisprudentielles conduisant à leur attribuer la qualification de contrats administratifs.

En droit brésilien, au contraire, les marchés publics ne constituent pas de contrats administratifs. La notion de marché public recouvre une procédure⁴¹³ administrative formelle dans laquelle l'administration sélectionne des candidats intéressés au marché⁴¹⁴, en respectant les conditions établies par un avis d'appel public à la concurrence⁴¹⁵.

⁴¹³ Selon Alexandre Mazza, le marché public constitue une « [...] séquence ordonnée d'actes administratifs. De cette façon, il n'est pas correct de traiter le marché public tel qu'un acte administratif isolé ». (MAZZA, Alexandre, *Manual de direito administrativo*. 6^a ed. São Paulo : Saraiva, 2016, 967 p., sp. p. 435).

⁴¹⁴ Le marché public peut également être défini comme « une procédure administrative non-discretionnaire au moyen duquel les entités de l'administration publique et celles contrôlées par cette dernière sélectionnent la meilleure proposition d'entre celles offertes par les divers intéressés, en ayant deux objectifs : la passation du contrat ou l'obtention du meilleur travail technique, artistique ou scientifique ». (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, 1347 p., sp. p. 256).

⁴¹⁵ Comme l'a relevé Rafael Entrena Cuesta, la procédure des marchés publics est constituée d'un ensemble ordonné de documents destinés à donner des fondements à une décision administrative et des moyens nécessaires pour son exécution. (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*. 7^a ed. Madrid : Ed. Technos, Vol. I, 1981, 867 p., sp. p. 249).

Ils sont encadrés par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁴¹⁶ et par d'autres dispositifs tels que la Loi relative aux enchères inversées *pregão* destinées à l'acquisition de biens et services dits « communs »⁴¹⁷ et le Décret relatif à l'acquisition de biens et services d'informatique⁴¹⁸. L'administration directe, les fonds spéciaux, les *autarquias*⁴¹⁹, les fondations publiques, les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les autres entités contrôlées directement ou indirectement par l'Union, les Etats fédérés, le District fédéral et les municipalités sont soumis à ces règles.

2. Les principes appliqués aux marchés publics

A la différence des entreprises privées qui bénéficient d'une réelle liberté dans le choix de leurs fournisseurs, l'administration a des obligations de respecter le cadre assez rigide des règles de passation. Dans cet aspect, le *droit français et le droit brésilien* établissent des principes similaires.

En France, ces principes ont pour objectifs d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, afin de permettre l'égal accès à la commande publique de toutes les entreprises⁴²⁰, l'égalité de traitement des candidats⁴²¹ et la transparence des procédures⁴²².

⁴¹⁶ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴¹⁷ Loi n° 10.520 du 17 juill. 2002.

⁴¹⁸ Décret n° 7.174 du 12 mai 2010.

⁴¹⁹ D'après le professeur Hely Lopes Meirelles, les *autarquias* sont : « [...] *des entités administratives autonomes, créées par des lois spécifiques, dotées de la personnalité morale de droit public interne, d'un patrimoine propre et de prérogatives de puissance publique déterminées, [...] qui réalisent un service détaché de l'administration centrale, exerçant une activité typique de l'administration publique* ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 733 p., sp. pp. 307 et 633). Son équivalent le plus proche en droit français serait l'établissement public à caractère administratif.

⁴²⁰ En ce qui concerne « la liberté d'accès à la commande publique », elle permet à toute entreprise privée de se candidater à un marché public sous réserve qu'elle soit en règle avec ses obligations budgétaires et sociales, qu'elle prouve ses compétences professionnelles et que le candidat signe une déclaration sur l'honneur.

En ce qui concerne la liberté d'accès à la commande publique elle permet à tout partenaire privé de candidater à un marché public sous réserve qu'elle soit en règle avec ses obligations budgétaires et sociales, devant encore prouver ses compétences professionnelles. L'acheteur public sélectionne le candidat qui propose l'offre économiquement la plus avantageuse, au meilleur rapport qualité-prix selon des critères déterminés⁴²³.

Par rapport au principe d'égalité de traitement, son non-respect constitue, dans les marchés publics, comme d'ailleurs dans toute la commande publique, l'angle d'attaque de prédilection pour contester la régularité d'une procédure.

⁴²¹ Par rapport au « principe d'égalité de traitement », toutes réponses aux questions posées par l'un ou l'autre candidat doivent être transmises à tous les candidats par écrit. L'administration est libre de former un contrat avec le candidat de son choix, à condition d'examiner toutes les offres des candidats inscrits. Sa responsabilité peut être engagée à l'égard des candidats écartés illégalement et qui avaient une chance sérieuse de remporter le marché dans des conditions normales. L'acheteur public sélectionne le candidat qui propose l'offre économiquement la plus avantageuse, au meilleur rapport qualité-prix selon des critères déterminés. L'offre la moins chère n'est pas forcément sélectionnée.

⁴²² En ce qui concerne « la transparence et la régularité des procédures de marchés publics » français, la décision du Conseil d'Etat, avis, du 29 juil. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de PANTIN, n° 246951, Rec. Lebon p. 297, BJCP 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau énonce que « *Les marchés qui sont conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, alors qu'ils entrent dans le champ d'application du code des marchés publics, ne peuvent l'être que par l'application des dispositions du code qui l'autorisent. Ils sont donc passés en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent soumis aux principes généraux de la commande publique* ». Dans cet avis, le Conseil d'Etat a rappelé également que « *Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1^{er} du code, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

⁴²³ Il s'agit d'un principe souvent considéré dans ses rapports avec la liberté du commerce et de l'industrie. C'est sur le fondement de ce principe qu'a été jugée la conformité de l'exception *in house* (Autorité de la concurrence, du 24 nov. 2011, avis n° 11-A-18, AJCT fév. 2012, p. 93). De même, ne constitue pas davantage une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre le monopole accordé aux géomètres experts en application de la Loi n° 46-942 du 7 mai 1946 (CE. 7 sept. 2012, Département de la Réunion, n° 360032, Rec. CE).

Il s'agit d'un principe devant s'appliquer à toutes les phases de la procédure de passation d'un marché⁴²⁴ : De l'élaboration du cahier des charges qu'à l'analyse des candidatures ou l'élaboration et la mise en œuvre des critères d'attribution⁴²⁵. Toutes réponses aux questions posées par l'un ou l'autre candidat doivent être transmises à tous les candidats par écrit. L'administration est libre de former un contrat avec le candidat de son choix, à condition d'examiner toutes les offres des candidats inscrits.

La responsabilité de l'administration peut être engagée à l'égard des candidats écartés illégalement et qui avaient une chance sérieuse de remporter le marché dans des conditions normales.

En ce qui concerne la « transparence » et la « régularité » des procédures de marchés publics français, l'Ordonnance 2015-899 du 23 juill. 2015 mentionne que l'obligation par voie réglementaire à l'administration, de rendre public le choix de l'offre retenue de façon accessible. Mise en œuvre du principe de transparence des procédures, lié à la mise en œuvre du principe d'égalité, le principe de transparence trouve pour l'essentiel son origine dans le droit communautaire de la commande publique⁴²⁶.

La transposition des directives de l'Union Européenne a provoqué une profonde évolution avec l'instauration d'un contrôle précontractuel du respect des règles de publicité et de mise en concurrence, destinés à assurer la « transparence » et la « régularité » des procédures de passation de marchés publics⁴²⁷.

Au Brésil, c'est l'art. 37, XXI, de la Constitution fédérale⁴²⁸ qui impose à l'administration directe et indirecte l'obligation d'instaurer des procédures de marchés

⁴²⁴ CJCE 5 oct. 2000, Comm. c/ France, Syndicat départemental d'électrification Vendée, aff. C-16/98, Rec. CJCE, 2000, I, p. 8315.

⁴²⁵ CE 14 oct. 2015, Société Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, n° 390968, Rec. CE, p. 747.

⁴²⁶ CJCE 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, aff. C-324/98, Rec. CJCE, 2000, I, p. 10745.

⁴²⁷ Les principes de « concurrence » et de « transparence » ne constituent pas des fins en eux-mêmes. (*Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'Etat. Paris : La Documentation Française, 2002, p. 220).

⁴²⁸ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988.

publics destinées à l'achat, à la réalisation d'ouvrages, à la prestation de services, à la vente et à la location de biens de l'administration, sauf en cas d'inexigibilité ou de dispense de ces marchés, expressément prévus par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁴²⁹. Il s'agit d'un principe constitutionnel.

L'administration est également soumise aux principes généraux du droit administratif : Légimité, non *intuitu personae*, moralité, publicité et efficience ; et aux principes spécifiques aux marchés publics : Egalité de traitement, égalité d'accès, impartialité, publicité, strict respect du contenu de l'avis d'appel public à la concurrence et jugement objectif.

Le principe de légalité, fondement de toute activité de l'administration⁴³⁰, établit que toute décision doit être basée sur ce qu'impose la loi et non sur la volonté personnelle de l'administrateur public et que l'administrateur public doit observer la correcte application des règles des marchés publics. Il s'agit d'une limitation motivée par la diminution des cas d'abus de conduite et de détournements d'objectifs.

L'administration est également tenue d'observer les principes de « moralité » et d'« égalité de traitement », le premier faisant référence à la conduite éthique de l'administrateur public et le deuxième à l'égalité de traitement dispensé à tous les administrés se trouvant dans une même situation juridique. Ces deux principes sont liés entre eux, puisque la désobéissance de l'administrateur au deuxième principe implique une conduite immorale de celui-ci. Les offres doivent donc être fermées, devant être ouvertes uniquement durant la période d'ouverture publique des offres.

Le principe « d'égalité d'accès » permet à l'administration d'assurer l'égalité d'opportunités à tous les candidats. Il permet également élargissement du nombre de candidats intéressés par les marchés publics. Le principe « d'indistinction » en étant connexe au principe « d'égalité d'accès », impose à l'administration de s'abstenir de

⁴²⁹ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, 1347 p., sp. p. 264.

créer des préférences ou des distinctions par rapport à la naturalité ou au lieu du siège de l'entreprise participante du marché public.

Le principe de « compétitivité », en étant également connexe au principe « d'égalité », oblige l'administration à porter l'avis d'appel public à la concurrence, à la connaissance du plus grand nombre de candidats intéressés. L'administration publique ne peut pas, par ailleurs, créer ou adopter des conditions qui nuisent au caractère compétitif du marché public. En effet, ce principe assure à tous les participants la liberté de participation égalitaire à tous les marchés publics destinés à sélectionner des biens et services pour l'administration directe et indirecte ce qui permet de réduire le risque de prise illégale d'intérêts, tout en conservant l'intérêt public et la rationalité des dépenses publiques.

Le principe de « compétitivité » est lié au principe « d'obligation de publicité ». Celui-ci permet à un plus grand nombre d'intéressés l'accès aux règles concernant les marchés publics et son contrôle. Cela permet à l'administration obtenir des offres plus avantageuses.

Le principe « d'impartialité » oblige l'administration à observer des critères objectifs préalablement établis par l'avis d'appel public à la concurrence, en éloignant les cas de favoritisme dans le déroulement de la passation des marchés publics. Ce principe vient compléter le principe de « moralité » et de « non personnalité ».

Le principe du « strict respect du contenu de l'avis d'appel public à la concurrence » oblige l'administration publique à observer les règles établies, en prohibant la création de nouvelles règles ou conditions au cours de la passation. Il vise également à assurer une plus grande objectivité dans la détermination des critères d'appréciation des candidats intéressés. Si l'avis d'appel public à la concurrence contient des informations erronées qui nécessitent son altération, tous les candidats intéressés au marché doivent être informés des modifications effectuées de façon à permettre leur adéquation.

Le « jugement objectif » est un autre principe applicable aux marchés publics. Selon ce principe, les critères de sélection prévus par l'avis d'appel public à la concurrence

doivent être adoptés sans exception lors du jugement des offres, en évitant des surprises aux candidats intéressés. Ce principe est lié au principe de « prohibition d'offres d'avantages » selon lequel les règles de sélection doivent être étroitement liées aux critères établis par l'appel d'offres. A ces principes s'ajoutent d'autres comme ceux de « compétitivité », « d'indistinction », « du secret des offres », de « prohibition d'offres d'avantages » et « d'obligation ».

Il est certain que les principes attenants aux marchés publics doivent être appliqués de façon conjointe, pour améliorer leur efficacité et pour respecter sa finalité majeure : Mieux répondre aux besoins de l'administration et obtenir un meilleur coût⁴³¹.

3. Les différentes catégories des marchés publics et les marchés de services « continus »

Selon les droits des deux pays étudiés, les personnes publiques afin de disposer des moyens qui leurs sont nécessaires, demandent à différents prestataires d'assurer certaines prestations⁴³². Ces prestations peuvent concerner trois catégories différentes : Les marchés de fournitures, de travaux publics ou de services et/ou les marchés mixtes. Les critères de jugement des offres varient selon les types de marché.

Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels nécessaires au fonctionnement de l'administration (comme pour l'achat de papier, d'ordinateurs et d'équipements divers, bennes à ordures, produits alimentaires). Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

⁴³¹ Selon Patrick SCHULTZ : « *L'achat public est autant un acte juridique qu'un acte économique* ». (SCHULTZ, Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, Coll. « Systèmes », 2^e éd., Paris : LGDJ, 2002, 192 p. sp. p. 21).

⁴³² MARCOU, Gérard, Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens, in « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 28 p., sp. p. 1.

Les marchés publics de travaux, quant à eux, ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux de bâtiments publics ou de génie civil (routes, ponts) à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage⁴³³, soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage, répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services tels que le nettoyage de locaux administratifs, les campagnes de promotion de la collectivité et la formation du personnel.

Il importe de préciser que lorsqu'un marché public porte sur des travaux et au même temps sur des fournitures ou des services, il est considéré comme un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est considéré comme un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Le droit brésilien définit « service » comme l'activité destinée à procurer une certaine utilité d'intérêt à l'administration telle que la démolition, la réparation, l'installation, le montage, l'opération, la conservation, l'adaptation, la maintenance, le transport, la location de biens, la publicité, l'assurance ou les travaux technico-professionnels⁴³⁴.

Les services sont divisés en services courants et en services technico-professionnels. Les services courants sont ceux qui ne nécessitent pas une habilitation spéciale pour leur exécution. C'est le cas des services de nettoyage et d'entretien. Les services technico-professionnels, *a contrario*, sont ceux qui demandent une habilitation légale, c'est-à-dire, qui requièrent de leur exécutant une formation spécifique ou un enregistrement auprès d'un organe professionnel déterminé, tel que les services d'ingénierie et d'architecture.

⁴³³ Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiments ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

⁴³⁴ Plus précisément à l'art. 6°, II, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

Les services « courants » sont les services technico-professionnels qui requièrent des études techniques, la planification et l'élaboration de projets et de rapports, l'assistance ou le consulting technique et des audits financiers, la gérance d'ouvrages et de services, les services juridiques, la formation du personnel, la restauration d'œuvres d'art et de biens d'importance historique⁴³⁵.

Ces services sont généralement exécutés par des entreprises prestataires de services à des tiers. Le concept d'entreprise prestataire de services à des tiers est fixé par le Ministère du Travail et de l'Emploi, à travers l'Instruction Normative (IN) n° 3 du 1^{er} sept. 1997/SLTI. Selon ce texte, est considérée « entreprise prestataire de services à des tiers » la personne morale de droit privé exerçant une activité commerciale, légalement constituée, dont l'objectif principal est la réalisation d'un service spécifique à une autre entreprise, qui ne peut constituer l'« activité finale » de cette dernière.

Le contrat passé entre le prestataire de services et l'administration publique est typiquement de droit administratif, conformément au § 7° de l'art. 10 du Decret-Loi n° 200 du 25 fév. 1967 et à la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁴³⁶.

L'Instruction normative (IN) n° 2, du 30 avr. 2008/SLTI, a complété le cadre juridique en organisant la passation des contrats de services par l'administration publique.

Le contrat concernant des services dits « continus » doit préciser avec exactitude la période au cours de laquelle le service sera fourni et la possibilité d'extension de cette période⁴³⁷.

⁴³⁵ Conformément à l'art. 13 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴³⁶ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴³⁷ Dans le cas des services « continus », la valeur limite d'un contrat de quatre-vingt milles *reais* brésiliens, traité par l'art. 48, I, de la Loi Complémentaire n° 123 du 14 déc. 2006, fait référence à l'exercice financière. C'est la raison par laquelle ce type de contrat peut être prorogé jusqu'à 60 mois, la valeur du contrat pouvant atteindre quatre cents milles *reais* brésiliens à la fin de cette période, observant la limite de quatre-vingt milles *reais* brésiliens par an. (Précédent n° 1932/2016, Assemblée de la Cour des Comptes (TCU), Rev. Benjamin Zymler).

En France, c'est le principe de la liberté contractuelle qui préside à la fixation de la durée d'un marché public : L'administration est libre de prévoir comme elle l'entend, en fonction de l'objet, des caractéristiques, du contenu du marché et de la nature des prestations. Les marchés à durée indéterminée sont interdits.

En effet, un terme est obligatoire et la durée des marchés doit permettre une remise en concurrence périodique. Il est important d'insister sur le fait que la durée et/ou le nombre de leurs reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. En tout état de cause, des éléments propres au marché peuvent justifier une durée plus longue. Le régime de la reconduction est fixé par le marché lui-même. En cas de silence, la reconduction est tacite.

Au Brésil, en revanche, la durée normale fixée dans un contrat d'externalisation au sens restreint issue d'une procédure de marché public est d'une année, qui correspond à la période d'autorisations budgétaires. Il existe des exceptions à ce principe : Pour les contrats inclus dans le Plan Pluriannuel, la durée est alors de quatre ans ; pour la location de matériaux et de services informatiques, la durée peut attendre jusqu'à quarante-huit mois ; pour les concessions de services publics, le délai est supérieur à une année.

Pour les services publics réalisés de façon continue, la durée est limitée à soixante mois et peut être prorogée pour douze mois, conformément à la Loi n° 9.648 du 27 mai 1998. Cette Loi n'énumère pas les hypothèses dans lesquelles les contrats administratifs peuvent être passés de façon continue. Elle mentionne cependant que la prestation de services exécutés de façon continue peut voir sa durée prorogée.

Puisque la Loi ne définit pas les « services continus », la doctrine brésilienne a entrepris de préciser le concept et de proposer quels contrats seraient englobés dans ce dispositif légal. Selon la doctrine, les « services continus » sont ceux indispensables au bon fonctionnement des activités institutionnelles qui, s'ils sont interrompus, peuvent compromettre la continuité des activités publiques et provoquer des dommages.

La durée des contrats comportant les « services continus » doit être supérieure à un exercice financier. Cette condition doit être prévue tant dans l'appel public à la concurrence que dans le contrat. Leur prorogation doit être plus avantageuse pour l'administration que la réalisation d'un nouvel appel public à la concurrence. Il importe que le pouvoir public définisse quels sont les « services continus » de la structure de l'organe ou de l'entité concernée.

4. La performance et les critères de sélection des prestataires privés

En droit français comme en droit brésilien mettre en place une procédure d'externalisation ne constitue pas une obligation pour l'administration publique. Celle-ci demeure libre du choix des modalités d'exécution des prestations et donc de recourir à des tiers ou à ses propres moyens en vue d'obtenir les travaux, services ou fournitures dont elle a besoin⁴³⁸. Il s'agit d'un choix discrétionnaire. L'administration doit cependant respecter des conditions tant lors du choix de la procédure que de celui des critères de sélection ou de celui de l'attribution des offres⁴³⁹.

En ce qui concerne la notion de performance, elle n'est pas expressément nommée comme l'un des principes des marchés publics. Cependant elle irrigue la passation de ces marchés publics à travers l'objectif d'efficacité et de bonne utilisation des deniers publics.

⁴³⁸ La décision de recourir à l'externalisation n'est pas contrôlée par le juge administratif *en droit français*. Néanmoins, lorsque l'administration décide d'externaliser, elle est bien souvent obligée de mettre en place une procédure pour sélectionner son partenaire. La méconnaissance des règles procédurales est rarement constatée par le juge administratif. Par rapport à l'incompétence, elle a toujours été rigoureusement condamnée par ce juge. (BOURDON, Pierre, *Le contrat administratif illégal*, in « *Nouvelle bibliothèque de thèses* ». Vol. 131. Paris : Dalloz, 2014, 939 p., sp. p. 180).

⁴³⁹ D'après l'arrêt de la CJCE 17 sept. 2002, *Concordia-Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. CJCE, 2002, I, p. 07213, les règles de passation de la commande publique n'excluent pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'utiliser des critères relatifs à la préservation de l'environnement dans le cadre de l'appréciation de l'offre la plus avantageuse. En acceptant ce critère, la Cour reconnaît que le critère d'attribution lié à la protection de l'environnement permet de déterminer quelle est la meilleure offre.

Comme le souligne Gérard MARCOU « [...] *l'achat public est devenu une fonction administrative essentielle qui a des implications sur l'ensemble de l'administration, selon qu'elle favorise le bon emploi des deniers publics ou, à l'inverse, la corruption* »⁴⁴⁰.

L'administration publique, *via* les processus de sélection de l'offre la plus avantageuse doit évaluer et comparer plusieurs paramètres. Ainsi, en plus des traditionnels pré requis coût et prix de l'offre, l'administration doit apporter la preuve du bon rapport coût-efficacité du service. Cette condition est vérifiée à deux moments : Au moment de déterminer les besoins (dans la nature et l'étendue des besoins à satisfaire qui doivent être déterminés avec précision avant le lancement de la consultation) et au moment de sélectionner les prestataires privés.

Les critères doivent être sélectifs, mais non-discriminants. La différence entre les deux est parfois subtile. Il faut ainsi pouvoir différencier les offres de façon objective et établir en quoi telle ou telle offre est plus utile et/ou conforme aux attentes et aux projets de l'administration.

Les critères doivent également être exhaustifs. Aucun critère en rapport avec l'objet du marché ne doit être oublié. En effet, un critère oublié peut faire la différence entre deux offres et remettre en cause la pertinence du choix de l'administration. Enfin, les critères ne doivent pas être redondants : Il ne peut y avoir qu'un seul critère pour une caractéristique du marché.

Les candidats doivent satisfaire aux conditions de participation à la procédure de passation. Il s'agit des garanties liées à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière et/ou à la capacité technique et professionnelle nécessaires à l'exécution du contrat administratif.

⁴⁴⁰ MARCOU, Gérard, Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens, *in* « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 28 p., sp. p. 3.

Le candidat choisi est celui qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. Ces critères ont pour finalité de permettre d'évaluer le niveau de performance de chaque offre par rapport à l'objet du marché et de mesurer le rapport qualité/prix. Ils n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'administration. Ils doivent garantir une véritable concurrence.

