Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire



OCDE

Volume 2, n° 4

© OCDE, 2003.

© Logiciel, 1987-1996, Acrobat, marque déposée d'ADOBE.

Tous droits du producteur et du propriétaire de ce produit sont réservés. L'OCDE autorise la reproduction d'un seul exemplaire de ce programme pour usage personnel et non commercial uniquement. Sauf autorisation, la duplication, la location, le prêt, l'utilisation de ce produit pour exécution publique sont interdits. Ce programme, les données y afférantes et d'autres éléments doivent donc être traités comme toute autre documentation sur laquelle s'exerce la protection par le droit d'auteur.

Les demandes sont à adresser au :

Chef du Service des Publications,
Service des Publications de l'OCDE,
2, rue André-Pascal,
75775 Paris Cedex 16, France.

Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire

Volume 2 – N° 4

OCDE

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1er de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title:

OECD Journal on Budgeting
Volume 2 – No. 4

© OCDE 2003

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : *www.copyright.com*. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

Avant-propos

La Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire *est une ressource qui ne trouve pas d'équivalent pour les responsables de l'action publique, les fonctionnaires et les chercheurs qui travaillent dans le domaine de l'élaboration des budgets publics. S'appuyant sur une sélection des travaux récents du Groupe de travail des Hauts responsables du budget et sur des contributions spéciales des ministères des Finances des pays membres et autres, la* Revue *livre des enseignements sur les dispositions institutionnelles, les mécanismes et les instruments d'avant-garde, qui permettent une affectation et une gestion efficaces des ressources dans le secteur public.*

Nous regrettons de ne pas être en mesure d'accepter pour cette Revue *d'autres contributions que celles que nous avons sollicitées. Nous sommes très désireux de recueillir les impressions de nos lecteurs. Toutes suggestions destinées à améliorer la* Revue *seront les bienvenues. Elles devront être adressées à : Les rédacteurs, Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire, OCDE, 2 rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France, Fax (33 1) 45 24 85 63 ; mél : pum.contact@oecd.org.*

Les points de vue qui sont exprimés dans cet ouvrage n'engagent que leurs auteurs et ne coïncident pas nécessairement avec ceux des gouvernements des pays membres de l'OCDE.

La Rédaction.

Direction de la gouvernance publique et du développement territorial

Odile Sallard
Directrice

Alex Matheson
Chef, Division budget et gestion

Andrea Uhrhammer
Chef de communication et gestion de l'information

Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire

Jón R. Blöndal
Rédacteur en chef

Jennifer Gardner
Coordinatrice de l'édition

Marie Murphy
Coordinatrice administrative

Comité d'édition

Geert van Maanen (président)
Secrétaire général, ministère des Finances, Pays-Bas

Gerd Ehlers
Directeur du budget, ministère des Finances, Allemagne

Richard Emery
Assistant Director, Office of Management and Budget, États-Unis

Eva Lindstrom
Directeur du budget, ministère des Finances, Suède

Sophie Mahieux
Directeur du budget, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, France

Peter Saurer
Directeur adjoint, Administration fédérale des Finances, Suisse

Table des matières

La réforme budgétaire dans les pays membres de l'OCDE : tendances communes
Jón R. Blöndal 7

Maîtriser les dépenses publiques : la théorie de la limitation des dépenses
Aaron Wildavsky 29

Comment fonctionnent les systèmes du Trésor dans les pays francophones de l'Afrique subsaharienne
D. Bouley, J. Fournel et L. Leruth 57

Privatisation, intérêt public et service privé : la culture de l'externalisation du vingtième siècle et la loi évolutive de la souveraineté diffuse
Daniel Guttman 97

ISSN 1608-7154
Revue de l'OCDE sur la gestion buddétaire – Vol. 2, n° 4
© OCDE 2003

La réforme budgétaire dans les pays membres de l'OCDE : tendances communes

par
Jón R. Blöndal*

* Jón R. Blöndal est Administrateur principal à la Division du budget et gestion, Direction de la gouvernance publique et du développement territorial, OCDE.