En droit français, deux grandes catégories de critères de choix des offres existent : La première concerne les critères non discriminatoires qui sont liés à l'objet du marché. Il s'agit entre autres de la qualité, du prix⁴⁴¹, de la valeur technique⁴⁴², du caractère

⁴⁴¹ Le prix est un critère essentiel. Néanmoins, il faut constater que la réglementation en vigueur réduit son impact dans l'évaluation économique des offres. L'administration est souvent tentée de conférer au prix une influence essentielle dans le choix d'une offre (Selon l'arrêt de la CJCE. 7 oct. 2004, Sintesi SpA : « L'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas »). Le recours au seul critère « prix » doit être justifié au regard de la prestation demandée (Selon l'arrêt du CE 6 avr. 2007, Département de l'Isère, p. 308 ; AJ 1998.797, chr. Raynaud et Fombeur). C'est le cas pour l'achat de produits courants, bien définis, standardisés, bien que finalement, on se rende compte que des critères complémentaires peuvent constamment être envisagés pour qualifier le produit acheté au-delà de son prix. La volonté de l'administration de rester dans une procédure simple conditionne aussi l'importance donnée au critère prix. Lorsque le choix est fait par rapport à plusieurs critères, le prix n'est alors pas un critère obligatoire si les critères retenus permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à l'objet du marché (Selon l'arrêt du CE 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, n° 280197, mentionné dans les tables du Rec. CE, p. 948 : La collectivité publique a le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché dans la mesure où les critères retenus, eu égard à l'objet du marché, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse). L'introduction d'autres critères que le prix permet de relativiser son importance, de prendre en compte des considérations sur le long terme, telles que les motivations environnementales, l'esthétique, ou des fonctionnalités d'usage telles que la commodité, la compréhension et les facilités d'entretien.). Lorsque la pondération des critères est mise en place, le prix est théoriquement placé au même niveau que les autres critères, même s'il garde toujours sa particularité, sa valeur historique si l'on peut dire. La pondération appliquée au prix peut être inférieure à celle donnée à d'autres critères techniques destinés à déterminer la fiabilité ou la performance des offres. Disponible respectivement sur : <curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?...FR...>.

⁴⁴² Une simple mention d'un critère « valeur technique » sans commentaire d'aucune sorte est insuffisant, c'est-à-dire, lorsqu'un poids important est donné au critère « valeur technique », le service doit s'assurer que le surcoût qui va en résulter sera compensé par les avantages attendus. Ce critère, très utilisé, sert très souvent à justifier la pluralité de critère, alors que la dimension technique est préalablement définie par le pouvoir adjudicateur, ce qui a pour effet de limiter la liberté des candidats sur ce point. Pour être approprié, il doit comprendre des précisions qui permettront d'apprécier la technicité de l'offre. Par

esthétique et fonctionnel⁴⁴³, des performances en matière de protection de l'environnement, des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, du coût global d'utilisation, de la rentabilité, du caractère innovant, du service après-vente et de l'assistance technique, de la date de livraison, du délai de livraison ou d'exécution. La deuxième catégorie ne concerne qu'un seul critère : Le prix, l'offre dont le montant est le moins élevé sera retenue.

L'administration peut s'appuyer uniquement sur le critère « prix » lorsque l'objet du marché le justifie, par exemple dans le cas d'achats de fournitures courantes. La mention des sous-critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation n'est pas nécessaire.

Les offres doivent être notées pour chacun des critères choisis. La technique d'attribution de la note doit être la même pour toutes les offres. L'administration doit fixer leur pondération pour les marchés de la procédure formalisée, lorsque plusieurs critères ont été prévus.

La pondération représente l'importance accordée à chaque critère par rapport à l'ensemble des critères. Elle s'exprime par un coefficient, un pourcentage ou encore un nombre de points. L'offre retenue est celle qui est la mieux classée.

Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables doivent être rejetées. Une offre est irrégulière lorsqu'elle est incomplète ou lorsqu'elle ne respecte pas les exigences mentionnées dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable lorsqu'elle n'est pas conforme aux exigences légales ou réglementaires telles que les règles sur la fiscalité, la protection de l'environnement ou les conditions de travail.

exemple, pour des missions de conseils ou d'études, il est pris en compte la composition de l'équipe, les références des consultants, la proportion de consultants seniors.

⁴⁴³ Par rapport au critère esthétique, l'arrêt du CE 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, mentionne que le juge considère que ce critère doit être justifié par l'objet du marché et doit être assez précis s'il lui est affecté un coefficient de pondération élevé. Il s'agit de définir clairement ce qui est considéré comme « beau ». L'esthétique et le fonctionnel peuvent parfois se combiner.

L'administration française a la possibilité de préciser sur un ou plusieurs critères une note éliminatoire ou un nombre de points minimum en dessous duquel l'offre classée est rejetée. Si la pondération n'est pas possible, les critères sont retenus par ordre d'importance décroissante ou croissante (hiérarchisation).

Les critères, leur pondération ou leur hiérarchisation doivent être indiqués dans l'avis d'appel public d'offres à la concurrence ou dans les documents de consultation publique. Les critères de choix ne doivent porter que sur les offres et non pas sur les capacités des candidats.

Il s'agit de deux procédures totalement distinctes. En effet, la vérification de l'aptitude des candidats se fait au moment de la sélection des candidatures. Les capacités économiques, financières et techniques sont vérifiées, puisqu'elles comprennent les critères de sélection qualitative.

Toute modification après le délai de dépôt des candidatures est irrégulière. Pendant toute la durée de la procédure des marchés publics une atteinte portée au principe d'égalité constitue une irrégularité⁴⁴⁴.

En droit brésilien, l'art. 45 de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁴⁴⁵ détermine le jugement des propositions à travers différents critères tels que le « prix inférieur », la « meilleure technique », la « meilleure technique et prix » et « la meilleure proposition ».

Le critère « prix inférieur » est indiqué pour l'acquisition de produits et de services en général et de biens et de services d'informatique. Ce critère est considéré financièrement plus avantageux pour l'administration ; néanmoins, la qualité peut être compromise par des produits de mauvaise qualité⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Les conditions de candidature ne peuvent pas être librement modifiées au cours de la procédure des marchés publics. Ces conditions doivent être objectivement définies pour éviter la création d'inégalités entre les participants au marché. Tout critère subjectif d'évaluation des participants est irrégulier.

⁴⁴⁵ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴⁴⁶ D'après Piscitelli, Timbó et Rosa : « *Le meilleur prix est applicable lorsque le critère de sélection de la proposition la plus avantageuse pour l'administration publique détermine que le candidat qui*

Le critère de la « meilleure technique » est utilisé pour la formation d'un contrat d'études techniques, d'élaboration de projets et de surveillance ; c'est la technique la plus utilisée pour la passation des contrats de services de caractère intellectuel.

Le critère de la « technique et prix » est utilisé pour sélectionner le cocontractant de l'administration publique à partir du critère d'aptitude et de qualification des équipes techniques.

Le critère de la « meilleure proposition » est utilisé lorsque l'administration publique utilise la modalité de procédure nommée *Leilão* pour ses biens mobiliers et immobiliers.

En ce qui concerne l'habilitation des candidats, cinq aspects doivent être analysés : L'habilitation juridique, l'habilitation technique, la régularité économique-financière, la régularité budgétaire et l'obéissance à l'art. 7^o, XXXIII, de la Constitution fédérale brésilienne (prohibition de travail nocturne, dangereux ou insalubre aux mineurs de dix-huit ans et de quelque travail aux mineurs de seize ans, sauf à partir de quatorze ans en cas de contrat d'apprentissage).

L'habilitation juridique fait référence à la régularité formelle ou juridique du candidat, surtout par rapport à la personnalité juridique. Dans ce cas, les candidats doivent présenter des documents tels que leur carte d'identité (pour la personne physique), le contrat social (pour les entreprises), l'inscription au registre de commerce, entre autres documents⁴⁴⁷.

remporte le marché soit celui qui offre le prix le plus bas ». (PISCITELLI, Roberto Bocaccio, TIMBÓ, Maria Zulene Farias, ROSA, Maria Berenice, *Contabilidade Pública – Uma abordagem da administração financeiro pública*. 9^a ed. Atlas: São Paulo, 2006, 432 p., sp. p. 224).

⁴⁴⁷ Selon le Précédent n° 642/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Augusto Sherman : « *Pour les finalités d'habilitation juridique dans les marchés publics, la compatibilité parmi l'objet du marché et les activités prévues par le contrat social de l'entreprise participant aux marchés est nécessaire* ». D'après la décision du Conseil d'Etat français « *Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, lorsqu'une personne morale de droit privé se porte candidate à l'attribution d'un contrat de commande publique, de vérifier que l'exécution de ce contrat entre dans le champ de son objet social. Il en va toujours différemment dans le cas où un texte législatif ou réglementaire a précisément défini son objet social et ses missions* ». (CE 4 mai 2016, ADILE de Vendée, n° 39659, à paraître).

L'habilitation technique permet de vérifier l'aptitude professionnelle et opérationnelle des candidats pour l'exécution de l'objet du contrat. Elle comprend l'ensemble des données révélant que le candidat possède la capacité de répondre aux dépenses relatives au contrat⁴⁴⁸.

La régularité budgétaire, à son tour, révèle si le candidat est en régularité avec ses obligations budgétaires auprès de la fédération, des Etats ou des municipalités, du point de vue des obligations sociales et par rapport aux salariées par exemple.

Il est certain que l'offre économiquement la plus avantageuse le sera en fonction des objectifs et des besoins précisés par l'administration et ainsi s'inscrire dans une logique de performance et d'efficacité de la gestion publique.

Les critères de sélection des partenaires de l'administration publique dans les deux systèmes juridiques ont évolué dans les dernières années avec une ouverture croissante à la concurrence. Cela permet aux administrations de mieux choisir leurs partenaires privés.

5. La performance et le développement durable dans le processus d'externalisation

La notion du développement durable repère ses origines dès le 18^e siècle avec les inquiétudes autour de la consommation des ressources de la Terre, exprimées par exemple dans les travaux de Malthus sur les rapports entre les dynamiques de croissance de la population et de la production.

⁴⁴⁸ D'après le Précédent n° 4788/2016 – Première Chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Bruno Dantas : « *La liste de prérequis pour l'habilitation technique des participantes aux marchés publics prévus par l'article 30 de la Loi n° 8.666/1993 est exhaustive, la définition infra légale de nouveaux prérequis n'est pas possible* ».

Les origines plus récentes du développement durable remontent aux travaux du Club de Rome qui se fait mondialement connaître en 1972 par son célèbre rapport Meadows : *The Limits to Growth* (Halte à la croissance !). Le rapport qui apparaît à l'apogée de la période des Trente Glorieuses dénonce le danger que représente une croissance économique et démographique exponentielle pour la planète en termes de pollution, de surexploitation et d'épuisement des ressources naturelles.

Le terme *sustainable development* traduit en français par « *développement durable* », « *développement soutenable* » ou « *développement viable* » et traduit en portugais par *desenvolvimento sustentável* n'apparaît qu'au début des années 80 dans le cadre de l'élaboration de la Stratégie Mondiale pour la Conservation.

Les années 80 sont en effet caractérisées par la multiplication des catastrophes écologiques, l'accumulation de pollutions qualifiées de « globales », telles que les pluies acides, la détérioration de la couche d'ozone, l'augmentation de la concentration de gaz carbonique dans l'atmosphère entre autres et l'augmentation des menaces d'extinction de plusieurs espèces animales et végétales. L'ensemble de ces phénomènes relayés par les médias touche le grand public. Ils mettent en jeu l'avenir des générations futures et menacent la survie de la planète et de l'espèce humaine.

C'est dans ce contexte que la Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement (CMED) a publié en 1987 le premier rapport sur le développement durable intitulé : *Our Common Future* (Notre avenir à tous). Plus connu sous le nom de « Rapport Brundtland », le développement durable y est défini comme « [...] *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ Cette notion de développement durable conjugue deux concepts : celui lié aux besoins essentiels (plus particulièrement les besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité) et celui lié à l'idée des limitations que l'état des techniques et d'organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir. Rapport Brundtland, p. 40. Disponible sur : < www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odyssee-developpement.../rapport_brundtland.pdf >.

En termes d'externalisation, la performance liée à un développement durable est un critère venu s'ajouter aux précédents critères depuis quelques années, *en droit français comme en droit brésilien*. Il constitue une exigence de qualité, qui doit être retrouvée également dans les clauses obligatoires du contrat⁴⁵⁰.

En France, le développement durable⁴⁵¹ constitue depuis le Code des marchés publics de 2006 un objectif intégré dans l'analyse et la définition préalables des marchés publics dans le processus d'externalisation. Il s'agit d'une évolution majeure qui s'inscrit dans un mouvement général, résultant de plusieurs années d'efforts et d'avancées progressives dans la démarche des achats publics.

Indépendamment de la catégorie et la procédure de passation, les marchés publics possèdent des points communs et soulèvent des questions relatives à leurs impacts sur l'environnement⁴⁵² et à leur incidence en termes de création d'emploi et d'insertion professionnelle. Ces questions constituent un enjeu réel pour l'administration publique française et impliquent une meilleure connaissance des différentes étapes de production et de distribution des fournitures et du processus de prestation de services.

Il est certain que l'achat durable consiste ainsi à intégrer les dimensions économiques, environnementales et sociales dans une démarche de limitation des impacts

⁴⁵⁰ Selon le Rapport Brundtland « *La conscience environnementale est née des dommages provoqués par la croissance économique rapide après la Deuxième Guerre mondiale. Les gouvernements, sous la pression des citoyens, se sont sentis obligés de réparer les dégâts et, pour ce faire, ils ont créé des ministères de l'Environnement et des organismes ad hoc. Beaucoup ont réussi – dans les limites du mandat qui leur était confié – à améliorer la qualité de l'air et de l'eau et d'autres ressources encore. Mais une bonne partie de leurs fonctions consiste nécessairement à prendre des mesures a posteriori : il s'agit en effet de reboiser, de reprendre des terres au désert, de reconstruire notre environnement urbain, de rétablir des habitats naturels, de rendre leur intégrité à des terres vierges* », p. 15.

⁴⁵¹ D'après le Rapport Brundtland : « *Un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* », p. 40.

⁴⁵² Milieu dans lequel un organisme fonctionne, incluant l'air, l'eau, la terre, les ressources naturelles, la flore, la faune, les êtres humains et leurs interrelations. [ISO 14001 (09 / 96)]

environnementaux⁴⁵³, à générer des répercussions sociales positives (telles que la création d'emplois) et à faire respecter des règles d'éthiques⁴⁵⁴.

Les enjeux environnementaux sont liés à l'utilisation de ressources non renouvelables telles que l'eau, l'énergie⁴⁵⁵ pour faire fonctionner les aspirateurs, les nettoyeurs de sols, ou les moyens de transport utilisés dans le cadre du marché ainsi que la gestion des déchets⁴⁵⁶.

L'utilisation d'un tel critère pour évaluer les offres soumises par les candidats est logiquement soumise à controverse et doit être mise en œuvre en vérifiant que les critères et leur évaluation respectent la non-discrimination ou l'égalité de traitement des candidats.

La jurisprudence européenne établit la façon de définir ces critères environnementaux⁴⁵⁷. Les quatre conditions de validité des critères d'attribution doivent leur être appliquées : Ceux liés à l'objet du marché, à l'absence de liberté de choix discrétionnaire, à la publicité et au respect des principes fondamentaux.

⁴⁵³ Toute modification de l'environnement, négative ou bénéfique, résultant entièrement ou partiellement des activités ou des produits d'un organisme. [ISO 14001 (09 / 96)]

⁴⁵⁴ L'art. 38 de l'Ordonnance du 23 juill. 2015 admet la possibilité de prendre en compte des considérations concernant à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, le domaine social ou à l'emploi si elles sont liées à l'objet du marché public et d'imposer notamment que les moyens utilisés pour l'exécution d'un marché public et les produits acquis soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne.

⁴⁵⁵ Décret n° 2016-412, du 7 avr. 2016, relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics.

⁴⁵⁶ FROT, Olivier, *Développement durable & marchés publics*. Paris : AFNOR, 2008, 233 p., sp. p. 139-140.

⁴⁵⁷ La CJCE indique que des facteurs qui ne sont pas purement économiques peuvent affecter la valeur d'une offre. Par conséquent, l'administration peut utiliser des critères relatifs à la préservation de l'environnement en respectant certaines conditions : « [...] *Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, [...] il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* ». (CJCE. 17 sept. 2002, Concordia-Bus Finland, aff. C-513/99, Rec. CJCE, 2002, I, p. 07213).

Certains marchés, comme ceux de services, présentent des spécificités telles que le traitement des déchets ou le nettoyage, la teneur en matériaux recyclés, la capacité de recyclage des matériaux, le mode de stockage et le lieu de stockage des déchets de chantier, le mode de propulsion des véhicules, les écolabels⁴⁵⁸ officiels et la consommation des équipements électriques.

Selon l'objet du marché, revenant dans le processus d'externalisation, l'importance du critère performance environnementale sera variable et sa réalisation plus ou moins difficile à mettre en œuvre. Ainsi, les marchés de nettoyage des locaux, souvent externalisés, révèlent des enjeux dans le domaine environnemental concernant l'activité elle-même et les produits liés à l'exercice de cette activité. Ils constituent des marchés délicats à préparer.

Leurs conditions d'exécution veilleront à former, sensibiliser et évaluer le personnel de nettoyage à la réduction de l'impact écologique de leur action, à limiter la consommation d'eau et d'énergie par des pratiques adaptées, au respect effectif par les agents publics des consignes de tri des déchets et la mise en place des contrôles.

Les enjeux environnementaux liés aux produits utilisés impliquent la recherche d'une limitation de l'utilisation de ressources non renouvelables, des pollutions aquatiques et

⁴⁵⁸ Un écolabel est un label écologique attribué par un organisme indépendant à un produit susceptible de réduire certains impacts négatifs sur l'environnement par comparaison avec d'autres produits de la même catégorie. Un écolabel est accordé par une organisation de certification qui garantit que le produit concerné a un impact réduit sur l'environnement. Les écolabels sont matérialisés par des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées telles que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement. Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel pour autant : 1° Que cet écolabel soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ; 2° Que les mentions figurant dans l'écolabel aient été établies sur la base d'une information scientifique ; 3° Que l'écolabel ait fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des organismes gouvernementaux, des consommateurs, des fabricants, des distributeurs et des organisations de protection de l'environnement ; 4° Que l'écolabel soit accessible à toutes les parties intéressées. L'administration peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié. (Disponible sur : « <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Eco-labels.htm> »).

aériennes, de l'utilisation de substances dangereuses pour l'environnement et à une gestion des déchets facilitée.

Les caractéristiques des produits employés telles que leur toxicité, leur biodégradabilité, la qualité des emballages ou leur devenir en fin de vie doivent être prises en compte.

Dans le cas des services de restauration, d'autres questions apparaissent, comme le commerce équitable, l'achat local, les recours aux produits issus de l'agriculture biologique, la réduction du volume des déchets et leur tri.

Quant aux critères sociaux, il s'agit de contribuer au développement de nouveaux modes de production et de consommation, de limiter les nombreux impacts négatifs du processus d'achat public au niveau environnemental, social et éthique, en accompagnant une politique de lutte contre les exclusions. L'équilibre est parfois difficile à identifier et peut rendre le critère social illégal s'il n'est pas justifié par l'objet ou les conditions d'exécution du marché, puisque le lien avec le bénéfice économique constitue un frein à une utilisation efficace des marchés⁴⁵⁹.

Il est fondamental que ces critères soient définis objectivement et soient expressément mentionnés par l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Ils doivent toujours être en rapport avec l'objet du marché et être suffisamment bien définis pour ne pas offrir une liberté de choix illimitée à l'administration.

En droit brésilien, la Loi n° 12.349 du 15 déc. 2010 (précisée par le Décret n° 7.546 du 2 août 2011) a ajouté le principe du développement durable aux objectifs de la procédure des marchés publics.

Cette Loi a créé la possibilité d'établissement d'une préférence pour les produits manufacturés et pour les services nationaux lorsqu'ils soient en conformité avec les

⁴⁵⁹ La question de la limite a été soulevée dans une décision fondatrice de la CJCE 17 sept. 2002, Concordia-Bus Finland, aff. C-513/99, Rec. CJCE, 2002, I, p. 07213. Dans cet arrêt, la Cour met fin à l'exigence de lien avec le bénéfice économique.

normes techniques brésiliennes. L'administration centralise ainsi son pouvoir d'achat de façon à encourager la société à adopter un modèle durable de développement⁴⁶⁰.

La tendance à la promotion du développement durable *au Brésil* constitue le reflet du contexte international de promotion d'un développement économique prenant en compte la préservation de l'environnement tel qu'il en ressort des conférences internationales et des documents qui ont issus comme le Rapport Brundtland⁴⁶¹ et l'Agenda 21. Ce contexte a été décisif pour l'insertion du principe du développement durable dans la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique brésilienne.

Cette Loi présente en effet un indiscutable caractère de mesure macroéconomique qui envisage en même temps de protéger et de stimuler le développement national, à travers le renforcement des réseaux de production de biens et services et l'encouragement à l'innovation et à la recherche dans la production de biens et de technologie nationale.

D'autres instruments normatifs peuvent également être considérés comme des précurseurs légaux du développement durable *au Brésil* tel que la Loi sur la politique nationale de l'environnement⁴⁶² et l'art. 225 de la Constitution fédérale⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Selon le Précédent n° 1375/2015, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Bruno Dantas : « *Les nouveaux contrats de l'administration publique sont tenus de respecter les nouveaux paramètres de développement durable, encore qu'ils puissent avoir des conséquences dans l'économie du contrat. La définition des exigences de caractère environnemental doit être prévue dans les clauses du contrat et non comme un critère de sélection du partenaire privé lors d'une procédure des marchés publics* ».

⁴⁶¹ Disponible sur : < www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odyssee-developpement.../rapport_brundtland.pdf >.

⁴⁶² Loi n° 6.938 du 31 août 1981.

⁴⁶³ Selon l'art. 225 de la Constitution brésilienne : « [...] tous ont droit à un environnement écologiquement équilibré, en tant que bien commun à l'usage du peuple, essentiel à une qualité de vie saine ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe aux pouvoirs publics et à la collectivité. Pour assurer le caractère effectif du droit à l'environnement, il appartient aux pouvoirs publics: de préserver et restaurer les processus écologiques essentiels et de pourvoir à la gestion écologique des espèces et des écosystèmes ; de préserver la diversité et l'intégrité du patrimoine génétique du pays et de surveiller les entités qui se consacrent à la recherche et à la manipulation du matériel génétique ; de définir dans toutes les unités de la Fédération des espaces territoriaux, leur suppression ne pouvant être autorisée que par la loi; toute utilisation menaçant les caractéristiques pour lesquelles ces espaces ont été déclarés zone protégée est interdite ; d'exiger, dans les conditions prévues par la loi, pour toute installation de chantier ou d'activité pouvant entraîner une dégradation significative de l'environnement, une étude préalable d'impact sur l'environnement qui devra

La réglementation des marchés publics dans les deux systèmes juridiques a progressivement intégré des objectifs répondant à des politiques sociales et à des politiques environnementales.

faire l'objet de publicité ; de contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques, de méthodes ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de la vie et de l'environnement ; de promouvoir l'éducation environnementale à tous les niveaux d'enseignement et la prise de conscience du public en ce qui concerne la préservation de l'environnement ; de protéger la faune et la flore ; dans les conditions prévues par la loi, sont interdites les pratiques qui exposent leurs fonctions écologiques à des risques, provoquent l'extinction des espèces ou soumettent les animaux à des actes de cruauté ». Il mentionne également que « Celui qui exploite des ressources minérales est tenu de remettre en état l'environnement dégradé en utilisant la technique exigée par l'organe public compétent, dans les conditions prévues par la loi. Les conduites et activités considérées comme portant atteinte à l'environnement, exposent leurs auteurs, personnes physiques ou morales, à des sanctions pénales et administratives, sans préjudice de l'obligation de réparer les dommages causés. La forêt Amazonienne brésilienne, la forêt Atlantique, la Serra do Mar, le Pantanal du Mato Grosso et la zone côtière, constituent un patrimoine national ; leur utilisation se fait dans les conditions prévues par la loi et dans des conditions garantissant la préservation de l'environnement y compris en ce qui concerne l'usage des ressources naturelles. Les terres publiques inoccupées ou récupérées par l'Etat à la suite d'actions discriminatoires sont indisponibles dès lors qu'elles sont nécessaires à la protection des écosystèmes naturels. La localisation des usines qui utilisent des réacteurs nucléaires est arrêtée par une loi fédérale, faute de quoi elles ne peuvent être autorisées ».