1. Introduction

Depuis le début des années 90, la situation budgétaire des pays membres de l'OCDE s'est améliorée régulièrement chaque année, passant d'un déficit de 5 % du PIB pour l'ensemble des pays membres en 1993 à un équilibre parfait (sans déficit, ni excédent) en l'an 2000. L'année passée, les pays membres ont enregistré un déficit de 1 % du PIB. Le tableau 1 expose l'équilibre financier des administrations publiques dans quelques pays membres de l'OCDE. Il veut montrer l'évolution historique dans les pays membres : l'assainissement des finances publiques est une entreprise de longue haleine dont les résultats sont précaires. Naguère, plusieurs pays membres de l'OCDE pensaient qu'ils enregistreraient des excédents budgétaires longtemps encore, que l'époque des déficits était révolue. Il n'en a rien été : la série des excédents s'est avérée très éphémère dans de nombreux pays.

Selon l'OCDE, les résultats budgétaires des pays membres tiennent essentiellement à trois causes. La première est la tenue générale de l'économie. Aucun autre facteur ne compte davantage dans l'explication des résultats budgétaires. Le tableau 2 montre la corrélation qui unit le taux de croissance de l'économie et les performances budgétaires de quelques pays membres.

Tableau 1. **Équilibre financier des administrations publiques**

Excédent (+) ou déficit (–) en pourcentage du PIB nominal

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
OCDE	–5.0	–4.2	–3.9	–3.2	–1.8	–1.4	–0.9	0.0	–1.0
UE	–6.4	–5.6	–5.3	–4.3	–2.5	–1.7	–0.8	0.5	–0.8
États-Unis	–5.0	–3.6	–3.1	–2.2	–0.9	0.3	0.8	1.7	0.5
Japon	–2.4	–2.8	–4.2	–4.9	–3.7	–5.5	–7.1	–7.4	–7.1
Allemagne	–3.1	–2.4	–3.3	–3.4	–2.7	–2.2	–1.6	1.2	–2.7
France	–6.0	–5.5	–5.5	–4.1	–3.0	–2.7	–1.6	–1.4	–1.4
Royaume-Uni	–7.9	–6.7	–5.8	–4.4	–2.2	0.4	1.1	1.6	1.0
Italie	–10.3	–9.3	–7.6	–7.1	–2.7	–3.1	–1.8	–0.6	–1.5
Canada	–8.7	–6.7	–5.3	–2.8	0.2	0.5	1.6	3.2	2.4
Australie	–5.6	–4.6	–3.7	–2.2	–0.5	0.6	1.6	0.1	0.0
Nouvelle-Zélande	–0.4	3.1	2.9	2.9	1.6	–0.2	0.9	1.9	0.9
Pays-Bas	–3.6	–4.2	–4.2	–1.8	–1.1	–0.8	0.4	2.2	0.3
Finlande	–7.3	–5.7	–3.7	–3.2	–1.5	1.3	1.9	7.0	4.9
Suède	–11.9	–10.8	–7.7	–3.1	–1.6	2.1	1.3	3.7	4.8

Source : OCDE.

Tableau 2. **PIB réel**

Variation annuelle en pourcentage

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
OCDE	1.4	3.2	2.5	3.0	3.5	2.7	3.1	3.9	1.0
UE	–0.3	2.8	2.5	1.7	2.6	2.9	2.6	3.4	1.7
États-Unis	2.7	4.0	2.7	3.6	4.4	4.3	4.1	4.1	1.2
Japon	0.4	1.0	1.6	3.5	1.8	–1.1	0.7	2.4	–0.4
Allemagne	–1.1	2.3	1.7	0.8	1.4	2.0	1.8	3.0	0.6
France	–0.9	1.9	1.8	1.1	1.9	3.5	3.0	3.6	2.0
Royaume-Uni	2.5	4.7	2.9	2.6	3.4	3.0	2.1	3.0	2.2
Italie	–0.9	2.2	2.9	1.1	2.0	1.8	1.6	2.9	1.8
Canada	2.4	4.7	2.8	1.6	4.3	3.9	5.1	4.4	1.5
Australie	3.8	4.6	3.9	4.0	3.5	5.4	4.5	3.4	2.4
Nouvelle-Zélande	4.7	6.1	4.0	3.3	3.1	–0.7	4.2	3.6	1.8
Pays-Bas	0.8	3.2	2.3	3.0	3.8	4.3	3.7	3.5	1.1
Finlande	–1.1	4.0	3.8	4.0	6.3	5.3	4.1	5.6	0.7
Suède	–1.8	4.1	3.7	1.1	2.1	3.6	4.5	3.6	1.2

Source : OCDE.