6. La performance et les différentes procédures de passation des marchés publics

En ce qui concerne les différentes procédures de passation des marchés publics, *les administrations française et brésilienne* prévoient l'obligation de réalisation d'une évaluation destinée à comparer les différents modes envisageables permettant répondre aux besoins. Cette évaluation, réalisée avant le déclenchement de la procédure de passation, implique l'analyse complète des éléments permettant d'éclairer le choix du mode de sa réalisation, en tant que concrétisation juridique de la performance.

En droit français, les différentes procédures de passation sont déterminées en fonction du montant et de la nature du marché (travaux, fournitures ou services) et en fonction de l'acheteur public (Etat, collectivités ou établissements publics). Elles sont évoquées à l'art. 42 de l'Ordonnance 2015-899, du 23 juill. 2015, selon laquelle le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire.

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, selon l'une des procédures formalisées suivantes : La procédure d'appel d'offres, ouverte ou restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et la procédure de dialogue compétitif.

En ce qui concerne la procédure d'appel d'offres, ouverte ou restreinte, l'acheteur public choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Dans le cas de la procédure concurrentielle avec négociation de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, l'acheteur public négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, l'acheteur échange avec les candidats admis à participer à cette dernière en vue de définir ou de développer les

solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquels ces candidats sont invités à émettre une offre. La procédure est adaptée lorsque les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes mentionnés à l'art. 1^{er}, et que la valeur estimée « hors taxe » du besoin est inférieure aux seuils mentionnés au 1^o du présent article ou en fonction de l'objet de ce marché.

En droit brésilien, la passation et les modalités de procédure des marchés publics sont encadrées par la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993⁴⁶⁴ et par d'autres dispositifs législatifs nationaux.

Une fois défini l'objet du marché public, l'administration publique doit estimer la valeur totale du marché. Après cette estimation, l'administration est libre de choisir la procédure de passation la plus adéquate⁴⁶⁵.

La Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique fixe six procédures de passation de marchés publics : La concurrence, la *tomada de preços*, l'invitation, le concours, les enchères et le *pregão*⁴⁶⁶. Il importe de préciser que la création de nouvelles modalités ou le mélange de plus d'une modalité est interdite par la législation brésilienne.

La concurrence est la modalité de marché public utilisée par l'administration publique en cas de contrats de grande valeur (pour cela il s'agit d'une procédure plus rigoureuse dans sa forme et sa publicité), englobant les œuvres et les services d'ingénierie, d'achats et de services d'ingénierie, d'achats et de ventes de biens immobiliers, de concessions, de marchés internationaux, de vente de biens mobiliers et d'enregistrement de prix. La Loi n° 11.284 du 2 mars 2006 exige également l'instauration d'une procédure de passation pour les concessions forestières.

⁴⁶⁴ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴⁶⁵ Préalablement à la passation des marchés publics, l'administration doit effectuer la recherche des ressources budgétaires permettant le paiement de la dépense afin de répondre aux règles de la Loi de Responsabilité Budgétaire brésilienne (Loi complémentaire n° 101 du 04 mai 2000).

⁴⁶⁶ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

Les seuils pour cette procédure de passation sont fixés par la Loi des marchés publics et des contrats de l'administration publique : Au-delà de un million et demi de *reais* brésiliens (environs trois cent cinquante mille euros) pour les œuvres et services d'ingénierie ; au-delà de six cents cinquante mille *reais* brésiliens pour achats et services d'ingénierie ; quel que soit la valeur pour les achats et ventes de biens immobiliers ; quel que soit la valeur pour les concessions ; quel que soit la valeur pour les marchés internationaux ; au-delà de six cent cinquante mille *reais* brésiliens pour la vente de biens mobiliers et quelle que soit la valeur en cas d'enregistrement de prix⁴⁶⁷.

La concurrence peut être nationale ou internationale : La première est réalisée pour les entreprises nationales et la deuxième pour les entreprises étrangères, celle-ci est notamment utilisée dans les cas de formation de contrats de grande valeur ou dans le cas où le marché intérieur ne correspond pas aux besoins de l'administration. L'administration est tenue d'appliquer le principe d'égalité en ce qui concerne l'incidence des impôts sur les opérations finales et en relation aux garanties de paiement offertes par l'administration.

La *tomada de preços* est une procédure de passation, dans laquelle les candidats intéressés préalablement inscrits auprès de l'administration ou qui possèdent toutes les conditions exigées pour l'inscription préalable jusqu'au troisième jour précédent la réception des offres, peuvent justifier d'un profil correspondant à celui souhaité par l'administration lors de l'avis d'appel public à la concurrence. Il s'agit d'une procédure de passation de marché public moins formelle, destinée à la formation de contrats moins onéreux que ceux concernant la modalité concurrence.

Par rapport à l'inscription des candidats aux marchés publics, l'administration est tenue de procéder à la conservation de données enregistrées, en les actualisant au moins une fois par année. L'enregistrement doit rester ouvert en permanence aux nouveaux intéressés.

⁴⁶⁷ Cette Loi mentionne que si le cocontractant de l'administration est un consortium public, les valeurs sont modifiées au double s'il s'agit d'un consortium formé par trois entités fédératives ; au triple si le consortium est formé pour plus de trois entités fédératives.

L'enregistrement préalable des données présente un avantage pour l'administration puisque les candidats déjà enregistrés sont tenus de posséder les conditions requises pour la participation au marché. Il s'agit d'une habilitation préalable.

Les seuils pour cette procédure de passation sont d'un million et demi de *reais* brésiliens pour les œuvres et services d'ingénierie et de six cents cinquante mille *reais* brésiliens pour des achats et services non prévus par la modalité concurrence.

L'invitation est une procédure de passation dans laquelle l'administration publique invite préalablement au moins trois candidats pour la présentation de propositions (il est impératif qu'elles soient valables). Il s'agit d'une procédure plus simple et plus rapide que celles de la concurrence et de la *tomada de preços*.

Les candidats non-inscrits sur une liste peuvent s'inscrire dans les vingt-quatre heures qui précèdent la présentation des propositions. Cette procédure de passation ne nécessite pas la publication d'un avis d'appel public à la concurrence.

Parce qu'elle fait plus fréquemment l'objet d'actes d'improbité de la part des administrateurs publics, certains organes publics exercent un contrôle plus poussé sur cette procédure de passation. Parfois ils la préfèrent à d'autres comme la *tomada de preços* dans laquelle la publicité est plus élargie.

Si le nombre de candidats intéressés par le marché est inférieur à trois, l'administration peut annuler l'invitation. Elle peut également considérer valable la passation du marché alors qu'il n'y aurait que deux candidats ou la passation directe du contrat alors qu'il n'y aurait qu'une proposition. En raison de cette liberté, la Loi impose à l'administration de justifier de façon précise les conditions du marché public. A défaut, le marché public doit être annulé et la procédure de passation recommencée.

Les seuils de passation pour cette procédure s'élèvent à cent cinquante mil *reais* brésiliens pour les œuvres et services d'ingénierie et à quatre-vingt mille *reais* pour d'autres œuvres et services.

Le concours est la modalité de marché public destinée aux travaux techniques, scientifiques ou artistiques en raison du caractère intellectuel des prestations en cause qui exigent certaines compétences personnelles. L'objectif est de sélectionner un projet et concéder un prix⁴⁶⁸. Il s'agit également de choisir la procédure à être adoptée dans le cas de formation de contrat de prestation de services techniques ou professionnels spécialisés.

Le candidat qui remporte le concours est obligé de céder à l'administration les droits extrapatrimoniaux relatifs à son travail et de permettre à l'administration l'usage de celui-ci, conformément aux règles préalablement fixées par le contrat. Il s'agit d'une modalité qui laisse une part extrêmement importante à l'appréciation subjective de la commission responsable du déroulement du concours.

Les enchères constituent une modalité de marché public destinée à la vente de biens non utiles par l'administration publique, de marchandises légalement récupérées, de biens donnés en garantie réelle et de biens immobiliers acquis par l'administration au travers de donations en paiement ou *via* une procédure judiciaire. L'enchère sera remportée par le candidat qui propose l'offre la plus élevée, celle-ci devant être égale ou supérieure au prix évalué.

Les enchères peuvent être réalisées par un commissaire-priseur ou un agent public désigné par l'administration. A la fin de la procédure l'acheteur doit s'acquitter du prix et de la commission fixée en pourcentage, qui ne doit pas être inférieure à cinq pour cents de la valeur du bien, fixée lors de l'évaluation. La valeur des biens vendus avec cette procédure ne doit pas dépasser la somme de six cents cinquante mille *reais* brésiliens.

Le *pregão* (les enchères inversées) constitue une modalité de marché public plus récente. Elle a été créée pour accélérer la procédure de passation en bénéfice de

⁴⁶⁸ Selon la Cour des comptes (TCU), il n'est pas légal la contractualisation directe, à travers l'inexigibilité de marché, pour l'organisation et pour la promotion de concours public destiné à choisir un projet architectural, en raison de la non-singularité de l'objet et de la non-viabilité de compétition, face à la pluralité de professionnels pouvant réaliser le projet de façon satisfaisante. (Précédent n° 4440/2014 – Première Chambre, rel. José Lucio Monteiro).

l'administration publique. Elle constitue une innovation des plus notables du droit administratif brésilien prévue par la Loi des enchères inversées⁴⁶⁹.

Cette procédure consiste en une inversion des phases de la procédure des marchés publics, lorsque l'adjudication des offres intervient avant l'habilitation des candidats. Cela permet une considérable économie de temps et d'argent public⁴⁷⁰. Elle est destinée à l'acquisition de biens et à la contractualisation de services courants dits « communs », indépendamment de la valeur estimée⁴⁷¹.

Selon la Loi, des enchères inversées concernent des biens et services courants dont les normes de performance et de qualité peuvent être objectivement définies par l'avis d'appel public à la concurrence, au travers des spécifications habituelles du marché⁴⁷².

Les services courants sont très divers. Il s'agit des services administratifs secondaires, hospitaliers, de conservation et nettoyage, de sécurité, de transport, d'événements, de signature de périodiques, graphiques, d'informatique, d'hôtellerie, d'activités secondaires (conduite de véhicules à moteur, service de cuisine, jardinage, secrétariat, téléphonie et messagerie). Cette modalité ne peut pas être utilisée pour la passation des contrats de locations immobilières, les ventes de biens, l'acquisition d'ouvrages publics et les services d'ingénierie.

Le *pregão* peut être réalisé en présentiel ou par voie électronique. Le premier est caractérisé par la présence des agents publics et des candidats intéressés aux marchés. Le deuxième implique l'usage de technologie de l'information.

⁴⁶⁹ Loi n° 10.520 du 17 juill. 2002.

⁴⁷⁰ La modalité *pregão* est également utilisée pour la modalité concurrence qui anticipe les concessions de services publics, pour la formation de contrats de services de publicité (Loi n° 12.232, du 29 avr. 2010) et pour les marchés publics du « Regime Diferenciado de Contratação – RDC » (Loi n° 12.461, du 26 juill. 2011).

⁴⁷¹ Le Décret fédéral n° 3.555 du 8 août 2000 listait un certain nombre de biens et de services courants dits « communs ». Les biens communs sont classifiés comme des biens de consommation (d'acquisition fréquente) ou des biens permanents (immobiliers et véhicules). Toutefois ce Décret a été révoqué par les Décrets n° 3.693 du 20 déc. 2000 et n° 7.174 du 12 mai 2010.

⁴⁷² Loi n° 10.520 du 17 juill. 2002.

Lorsque la négociation se fait électroniquement⁴⁷³, le dossier complet de l'offre est publié sur le site internet *Comprasnet*⁴⁷⁴ (le portail des marchés publics du gouvernement fédéral), ainsi que dans un journal officiel.

Cette modalité comporte deux phases : Une interne et l'autre externe. La première est constituée par un ensemble d'actes et d'activités à caractère préparatoire à la charge de l'administration telles que l'analyse des critères d'acceptabilité des offres, l'anticipation des clauses du contrat ce qui implique la précision des délais de fourniture, des sanctions en cas de non-respect des obligations par le cocontractant ainsi que l'évaluation des biens ou des services objets du *pregão*. La phase externe est constituée par les actes et les activités destinés à finaliser la procédure.

La convocation des candidats est opérée via la publication d'un document informatif dans la presse officielle de l'entité fédérative de l'administration concernée. Cette publication peut être réalisée dans un journal de grande diffusion à l'échelon locale. Le document d'information doit contenir les données principales du marché public, les éléments devant être fournis aux candidats.

L'administration à fin d'observer le principe de publicité, est tenue de mettre à disposition des candidats des exemplaires des avis. La Cour des comptes doit également les publier sur la page d'accueil de son site internet⁴⁷⁵. Le délai pour la présentation des

⁴⁷³ Selon l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) dans son rapport *L'intégrité dans les marchés publics – Les bonnes pratiques de A à Z* : « D'après le ministère fédéral de la Planification, du Budget et de la Gestion, en 2004, les achats de biens de consommation et de services effectués par enchères inversées ont représenté 8 milliards de "reais" brésiliens, soit 50 % des dépenses totales, qui se sont élevées à 15 milliards de "reais" brésiliens. Les enchères électroniques inversées réduisent le coût de la participation à une offre, les soumissionnaires n'ayant pas à être physiquement présents puisqu'il leur suffit de se connecter à Internet. Cela se traduit notamment par une augmentation du nombre de fournisseurs participant aux offres. Ainsi, ce nombre est passé de 150 000 à 214 000 en quatre ans, soit une hausse de 42 %. Au cours de la seule année dernière, 20 000 entreprises sont devenues fournisseurs du gouvernement fédéral, qui est le premier acheteur du pays. Les enchères électroniques inversées ont également contribué à rendre les négociations plus transparentes. Les contacts entre les fournisseurs et le gouvernement ou l'administration ont été évités et les citoyens ont pu suivre la procédure en ligne ». (OCDE (2008), *L'intégrité dans les marchés publics, Les bonnes pratiques de A à Z* [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 190 p., sp. p. 80. Disponible sur : < <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/4207132e.pdf> >).

⁴⁷⁴ Disponible sur : < <http://www.comprasnet.com.br> >.

⁴⁷⁵ Loi n° 9.755 du 16 déc. 1998.

offres est de huit jours minimum. Ce délai court à partir de la date de publication de l'avis de l'appel d'offres.

Le *pregão* réalisé par voie électronique comporte des avantages, en permettant à l'administration publique de réduire le temps et les dépenses liés à la procédure des marchés publics, de faciliter la comparaison des prix pratiqués par le marché, de standardiser le processus et les documents, d'atteindre un plus grand nombre de fournisseurs (ainsi de promouvoir la concurrence) et d'avoir une plus grande transparence dans le processus.

En droit brésilien comme en droit français la procédure de marché public adoptée par l'administration publique est liée à la complexité de l'objet ainsi qu'à sa valeur.

7. Le recours au contrat administratif : Une démarche performante pour l'externalisation

Au cours des dernières années, la contractualisation⁴⁷⁶ est apparue comme l'un des instruments favorisant l'administration⁴⁷⁷, elle permet de donner un cadre formel aux relations développées avec ses partenaires publics et privés. Toutefois, cet instrument

⁴⁷⁶ Comme l'a relevé Marc Gjidara : « *Le contrat est donc devenu le maître mot de l'administration publique et l'on parle indifféremment de l'action publique contractuelle ou de la contractualisation de l'action publique. Pour les différents auteurs, ces expressions tout en étant approximatives, servent à désigner les relations entre acteurs publics et privés ou seulement entre acteurs publics. Dans le premier cas, l'utilisation du contrat est ancienne mais évolutive, dans l'autre, elle est plus novatrice mais aussi plus problématique. En effet, la contractualisation a atteint un degré de généralité et de complexité sans précédent, en s'étendant à l'administration territoriale* ». (GJIDARA, Marc, *Les procédés contractuels entre partenaires publics : les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales*, [en ligne]. 2011, 32 p., sp. p. 3. Disponible sur : < hrcak.srce.hr/file/105437 >).

⁴⁷⁷ René Chapus rappelle à cet égard que dès la fin du XIX^e siècle, l'on percevait « *le lien entre la décentralisation et la multiplication des accords conclus entre administrations pour assurer la marche des services publics* », citant l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 janv. 1899, Administration des Pompes funèbres, publié au Recueil Sirey 1899, 3.113, avec une note de M. Hauriou. (CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Coll. « Précis Domat Droit Public », Tome 1, 15^e éd, Paris : Montchrestien 2001, 1440 p., sp. p. 435).

présente des aspects variables suivant les contextes dans lesquels il s'applique et selon les objectifs qui lui sont assignés⁴⁷⁸.

Le recours à la contractualisation ouvre une série d'opportunités pour améliorer la performance de l'administration, mais il existe également des obstacles, des précautions d'ajustements politiques qui se dissimulent derrière ce recours.

Un recours massif à la contractualisation sollicite des compétences techniques qui ne sont pas constamment présentes dans la sphère de l'administration et peut, par conséquence, représenter un coût à la fois pour l'élaboration de la relation contractuelle, mais aussi pour sa mise en œuvre et sa gestion.

Plus précisément en ce qui concerne le contrat administratif, il joue un rôle essentiel dans la performance du processus d'externalisation au sens restreint, permettant à l'administration d'obtenir un accord de volontés avec ses partenaires. C'est à travers le contrat administratif que le partenaire privé de l'administration acquiert connaissance des éléments de l'exécution d'un service public ou d'une activité publique⁴⁷⁹.

Il s'agit d'un instrument très appréciable pour l'administration qui s'ajuste aux questions actuelles en matière d'externalisation : Il est réputé permettre l'acquisition de fournitures aux meilleures conditions pour les prestations souhaitées.

⁴⁷⁸ D'après Maurice Hauriou : « *Le contrat est la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la dénomination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* ». (HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*. 2^e éd. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1916, 812 p., sp. p. 206).

⁴⁷⁹ La hausse de la contractualisation permet, par le développement de l'*intuitu personae*, de renforcer la marge de manœuvre du politique, à partir de l'intrusion de celui-ci dans le cadre par exemple des nouvelles modalités de l'achat public, de la délégation de service public et de l'utilisation du contrat dans le cadre du recrutement d'agents publics. Cela entraîne des risques de recul de la neutralité ou de l'impartialité. (QUINTANE, Guy, L'action publique et les ambiances contractuelles, in « *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)* ». Université d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen. Textes réunis par Christian PIGACHE. Publications de l'Université de Rouen et du Havre, 2004, 214 p., sp. p. 42).

En tant qu'instrument en constante transformation⁴⁸⁰, le contrat administratif s'ajuste progressivement aux évolutions économiques et sociales et joue un rôle important comme révélateur de performance.

Comme l'explique Guy Quintane :

« [...] le développement du contrat est justifié par des impératifs liés à la recherche de la performance, une performance dont il favoriserait la promotion. C'est ainsi que le contrat serait mieux adapté que l'acte unilatéral aux exigences d'une action publique se déployant dans un univers toujours plus complexe. Il serait aussi un bon révélateur de la performance. Il favoriserait enfin la responsabilisation des agents publics renforçant dès lors l'efficacité des actions de celle-ci »⁴⁸¹.

Certes, le recours au contrat administratif ne recouvre seulement l'externalisation des activités mais il s'agit avant tout d'un puissant outil d'amélioration de la performance des organisations publiques ou privées⁴⁸² qui visent à favoriser le respect des intérêts communs.

En droit français, les contrats administratifs bénéficient d'un champ d'application très large. Ce champ est fixé tantôt par détermination légale, tantôt par la jurisprudence

⁴⁸⁰ En réalité, le contrat « évoque un nouveau type de rapports fondés sur le dialogue et la recherche du consensus plutôt que sur l'autorité ». (CHEVALLIER, Jacques, La gouvernance et le droit, in « Mélanges Paul AMSELEK ». Bruxelles : Bruylant, 2005, 857 p., sp. p. 199).

⁴⁸¹ QUINTANE, Guy, L'action publique et les ambiances contractuelles, in « Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation) ». Université d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen. Textes réunis par Christian PIGACHE. Publications de l'Université de Rouen et du Havre, 2004, 214 p., sp. p. 40.

⁴⁸² Selon Jacques Chevallier, des raisons pratiques telles que la crise des finances publiques et le souci d'efficacité, mais également des raisons idéologiques telles que le déficit de légitimité de l'Etat et l'affirmation du principe de subsidiarité conduisent à associer systématiquement les acteurs sociaux à la mise en œuvre des actions publiques et à la mise en œuvre des services d'intérêt collectif. Cette association est opérée de manière privilégiée, sinon exclusive, par la voie contractuelle. (CHEVALLIER, Jacques, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, in « Dossier : Loi et contrat » [en ligne], mars 2005. Disponible sur : < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/loi-et-contrat-dans-l-action-publique.51957.html> >).

administrative⁴⁸³. Celle-ci a en fait, une importance historique majeure vis-à-vis de la notion de contrat administratif.

Parmi les contrats administratifs par détermination de la loi se trouvent les contrats comportant l'occupation du domaine public passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics et les concessionnaires privés de travaux ou de services publics qui utilisent le domaine public⁴⁸⁴, l'ensemble des contrats relatifs aux travaux publics (à condition qu'une personne publique soit partie au contrat)⁴⁸⁵, les marchés publics relevant de l'ordonnance relative aux marchés publics passés par des personnes morales de droit public, les contrats de concession de travaux publics, les contrats de partenariat, la vente d'immeubles appartenant au domaine privé de l'Etat, les contrats relatifs à l'exécution même du service public et les contrats de travail pour le compte d'un service public administratif.

Le contrat administratif obéit à des critères organiques et matériels. Le premier est un critère permanent. Quand une personne publique est contractante le contrat est considéré comme administratif dès lors qu'il satisfait également au critère matériel.

Désormais, la jurisprudence a établi des critères permettant de déterminer si le contrat passé entre une personne publique et une personne privée peut être qualifié ou non qualifié d'administratif. Deux critères alternatifs doivent être remplis : celui de la clause exorbitante⁴⁸⁶ et celui de l'objet de l'exécution du service public⁴⁸⁷. A cela peut

⁴⁸³ Il importe de mentionner que les contrats de l'administration ne sont pas tous des contrats administratifs. L'administration recourt à de nombreux contrats qui peuvent relever du droit public (de la compétence du juge administratif) ou du droit privé (de la compétence du juge judiciaire).

⁴⁸⁴ Décret-loi du 17 juin 1938.

⁴⁸⁵ Art. 4 de la Loi du 28 pluviôse an VIII.

⁴⁸⁶ Ce critère a été mis en place par l'arrêt du CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, n° 30701, Rec. Lebon, p. 909, concl. Blum. Il repose sur plusieurs types de clauses : Clauses qui ne peuvent se retrouver en droit privé : les clauses exorbitantes peuvent créer un déséquilibre entre les parties, ce qui ne peut être légalement le cas en droit privé ; clauses inhabituelles et clauses illicites en droit privé. Il s'agit d'un critère qui est appliqué dans la majorité des contrats. Cependant, les contrats entre les Etablissements Publics Industriels et Commerciaux et leurs usagers sont de droit privé.

⁴⁸⁷ Ce critère a été mis en place par l'arrêt du CE 20 avr. 1956, Epoux Bertin, n° 98637, Rec. Lebon, pp. 167-168, selon lequel lorsque le contrat passé permet l'exécution d'un service public par le cocontractant, celui-ci peut être administratif. Il peut notamment s'agir d'une délégation puisque la personne privée aura en charge l'exécution d'un service public, participant, en effet, au service public. L'arrêt TC 24 juin 1968,

s'ajouter le régime exorbitant du droit commun, qui détermine si le contrat est bien administratif car il ne suit pas le régime de droit privé.