Le deuxième facteur essentiel est la volonté politique de discipline budgétaire. Les meilleures illustrations en sont la monnaie unique européenne, l'euro, et les critères budgétaires de Maastricht que les pays se sont imposés volontairement pour pouvoir adopter cette monnaie. On est en droit de se demander si le plafonnement du déficit annuel à 3 % du PIB et celui de la dette publique à 60 % sont des contraintes particulièrement exigeantes, mais ils ont en tout cas joué un rôle déterminant dans les efforts d'assainissement budgétaire en Europe. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le Pacte de croissance et de stabilité de l'Union européenne exige des États membres qu'ils visent l'équilibre budgétaire sur le cycle conjoncturel et que de nombreux États membres se sont imposés une cible budgétaire plus ambitieuse dans le cadre national. Aux États-Unis, le *Budget Enforcement Act* (Loi sur l'exécution du budget) et les textes qui l'ont précédé témoignent de la volonté politique d'assainissement budgétaire. La Suisse a récemment adopté un amendement constitutionnel qui impose l'équilibre budgétaire. L'Australie et la Nouvelle-Zélande appliquent respectivement, depuis plusieurs années déjà, le *Charter of Budget Honesty Act* et le *Fiscal Responsibility Act,* qui témoignent de leur attachement politique à la discipline budgétaire.

Le troisième facteur essentiel, thème central de la présente note, a trait aux modalités institutionnelles de l'élaboration du budget. De nombreux pays ont associé la croissance économique et un attachement politique à la discipline budgétaire sans obtenir de bons résultats budgétaires. En revanche, les pays membres de l'OCDE qui enregistrent des excédents budgétaires sont généralement ceux qui se sont employés le plus activement à réformer et à

moderniser leurs mécanismes budgétaires. Ceux qui ont commencé le plus tôt ont été les premiers à enregistrer des excédents, ceux qui ont opéré les réformes les plus complètes enregistrent les excédents les plus durables.

L'OCDE relève sept caractéristiques institutionnelles qui, selon elle, jouent un rôle essentiel dans la maîtrise effective des dépenses publiques. La suite de cette note est consacrée à leur analyse.

2. Les modalités institutionnelles de la budgétisation

Les sept caractéristiques institutionnelles qui, selon l'OCDE, sont nécessaires à la maîtrise effective des dépenses publiques sont les suivantes :

- un cadre budgétaire à moyen terme ;
- des hypothèses économiques prudentes ;
- des techniques de budgétisation descendantes ;
- l'assouplissement du contrôle central des moyens ;
- l'accent mis sur les résultats ;
- la transparence budgétaire ;
- des méthodes modernes de gestion financière.

Bien qu'elles soient ici distinguées, ces sept caractéristiques s'appuient en fait l'une sur l'autre et il faut les considérer comme un tout. Chacune d'elles est examinée en détail ci-après.

2.1. Un cadre budgétaire à moyen terme

Un cadre budgétaire à moyen terme est la condition fondamentale de l'assainissement des finances publiques. Ce cadre doit énoncer clairement les objectifs budgétaires du gouvernement à moyen terme sous forme de cibles générales, par exemple le volume global des recettes, des dépenses, du déficit ou de l'excédent et la dette. Il doit ensuite rendre ces cibles générales opératoires en fixant des contraintes budgétaires rigoureuses à chaque ministère et à chaque programme pour plusieurs exercices. Cela donne aux objectifs budgétaires du gouvernement la stabilité et la crédibilité voulues.

Par nature, les cibles budgétaires générales s'inscrivent dans une perspective à moyen terme. Elles doivent permettre d'atteindre certains résultats budgétaires sur plusieurs années. Or, les budgets, adoptés pour un an, se sont toujours distingués par leur optique à court terme. On reproche souvent à cet horizon d'empêcher une gestion efficace des dépenses ; l'affectation des ressources se ferait cas par cas ou au jour le jour, sans considération des conséquences des décisions prises au-delà de l'année suivante. La critique n'est pas nouvelle. Un cadre budgétaire à moyen terme doit permettre de combler cette lacune. Pour réussir à le mettre en place, c'est

une véritable « révolution culturelle » qu'il a fallu opérer dans les administrations publiques.