Les premiers contrats considérés administratifs étaient ainsi qualifiés en raison de leur but de service public. C'était le cas des arrêts rendus au début du 20^e siècle : arrêt Terrier de 1903⁴⁸⁸ et arrêt Thérond de 1910⁴⁸⁹ du Conseil d'Etat.

Ainsi, un contrat administratif peut être défini comme un contrat conclu par une personne publique et qui contient des clauses exorbitantes du droit commun ou fait participer le cocontractant à l'exécution du service public⁴⁹⁰. Le régime juridique du contrat administratif est principalement d'origine jurisprudentielle⁴⁹¹.

La personne publique détient des pouvoirs spécifiques (prérogatives) à l'égard du cocontractant qui se justifient par la poursuite d'un intérêt général : Direction,

Société distilleries bretonnes contre FORMA, n° 01917, p. 801, affirme que les entreprises peuvent également constituer l'instrument du service public dans la mesure où elles obtiennent des aides en échange d'un engagement. Ce critère est très présent dans la jurisprudence ultérieure puisqu'il peut s'appliquer à une majorité de contrats.

⁴⁸⁸ CE 6 fév. 1903, Terrier, n° 07496, Rec. Lebon, p. 94, concl. Romieu.

⁴⁸⁹ CE 4 mars 1910, Thérond, n° 29373, Rec. Lebon, p. 193, concl. Pichat.

⁴⁹⁰ En tant que moyen d'action de ce service public Gaston Jèze définit le contrat administratif comme un « [...] *procédé de technique juridique mis à la disposition des agents publics pour assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics* [...]. *La justification de ce procédé technique spécial est dans la notion de service public* ». (JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif 1. Tome 3 « Le fonctionnement des services publics* », Coll. « Bibliothèque Dalloz ». Réimpression de l'édition de 1926. Paris : Dalloz, 2004, 560 p., sp. p. 112). Le contrat administratif est défini par André de Laubadère « [...] *comme un accord de deux volontés en vue d'établir des statuts juridiques personnels* ». (LAUBADERE, André de, MODERNE, Franck, DELVOLVE, Pierre, *Traité des contrats publics*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence. 2^e éd., 1983, p., sp. p. 29).

⁴⁹¹ La Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 régit les marchés publics et les contrats de l'administration publique directe et indirecte et définit le contrat administratif comme « [...] *tout pacte passé entre l'administration publique ou une de ces entités et une personne physique ou morale privée, pour le moyen duquel s'établit un accord de volontés, pour la formation d'un lien et l'établissement d'obligations réciproques* ». Au-delà de la définition fixée par ladite Loi, plusieurs auteurs brésiliens cherchent à donner une définition au contrat administratif. Pour Hely Lopes Meirelles, le contrat est : « [...] *un pacte de volontés impliquant deux ou plusieurs personnes, en ayant pour finalité la réalisation d'intérêts communs. Dans la sphère de l'administration publique, ce pacte implique d'une part, le Pouvoir Public et d'autre part, une entité publique ou un partenaire privé* ». (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 25^a ed. São Paulo : Malheiros, 2000, 733 p., sp. pp. 199-200).

surveillance et contrôle, la continuité dans l'exécution, malgré les aléas, la modification et résiliation unilatérale, la sanction pour exécution défaillante⁴⁹².

En ce qui concerne le pouvoir de contrôle et de sanction, *en France et au Brésil*, les administrations disposent d'un pouvoir de contrôle important sur son cocontractant⁴⁹³, corrélé à un pouvoir de sanction en cas d'inexécution du contrat ou de mauvaise exécution⁴⁹⁴.

La plupart des contrôles portent sur la régularité des actes administratifs. Cependant, l'exécution des contrats des collectivités et leur gestion peuvent également être contrôlées. La chambre régionale des comptes s'occupe d'exercer ce contrôle. Ils sont mis en place par la nécessité d'assurer la satisfaction d'un intérêt général qui dépasse celui poursuivi par le contrat et la bonne exécution des deniers publics⁴⁹⁵.

Différentes sanctions peuvent être imposées au cocontractant sous couvert du respect d'une mise en demeure préalable et des droits de la défense. Les sanctions sont pécuniaires (pénalités de retard) ou coercitives (mise en régie des travaux publics par exemple afin d'obtenir l'exécution du contrat aux frais du cocontractant). Les administrations peuvent également résilier le contrat administratif.

⁴⁹² Rapport du Conseil d'Etat, *Le Contrat, le mode d'action publique et de production de normes*. La Documentation française, 25 juin 2008.

⁴⁹³ Selon la décision du CE 27 mai 1957, *Sieur Artaud*, Rec. p. 350 : « *Certes, le contrôle de l'administration ne constitue pas nécessairement une clause exorbitante du droit commun, et le professeur de Laubadère [...] indique que le contrôle de l'administration ne détermine le caractère administratif du contrat que s'il est d'une certaine intensité et si son but fait clairement apparaître qu'il a pour objet la sauvegarde d'intérêt précis du public. Ce sont là en effet les critères qui peuvent être dégagés de votre jurisprudence et nous croyons que l'intervention de l'administration dans l'exécution des contrats litigieux, dépassait, à ce double point de vue, les garanties qu'on trouverait normalement dans un contrat de droit privé commun* ».

⁴⁹⁴ La jurisprudence a admis que l'administration dispose par nature des moyens de coercition et de sanction sur son cocontractant, que le droit privé n'offre pas d'ordinaire. (CE 31 mai 1907, *Deplanque*, R.D.P., 1907, p. 684 ; Rec. Lebon, p. 513, concl. Romieu).

⁴⁹⁵ DREYFUS, Jean-David, L'exécution des contrats « Les pouvoirs de contrôle de l'administration en France », in « *Le contrôle des marchés publics* », sous la dir. de G. MARCOU. Paris : IRJS, 2009, 439 p, sp. p. 242.

Au Brésil, les amendes moratoires sont établies par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique, plus précisément par l'art. 86⁴⁹⁶. Elles s'appliquent en cas de non-respect des délais fixés par l'avis d'appel d'offres à la concurrence ou par le contrat. Ce sont des amendes à caractère punitif.

Elles peuvent être mises en œuvre dans les hypothèses de non accomplissement total de la prestation qui débouche sur une résiliation ou de non accomplissement partiel pouvant amener l'administration à choisir entre le maintien ou la résiliation du contrat. L'administration doit prévoir la possibilité de cette amende dans le contrat.

Les amendes compensatoires sont prévues par l'art. 87, II de la même Loi. Leur application est liée au non-respect de l'obligation contractuelle. Elles doivent être prévues tant par l'avis d'appel d'offre à la concurrence que par le contrat. Elles peuvent être prévues conjointement aux amendes moratoires. Elles ne possèdent pas un caractère punitif, mais visent à compenser les pertes et dommages subis par l'administration du fait du non accomplissement de la prestation par son cocontractant.

Le barème de l'amende compensatoire doit être fixé dans la phase de préparation du contrat et son calcul doit prendre en compte les préjudices que l'administration devra supporter en cas de non accomplissement de l'une ou de plusieurs étapes de l'exécution contractuelle, au regard de la valeur du contrat.

Si l'administration opte pour l'inscription d'une clause prévoyant une amende compensatoire, elle doit prévoir une clause qui l'autorise à demander le dépassement du barème dans l'hypothèse où les préjudices sont supérieurs à la valeur de l'amende. Dans ce cas, aux termes du § unique de l'art. 416 du Code civil brésilien⁴⁹⁷, l'amende prévue au contrat constitue la valeur minimale de réparation, à charge par l'administration de prouver un préjudice supérieur.

⁴⁹⁶ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁴⁹⁷ Code civil brésilien, Loi n° 10.406 du 10 janv. 2002.

Derrière la faculté de sanctionner le prestataire privé en cas de manquement à ses obligations contractuelles, il existe l'idée de vouloir s'assurer de la performance du prestataire privé. L'idée de performance doit être ainsi comprise comme l'atteinte de l'objectif fixé : La réparation du préjudice contractuel subi en vue de protéger l'efficacité du service public.

Lorsque l'intérêt général l'exige, *les administrations française et brésilienne* peuvent unilatéralement modifier le contrat. *En France*, cette possibilité a trouvé son fondement dans l'intention des parties⁴⁹⁸, puis dans un texte réglementaire⁴⁹⁹. Elle s'attache désormais aux règles générales applicables aux contrats administratifs⁵⁰⁰. *Au Brésil*, elle découle de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration.

En droit français, la modification qui entraîne un préjudice au cocontractant, donne lieu à indemnisation de celui-ci. La responsabilité de la personne publique peut être engagée (responsabilité contractuelle sans faute). Cependant, le droit à réparation n'exige que la modification d'un élément essentiel du contrat et la responsabilité de la personne publique soit rarement engagée.

Au Brésil, l'administration peut unilatéralement apporter des modifications au contrat, d'ordre quantitatives et/ou d'ordre qualitatives. Selon le premier § de l'art. 65 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 : Le cocontractant est obligé d'accepter, dans les mêmes conditions préalablement stipulées, les additionnels ou suppressions dans les ouvrages, services ou achats, jusqu'à vingt-cinq pour cent de la valeur initiale du contrat. Dans les cas d'aménagement de bâtiment ou réglage d'équipement, dans la limite de cinquante pour cents pour les additionnels. L'administration est obligée de payer pour ces modifications, à la hauteur de l'augmentation effectuée.

⁴⁹⁸ CE 10 janv. 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, n° 94624, Rec. p. 5 ; CE Ass. 2 fév. 1987, Société TV6, n° 81131, Rec. Lebon, p 6.

⁴⁹⁹ CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, n° 16178, Rec. p. 216, concl. Blum ; CE. 27 juill. 1932, Léonard, Rec. p. 799.

⁵⁰⁰ CE 2 fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, n° 34027, Rec. p. 33 ; RD publ. 1984.212, note J.-M. Auby ; RFDA 1984, n° 0, p. 45, note Llorens.

Le pouvoir de résiliation par l'administration peut être justifié par un motif d'intérêt général tel qu'un motif financier ou l'organisation du service. Le cocontractant doit être proportionnellement indemnisé des pertes subies et des gains manqués. Lorsque la résiliation résulte d'une faute du cocontractant, ce dernier n'a en revanche droit à aucune indemnité.

En France et au Brésil, le cocontractant bénéficie d'un droit à l'équilibre financier du contrat qui donne lieu à une indemnité ou à son rétablissement en cas de « fait du prince » (mesures prises par l'administration cocontractante aggravant les obligations du cocontractant) ou en cas d'imprévision (l'exécution du contrat administratif se heurte à des difficultés exceptionnelles du fait d'événements anormaux, imprévisibles et indépendants de la volonté des cocontractants).

Il s'agit de problèmes matériels imprévisibles et exceptionnels rencontrés lors de l'exécution du contrat. Ces difficultés exceptionnelles ne dispensent pas le cocontractant d'exécuter ses obligations. Néanmoins, il peut obtenir réparation du préjudice subi.

L'imprévision peut être définie comme un événement extérieur au contrat et imprévisible. Pour être admise, elle doit entraîner un bouleversement de l'économie du contrat⁵⁰¹. Une situation exceptionnelle à laquelle conduit l'imprévision ne dispense pas pour autant le cocontractant d'exécuter ses obligations dans la mesure où il doit assurer la continuité du service public. Néanmoins, il a droit à une indemnité d'imprévision calculée en fonction des pertes subies ; cette indemnité est répartie entre l'administration et le cocontractant (pour assurer l'équilibre financier).

Lorsque la situation est provisoire, le contrat perdure. En revanche, lorsque la modification est définitive, le cocontractant peut demander (à l'administration et le cas échéant au juge) la résiliation du contrat et une éventuelle indemnisation en se fondant sur la force majeure⁵⁰².

⁵⁰¹ CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928, Rec. Lebon, p. 125, concl. Chardenet.

⁵⁰² CE 9 déc. 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, n° 89655, Rec. Lebon, p. 1050, concl. Josse.

La théorie du fait du prince résulte d'aléas administratifs. L'autorité publique qui a contracté aggrave les conditions d'exécution du contrat (ex : aggravation des charges du cocontractant).

La force majeure est, par ailleurs, un évènement irrésistible, imprévisible et extérieur ; elle permet à l'administration de s'exonérer de sa responsabilité. Elle est néanmoins rarement retenue par le juge.

Si l'administration ne remplit pas ses obligations, le cocontractant peut demander la résiliation du contrat ou obtenir une indemnisation (en vertu du respect de l'équilibre financier du contrat). En revanche, il lui est impossible de refuser d'exécuter le contrat (absence de possibilité d'exception d'inexécution comme en droit privé).

En France, les contrats administratifs sont soumis à un formalisme et une procédure de passation de plus en plus encadrée par le droit national et par le droit communautaire en ce qui concerne la lutte contre la corruption, la mise en concurrence et la transparence, qui est de plus en plus contrôlée.

En droit brésilien, le contrat administratif constitue une catégorie regroupant plusieurs formes d'actes négociés, ne pouvant être regroupés au sein du même modèle contractuel, tels que les contrats de collaboration administrative, les contrats de délégation administrative, les contrats de droit privé de l'administration, les contrats d'association, les contrats de consortium public, les contrats de gestion et les contrats fiscaux.

Il convient d'expliquer que les contrats de l'administration ne sont pas tous des contrats administratifs. Les contrats de l'administration sont tous ceux qui sont passés par l'administration, régis par le droit public ou par le droit privé. Les contrats administratifs sont ainsi qualifiés pour être soumis seulement au droit administratif⁵⁰³.

⁵⁰³ MAZZA, Alexandre, *Manual de direito administrativo*. 6^a ed. São Paulo : Saraiva, 2016, 967 p., sp. p. 518.

La compétence pour réglementer les contrats administratifs est réservée à l'Union. L'art. 22, XXVII et l'art. 37, XXI, de la Constitution fédérale brésilienne mentionnent sur le sujet. Au niveau infra constitutionnel les Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, Loi n° 8.883 du 8 juin 1994, Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995, Loi n° 9.637 du 15 mai 1998, Loi n° 9.790 du 23 mars 1999, Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004, Loi n° 11.107 du 6 avr. 2005 et Loi n° 12.232 du 29 avr. 2010 sont également applicables.

Parmi les contrats administratifs passés par l'administration brésilienne, cités par la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique⁵⁰⁴, se trouvent le contrat administratif d'achats, le contrat administratif d'ouvrage et le contrat administratif de services.

Le contrat administratif d'achats s'applique à l'acquisition rémunérée de biens mobiliers et immobiliers. C'est le cas d'acquisition de matériel de bureau, d'ordinateurs et de fournitures et de meubles.

Le contrat administratif d'ouvrage concerne la construction, l'entretien, la fabrication, la transformation ou l'extension d'édifices, de ponts et viaducs, de routes et d'hydroélectriques.

Le contrat administratif de services concerne les services de démolition, de maintenance, d'installation, de montage, d'opération, de conservation, d'adaptation, de manutention, de transport, de location de biens, de publicité, d'assurance, de travaux technico-professionnels. Sont concernés les contrats pour la maintenance d'ordinateurs, l'entretien des jardins, la location de véhicules et l'installation de climatisation parmi d'autres exemples.

⁵⁰⁴ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

Il recouvre essentiellement des contrats de prestations de services. Il s'agit d'un contrat qui implique une intervention humaine, spécialisée ou non⁵⁰⁵. Il peut être prorogé à chaque douze mois, pendant soixante mois.

Le contrat administratif se présente ainsi comme un instrument fondamental par lequel l'externalisation dans les services publics prend forme. Il joue un rôle central puisqu'il définit et codifie les obligations de l'administration et de son prestataire privé.

En raison de la croissante collaboration entre l'administration et le secteur privé, le contrat administratif se confirme comme un instrument de promotion du développement des pays. Il rend le droit plus efficace tant du point de vue économique que du point de vue social.

Section 2. La contractualisation directe par l'administration publique : Outil de performance ?

Si les contrats intervenants en matière d'externalisation sont soumis à une logique de performance, il est intéressant de les analyser en rapport avec les procédés de contractualisation directe. Il semble ainsi pertinent de se demander si la « contractualisation directe » par les administrations brésiliennes ou les « marchés publics dispensés de procédure » français pourraient constituer un outil de performance.

En effet dans des cas particuliers, les administrations française et brésilienne ne sont pas tenues de mettre en place une procédure de passation de marché public, pouvant signer le contrat directement avec le partenaire privé.

⁵⁰⁵ Marçal Justen Filho remarque que : « *L'externalisation consiste en un contrat de prestation de services par lequel une personne transfère à une autre le devoir d'exécuter une certaine activité, nécessaire à la satisfaction d'un devoir* ». (JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*. 6^a ed. Belo Horizonte : Fórum, 2010, 1295 p., sp. p. 793).

En France, ce sont les seuils qui fixent si la procédure de marché public doit ou non être déclenchée. Récemment le Décret n° 2015-1163 du 17 sept. 2015 a modifié certains seuils relatifs aux marchés publics.

Les dispositions de ce Décret sont entrées en vigueur le 1^{er} oct. 2015. Elles sont applicables aux contrats en vue desquels une consultation est engagée ou si un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur.

Le seuil de dispense de procédure des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices a été relevé à 25 000 euros HT. En dessous de ce seuil, trois règles permettent à l'administration d'effectuer son achat en bon gestionnaire, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique : Le choix d'une offre répondant de manière pertinente aux besoins, la bonne utilisation des deniers publics et le devoir de ne pas contracter systématiquement avec le même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

Ce Décret met également en cohérence les autres dispositions comportant également des seuils (seuil au-delà duquel un contrat revêt la forme écrite, seuil de publicité et seuil de notification du contrat).

En droit brésilien ce ne sont pas seulement les seuils qui déterminent la dispense d'une procédure de marchés publics conformément à la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique, Loi n° 8.666 du 21 juin 1993⁵⁰⁶. Cette Loi prévoit en effet trois hypothèses de contractualisation directe : La dispense de marché (*licitação dispensável*), le marché dispensé (*licitação dispensada*) et l'inexigibilité de marché (*inexigibilidade de licitação*)⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ L'art. 24 énumère plusieurs cas de dispense d'instauration d'un marché public, l'un d'entre eux étant la passation de contrat d'ouvrages et de services d'ingénierie dont la valeur est inférieure à quinze milles *reais* brésiliens.

⁵⁰⁷ Selon le Précédent n° 1217/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Ana Arraes, en termes d'achat public, pour qu'une situation d'urgence soit caractérisée et ainsi dispensée d'une procédure de marché public, la contractualisation directe doit être la voie la plus adéquate pour éliminer les risques de dommage ou d'atteinte à la sécurité des personnes, des œuvres, des services, équipements et autres biens publics ou privés. Il est nécessaire de différencier la conduite des agents publics qui ont

La première hypothèse est la dispense de marché (*licitação dispensável*), qui est prévue par l'art. 24 de la Loi supra citée. Elle regroupe les situations dans lesquelles la compétition entre les participants au marché public est possible mais sa réalisation, en raison de l'intérêt public, peut ne pas être « appropriée et opportune » pour l'administration⁵⁰⁸, dans le sens où elle peut causer des graves préjudices.

Sa mise en œuvre constitue une décision discrétionnaire de l'administration publique dans le choix d'instaurer la procédure d'appel d'offres à la concurrence ou de procéder à la contractualisation directe.

La règle de dispense de marché peut être appliquée en raison de la faible valeur du contrat⁵⁰⁹, dans certaines situations exceptionnelles telles qu'en cas de guerre, de grave perturbation de l'ordre public⁵¹⁰, d'urgence ou de calamité publiques⁵¹¹. Selon le

amené à la situation d'urgence de celle où ils ont seulement concurrencé pour éliminer le risque du dommage.

⁵⁰⁸ La Loi n° 11.107 du 6 avr. 2005 a doublé la valeur pour la contractualisation directe pour dispense de marché public pour les achats, œuvres et services contractés pour les « consortiums publics ».

⁵⁰⁹ Selon l'art. 24, I et II de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, la Loi brésilienne des marchés publics et des contrats administratifs liste un certain nombre d'objets qui possèdent des faibles valeurs ou encore les cas d'urgence ou de calamité publique. L'art. 23 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 définit les valeurs de base pour les modalités de marchés publics. Jusqu'à cent cinquante milles *reais* brésiliens pour la modalité *convite* / invitation. Jusqu'à six cent cinquante milles *reais* brésiliens pour les achats et les services, pour la modalité *tomada de preços*. Jusqu'à un million et cinq cents milles *reais* brésiliens pour les œuvres et les services d'ingénierie, pour la modalité *tomada de preços*. Jusqu'à quatre-vingt milles *reais* brésiliens pour les achats et les services d'ingénierie, pour la modalité *convite* / invitation. Jusqu'à cent cinquante milles *reais* brésiliens pour les œuvres et les services d'ingénierie, pour la modalité *convite* / invitation. Au-delà de six cent cinquante milles *reais* brésiliens pour les achats et les services d'autre nature, pour la modalité concurrence. Au-delà d'un million et cinq cent mil *reais* brésiliens pour les œuvres et les services d'ingénierie, pour la modalité concurrence. Au-delà de cent cinquante millions de *reais* brésiliens. La réalisation d'une audience publique est obligatoire dans un délai de 15 jours avant la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (modalité concurrence).

⁵¹⁰ Conformément à l'art. 24, III, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁵¹¹ Selon art. 24, IV, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, la dispense de marché public s'applique uniquement pendant la durée exceptionnelle, n'étant pas autorisé la contractualisation directe de biens et des services non liés à cette situation. Pour le cas d'urgence et de calamité publique, une limite temporelle de cent quatre-vingt jours a été établie. Configurent encore des situations exceptionnelles celles prévues par l'art. 24, VI, IX, XI, XIV et XVIII : Lorsque l'Union doit intervenir dans le domaine économique afin de régulariser des prix ou afin de normaliser la fourniture de biens et de services, lorsque la sécurité nationale est en danger (dans les cas établis par décret du Président de la République, dans la formation d'un nouveau contrat d'ouvrages, de services ou de biens résultants d'une résiliation contractuelle ; pour

Précédent n° 1987/2015 de la Cour des comptes fédérale, la dispense de marché dans les cas d'urgence ou calamité publique (art. 24, IV, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993⁵¹²) est formalisée seulement si la contractualisation directe est le moyen le plus adéquat, efficient et effectif pour éloigner le risque imminent⁵¹³.

Le marché dit « désert » est également prévu dans l'hypothèse de dispense de marché⁵¹⁴. Il intervient lorsqu'aucun participant ne s'est engagé dans un appel d'offres à concurrence. Si la répétition de cet appel est de causer un préjudice à l'administration, celle-ci s'en trouve dispensée selon l'art. 24, V, de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique. La contractualisation s'effectuera alors directement dans les termes de la proposition exposée dans l'appel d'offres à la concurrence⁵¹⁵.

La dispense de marché peut également avoir lieu en raison de l'objet du contrat, lorsque ce dernier est lié à des biens d'usage ordinaire de l'administration ou à des biens soumis à un intérêt public spécifique⁵¹⁶.

l'acquisition de biens et services dans les termes d'accord international spécifiquement approuvé par le Congrès National, lorsque les offres sont manifestement plus avantageuses pour le Pouvoir Public.

⁵¹² Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁵¹³ Précédent n° 1987/2015, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU), Rel. Benjamin Zymler.

⁵¹⁴ Le marché « désert » se diffère du marché « fracassé » dans lequel plusieurs concurrents se présentent mais ils sont non retenus ou non classés. Celui-ci ne gère pas le droit de dispenser le marché public, devant être ouvert un délai destiné aux comblements des vices ou aux modifications des propositions pour les concurrents. Si le fracassé est persistant, une nouvelle procédure de marché public doit être déclenchée.

⁵¹⁵ Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

⁵¹⁶ Selon l'art. 24 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, la dispense de marché est appliquée dans les situations suivantes : Pour l'achat ou location d'immeuble pour l'accomplissement d'activités et de services de l'administration, devant la valeur de l'immeuble ou de la location être compatible avec la valeur de marché, pour l'acquisition de produits d'origine végétale ou animale, pour l'acquisition ou restauration d'œuvres d'art et objets historiques dont l'authenticité est prouvée, dès que compatible ou inhérente aux finalités de l'administration, pour l'acquisition de composants ou pièces d'origine nationale ou étrangère, nécessaires à la maintenance d'équipements pendant la période de garantie technique, lorsque cette condition d'exclusivité est indispensable pour la conservation de la garantie, pour l'acquisition de matériaux d'usage des Forces Armées, sauf pour l'acquisition de matériaux d'usage personnel et administratif.

La deuxième hypothèse est celle du marché dispensé *licitação dispensada*. Le prestataire avec lequel le contrat sera passé est déjà choisi par l'administration. La relation « coût-bénéfice » et l'intérêt public ne sont pas en question⁵¹⁷. Cette règle peut être appliquée dans les cas qui traitent de la vente de biens mobiliers et immobiliers de l'administration. De façon générale, toute vente de biens par les organes publics doit être précédée d'une évaluation pécuniaire et d'une autorisation législative⁵¹⁸.

La troisième hypothèse est celle de la règle d'inexigibilité d'instauration d'une procédure de marché public. Elle est prévue par l'art. 25 de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration. Elle recouvre les cas dans lesquels la réalisation d'un marché public est logiquement impossible en raison d'une impossibilité de procéder à une mise en œuvre en compétition, par exemple en raison d'un prestataire unique ou de

⁵¹⁷ L'art. 24, VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII et XXIV de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993 prévoit le marché dispensé : Pour l'acquisition par une personne juridique de droit public interne, de biens, produits ou services fournis par un organe ou une entité intégrante de l'administration publique et qui a été créée pour accomplir une finalité spécifique (en date antérieure à cette Loi) et que le prix conventionné soit compatible avec celui pratiqué par le marché, pour la contractualisation d'entreprise brésilienne spécifiquement créée pour la recherche, l'enseignement ou le développement institutionnel, ou d'institution dédiée à la réinsertion sociale de prisonniers, dès que l'entreprise cocontractante détient une réputation éthique-professionnelle incontestable et qu'elle n'a pas de but lucratif, pour l'impression des journaux officiels, de formulaires standardisés d'usage privé de l'administration, et d'édition techniques officielles, pour la prestation de services d'informatique à personne juridique de droit public interne, par des organes ou entités qui intègrent l'administration publique, créées pour des finalités spécifiques, pour la contractualisation d'association d'handicapés, sans but lucratif et de réputation incontestable, par des organes ou entités de l'administration publique, pour la prestation de services ou la fourniture de main-d'œuvre, dès que le prix convenu soit compatible avec celui pratiqué par le marché, pour la contractualisation de fourniture d'énergie électrique et de gaz naturel avec concessionnaire ou permissionnaire, pour la contractualisation réalisée par entreprise publique ou société d'économie mixte avec ses subsidiaires et contrôlée, pour l'acquisition ou la vente de biens, pour la prestation ou l'obtention de services, dès que le prix convenu soit compatible avec celui pratiqué par le marché pour la contractualisation de prestation de services avec des organisations sociales pour des activités fixées par son contrat de gestion.

⁵¹⁸ Conformément à l'art. 17, I et II, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993.

l'objet singulier du contrat⁵¹⁹. Tel est le cas pour la formation de contrat avec des artistes consacrés par les médias⁵²⁰ et avec des fournisseurs exclusifs⁵²¹.

Il convient d'expliquer que le critère prix⁵²² est l'un des critères les plus polémiques dans la contractualisation directe et ne s'applique pas également à toutes ses modalités, comme le souligne la jurisprudence de la Cour des comptes fédérale, à travers son Précédent n° 1565/2015⁵²³.

Selon elle, la justification du prix dans les hypothèses de contractualisation directe (art. 26, § unique, III, de la Loi des marchés publics et contrats de l'administration publique), doit être réalisée, préférentiellement, à travers la présentation de trois devis valables ou d'une justification d'impossibilité de joindre les trois devis valables, dans les cas de dispense de marché. Pour l'inexigibilité de marché, il est nécessaire réaliser une

⁵¹⁹ Un bien singulier est celui qui possède des caractéristiques qui le rendent différent d'un autre. Un service singulier, par ailleurs, est celui qui requiert une importante spécialisation professionnelle. Santos et Inglesi mentionnent que l'inexigibilité d'un marché consiste dans la formation d'un contrat concernant un objet singulier ou une expertise reconnue et qui rend impossible la mise en compétition. Pourtant, le marché public est inexigible lorsque la concurrence destinée à l'acquisition de matériaux, d'équipements ou d'autres genres est impraticable. (SANTOS, Adair Loredo ; INGLESII, Carlos Eduardo, *Direito administrativo*. 1^a ed. São Paulo : Primeira Impressão, 2008, 976 p., sp. p. 137).

⁵²⁰ Selon le Précédent n° 5209/2015 – deuxième chambre de la Cour des Comptes fédérale (TCU), Rel. Marcos Bemquerer, l'inexigibilité de marché (art. 25, III, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993) doit être mise en place seulement avec la présentation de contrat d'exclusivité de ces artistes avec leurs intermédiaires. Le contrat d'exclusivité ne peut pas être substitué par une autorisation. Celle-ci confère un droit d'exclusivité seulement pour les jours de présentation des artistes, en restant restreinte à la localité de l'évènement. Le Précédent n° 1590/2015, deuxième chambre de la Cour des Comptes fédérale (TCU), Rel. Marcos Bemquerer, mentionne que soit obligatoire la présentation de contrat d'exclusivité entre les artistes et leurs intermédiaires pour caractériser l'hypothèse d'inexigibilité de marché, prévue par l'art. 25, III, de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993, de telle façon que la simple autorisation ou lettre d'exclusivité n'est pas suffisante pour prouver la non viabilité de compétition.

⁵²¹ D'après le Précédent n° 1802/2014, Assemblée de la Cour des Comptes fédérale (TCU), Rel. Raimundo Carreiro, l'inexigibilité de marché n'est pas légale lorsque la non-viabilité de compétition ne peut pas être confirmée. La vérification de la condition d'exclusivité dans les cas où l'objet ne peut être fourni que pour le producteur, l'entreprise ou le représentant commercial exclusif, constitue un devoir pour l'agent public.

⁵²² Selon le Précédent n° 1607/2014, Assemblée de la Cour des Comptes fédérale (TCU), Rel. Augusto Sherman, lors d'une procédure de contractualisation directe, des éléments suffisants pour attester la compatibilité des prix avec ceux pratiqués par le marché ou avec ceux fixés par des organes officiels, ou encore, avec ceux constants des systèmes d'enregistrement de prix doivent apparaître.

⁵²³ Précédent n° 1565/2015, Assemblée de la Cour des Comptes fédérale (TCU), Rel. Vital do Rêgo.

comparaison avec d'autres prix pratiqués par les fournisseurs ou d'autres institutions publiques ou privées.

Il est certain que la contractualisation directe permet à l'administration de passer des contrats prenant d'avantage en cause l'*intuitu personae*. Cependant, en permettant à l'agent public un plus grand pouvoir discrétionnaire pour mieux choisir le fournisseur de biens et de services, elle peut être porteuse de risques en termes de corruption⁵²⁴. Ainsi, l'expérience du prestataire, la qualité du produit et du service objets du contrat peuvent être moins efficaces pour obtenir le contrat que le *lobbying* des prestataires.

La performance dans la contractualisation directe peut sembler un outil de performance pour les administrations publiques. Cependant, elle peut présenter des écueils liés aux différents choix que les agents publics peuvent prendre, notamment par rapport au prix et au fournisseur des services.

En droit brésilien, ne pas instaurer une procédure de marché public lorsque la Loi l'oblige constitue un acte d'improbité administrative, conformément à la Loi d'improbité administrative⁵²⁵.

⁵²⁴ La contractualisation directe peut engager la responsabilité solidaire du prestataire de services et de l'agent public responsable de la contractualisation en cas de surfacturation, selon le 2^e § de l'art. 25 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993. La responsabilité solidaire n'est pas subordonnée à la preuve d'un ordre.

⁵²⁵ Loi n° 8.429 du 2 juin 1992.

Chapitre 2. La transparence dans la contractualisation de l'externalisation

L'un des principaux problèmes auxquels sont confrontées les administrations publiques contemporaines est la corruption dans les marchés publics. Trop souvent, cette corruption est liée à l'absence d'un contrôle adéquat sur le processus d'externalisation lui-même.

Cette absence a pour conséquence un usage indu des ressources financières et budgétaires de l'Etat au bénéfice de l'agent responsable de l'externalisation ou au bénéfice d'un tiers (le plus souvent le partenaire de l'administration).

Avec la croissance démesurée de la bureaucratie, l'absence ou l'inefficacité des systèmes de contrôle sur le processus d'externalisation soulèvent des difficultés en termes de transparence des négociations menées par l'Etat. Tracer un panorama de la transparence comme moyen de contrôle de l'externalisation (Section 1) mais aussi des pratiques anticoncurrentielles (Section 2) est donc souhaitable.

Section 1. La transparence comme moyen de contrôle du processus d'externalisation

La transparence, du point de vue du droit administratif général, ne dispose pas d'une réglementation juridique parfaitement défini. Elle constitue un terme utilisé essentiellement par la doctrine qui englobe l'ensemble des procédés par lesquels l'administration se rapproche des usagers du service public⁵²⁶.

Dans le domaine de l'externalisation, la transparence constitue une notion particulièrement complexe, car elle constitue simultanément un principe juridique appliqué de manière autonome, et une expression désignant les exigences qui s'imposent aux personnes publiques, du fait de textes et qui sont destinées à assurer l'information des candidats sur les modalités de passation des contrats. Les principes de mise en concurrence et de publicité limitent la liberté d'organisation de ces services au choix des modalités d'externalisation⁵²⁷.

En France, la loi anti-corruption du 29 janv. 1993 (Loi « Sapin 1 ») préconise la transparence dans la phase de passation des contrats à travers l'obligation de mise en concurrence.

Elle précise les formalités de publicité, de présélection des candidats⁵²⁸ et des offres par une commission d'ouverture des plis. Celle-ci se prononce sur la liste des candidats

⁵²⁶ ROLIN, Frédéric, Le contrat administratif, in « *Rapport Français* » [en ligne], 12 p., sp. p. 4. Disponible sur : [www.henricapitant.org/.../2.%20Contrat%20administratif%20Rapport%2...>](http://www.henricapitant.org/.../2.%20Contrat%20administratif%20Rapport%2...).

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ Selon l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juill. 2012, Communauté des communes d'Erdre et des Gesvres, Association les verts des pays-de-la-Loire et autres et Association ACIPA et autres, n° 347073, Rec. CE, p. 277 : « *la procédure de passation d'une délégation de service public "permet la mise en concurrence, dans les conditions transparentes, des offres de plusieurs entreprises en fonction de critères de sélection préalablement définis"* ; en ce qui concerne la convention passée entre l'Etat et la société Aéroports du Grand Ouest pour la concession de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes, le montant de la subvention demandée était l'un des critères de sélection, trois offres recevables ont été présentées et la société retenue est celle qui avait demandé la subvention la moins importante ; la procédure mise en œuvre a

admis à présenter une offre, transmet aux soumissionnaires un document de consultation définissant les caractéristiques techniques des prestations attendues et rédige un rapport sur les offres émanant des candidats. Ces deux étapes (sélection des offres et sélection des candidats), bien qu'*a priori* distinctes, peuvent être réalisées simultanément⁵²⁹.

Depuis vingt-trois ans, un nouveau projet de Loi, dite « Sapin 2 », fait son apparition et s'appuie sur trois volets principaux : le renforcement de la transparence de la démocratie et de l'économie, une lutte plus efficace contre la corruption. Notamment par la création d'une Agence nationale de prévention et de détection de la corruption et de modernisation de la vie économique.

La transparence se heurte parfois à la performance de mise en concurrence et au respect du secret des affaires. Comme l'a relevé Paul Lignières :

« Certaines informations relatives aux relations entre les collectivités publiques et leurs partenariats privés sont couvertes par une obligation de confidentialité. La publicité affectant certaines informations communiquées par les entreprises aurait, en effet, des effets négatifs sur l'expression de la concurrence. Ces informations peuvent être d'ordre commercial et financier. C'est ainsi que les aspects financiers contenus dans les propositions faites par les entreprises candidates à des marchés, des délégations de service public ou des contrats de partenariat doivent être couvertes par le secret sous peine de remettre en cause l'efficacité de la mise en concurrence. On constate, dans la pratique, que les prix sont souvent bien connus par certains concurrents. Plus généralement, les stratégies commerciales et les conventions passées par les entreprises avec les collectivités publiques doivent être couvertes par le secret des activités. Les éléments techniques des propositions faites aux collectivités et des contrats conclus avec elles par des entreprises ont également une grande importance. La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) estime ainsi que les procédés techniques

donc permis de sélectionner le candidat capable de réaliser l'infrastructure au moindre coût pour la collectivité ; ce n'est pas une aide d'Etat ».

⁵²⁹ CE 15 déc. 2006, Société Corsica ferries, n° 298618, Rec. p. 566.

de fabrication et, de manière générale, le “savoir-faire” d’une entreprise doivent relever du secret industriel et commercial »⁵³⁰.

Dans le même sens qu’en Droit français, la Constitution fédérale brésilienne oblige toutes les entités, de droit public ou privé, de l’administration publique de l’Union, des Etats fédérés et des communes, à soumettre les acquisitions de services, d’achats et de travaux⁵³¹, à une procédure d’appel d’offres avec publicité et mise en concurrence préalables.

L’appel d’offres⁵³² doit assurer des conditions d’accès au marché égales à tous les candidats, conformément aux articles 37, XXI et 175 de la Constitution fédérale de 1988⁵³³.

Pour reprendre les termes de Carlos Ari Sundfeld :

« L’appel public d’offres a une riche histoire au Brésil, puisque nous avons cumulé une expérience quasi centenaire de normes générales exigeant une mise en concurrence préalable, ainsi que des éléments propres à la procédure. Toutefois, les jalons principaux en la matière remontent à une période plus récente. En 1967, est apparue un

⁵³⁰ LIGNIERES, Paul, *Partenariats public-privé*, Coll. « Affaires finances ». 2^e éd. Paris : Lexis Nexis Litec, 2005, 440 p, sp. pp. 181-182.

⁵³¹ L’Administration brésilienne attribue aux contrats de marchés publics le nom de « contrats administratifs de services, d’achats (ou fournitures) ou de travaux », soumis au régime général des appels d’offres réglementé depuis 1993 par la loi n° 8.666, du 21 juin.

⁵³² Appelé en droit brésilien « *Licitação Pública* ».

⁵³³ Constitution fédérale brésilienne du 5 oct. 1988 : « Art. 37. *L’administration publique directe et indirecte de l’Union, des Etats, du District fédéral et des Communes obéiront aux principes de légalité, d’impersonnalité, de moralité, de publicité et d’efficience. [...] XXI - à l’exception des cas prévus par la loi, travaux, services, achats et cessions seront contractualisés à travers des procédures d’appel d’offres qui doivent assurer des conditions égales à tous les candidats, avec des clauses qui établissent des obligations de paiement, le maintien des conditions effectives de l’offre, auquel devra garantir les obligations des qualifications techniques et économiques. (Règlement) [...] § 6 - Les personnes morales de droit public et de droit privé fournissant des services publics peuvent être tenus responsables des dommages causés par leurs agents à des tiers, en étant garanti le droit de recours contre le responsable en cas de fraude ou de négligence* ». Et également l’art. 175 de la Constitution Fédérale brésilienne du 5 oct. 1988 indique que : « [...] *incombe au gouvernement, en vertu de la loi, soit directement, soit par concession ou permission, toujours à travers l’appel d’offre, la prestation de services publics* ».

texte légal portant réforme de l'administration publique fédérale, qui a fini par exercer une influence très grande sur l'ensemble des entités fédératives, à savoir les communes et les Etats fédérés. Il s'agit du décret-loi n° 200, qui a établi une ère nouvelle en ce qui concerne le thème des appels d'offres. Depuis lors, l'idée selon laquelle les contrats publics doivent faire l'objet d'un appel d'offres avec publicité et mise en concurrence préalable s'est répandue largement dans l'administration brésilienne et a été mise en œuvre dans les acquisitions réalisées non seulement par les entités administratives centralisées (organes de l'administration directe) et décentralisées (établissements publics), mais aussi par les personnes morales de droit privé contrôlées par l'administration (entreprises publiques et fondations étatiques de droit privé) »⁵³⁴.

Enfin, le principe de publicité est devenu l'un des éléments essentiels des régimes des actes administratifs. Il est devenu une norme fondamentale de la procédure moderne et une garantie de sécurité juridique pour la société.

Un autre instrument utilisé en tant qu'instrument de contrôle et d'efficacité de l'administration brésilienne, dans le cadre des marchés publics au *Brésil*, est la Loi de responsabilité budgétaire, Loi complémentaire n° 101 promulguée le 4 mai 2000. Elle est applicable à toutes les sphères de l'administration publique. Elle établit des règles concernant l'activité budgétaire de l'Etat, telles que la planification, le contrôle⁵³⁵ et la responsabilité⁵³⁶.

⁵³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, Action publique et concurrence : les tensions du droit public brésilien, in « *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées* », sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107 p., sp. p. 803.

⁵³⁵ Au *Brésil*, il existe plusieurs instruments de contrôle externe de l'administration : actions ordinaires (prévues par le Code de Procédure Civile), *Mandado de segurança individual ou coletivo* (art. 5°, LXXIX et LXX de la Constitution fédérale, Loi n° 12.016 du 7 août 2009), *Ação Popular* (art. 5°, LXXIII de la Constitution fédérale, Loi n° 4.717 du 29 juin 1965), *Ação de Inconstitucionalidade* (art. 103 de la Constitution fédérale, Loi n° 4.337 du 1^{er} juin 1964), *Ação Civil Pública* (art. 127 de la Constitution fédérale, Loi n° 7.347 du 24 juill. 1985), *Mandado de Injunção* (art. 5°, LXXI, de la Constitution fédérale), *Audiência Pública* (art. 39 de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993), *Processo Administrativo* (art. 5°, LV, de la Constitution fédérale, Loi n° 9.784 du 29 janv. 1999), Cour des comptes (art. 70 à 75 de la Constitution fédérale, Loi n° 8.443 du 16 juill. 1992), Lois organiques des Chambres municipales (art. 5°, LV, de la Constitution fédérale, Loi n° 9.784 du 29 janv. 1999).

⁵³⁶ Selon la Cour des comptes de l'Union (TCU), l'omission de l'agent public responsable pour l'application de sanction, ayant pour but d'interdire à une entreprise de participer à un marché public et de passer un contrat avec l'administration, parce qu'ayant stoppé l'exécution d'ouvrage public justifie

Cette Loi constitue un instrument d'aide aux gouvernants pour la gestion des ressources publiques, de la dette publique et du patrimoine public. Elle consacre également la transparence de gestion en tant que mécanisme de contrôle par l'opinion publique, à travers la publication de rapports concernant l'utilisation du budget public. Elle impose le contrôle des dépenses publiques, fixe des objectifs à poursuivre et pose le principe de sanctions en cas de non-respect des règles préconisées.

D'après cette Loi, « les contrats d'externalisation de main-d'œuvre » destinés à substituer des tiers privés à des agents publics ou à des employés publics sont comptabilisés parmi les « Autres dépenses avec le personnel ».

La rédaction de cette Loi peut amener l'observateur à la considérer comme étant contraire à la constitution⁵³⁷. En effet, elle utilise le terme « externalisation de main-d'œuvre » et admet la substitution des agents publics et des employés publics par le biais de l'externalisation au sens restreint, ce qui constitue une pratique illicite. Cette Loi a néanmoins pour principal objectif de moraliser les dépenses de personnel.

L'externalisation, qu'elle soit licite ou illicite, comme l'explique Carolina Zancaner Zockun⁵³⁸, conduit l'administration à effectuer des dépenses. Cependant, le mécanisme créé par cette Loi favorise la distinction entre d'une part des dépenses relatives au personnel de l'administration et d'autre part celles relatives aux contrats d'externalisation. L'objectif est ainsi de réduire le risque de fraudes en limitant les dépenses relatives au personnel.

La Loi complémentaire mentionnée ci-dessus pose le principe que l'ensemble des dépenses relatives au personnel actif, inactif ou retraité, ainsi que celles relatives aux mandats électifs, postes, fonctions ou emplois militaires et aux membres du Pouvoir,

l'application de l'amende prévue par l'art. 58, II, de la Loi n° 8.443 du 16 juill. 1992. (Précédent n° 836/2012-Assemblée, TC 014.560/200863, rel. Min. Augusto Nardes).

⁵³⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da terceirização na administração pública*. São Paulo : Malheiros, 2014, 208 p., sp. p. 102.

⁵³⁸ *Ibidem*.

quelle que soit le type de rémunération, qu'elle prenne la forme d'avantages fixes et variables, de subsides, de pensions et des gratifications, d'heures complémentaires ou d'avantages personnels de quelque nature que ce soit, ou encore de charges sociales et de prévoyance sociale sont entendues comme faisant partie des dépenses de personnel de l'administration.

Section 2. La transparence et les pratiques anticoncurrentielles

La recherche de la performance du processus d'externalisation doit passer par l'élaboration de mécanismes permettant de le protéger des pratiques pouvant nuire à l'achat public. La protection de cette performance passe à la fois par la lutte contre des pratiques anticoncurrentielles provenant des candidats aux marchés publics, mais également contre celle provenant de l'administration publique.

En droit français et en droit brésilien la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles vise le respect de la concurrence pour les partenaires privés et pour l'administration. L'ouverture à la concurrence des offres constitue un facteur de performance de l'externalisation, en ce qu'elle favorise l'accès à une offre plus avantageuse pour une sélection plus efficace.

En France, cette lutte repose sur l'application du principe de transparence par le biais de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans le cadre des marchés publics. Les pratiques anticoncurrentielles consistent en des « ententes » entre entreprises ou des « abus de position dominante ».

L'entente anticoncurrentielle constitue un accord de volontés ou une action concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminé. Elle peut prendre diverses formes (écrite ou orale, expresse ou tacite, horizontale entre concurrents sur un même marché ou verticale, comme par exemple entre un producteur et un distributeur).

Il s'agit d'une pratique interdite par le Code du commerce (art. L. 420-1). Depuis la loi de 2001 sur les nouvelles régulations économiques, sont aussi interdites les pratiques d'entente mises en œuvre « par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France ».

En étant l'entente un accord de volontés, les parties concernées disposent d'une autonomie de décision suffisante les unes par rapport aux autres. Ainsi, ne peuvent être qualifiées d'ententes des pratiques associant deux filiales d'un même groupe qui ne disposent d'aucune autonomie propre.

Le Code de commerce s'applique, non seulement aux ententes entre entreprises, mais également à des ententes entre des entités dont l'une au moins peut être considérée comme un opérateur économique⁵³⁹.

Les ententes anticoncurrentielles peuvent être classées comme « horizontales » lorsqu'elles impliquent plusieurs partenaires privés concurrents pour un même type de produit ou de service, ou comme « verticales » lorsqu'elles sont conclues entre des opérateurs situés à différents niveaux de la chaîne économique, entre fournisseurs et les distributeurs.

L'action occulte des membres de l'entente permet d'organiser une concurrence artificielle qui est destinée à tromper la surveillance de l'acheteur public. Cette pratique contribue généralement à renchérir le coût des prestations pour celui-ci, en faisant obstacle à la libre détermination du prix par le jeu normal de la concurrence.