Le degré de détail de ce cadre varie d'un pays à l'autre, mais il reflète généralement la présentation du budget : le cadre à moyen terme présente le même degré de détail que le budget annuel. En d'autres termes, un cadre (ou contrainte budgétaire) est assigné à chaque ligne de crédit, le plus souvent pour trois années au-delà de l'exercice budgétaire en cours. Il s'agit d'un cadre glissant, présenté chaque année avec le budget. L'année 1 du cadre précédent devient le point de départ du budget et une nouvelle année 3 est ajoutée. Ce mécanisme a beaucoup renforcé l'efficacité de la planification et allégé le cycle budgétaire annuel. Toutefois, ce cadre n'est pas consacré dans la Loi de finances ; il s'agit d'un document de planification qui traduit l'attachement politique à la discipline budgétaire.

Il faut aussi souligner que ces documents sont vivants. L'instauration d'un cadre budgétaire triennal n'interdit pas de modifier le document. Le redéploiement interministériel de crédits est même essentiel pour assurer la discipline budgétaire, comme le montre plus loin une section de cette note. Cependant, toute modification doit être explicitée, afin que l'on sache si elle résulte de l'évolution de la conjoncture ou d'une décision des autorités publiques. La plupart des pays publient un rapport détaillé sur le passage de l'année 1 du cadre précédent au projet de budget.

Le cadre permet aussi d'éviter des dépenses en montrant les conséquences de certaines décisions pour les budgets ultérieurs alors qu'elles n'apparaissent pas encore nettement. Il peut s'agir : *i)* des dépenses de fonctionnement liées à divers projets d'investissement ; *ii)* de programmes qui prennent effet en fin d'exercice budgétaire, ce qui masque l'ampleur des dépenses lors de l'exercice initial ; *iii)* de programmes dont les dépenses peuvent ne pas apparaître pleinement dans la conjoncture de l'exercice budgétaire, mais se feront sentir plus tard. Autant d'exemples classiques des difficultés de la budgétisation dans les pays membres, que le cadre à moyen terme doit éliminer.

Quant aux directeurs d'administration, le cadre à moyen terme leur permet de mieux planifier leurs activités, car ils ont une idée du volume de financement dont ils disposeront au-delà du prochain exercice budgétaire. Cette indication leur est particulièrement utile en période de restriction budgétaire. Il faut souvent plusieurs années pour que les différentes possibilités de réduction des effectifs portent tous leurs fruits. Avant que n'existe le cadre à moyen terme, ces possibilités n'étaient guère envisagées, car l'horizon s'arrêtait à l'exercice budgétaire suivant.

2.1.1. Difficultés soulevées par le cadre budgétaire à moyen terme

Cependant, le cadre budgétaire à moyen terme n'est pas non plus sans poser des problèmes. Il convient de les noter. Dans les années 60 et 70, le Royaume-Uni a fait œuvre de pionnier dans le domaine des prévisions budgétaires pluriannuelles et il s'est heurté à d'importantes difficultés. On peut les classer en trois catégories. Les autres pays membres ont, eux aussi, connu la plupart de ces problèmes.

- D'abord, le potentiel de croissance de l'économie était généralement surestimé dans les prévisions budgétaires pluriannuelles. D'où une exagération des ressources disponibles sur la période de prévision et un gonflement de la dépense publique.
- Ensuite, les ministères considéraient comme un droit les ressources qui leur étaient affectées sur la période de prévision. Les révisions en baisse des dépenses n'en étaient ensuite que plus difficiles, même lorsqu'il s'avérait que les hypothèses sur lesquelles reposaient les affectations n'étaient pas les bonnes.
- Enfin, les prévisions budgétaires pluriannuelles étaient faites en valeur réelle et non pas en termes nominaux. Dans les années 70, la croissance économique fléchissant et l'inflation s'accélérant rapidement, les prévisions de dépenses étaient ajustées automatiquement pour tenir compte des augmentations de prix, alors que les recettes diminuaient. D'où une pression accrue sur les finances publiques.