En raison du nombre et de la diversité des ententes anticoncurrentielles, il serait impossible d'en fournir une liste exhaustive. L'art. L. 420-1 du Code de commerce cite les accords ou pratiques concertées qui tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, ceux qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (le cas « classique » des ententes tarifaires), ceux qui tendent à limiter ou

⁵³⁹ Cf. arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 fév. 2000.

contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, entre autres. Des pratiques visées par d'autres dispositions du Code de commerce (prix imposés) peuvent également relever de l'art. L. 420-1 lorsque celles-ci sont constitutives d'entente.

L'abus de position dominante (ou exploitation abusive de position dominante) est l'une des deux pratiques interdites par l'art. L. 420-2 du Code de commerce (la seconde étant l'abus de dépendance économique). Il s'agit d'une pratique interdite dans les mêmes conditions que l'entente anticoncurrentielle. Elle s'applique lorsque les pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

La notion de position dominante n'est pas définie par les textes. Cependant, la jurisprudence a consacré une définition élaborée par les autorités et juridictions communautaires selon laquelle :

« [...] la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »⁵⁴⁰.

La position dominante s'entend sur un marché de produits ou de services déterminé. L'appréciation d'une telle position passe inévitablement par une définition préalable du marché pertinent, ce qui impose de mesurer le degré de substituabilité des produits ou services susceptibles de constituer ledit marché.

⁵⁴⁰ Arrêt du 13 fév. 1979, Hoffmann-La Roche / Commission (85/76, Rec. CJCE, p. 00461), Arrêt du 31 mai 1979, Hugin / Commission (22/78, Rec. CJCE, p. 01869), Arrêt du 9 nov. 1983, Michelin / Commission (322/81, Rec. CJCE, p. 03461) (cf. al. 30), Arrêt du 5 oct. 1988, Alsatel / Novasam (247/86, Rec. CJCE, p. 05987) (cf. al. 12), Arrêt du 15 déc. 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger / Dansk Landbrugs Grovvarereselskab (C-250/92, Rec. CJCE, p. I-5641) (cf. point 47), Arrêt du 22 nov. 2001, AAMS / Commission (T-139/98, Rec. CJCE, p. II-3413) (cf. point 51), Arrêt du 23 oct. 2003, Van den Bergh Foods / Commission (T-65/98, Rec. CJCE, p. II-4653) (cf. point 154) et Arrêt du 14 déc. 2005, General Electric / Commission (T-210/01, Rec. CJCE, p. II-5575) (cf. points 85, 114, 243).

Le simple constat de la forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. En revanche, si l'entreprise concernée dispose d'une avance technologique telle qu'elle lui permet d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle, cette entreprise peut être considérée comme étant en position dominante. Il en va de même d'une entreprise qui détient des marques d'une très forte notoriété auprès des consommateurs, au point que les distributeurs ne peuvent se passer de ces marques.

Le cas de position dominante le plus caractérisé est la position de monopole, *a fortiori* si cette situation n'est pas ponctuelle, dans le cas où une entreprise est la première à intervenir sur un marché émergent, mais résulte de la difficulté pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché dans les cas d'existence de barrières de nature réglementaire, technologique, entre autres.

Les stratégies développées par certains participants aux marchés publics peuvent rendre de plus en plus difficile l'identification des pratiques mentionnées. L'administration, en tant qu'acheteur public a la possibilité lorsqu'elle présume l'existence d'une pratique anticoncurrentielle d'éliminer les offres illicites des concurrents soupçonnés.

Toutefois, la preuve de la pratique anticoncurrentielle n'est pas apportée, les participants bénéficient d'une présomption de comportement licite. A l'exception de rares cas dans lesquels la pratique anticoncurrentielle peut paraître évidente dès le stade de la remise des offres, l'administration doit donc attendre la décision des juges ou de l'autorité de concurrence qui pourront sanctionner la pratique anticoncurrentielle et la faire publier au BOCCRF et sur son site Internet.

Lors du processus d'externalisation l'administration victime d'une pratique anticoncurrentielle à l'occasion de la passation d'un marché public peut obtenir réparation du préjudice subi⁵⁴¹. L'action en justice est primordiale puisque lorsque

⁵⁴¹ Les sommes en jeu sont significatives. La majoration illicite des prix dans la commande publique à l'occasion des pratiques anticoncurrentielles constatées et sanctionnées par le Conseil de la concurrence peut être estimée entre quinze et trente pour cents. Disponible sur : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=287 >.

l'autorité de la concurrence constate des pratiques anticoncurrentielles. Celle-ci peut prononcer des sanctions pécuniaires (amendes), cependant l'administration des pratiques peut ne pas être indemnisée et les conséquences financières sont supportées directement par l'administration.

Une action en réparation contre les auteurs des pratiques illicites peut être engagée par l'administration ou par un contribuable devant le juge administratif, en étant le Tribunal administratif territorialement compétent celui du lieu où le marché est exécuté⁵⁴². Cette action en réparation peut être fondée sur le dol, puisque la pratique anticoncurrentielle vise à tromper l'administration sur la réalité de la concurrence, en la conduisant à accepter le contrat à des conditions plus onéreuses. Les sommes abusivement versées doivent être évaluées pour fixer la réparation due.

Le recours à cette procédure doit être fait que lorsque le contrat a été entièrement exécuté puisque le contrat déclaré nul ne pourra plus faire naître d'obligation à la charge des parties. L'art. L.420-3 du Code de commerce dispose que tout contrat conclu à l'issue d'une pratique anticoncurrentielle est nul.

⁵⁴² Selon l'Autorité de la concurrence, le contribuable doit cependant adresser une demande d'agir à l'autorité exécutive ou à l'assemblée de la collectivité. Par ailleurs, il faut que la collectivité ait refusé ou négligé d'exercer elle-même l'action envisagée par le contribuable. Si l'action du contribuable aboutit, les sommes indûment perçues par le cocontractant bénéficiaire de l'entente devront être remboursées à la personne publique. Le contribuable quant à lui aura droit au remboursement des frais de justice engagés. Disponible sur : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=287 >.

Conclusion de la Seconde Partie

La performance est envisagée comme un élément de gestion et de contractualisation pour l'externalisation.

Deux facteurs sont essentiels à une gestion performante de l'externalisation : Le rôle des agents publics responsables de la mise en œuvre et du contrôle du processus d'externalisation, d'une part, et la relation entre l'administration et son prestataire privé, d'autre part.

Il s'avère que les agents publics, en tant que responsables de la mise en œuvre du processus d'externalisation, sont tenus de respecter les devoirs de probité, de reddition de comptes et d'efficacité, dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Des manquements pourraient nuire à l'intégrité du processus d'externalisation.

Il s'avère également que la relation entre l'administration et son prestataire privé peut être un élément stratégique mais aussi une source de conflits d'intérêts. Le choix de la procédure et des contrôles du processus d'externalisation apparaît donc fondamental.

La performance en tant qu'élément de la contractualisation, contraint l'administration à bien établir les mécanismes et les critères de sélection des prestataires privés. L'inadaptation ou l'irrégularité du choix de la procédure, les difficultés de contrôle du prestataire privé et le manque de transparence peuvent compromettre la procédure.

Conclusion générale

L'ambition de cette thèse a été de lever les ambiguïtés existantes autour de la notion d'externalisation dans les services publics au sens restreint, afin d'identifier les avantages et les inconvénients de ce processus, d'une part, et de savoir dans quelle mesure sa gestion peut constituer un élément de performance des administrations publiques, d'autre part.

Le pari était d'examiner préalablement les éléments intrinsèques au sujet, tels que la notion de services publics et d'activités publiques, les principes qui leurs sont attenants, la gestion privée dans la sphère de l'administration et la comparaison des modèles juridiques français et brésilien.

Pour ce dernier élément, on constate que la confrontation et la comparaison de deux modèles juridiques différents ne semblent pas si évidentes. Des difficultés liées à la traduction et à l'interprétation des termes juridiques se sont fréquemment présentées tout au long de cette étude, comme autant d'éléments de subjectivité pouvant nuire au caractère scientifique du propos.

La comparaison s'est construite progressivement au cours de l'étude. Elle est résultante d'un choix d'enjeux suffisants ou légitimes pour l'établir.

La volonté première, a été d'élaborer une définition de l'externalisation au sens restreint plus adaptée à la sphère de l'administration publique. La seconde a été d'examiner les concepts périphériques, tels que la performance et le contrôle conditionnant le processus d'externalisation.

La lecture de la doctrine, des textes de lois, des publications académiques, entre autres, ne laisse aucun doute sur l'importance du thème de l'externalisation pour la modernisation de l'administration. Il se déplace vers le marché et la concurrence. Vu sous cet angle, l'affirmation du paradigme de l'efficacité au sein de l'administration prend une place croissante dans l'évolution des partenariats avec le secteur privé.

L'étude a permis de constater parmi les deux systèmes juridiques des convergences et des divergences.

La principale convergence tient à l'existence d'un « noyau irréductible » (selon la terminologie française) et d'une « activité-intermédiaire » ou d'une « activité-finale » (selon la terminologie brésilienne) qui peut être exercée uniquement par les organes de l'administration publique. Il s'agit d'un critère qui ne doit pas être appliqué dans d'autres formes de contrat dits de collaboration, tels que des délégations de services publics et contrats de partenariat.

Il faut préciser qu'autour de ce « noyau irréductible » viennent se greffer de nombreuses activités accessoires, qui ne participent qu'indirectement à l'exercice de l'autorité publique, pouvant contractuellement être confiées à un partenaire privé et qui couvrent le fonctionnement opérationnel essentiel de l'administration comme : Le nettoyage et l'entretien des bureaux, l'accueil, l'impression documentaire, la restauration, la téléphonie, la surveillance des bâtiments publics et des réseaux.

Dans les deux pays objets de cette étude, les intérêts liés à l'externalisation des activités peuvent être divers pour l'administration et revêtent une importante fonction stratégique puisqu'ils sont normalement liés à la qualité du service, à la compétitivité, à la flexibilité, aux coûts, à l'efficacité du service et à la diminution du risque d'obsolescence des équipements.

Malgré les avantages que l'externalisation présente, des difficultés peuvent survenir, parmi lesquelles la rigidité budgétaire, le risque de défaillance du prestataire privé et des problèmes liés aux contrôles des processus par l'administration concernée.

Il reste sans conteste que la réussite du processus d'externalisation dépend, dans une très large part, de la stratégie adoptée par l'administration. Elle suppose une extrême prudence, tant du point de vue économique que du point de vue juridique. Un mauvais choix de transfert de service public peut occasionner la perte du contrôle du processus

d'externalisation et générer la responsabilité subsidiaire de l'administration tout en réduisant sa performance.

Une autre convergence tient au fait que l'externalisation peut être utilisée comme un instrument de gestion performante pour l'administration publique. Pour cela, l'étude des questions relatives aux règles des marchés publics de services et à l'établissement de systèmes de contrôle de la gestion du processus de l'externalisation, ont permis de comprendre que la relation érigée entre l'administration et son prestataire privé, ainsi que le rôle et l'engagement des agents publics responsables de la surveillance et de la mise en œuvre du processus d'externalisation, s'avèrent essentiels.

Les agents publics sont tenus de respecter les devoirs de probité, de reddition de comptes et d'efficience dans l'exercice de leurs fonctions publiques en préservant l'intégrité de la procédure des marchés publics. Dans ce contexte, il est clair que la corruption et les conflits d'intérêt présentent un risque constant.

Autre élément de convergence est celui lié à la règle générale destinée à l'achat de biens, de fournitures ou de services et à la réalisation d'ouvrages. Les gestionnaires publics *en France et au Brésil* sont tenus d'instaurer une procédure de marché public, à l'exception des règles tenant à la contractualisation directe.

Quant aux divergentes, les majeures tiennent au fait que l'engagement de la responsabilité de l'administration reste une réalité pour l'administration brésilienne puisqu'elle peut impliquer, en cas de fraude ou de responsabilité subsidiaire, la reconnaissance d'un lien de subordination entre l'employé du prestataire de services privés et l'administration qui est bénéficiaire des services. La mauvaise gestion des contrats d'externalisation pendant les dernières décennies a conduit l'administration brésilienne à être condamnée de nombreuses fois à payer des charges salariales et de sécurité sociale à la place de ses prestataires privés.

Cette situation a conduit l'Etat, en mai 2011, à revoir la règle donnée par le n° IV du Précédent n° 331, du Tribunal Supérieur du Travail (TST), dont le principal objectif est de diminuer les risques de lien de subordination (donc le paiement des charges salariales

et de sécurité sociale) par l'administration publique à la place de ses partenaires privés. Selon cette règle, le prestataire privé de services publics est responsable du paiement des charges salariales, de la sécurité sociale, tributaires et commerciales issues de l'activité développé au sein de l'administration. En cas de non-paiement de ces charges, la responsabilité peut être transférée à l'administration qui ne peut pas échapper à toute forme de responsabilité, compte tenu du fait qu'elle a été la bénéficiaire des services rendus par le prestataire privé. C'est la sécurité juridique du salarié qui est mise en protection.

Au terme de cette traversée, des interrogations demeurent. La volonté, exprimée tout au long de cette démarche, est d'affirmer que le cadre réglementaire de l'externalisation au sens restreint est particulièrement complexe et dispersé dans divers instruments normatifs, rendant difficile le contrôle de sa mise en œuvre.

Pour cette raison, plus spécifiquement en ce qui concerne *le Brésil*, une révision du cadre normatif s'impose avec l'élaboration d'une loi définissant la portée de l'externalisation dans l'administration publique, de mesures destinées à rendre les agents publics plus engagés pour la procédure et plus protégés face à des actions pouvant nuire le processus d'externalisation.

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

La présente bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Par ailleurs, elle ne reprend pas l'ensemble des références citées dans les notes de bas de page de cette étude.

OUVRAGES GENERAUX

- CHAPUS, René. *Droit administratif général*, Coll. « Précis Domat Droit Public », Tome 1. 15^e éd. LGDJ, Montchrestien, Paris 2001, 1440p.
- CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant. Quadrige, PUF, Paris 2012, 1095p.
- FRIER, Pierre-Laurent, PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. 6^e éd. Montchrestien, Lextenso, Paris 2010, 568p.
- GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine. *Droit du service public*. 4^e éd. Montchrestien, Lextenso, Paris 2016, 890p.
- HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. 2^e éd. Librairie du Recueil Sirey, Paris 1916, 812p.
- LAITHIER, Yves-Marie. *Droit comparé*. Dalloz, Paris 2009, 255p.
- LAUBADERE, André de, MODERNE, Franck, DELVOLVE, Pierre. *Traité des contrats publics*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2^e éd., 1983, 1124p.
- LE MESTRE, Renan, *Droit du service public*. Gualino, Paris 2005, 532p.
- WALINE, Jean, *Précis de droit administratif*. 25^e éd. Dalloz, Paris 2014, 768p.
- RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit administratif*, Coll. « Précis de droit administratif ». 17^e éd. Dalloz, Paris 1998, 529p.
- ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif*. 2^e éd. Dalloz, Paris 1928, VIII, 508p.
- SAINT MARC, Renaud Denoix, *L'Etat*, Coll. « Que sais-je ? ». 2^e éd. PUF, Paris 2012, 128p.
- SCHULTZ, Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, Coll. « Systèmes », 2^e éd. LGDJ, Paris 2002, 192p.

TROBATAS, Louis, *Finances publiques*. 3^e éd. Précis Dalloz, Paris 1969, 880p.

OUVRAGES SPECIFIQUES

AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*. 2^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2010, 264p.

BRACONNIER, Stéphane, *Droit des Services publics*, Coll. « Thémis ». 2^e éd. Paris : PUF, 2003, 530p.

BOURDON, Pierre, *Le contrat administratif illégal*, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 131. Paris : Dalloz, 2014, 939p.

CHEVALLIER, Jacques,

- *L'Etat*, Coll. « Connaissance du droit ». 2^e éd. Paris : Dalloz, 2011, 122p.
- *L'Etat post-moderne*, Coll. « Droit et Société, Maison des sciences de l'homme ». 4^e éd. Paris : LGDJ, Lextenso, 2014, 265p.
- *Le service public*, Coll. « Que sais-je ? ». 1^{er} éd. Paris : PUF, 1987, 127p.

COHEN, Alain-Gérard. *La nouvelle gestion publique : Concepts, outils, structures, bonnes et mauvaises pratiques. Contrôle interne et audits publics*. 3^e éd. Paris : Gualino, Lextenso, 2012, 221p.

COHEN, Élie, HENRY, Claude. *Service public, secteur public*, Coll. « Les Rapports du Conseil d'analyse économique ». Paris : La Documentation Française, 1997, 105p.

COSSALTER, Philippe. *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Coll. « Thèses », sous-coll. « Bibliothèque de droit public ». Paris : LGDJ, 2007, 896p.

FROT, Olivier. *Développement durable & marchés publics*. Paris : AFNOR, 2008, 233p.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La circulation du modèle juridique français en Amérique Latine : rapport général, in « *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Tome XLIV - La circulation du modèle juridique français : journées franco-italiennes (1993)* ». Paris : Litec, 1994, 11p.

JEZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif 1*. Tome 3 « Le fonctionnement des services publics », Coll. « Bibliothèque Dalloz ». Réimpression de l'édition de 1926. Paris : Dalloz, 2004, 560p.

LAGUERRE, Alain. *Concurrence dans les marchés publics*, Coll. « L'administration nouvelle ». Paris : Berger-Levrault, 1989, 152p.

LAUFER, Romain, BURLAUD, Alain. *Management public : gestion et légitimité*, Coll. « Dalloz Gestion ». Paris : Dalloz, 1983, volume 1, n° 2, 337p.

LIGNIERES, Paul, *Partenariats public-privé*, Coll. « Affaires finances ». 2^e éd. Paris : Lexis Nexis Litec, 2005, 440p.

VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la française*, Coll. « Le droit en questions ». Paris : Ellipses Marketing, 2000, 175p.

VILLORIA-MENDIETA, Manuel. *Politiques et pratiques en matière de conflits d'intérêt dans neuf Etats membres de l'U.E. : Etude comparative*. Documents Sigma n° 36. Paris : Editions OCDE, 2006, 40p.

THESES NON PUBLIEES

JUAN, Muriel, *Continuité de l'emploi et évolution des activités publics*. Thèse de doctorat : Droit. Pau : Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, 387p.

SUN, Xiaowei, *De la relation entre service public et fonction publique : étude comparée des droits français et chinois*. Thèse de doctorat : Droit. Besançon : Université de Franche-Comté, 2014, 475p.

RAPPORTS PUBLICS ET ETUDES

Conseil d'Etat, Rapport public, *Collectivités publiques et concurrence*. La Documentation Française, Paris, 2002.

Conseil d'Etat, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*. Paris : La Documentation française, 2008.

Conseil d'Etat, Rapport public, *L'Etat et ses agences*, Inspection générale des finances, mars 2012.

Conseil d'Etat, *Les Etudes du Conseil d'Etat, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*. Paris : La documentation française, 2016.

Conseil d'Etat, Rapport public, *Sur le principe d'égalité*, coll. « Etudes et Documents », n° 48, Paris : La Documentation française, 1996.

Rapport Brundtland.

Rapport d'activité pour l'année 2001, à Monsieur le Premier Ministre et à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Service central de prévention de la corruption. Paris : SCPC.

Rapport, AN n° 3595, *Guide de l'externalisation*, 12 fév. 2002.

Rapport Conseil d'analyse économique. Paris : La Documentation Française, 1997

Rapport Meadows : *The Limits to Growth* (Halte à la croissance !

Rapport OIT, n° V, *Administration du Travail et Inspection du Travail*, Conférence International du Travail.

Rapport OCDE (2008), *L'intégrité dans les marchés publics, Les bonnes pratiques de A à Z*

Rapport n° 319 (2009-2010), de Mme. Annie Jarraud-Vergnolle, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 23 fév. 2010.

BABUSIAUX, Christian (dir.), Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? in « *Rapport du groupe de travail mis en place par l'Institut de la gestion déléguée sur le thème « l'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics »*, 2005, 179 p., sp. p. 30. Disponible sur : < http://www.fondation-igd.org/files/pdf/IGD_DF_competition.pdf >).

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

BRACONNIER, Stéphane, Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat, in « *AJDA* », Dalloz Dossier « Les codes des marchés publics nouveau est arrivé », n° 32, 2015, 8p.

CASSESE, Sabino, Quels réagencements des contrôles juridictionnels de l'action publique, in « *L'Etat du droit administratif* », sous la dir. de Jacques CAILLOSE. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 339p.

CDPC. Le droit public comparé au XXI^e siècle : objet, finalités et méthodes, in « *Rapport établi par l'équipe scientifique du Centre de droit public comparé (CDPC)* » [en ligne]. 2013, 11p. Disponible sur : < www.u-paris2.fr/.../com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw? >. Accès le 06/12/2015.

CHEVALLIER, Jacques,

- Essai sur la notion juridique de service public, in « *Publications de la Faculté de Droit d'Amiens* » [en ligne], n° 7, 1976, 24p. Disponible sur : < <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/7/chevallier.pdf> >. Accès le 06/12/2015.
- Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, in « *Le droit administratif en mutation* ». Paris : PUF, 1993, 29p.
- *L'Etat central, quelles évolutions ? Quels enjeux ?* « Coll. Cahiers français ». Paris : La Documentation française, sept.-oct. 2008, n° 346, 88p.
- Les figures de l'usager, in « *Psychologie et sciences administratives* ». Paris : PUF, 1985, 35p.
- Management public et Droit, in « *Politiques & management public* », vol. 26/3, 2008, 23p. Disponible sur : < <http://pmp.revues.org/1520> >. Accès le 06/12/2015.
- « La gouvernance et le droit », in « *Mélanges Paul AMSELEK* ». Bruxelles : Bruylant, 2005, 857p.
- Les nouvelles frontières du service public, in « *Regards croisés sur l'économie* » [en ligne], 2/2007, n° 2, 296p. Disponible sur : < www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2007-2-page-14.htm >. Accès le 16/12/2015.
- *Rapport de synthèse, L'évaluation dans l'administration*, Coll. « Travaux du CURAPP ». Paris : PUF, 1993, 7p.
- Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, in « *Dossier Loi et contrat* » [en ligne], mars 2005. Disponible sur : < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/loi-et-contrat-dans-l-action-publique.51957.html> >. Accès le 15/04/2016.

CHOUSSAT, Jean. *La modernisation, est-ce l'efficacité ?* « Le service public en recherche : quelle modernisation ? », sous la dir. de Catherine GREMION et Robert FRAISSE. Paris : La documentation française, 1996, 405p.

CLUZEL-METAYER, Lucie. L'évaluation et la gouvernance démocratique, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice Hauriou, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237 p.

COSSALTER, Philippe. *Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens* [en ligne], 21p. Disponible sur < <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/cossalter.pdf> >. Accès le 14/12/2015.

DREYFUS, Françoise. A la recherche du temps perdu. La science politique française oubliée de l'administration publique. A propos de Notre Etat, in « *Politix* » [en ligne], vol. 15, n° 59, Troisième trimestre 2002, 23p. Disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_2002_num_15_59_1230 >. Accès le 01/04/2016.

DREYFUS, J-D.,

- Externalisation et liberté d'organisation du service, in « *Dalloz actualité (AJDA)* » [en ligne], n° 59, 1529, 15 sept. 2009, 5p. Disponible sur : < <http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=AJDA/CHRON/2009/0551> >. Accès le 15/12/2015.
- Externalisation, éléments de droit public, in « *Actualités Juridiques de Droit Administratif (AJDA)* », n° 19, 18 nov. 2002. 6p.
- L'exécution des contrats « Les pouvoirs de contrôle de l'administration en France », in « *Le contrôle des marchés publics* », G. MARCOU (dir.). Paris : IRJS, 2009, 8p.

ESPLUGAS-LABATUT, Pierre. *L'externalisation dans les services publics en France et ses limites* [en ligne], 11p. Disponible sur : < http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwic1tq4q7HLAhXMXRoKHRFBCNwQFggsMAM&url=http%3A%2F%2Fimh.ut-capitole.fr%2Fmedias%2Ffichier%2Fcurriculum-vitae-janvier-2016_1453369833165-doc&usq=AFQjCNHjaa25Ch845RJR9UR7vT4ritoejg&sig2=IMwOceirTjMmidHUFcUxtg >). Accès le 8/3/2016.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, Le droit brésilien, cet 'inconnu' qui ne l'est plus, in « *Revista Culturas Jurídicas* », vol. 2, n° 2, juill.-déc. 2007.

FROMONT, Michel. Le droit français et le droit brésilien d'aujourd'hui, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* », sous la dir. de Michel STORCK, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA et Thales MORAIS DA COSTA. Paris : L'Harmattan, 2010, 488p.

FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 7^e éd. Paris : Dalloz, 2013, 278p.

GANGLOFF, Florence. Le Nouveau Management Public et la Bureaucratie Professionnelle, in « *La place de la dimension européenne dans la Comptabilité Contrôle Audit* », 2009, Strasbourg, France, 17 p. Disponible sur : <halshs-00460638>. Accès le 9/9/2016.

GJIDARA, Marc. *Les procédés contractuels entre partenaires publics : les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales* [en ligne], 2011, 32p. Disponible sur : <hrcak.srce.hr/file/105437>. Accès le 13/06/2016.

GUGLIELMI, Gilles J.,

- Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en-droit* » [en ligne], 7p. Disponible sur : <<http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf>>. Accès le 03/12/2015.
- La conception du service public « à la française », in « *Droit et communiqués presse, Drôle d'en – droit* » [en ligne], 5p. Disponible sur : <<http://www.guglielmi.fr/spip.php?article227>>). Accès le 04/01/2016.

HAURIUO, A. Le Droit administratif de l'aléatoire, in « *Mélanges offerts au Doyen Louis TROBATAS* », Paris, LGDJ, 1970, 880p.

IDOUX, Pascale. Evaluation et performance de l'action administrative, in « *L'évaluation en droit public* », sous la dir. de Delphine DERO-BUGNY. Actes du Colloque Centre Maurice HAURIUO, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, 16 mai 2014. Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, 237p.

JOXE, Pierre, L'efficacité de l'Etat, in « *La France du nouveau siècle* », PUF, Paris, 2002.

KOUBI, Geneviève, La dégénérescence du service public : du service « au » public au service « rendu à la personne, in « *Revue Le Droit Ouvrier, Spécial Service Public*,

Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public – Intérêt général et intérêt des travailleurs », 2008.

LAMARZELLE, Dennis, Management public et modernisation des services publics, in « *L'Europa* » [en ligne], 67p. Disponible sur : < www.europaong.org/wp-content/uploads/.../Management_public.pdf >. Accès le 21/04/2016.

LIGNIÈRES, Paul,

- Distinction des activités régaliennes et non-régaliennes, in « *Droit administratif européen* », sous la dir. de Jean-Bernard ALBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE. Bruxelles : Bruyant, 2007, 1122p.
- Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables et sur la manière de l'établir, in « *Chaire mutations de l'action publique et du Droit Public* ». Deuxième section du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global : L'externalisation des activités publiques en droit comparé. » Sciences Po, *AJDA*, Dalloz, 14 mars 2007, 12p.

LIGNIÈRES, Paul et BABIN, L., L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat, in « *Droit Administratif (DA)* », mai 2002.

MARCOU, Gérard,

- Le contrôle des marchés publics, ses buts et ses moyens, in « *Le contrôle des marchés publics* », sous la dir. de G. MARCOU. Paris : IRJS, 2009, 28p.
- Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique, in « *Caisse des Dépôts et Consignations* » (avec le concours du GRALE), *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*. Paris : La Documentation française, 2002, 37p.

MAYAUX, Pierre-Louis, Le dilemme du contrôle : politiciens et régulateurs économiques au Brésil, in « *Association française de science politique (AFSP)* » [en ligne]. 2011, 42 p., sp. p. 13. Disponible sur : < <http://www.afsp.info/congres2011/sectionsthematiques/st15/st15mayaux.pdf> >. Accès le 14/06/2016.

PAIVA DE ALMEIDA, Domingos, Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien, in « *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Etudes de droit comparé* », sous la direction de Michel Storck, Gustavo Vieira da Costa Cerqueira et Thales Morais da Costa. Paris : L'Harmattan, 2010, 488p.

PAULIAT, Hélène, Justice, performance et qualité. Le droit administratif : permanences et convergences, in « *Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME* ». Dalloz : Paris, 2007, 1122p.

PESQUEUX, Yvon, *La notion de performance globale*. 14p. Disponible sur : < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/20/.../performanceTunis.rtf> >.

QUINTANE, Guy, L'action publique et les ambiances contractuelles, in « *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)* ». Université d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen. Textes réunis par Christian PIGACHE. Publications de l'Université de Rouen et du Havre, 2004, 214p.

RODRIGUES, Stéphane, Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire, in « *Actualités Juridiques de Droit Administratif (AJDA)* », n° 2, 16 janv. 2006, 5p.

ROLIN, Frédéric, Le contrat administratif, in « *Rapport Français* » [en ligne], 12p. Disponible sur : < www.henricapitant.org/.../2.%20Contrat%20administratif%20Rapport%20français%20.. >. Accès le 14/06/2016.

ROUVILLOIS, Frédéric, L'externalisation ou comment recentrer l'Etat sur ses compétences essentielles, in « *Fondation pour l'innovation politique* », avr. 2008, 62p.

SOLDINI, David, La délégation de service public, sa fonction, ses critères, in « *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)* », nov. – déc. 2010, 11p.

SUNDFELD, Carlos Ari, Action publique et concurrence : les tensions du droit public brésilien, in « *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107p.

TROSA, Sylvie, Modernisation du management public : Le pari de la qualité, in « *Institut de l'entreprise* », avr. 2006, 55 p.

URIO, Paolo, La gestion publique au service du marché, in « *La pensée comptable : Etat, néolibéralisme, nouvelle gestion publique* ». PUF et Les nouveaux Cahiers de l'IUED : Paris et Genève, 1998.

VANDERMEEREN, Roland, Les recours ouverts aux entreprises : les contrôles de l'administration acheteuse. L'évolution du modèle français, in « *Le contrôle des marchés publics* », sous la dir. de G. MARCOU. Paris : IRJS, 2009, 13p.

VILLEY, Michel, Esquisse historique sur le mot responsable, in « *La responsabilité à travers les âges* ». Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1977, 14p.

WALD, Arnaldo,

- Le contrat administratif : Rapport général, in « *Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LV – Le contrat : journées brésiliennes (23 au 27 mai 2005)* », Paris : Société de législation comparée, 2008, 12p.
- Le droit comparé au Brésil : la vision de 2000, in « *Revue internationale de droit comparé* ». Vol. 51, n° 4, Oct.-déc. 1999, 34p.
- La nouvelle législation brésilienne relative au régime des concessions de services publics, in « *Revue internationale de droit comparé (RIDC)* ». Vol. 48, n° 1, Janv.-mars 1996, 26p. Disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_1_5214 >. Accès le 07/09/2016.

WALINE, Marcel, Les fournitures entre services publics constituent-elles des atteintes à la liberté du commerce ? in « *Revue de Droit Public (RDP)* » [en ligne], 1970, 7p. Disponible sur : < www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/lignieres.pdf >. Accès le 17/06/2016.

BIBLIOGRAPHIE BRÉSILIENNE

La présente bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Par ailleurs, elle ne reprend pas l'ensemble des références citées dans les notes de bas de page de cette étude.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALMEIDA PRADO, Francisco Octávio de, *Improbidade administrativa*. 1^a ed. São Paulo : Malheiros, 2001, 242p.

AMORIM, Helder Santos, *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. 1^a ed. São Paulo : LTr, 2009, 248p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de,

- *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro : Forense, 2007, 852p.
- *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, 509p.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito administrativo*. 2^a ed. São Paulo : Saraiva, 1996, 345p.

CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil : doutrina e jurisprudência*. 2^a ed. ampl. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995, 679p.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo : RT, 1984, 112p.

CAPEZ, Fernando, *Curso de direito penal, volume 3, parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública*. 10^a ed. São Paulo : Saraiva, 2012, 776p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. 23^a ed. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2010, 1347p.

DELGADO, Gabriela Neves, *Terceirização : paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. 1^a ed. São Paulo: LTr, 2003, 201p.

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*. 10^a ed. São Paulo : LTr, 2011, 1403p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella,

- *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo : Atlas, 2010, 875p.
- *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo : Atlas, 2011, 461p.

DAL POZZO, Augusto Neves, Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro. *Coleção Temas de direito administrativo*. Brasil : Malheiros, 2012, 144p.

FURTADO, Lucas Rocha, *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte : Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, 1030p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 406p.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. 1ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, 230p.

JUSTEN FILHO, Marçal,

- Les nouveaux modes de gestion de l'action publique, in « *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel FROMONT. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107 p.
- *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo : Dialética, 2003, 654p.
- *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte : Fórum, 2010, 1295p.
- *Curso de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p.

MACHADO. Paulo Affonso de Leme, *Direito ambiental brasileiro*. 20ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, 1280p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Agências Reguladoras Independentes : fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte : Forum, 2009, 220p.

MARTINS, Sergio Pinto, *A Terceirização e o direito do trabalho*. 13ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014, 188p.

MAZZA, Alexandre, *Manual de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2016, 967p.

MEDAUAR, Odete,

- *Direito administrativo moderno*. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2013, 489p.
- *Controle da administração pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo : RT, 2014, 251p.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. atual. São Paulo : Malheiros, 1997, 733p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. até a EC 84 de 2/12/2004, São Paulo : Malheiros, 2015, 1150p.

OSORIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : RT, 2006, 560p.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil*, volume III. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2003, 544p.

PISCITELLI, Tathiane, *Direito financeiro esquematizado*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Método, 2012, 232p.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira, *Terceirização na administração pública*. 1ª ed. São Paulo : LTr, 2001, 175p.

SANTOS, Adair Loredó, INGLESÍ, Carlos Eduardo, *Direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo : Primeira Impressão, 2008, 976p.

ZYMLER, Benjamin, *Direito administrativo e controle*. 1ª ed. Belo Horizonte : Ed. Fórum, 2005, 495p.

ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da terceirização na administração pública*. São Paulo : Malheiros, 2014, 208p.

OUVRAGES SPECIFIQUES

BARBOSA, Joaquim, L'intérêt du droit français pour le juge brésilien, in « *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées* ». Sous la direction de Michel Fromont. Bruxelles : Bruylant, 2012, 1107p.

JUSTEN, Monica Spezia, *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo : Dialética, 2003, 255p.

LORENZETTI, Ari Pedro, *A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo : LTr, 2003, 463p.

MOOR, Fernanda Stracke, *O Regime de delegação da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, 160p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2011, 822p.

OSORIO, Fábio Medina, *Teoria da improbidade administrativa : má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª ed. São Paulo : RT, 2013, 430p.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio, TIMBÓ, Maria Zulene Farias, ROSA, Maria Berenice, *Contabilidade Pública – Uma abordagem da administração financeira pública*. 9ª ed. Atlas: São Paulo, 2006, 432p.

SILVA, Danny Monteiro da, *Terceirização na administração pública como instrumento estratégico de gestão*. Curitiba : Juruá, 2014, 209p.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2014, 351p.

WALD, Arnoldo, *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968, 34p.

THESES ET MEMOIRES NON PUBLIEES

FERRAZ MARQUES, Fábio, *A prestação privada de serviços públicos no Brasil*. Monographie de Master : Droit. São Paulo : Universidade de São Paulo (USP), 2009, 143p.

FURTADO, Lucas Rocha, *As raízes da corrupção : estudo de casos e lições para o futuro*. Thèse de doctorat. Salamanca : Universidad de Salamanca, 2012, 499p.

SANTOS FERREIRA, Kaline, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Etude comparée des Droits français et brésilien*. Thèse de doctorat : Droit. Bordeaux : Université Montesquieu-Bordeaux 4, 2013, 379p.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ARAGÃO, Alexandre Santos de,

- La Participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes : le cas brésilien, in « *Revista Internacional de Contratos Públicos (RICP)* » [en ligne], n° 1, 2013, 15p. Disponible sur : < http://www.direitodoestado.com/revista/11_RICP-01-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf >). Accès le 15/03/2016.
- Delegações de serviços públicos, in “*Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*” [en ligne]. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009, 50p. Disponible sur : < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Accès le 15/03/2016.

BARROSO, Luís Roberto, *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la Class Action américaine*, 30p. Disponible sur : < <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf> >). Accès le 21/10/2016.

BOCKMANN MOREIRA, Egon,

- Concessões de serviços públicos e *Project Finance*, in « *Revista de Direito Público e Regulação (RDPR)* » [en ligne]. Salvador, n° 23, agosto/setembro/outubro 2010, 10p. Disponible sur : < www.direitodoestado.com/.../REDAE-23-AGOSTO-2010-EGON-... >. Accès le 15/3/2016.
- *Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço*, in « *Revista de Direito do Estado (RDE)* » [en ligne]. Salvador, n° 1773, du 17 nov. 2015. Disponible sur : < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco> >. Accès le 22/4/2016.
- Não me fale da 8.666 ! in « *Gazeta do Povo, Justiça e Direito* », du 5 oct. 2015. Disponible sur : < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/nao-me-fale-da-8666-9nfwqt8ulixd3iuju366rjxgu> >. Accès le 15/03/2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995, in « *Revista do Serviço Público* », ano 50, n° 4, out-dez. 1999, 25p.

CAMPOS, Liduína Araújo, Terceirização de serviços públicos, in « *Boletim Jurídico* » [en ligne]. Uberaba/MG, ano 4, edição n° 190. Disponible sur : < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1470> >. Accès le 16/06/2016.

COUTO E SILVA, Almiro do, Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira ? in « *Cadernos de Direito Público* » - *Revista da Procuradoria Geral do Estado – Rio Grande do Sul* [en ligne]. 2003, vol. 27, n° 57 supl., 30p. Disponible sur < www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf >. Accès le 14/12/2015.

FERRAZ, Luciano, Terceirização, contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, in « *Boletim de Direito Municipal (BDM)* » [en ligne]. São Paulo, v. 1, n° 1, jan. 2007, 8p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, in « *Revista Diálogo Jurídico (RDJ)* » [en ligne]. N° 13 – abril e maio 2002, Salvador – Bahia – Brasil, 21p. Disponible sur : < http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf >. Accès le 16/06/2016.

FORTINI, Cristiana, O Princípio da legalidade e o emprego da franquía pela administração pública brasileira, in « *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)* » [en ligne]. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, 2006, n° 6, 7p. Disponible sur : < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Accès le 16/12/2015.

GARCIA, Flavio Amaral, A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública, in « *Revista de direito processual geral (RDPG)* » [en ligne]. Rio de Janeiro, (65), 2010, 26p. Disponible sur : < http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50822.pdf/Revista65Doutrina_pg_95_a_114.pdf >. Accès le 16/06/2016.

GRAU, Eros Roberto, Le point de vue du juge constitutionnel, L'expérience du Brésil, in « *Regards croisés sur la sécurité juridique* », Cour de Cassation, Séminaire franco-brésilien, Actes de Colloque, numéro spécial, 395^e année, 21 déc. 2006, n° 254, Paris : Lextenso, 40 p.

GUIMARAES, Fernando Vernalha, Terceirização de atividades estatais: a possibilidade de transferência de atividades-fim e a indelegabilidade de atividades típicas do Estado, in « *Revista de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)* », Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [en ligne]. 2009, n° 4, 117p. Disponible sur : < www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/rdpr/revista_4.pdf >. Accès le 04/12/2015.

JANN, Werner, REICHARD, Christoph, Melhores práticas na modernização do Estado, in « *Revista do Serviço Público (RSP)* » [en ligne]. Brasília, ano 53, n° 3, jul./set. 2002, 20p. Disponible sur : < <http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/288/294> >. Accès le 16/06/2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de, A terceirização na administração pública : Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF, in « *Jus Navigandi* » [en ligne]. 2011, ano 16, n° 2849, 2p. Disponible sur : < <http://jus.com.br/revista/texto/18933> >. Accès le 17/06/2016.

SANTOS, Clezio Saldanha dos, Breve comparação entre os sistemas de controle de serviços públicos brasileiro e francês : o caso da distribuição de energia elétrica, in « *Revista de Administração Pública (RAP)* » [en ligne]. 2004, v. 38, n° 5, Santos, 21p. Disponible sur : < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6756> >. Accès le 17/06/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal, Seis indícios de corrupção nas contratações administrativas, in « *Gazeta do Povo – Justiça e Direito* », 7 déc. 2015. Disponible sur : < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/seis-indicios-de-corrupcao-nas-contratacoes-administrativas-c12wsts9nxdg424gs823825t6> >. Accès le 15/03/2016.

PASTORE, José, Terceirização no setor público, in « *L'Etat de São Paulo* », 16 dezembro 2014. Disponible sur < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,terceirizacao-no-setor-publico-imp-1607635> >. Accès le 13/12/2015.

SARAVIA, Enrique J., La réforme de l'Etat au Brésil : l'influence du New Public Management - La réforme de l'Etat et la nouvelle gestion publique : mythes et réalités, in « *Revue française de l'administration publique (RFAP)* » [en ligne]. 2003-1, n° 105 - 106, 304p. Disponible sur : < <http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-55.htm> >. Accès le 17/06/2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A greve dos serviços públicos traz prejuízos irreparáveis à sociedade ? in « *Debate, Jornal do Advogado* », ano XLI, n° 409, setembro de 2015, 31p.

AUTRES

BAUBY, Pierre, Questions à Pierre Bauby. Entretien réalisée en janvier 2012, La Documentation française. Disponible sur : < www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000521-les-services-publics-en-france-et-en-europe/questions-a-pierre- >. Accès le 10/10/2016.

OCDE (1999), *Principes européens de l'administration publique* [en ligne]. Documents SIGMA, n° 27. Paris : Les éditions de l'OCDE. Disponible sur : < <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60zsw8bx-fr> >. Accès le 15/05/2016.

OCDE (2005), *Gérer les conflits d'intérêt dans les services publics*. Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 272p.

OCDE (2006), *Concessions*, in « *Global Forum on Competition* » [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 2006, 227p. Disponible sur : <

www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote... >. Accès le 16/12/2015.

OCDE (2008), *L'intégrité dans les marchés publics, Les bonnes pratiques de A à Z* [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 190p. Disponible sur : < <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/4207132e.pdf> >). Accès le 15/05/2016.

OCDE (2010), L'externalisation des services et fonctions de l'Etat dans les situations post-conflit et de fragilité, in « *Partenariat pour la gouvernance démocratique* » [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 180p. Disponible sur : < <https://books.google.fr/books?id=OyY6DiXmW0YC&pg=PA113&lpg=PA113&dq=rappports+OCDE+externalisation&source=bl&ots=QadK8B6mgT&sig=JlhTkfnvk6xPJwiyiAmUxPHLLCw&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjRppmG5tnJAhUGWhoKHU5KBdoQ6AEIPTAI#v=onepage&q=rappports%20OCDE%20externalisation&f=false> >. Accès le 13/12/2015.

OCDE (2011), *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* [en ligne]. Paris : Les éditions de l'OCDE, 152p. Disponible sur : < <https://dx.doi.org/10.1787/9789264056626-fr> >. Accès le 17/06/2016.

OIT (2011), *Administration du Travail et Inspection du Travail, Rapport V, Conférence International du Travail* [en ligne]. 100^e éd. 2011, 138p. Disponible sur : < http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09_45_fren.pdf >). Accès le 15/12/2015.

BIBLIOGRAPHIE D'AUTRES PAYS

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II, 8^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 7^a ed. Madrid : Ed. Technos, Vol. I, 1981-82, 867p.

GRUENING, Gernod. Origin and Theoretical Basis of New Public Management, in « *International Public Management Journal* », n° 4, 2001, 25p. (Disponible sur : < [https://www.google.fr/?gws_rd=ssl#q=Gruening,+G.+\(2001\),+%C2%AB+Origin+and+Theoretical+Basis+of+New+Public+Management+%C2%BB,+International+Public+Management+Journal](https://www.google.fr/?gws_rd=ssl#q=Gruening,+G.+(2001),+%C2%AB+Origin+and+Theoretical+Basis+of+New+Public+Management+%C2%BB,+International+Public+Management+Journal) >). Accès le 1/9/2016.

HOOD, Christopher. A Public Management for All Seasons, in « *Public Administration* », vol. 69, issue 1, 19 march 1991, 16p. (Disponible sur : < http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x/epdf?r3_referer=wol&tracking_action=preview_click&show_checkout=1&purchase_referrer=onlinelibrary.wiley.com&purchase_site_license=LICENSE_DENIED_NO_CUSTOMER >). Accès le 1/9/2016.

POLLITT, Christopher. BOUCKAERT, Geert. Public Management Reform : A Comparative Analysis, in « *Oxford University Press* », 2000, vol. 18, n° 4, 314p. (Disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/pomap_0758-1726_2000_num_18_4_2653 >). Accès le 1/9/2016.

VINING, Aidan R., WEIMER, David L. Economic perspectives on public organizations, in « *The Oxford Handbook of Public Management* », chapter 9. Chippenham, Wiltshire : Oxford University Press, 2005, 789p.

FERLIE, E., ASHBURNER, L., FITZGERALD, L. and PETTIGREW, A. The New Public Management in Action, in « *Oxford University Press* », Oxford : New York, 1996, 295p.

SCHREGLE, Johannes. L'étude comparée des relations professionnelles : écueils et promesses, in « *Revue internationale du travail (RIT)* », vol. 120, n° 17, 1981.

INDEX DES LOIS ET DES DECISIONS JURIDICTIONNELLES EN FRANCE ET EN UNION EUROPEENNE

LEGISLATION

Directive 2014/24/UE du 26 févr. 2014	sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE
Directive 2014/25/UE du 26 févr. 2014	relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE
Loi du 28 pluviôse an VIII du 17 fév. 1800	concernant la division du territoire français et l'administration
Loi n° 46-942 du 7 mai 1946	instituant l'Ordre des géomètres experts
Loi n° 48-1504 du 28 sept. 1948	Statut spécial des personnels de police
Loi n° 68-695 du 31 juill. 1968	de finances rectificative pour 1968
Loi n° 72-662 du 13 juill. 1972	portant sur le statut général des militaires
Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975	relative à la sous-traitance
Loi n° 92-125 du 6 fév. 1992	relative à l'administration territoriale de la République
Loi n° 93-122 du 29 janv. 1993	relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001	portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)
Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002	d'orientation et de programmation pour la justice
Loi n° 2007-148 du 2 fév. 2007	de la modernisation de la fonction publique
Loi n° 2015-990 du 6 août 2015	pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1)
Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016	relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (JORF n° 0094 du 21 avr. 2016, texte n° 2)
Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016	pour une République numérique (JORF n° 0235 du 8 oct. 2016, texte n° 1)
Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958	relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire
Ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958	portant loi organique relative au statut de la magistrature
Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004	sur les contrats de partenariat
Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015	relative aux marchés publics
Ordonnance n° 2016-65 du 29 janv. 2016	relative aux contrats de concession
Décret n° 2015-1163 du 17 sept. 2015	modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics (JORF n° 0218 du 20 sept. 2015, p. 16629, texte 21)
Décret n° 2016-86 du 1 ^{er} fév. 2016	relatif aux contrats de concession
Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016	relatif aux marchés publics

Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016	relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité (JORF n° 0074 du 27 mars 2016, texte n° 29)
Décret n° 2016-412, du 7 avr. 2016,	relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics.
Décret-loi du 17 juin 1938 public	portant sur l'occupation du domaine
Arrêté du 21 mars 2016	fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concessions (JORF n° 0071 du 24 mars 2016, texte n° 48)
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 (JORF du 20 déc. 1987, p. 14863)
Circ. « JUPPE » du 26 juill. 1995	relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics (JORF n+ 174 du 28 juill. 1995, p. 11217)
Circ. n° 97-178 du 18 sept. 1997	portant sur la surveillance et la sécurité des élèves dans les écoles maternelles et élémentaires publiques

TABLES DES DECISIONS

Juridictions administratives et Tribunal des conflits

TA Strasbourg, 30 nov. 1999, Préfet du Bas-Rhin contre Communauté Urbaine de Strasbourg, n° 991028, AJDA, 20 mai 2000, p. 459

CE 10 janv. 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, n° 94624, Rec. Lebon p. 5

CE 6 fév. 1903, Terrier, n° 07496, Rec. Lebon p. 94, concl. ROMIEU

CE 31 mai 1907, Deplanque, R.D.P., 1907, p. 684 ; Rec. Lebon, p. 513, concl. ROMIEU

CE 7 août 1909, Winkell, n° 37317, Rec. Lebon pp. 826 et 1296, concl. TARDIEU

CE 4 mars 1910, Thérond, n° 29373, Rec. Lebon p. 193, concl. PICHAT

CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, n° 16178, Rec. Lebon p. 216, concl. BLUM

CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, n° 30701, Rec. Lebon p. 909, concl. BLUM

CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928, Rec. Lebon p. 125, concl. CHARDENET

CE Section, 28 juin 1918, Sieur Heyriès, n° 63412, Rec. Lebon p. 651

CE 26 janv. 1923, de Robert Lafrégeyre, n° 62529, Rec. Lebon p. 67

CE 8 juill. 1930, Compagnie des chemins de fer PLM et autres, Rec. Lebon p. 753, concl. Josse

CE 27 juill. 1932, Léonard, Rec. p. 799

CE 9 déc. 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, n° 89655, Rec. Lebon p. 1050, concl. Josse

CE Ass.13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », n° 57302, Rec. Lebon p. 417

CE Ass. 7 juill. 1950, DEHAENE, n° 01645, Rec. Lebon p. 426

CE Sec. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, n° 92004, Rec. Lebon p. 151

CE Ass., 28 mai 1954, Barel, n° 28238, Rec. Lebon p. 308, concl. Letourneur

CE Sect. 20 avr. 1956, Epoux Bertin et Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard, n° 98637, Rec. CE, pp. 167-168

CE 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE, p. 158

CE 4/1 SSR, 12 fév. 1982, Université de Paris VII, n° 27098, 27099, 27100, Rec. Lebon, p. 70

CE 27 mai 1957, Sieur Artaud, Rec. CE, p. 350

CE 11 déc. 1963, Ville de Colombes, n° 55972, Rec. CE, p. 612

CE Sec., 10 mai 1974, Sieur Denoyez et Sieur Chorques, n° 88032, Rec. Lebon p. 274

CE 4/1 S SR, 13 juin 1980, Mme. Bonjean, n° 17995, Rec. Lebon p. 274

CE 2 fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, n° 34027, Rec. Lebon p. 33

CE 6 mai 1985, Association Eurolat, AJDA 1985, n° 41589, Rec. CE, p. 620

CE Avis, 7 oct. 1986, Cantines scolaires, n° 340609

CE Ass. 2 fév. 1987, Société TV6, n° 81131, Rec. Lebon, p. 6

CE 29 avr. 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022, Rec. CE, p. 152, concl. Y. ROBINEAU

CE 11 oct. 1995, Institut Géographique National, n° 142644, Rec. CE, p. 620

CE 15 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, n° 168325, Rec. CE, p. 137, concl. C. CHANTEPY

CE 30 juin 1999, Syndicat mixte des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marne (SMITOM), n° 198147, AJDA 1999, Rec. CE, p. 714

CE 22 nov. 1999, M. Rolland, n° 196437, Rec. CE, p. 842

CE Ass. 28 juin 2002, Villemain, n° 220361, Rec. CE, p. 586

CE Avis 29 juil. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de PANTIN, n° 246951, Rec. CE, p. 437, concl. D. PIVETEAU

CE 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, n° 280197, mentionné dans les tables du Rec. CE, p. 948

CE 15 déc. 2006, Société Corsica ferries, n° 305280, Rec. CE, p. 566

CE 6 avr. 2007, Département de l'Isère, n° 298584, Rec. CE, p. 308

CE Ass. 8 avr. 2009, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet, n° 271737, Rec. CE, p. 116, concl. E. GEFFRAY

CE 11 août 2009, Sté Maison Comba, n° 303517, mentionné dans les tables du Rec. CE

CE 7 sept. 2012, Département de la Réunion, n° 360032, Rec. CE
CE 19 mars 2012, SA Groupe Partouche, n° 341562, Rec. CE, p. 91, concl. de N. BOULOUIS
CE 13 juill. 2012, Communauté des communes d'Erdre et des Gesvres, Association les verts des pays-de-la-Loire et autres et Association ACIPA et autres n° 347073, Rec. CE, p. 277
CE Ass. 21 déc. 2012, Commune de Douai, n° 342788, AJDA 2013, Rec. CE, p. 724
CE 30 sept. 2015, Mme. Courtois, n° 374015, mentionné dans les tables du Rec. CE, p. 733
CE 14 oct. 2015, Société Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, n° 390968, Rec. CE, p. 747
CE 4 mai 2016, ADILE de Vendée, n° 39659, à paraître
TC. 24 juin 1968, Société distilleries bretonnes contre FORMA, n° 01917, Rec. Lebon, p. 801
TC. 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône c. Conseil des prud'hommes de Lyon (arrêt « Berkani »), n° 03000, Rec. Lebon ; AJDA 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux

Conseil constitutionnel

CC, décision n° 79-107 DC du 12 juill. 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales – Conformité. JORF du 13 juill. 1979, Rec. p. 31
CC, décision n° 79.105 DC du 25 juill. 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. JORF du 27 juill. 1979, Rec. p. 33
CC, décision n° 2003-473 DC, du 23 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. JORF du 3 juill. 2003, p. 11205, Rec. p. 382
CC, décision n° 2004-501 DC du 05 août 2004, Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. JORF n° 185 du 11 août 2004, p. 14337, texte n° 5.
CC, décision n° 2008-567 DC, du 24 juill. 2008, Loi relative aux contrats de partenariat. JORF du 29 juill. 2008, p. 12151, texte n° 2, Rec. p. 341

Juridictions de l'Union européenne

CJCE 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, aff. 85/76, Rec. CJCE, 1979, p. 00461

CJCE 31 mai 1979, Hugin/Commission, aff. 22/78, Rec. CJCE, p. 01869

CJCE 9 nov. 1983, Michelin/Commission, aff. 322/81, Rec. CJCE, p. 03461

CJCE 5 oct. 1988, Alsatel/Novasam, affaire C-247/86, Rec. CJCE, 1988, p. 05987

CJCE 15 déc. 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, aff. C-250/92, Rec. CJCE, 1994, I - p. 5641

CJCE 18 nov. 1999, Teckal SRL c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, aff. C-107/98, Rec. CJCE, 1999, I - p. 08121

CJCE 5 oct. 2000, Comm. c/ France, Syndicat départemental d'électrification Vendée, aff. C-16/98, Rec. CJCE, 2000, I - p. 8315

CJCE 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, aff. C-324/98, Rec. CJCE, 2000, I - p. 10745

CJCE 22 nov. 2001, AAMS/Commission, aff. T-139/98, Rec. CJCE, 2001, II - p. 3413

CJCE 17 sept. 2002, Concordia-Bus Finland, aff. C-513/99, Rec. CJCE, 2002, I - p. 07213

CJCE 23 oct. 2003, Van den Bergh Foods/Commission, aff. T-65/98, Rec. CJCE, 2003, II - p. 4653

CJCE 7 oct. 2004, Sintesi SpA, aff. C-247/02, Rec. CJCE, 2004, I - p. 9215

CJCE 11 janv. 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, Rec. CJCE, 2005, I - p. 00001

CJCE 13 oct. 2005, Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG, aff. C- 458/03, Rec. 2005, I- p. 08585

CJCE 14 déc. 2005, General Electric/Commission, aff. T-210/01, Rec. CJCE, 2005, II - p. 5575

CJCE 12 fév. 2008, BUPA e.a. /Commission, aff. T-289/03, Rec. CJCE, 2008, II - p. 00081, considérant 166

Autorité de la concurrence

Cons. Conc., avis n° 11-A-18 du 24 nov. 2011, AJCT fév. 2012, p. 93

Juridictions judiciaires

CA, Paris, du 29 fév. 2000

INDEX DES LOIS ET DES DECISIONS JURIDICTIONNELLES AU BRESIL

LEGISLATION

Constitution de l'Empire du 25 mars 1824	
Constitution fédérale du 5 oct. 1988	
Amendement constitutionnel n° 19 du 4 juin 1998	
Loi complémentaire n° 101 du 4 mai 2000	concernant les normes de finances publiques destinées à la responsabilité de la gestion budgétaire
Loi Complémentaire n° 123 du 14 déc. 2006	Statut national de la microentreprise et de l'entreprise de petite taille
Loi n° 4.320 du 17 mars 1964	concernant les normes générales de droit financier pour l'élaboration et le contrôle du budget de l'Union, Etats, District fédéral et communes
Loi n° 4.337 du 1 ^{er} juin 1964 d'inconstitutionnalité	Loi de la déclaration
Loi n° 4.717 du 29 juin 1965	Loi de l'action populaire
Loi n° 6.019 du 3 janv. 1974	portant sur le travail temporaire dans les entreprises urbaines
Loi n° 6.938 du 31 août 1981	concernant la Politique Nationale de l'environnement
Loi n° 7.102 du 20 juin 1983	portant sur la sécurité des établissements financiers
Loi n° 7.347 du 24 juill. 1985	portant sur l'action civil de responsabilité relatifs aux dommages causés à

Loi n° 7.783 du 28 juin 1989	l'environnement, au consommateur, aux biens et droits de valeur artistique, esthétique, historique, touristique et paysagé
Loi n° 8.078 du 11 sept. 1990	Loi du droit de grève instituant le Code de défense du consommateur
Loi n° 8.112 du 11 déc. 1990	Statut des agents publics fédéraux
Loi n° 8.212 du 24 juill. 1991	Loi de sécurité sociale
Loi n° 8.429 du 2 juin 1992	Loi d'improbité administrative
Loi n° 8.443 du 16 juill. 1992	Loi organique de la Cour des comptes fédéral
Loi n° 8.666 du 21 juin 1993	Loi des marchés publics et les contrats de l'administration publique
Loi n° 8.745 du 9 déc. 1993	Loi du travail temporaire
Loi n° 8.883 du 8 juin 1994	modifiant des dispositifs de la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993
Loi n° 8.955 du 15 déc. 1994	portant sur le contrat de franchise
Loi n° 8.987 du 13 fév. 1995	Loi générale des concessions et permissions
Loi n° 9.277 du 10 mai 1996	portant sur l'exploitation des autoroutes et ports fédéraux pour les municipalités
Loi n° 9.427 du 26 déc. 1996	Loi des concessions de service public d'énergie électrique
Loi n° 9.433 du 8 janv. 1997	portant sur la politique nationale de ressources hydriques
Loi n° 9.472 du 16 juill. 1997	portant sur l'organisation des services de télécommunications
Loi n° 9.478 du 6 août 1997	portant sur la politique énergétique nationale et au monopole pétrolier
Loi n° 9.491 du 9 sept. 1997	modifiant le Programme National de désétatisation

Loi n° 9.503 du 23 sept. 1997	instituant le Code de la route
Loi n° 9.613 du 3 mars 1998	portant sur les crimes de détournement de biens, droits et valeurs
Loi n° 9.637 du 15 mai 1998	portant sur la qualification des organisations sociales
Loi n° 9.648 du 27 mai 1998	portant sur la restructuration de l'ELETROBRAS
Loi n° 9.755 du 16 déc. 1998	concernant la création de la « homepage » par la Cour des comptes
Loi n° 9.782 du 26 janv. 1999	instituant le Système national de sécurité sanitaire et la création de l'agence régulatrice « ANVISA »
Loi n° 9.784 du 29 janv. 1999	réglementant la procédure administrative dans la sphère de l'administration publique fédérale
Loi n° 9.790 du 23 mars 1999	portant sur les organisations de la société civile d'intérêt public
Loi n° 9.791 du 24 mars 1999	portant sur l'obligation des concessionnaires de services publics de mettre des dates de paiement différenciées à disposition des usagers des services
Loi n° 9.961 du 28 janv. 2000	portant sur la création de l'agence nationale de santé supplémentaire (ANS)
Loi n° 10.233 du 5 juin 2001	portant sur la restructuration des transports aquatiques et terrestre entre autres
Loi n° 10.309 du 22 nov. 2001	concernant la responsabilité civile de l'Union en cas d'attaque terroriste ou d'actes de guerre contre

Loi n° 10.406 du 10 janv. 2002	des avions appartenant à des entreprises brésiliennes
Loi n° 10.520 du 17 juill. 2002	instituant le Code civil
	portant sur la modalité de marché public « Pregão » pour l'acquisition de biens et services communs
Loi n° 11.079 du 30 déc. 2004	Loi des partenariats publics-privés
Loi n° 11.107 du 6 avr. 2005	Loi des consortiums publics
Loi n° 11.284 du 2 mars 2006	portant sur la gestion des forêts publiques destinées à la production durable
	modifiant le statut des agents publics fédéraux
Loi n° 11.314 du 3 juill. 2006	concernant le transport routier de charges pour des entreprises tiers
Loi n° 11.442 du 5 janv. 2007	établissent des directrices pour l'assainissement
Loi n° 11.445 du 5 janv. 2007	Loi des franchises postales
Loi n° 11.668 du 2 mai 2008	portant sur les billets de transport collectif de passagers par autoroute
Loi n° 11.975 du 7 juill. 2009	portant sur le « Mandado de segurança individual e coletivo »
Loi n° 12.016 du 7 août 2009	portant sur le marché public de services de publicité
Loi n° 12.232 du 29 avr. 2010	modifiant la Loi n° 8.666 du 21 juin 1993
Loi n° 12.349 du 15 déc. 2010	modifiant le Code du travail
Loi n° 12.440 du 7 juill. 2011	modifiant la Loi n° 10.741 du 1 ^{er} oct. 2003
Loi n° 12.461 du 26 juill. 2011	portant sur les conflits d'intérêt dans la sphère du Pouvoir exécutif fédéral
Loi n° 12.813 du 16 mai 2013	portant sur la responsabilité administrative et civile des
Loi n° 12.846 du 1 ^{er} août 2013	

Loi n° 12.850 du 2 août 2013	personnes morales résultante des actes contre l'administration publique portant sur la définition d'organisation et l'investigation criminelle
Loi n° 13.105 du 16 mars 2015	instituant le Code de procédure civile
Loi n° 13.137 du 19 juin 2015	modifiant les taux du « PIS/PASEPC »
Décret n° 24.643 du 10 juill. 1934	instituant le Code des eaux
Décret n° 1.738 du 8 déc. 1995	instituant le « Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado »
Décret n° 2.271 du 7 juill. 1997	portant sur la formation de contrat de services pour l'administration publique fédérale
Décret n° 2.487 du 2 fév. 1998	portant sur la qualification des <i>autarquias</i> en tant que des agences exécutives
Décret n° 3.555 du 8 août 2000	portant sur la réglementation de la modalité de marché public nommée « pregão », destinée à l'acquisition de biens et produits « communs »
Décret n° 3.693 du 20 déc. 2000	modifiant la rédaction du Décret fédéral n° 3.555 du 8 août 2000
Décret n° 6.639 du 7 nov. 2008	portant sur la réglementation de la Loi des franchises postales
Décret n° 7.174 du 12 mai 2010	portant sur la réglementation de la formation de contrat de biens et services d'informatique et d'automation pour l'administration publique fédérale, centralisée et décentralisée

Décret n° 7.546 du 2 août 2011	instituant la Commission interministérielle d'achats publics
Décret n° 7.892 du 23 janv. 2013	portant sur la réglementation du Système d'enregistrement de prix
Décret n° 8.420 du 18 mars 2015	portant sur la réglementation de la Loi n° 12.846 du 1 ^{er} août 2013
Décret-loi n° 2.848 du 7 déc. 1940	instituant le Code pénal
Décret-loi n° 5.452 du 1 ^{er} mai 1943	instituant le Code du travail (Consolidation des lois du travail)
Décret-loi n° 9.760 du 5 sept. 1946	portant sur les biens immeubles de l'Union
Décret-loi n° 200 du 25 fév. 1967	portant sur l'organisation de l'administration fédérale et sur des directrices pour la réforme administrative
Mesure provisoire n° 2.219 du 4 sept. 2001	établissant les principes généraux de la politique nationale du cinéma et créant le « ANCINE »
Instruction normative n° 3 du 1 ^{er} sept. 1997/SLTI	portant sur le contrôle du travail réalisé dans les entreprises de prestation de service à de tiers et dans les entreprises de travail temporaire
Instruction normative n° 2 du 30 avr. 2008/SLTI	portant sur les règles de formation de contrat de services « continus » et « non continus »

JURISPRUDENCE

Précédent n° 256 du Tribunal Supérieur du Travail - TST

Précédent n° 331 du Tribunal Supérieur du Travail - TST

« Mandado de Injunção » 708-0/DF

« Recurso Extraordinario », avec répercussion générale, 693.456/RJ

Précédent n° 2254/2008, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 265/2010, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 836/2012, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 642/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 720/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1217/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1607/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1802/2014, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 4387/2014, Première chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 7468/2014, Première chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1375/2015, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1565/2015, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1590/2015, Deuxième chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1987/2015, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 5209/2015, Deuxième chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1521/2016, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1637/2016, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 1932/2016, Assemblée de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 4788/2016, Première chambre de la Cour des comptes fédérale (TCU)

Précédent n° 13 de la Cour Suprême fédérale (STF – Suprême tribunal fédéral)

Précédent n° 20 de la Cour Suprême fédérale (STF – Suprême tribunal fédéral)

Résolution n° 7, du 18 oct. 2005, du Conseil National de Justice (CNJ – Conselho Nacional de Justiça)

TABLE DE MATIERES

SOMMAIRE.....	8
INTRODUCTION	14
I. Activités externalisés, gestion privée des services publics et principes des services publics	20
(A) <i>La gestion privée des services publics et des activités publiques</i>	21
(B) <i>Principes fondamentaux propres aux services publics et activités externalisées</i>	30
1. <i>Le principe de continuité du service public</i>	31
2. <i>Le principe d'égalité face au service public</i>	39
3. <i>Le principe de mutabilité/adaptabilité</i>	42
II. La question de la comparabilité juridique : Les principales spécificités du système brésilien d'administration publique.....	46
PREMIERE PARTIE : L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT A DESTINATION DES PERSONNES PRIVEES	57
TITRE I. LES ENJEUX DE L'EXTERNALISATION EN FRANCE ET AU BRESIL	59
Chapitre 1. Le développement de l'externalisation dans les services publics	62
Section 1. L'évolution du cadre légal et jurisprudentiel de l'externalisation	63
Section 2. L'intérêt, risques et limites portés par l'externalisation	76
Chapitre 2. La relation tripartite entre l'administration, son partenaire privé et l'employé salarié de celui-ci et la responsabilité subsidiaire de l'administration.....	99
Section 1. La formation d'une relation tripartite et la question de la subordination avec l'administration publique brésilienne	100
Section 2. La problématique relative à la responsabilité subsidiaire de l'administration publique brésilienne	103
TITRE II. EXTERNALISATION ET ORGANISATION DE LA RELATION CONTRACTUELLE ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE SECTEUR PRIVE EN FRANCE ET AU BRESIL	113
Chapitre 1. L'externalisation et autres formes de relation contractuelle	115
Chapitre 2. Les Autorités Administratives Indépendantes françaises et les Agences Régulatrices brésiliennes	144
Conclusion de la Première Partie	154

DEUXIEME PARTIE : LA PERFORMANCE DANS LE CADRE DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT EN FRANCE ET AU BRESIL.....	158
TITRE I. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE GESTION DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT	160
Chapitre 1. La performance et le contrôle des agents acteurs du processus d'externalisation.....	163
Section 1. Le rôle et l'importance des agents publics dans le processus d'externalisation.....	164
Section 2. Le devoir de reddition des comptes et la Cour des comptes.....	175
Chapitre 2. La performance et le contrôle de la gestion de l'externalisation.....	181
Section 1. La relation entre l'agent public et le partenaire privé de l'administration.....	182
Section 2. Le devoir de probité et les sanctions pénales subséquentes	186
TITRE II. LA PERFORMANCE COMME ELEMENT DE LA CONTRACTUALISATION DE L'EXTERNALISATION DANS LES SERVICES PUBLICS AU SENS RESTREINT.....	197
Chapitre 1. La performance dans les mécanismes de contractualisation de l'externalisation.....	200
Section 1. Les marchés publics et les contrats administratifs d'externalisation.....	201
1. <i>La notion de marché public</i>	201
2. <i>Les principes appliqués aux marchés publics</i>	203
3. <i>Les différentes catégories des marchés publics et les marchés de services</i> « <i>continus</i> »	208
4. <i>La performance et les critères de sélection des prestataires privés</i>	212
5. <i>La performance et le développement durable dans le processus</i> <i>d'externalisation</i>	218
6. <i>La performance et les différentes procédures de passation des marchés publics</i> ...	226
7. <i>Le recours au contrat administratif : Une démarche performante pour</i> <i>l'externalisation</i>	233
Section 2. La contractualisation directe par l'administration publique : Outil de performance ?	244
Chapitre 2. La transparence dans la contractualisation de l'externalisation	251

Section 1. La transparence comme moyen de contrôle du processus d'externalisation.....	252
Section 2. La transparence et les pratiques anticoncurrentielles.....	257
Conclusion de la Seconde Partie	262
Conclusion générale	263
BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE	267
BIBLIOGRAPHIE BRÉSILIENNE.....	277
BIBLIOGRAPHIE D'AUTRES PAYS.....	286
INDEX DES LOIS ET DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES EN FRANCE ET EN UNION EUROPÉENNE.....	287
INDEX DES LOIS ET DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES AU BRÉSIL.....	296

Résumé

« L'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées: étude comparée France-Brésil »

La présente étude a pour objet de confronter et de comparer les modèles français et brésilien pour analyser les différentes caractéristiques-clés de l'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées. Son but principal est d'apporter un éclairage sur leurs développements et leurs enjeux. La relation entre l'administration et ses partenaires revêt un caractère stratégique mais constitue une potentielle source de conflits d'intérêts. La performance est envisagée comme un élément de gestion et de contractualisation, qui contraint l'administration à réaliser précisément les mécanismes et les critères de sélection de ses prestataires privés.

« Outsourcing in public services in the restricted sense for private persons : a comparative study between France and Brazil »

The purpose of this study is confront and compare the French and Brazilian models to analyze the different key characteristics of outsourcing in public services in the restricted sense for private individuals. Its main purpose is to shed light on their developments and their issues. The relationship between the administration and its partners is strategic but also a potential source of conflicts of interest. Performance is envisaged as an element of management and contracting, which forces the administration to precisely implement the mechanisms and criteria for the selection of its private providers.