Devant ce constat, beaucoup en sont venus à considérer le cadre budgétaire à moyen terme avec quelque méfiance. Il faut toutefois observer que les premières applications du cadre budgétaire à moyen terme sont intervenues en période de croissance rapide des dépenses, et non pas de compression des dépenses comme c'est le cas aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, des mesures ont été prises pour remédier aux problèmes concrets indiqués plus haut. D'abord, les pays membres se fondent systématiquement sur des hypothèses économiques plus « prudentes » pour éviter d'offrir des crédits excessifs. (La question est examinée à la section suivante.) Ces mesures ont en général permis d'éliminer le deuxième problème indiqué plus haut. Ensuite, le cadre budgétaire à moyen terme est désormais défini en termes nominaux et non plus en valeur réelle.

2.2. Des hypothèses économiques prudentes

Le principal risque budgétaire que courent les autorités publiques est que l'évolution de la conjoncture économique s'écarte des prévisions relatives à l'hypothèse centrale sur laquelle repose le budget. L'erreur dans les hypothèses économiques est la première cause de « déraillage » des programmes d'assainissement budgétaire. Grand soin doit être apporté à la

formulation des hypothèses et toutes les hypothèses économiques de base doivent être spécifiées. Une analyse de sensibilité doit être effectuée pour mesurer les conséquences budgétaires qu'aurait une éventuelle modification des hypothèses économiques de base. De plus, il faut, lorsque c'est possible, comparer les hypothèses économiques utilisées pour le budget et celles du secteur privé pour la même période. On peut aussi envisager la création d'un organisme indépendant chargé de recommander les hypothèses économiques à retenir pour le budget. Autant de mesures de sauvegarde contre l'utilisation d'hypothèses économiques irréalistes ou « optimistes ».

Deux pays membres, le Canada et les Pays-Bas, ont fait l'expérience extrêmement pénible de se fier à de mauvaises hypothèses économiques et ils ont pris des mesures de sauvegarde qui sont à la pointe des méthodes pratiquées dans les pays membres.

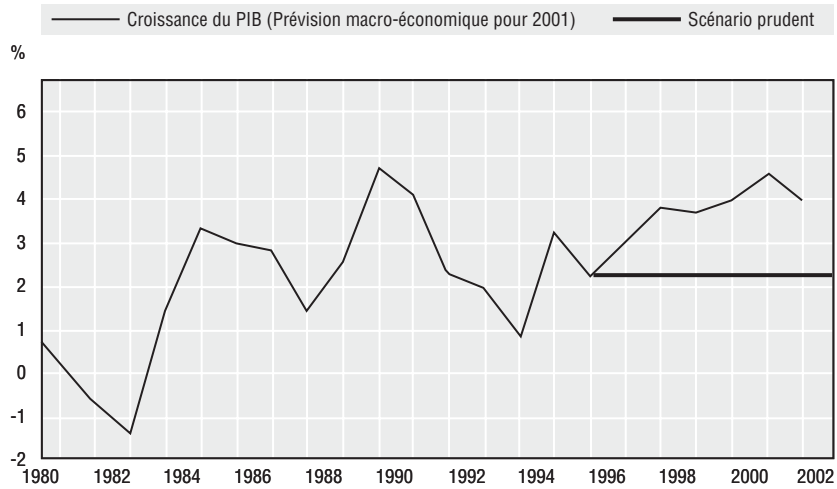
Au Canada, les autorités ont commencé à utiliser des hypothèses économiques systématiquement « prudentes » et prévoient un fonds de réserve. L'aspect « optimiste » des hypothèses économiques utilisées pour le budget avait beaucoup nui à la crédibilité des prévisions économiques d'origine gouvernementale. Au lieu de tabler sur les prévisions économiques internes pour élaborer le budget, le gouvernement s'est mis à utiliser la moyenne des prévisions économiques du secteur privé, pour les réviser en baisse. Il l'a fait par souci de crédibilité, tant aux yeux de l'opinion que pour les marchés financiers.

Pour plus de prudence encore, le ministère des Finances du Canada révise systématiquement en baisse les prévisions du secteur privé. Il le fait en ajoutant 50 à 100 points de base (0.5 à 1.0 point de pourcentage) aux prévisions économiques moyennes du secteur privé concernant les taux d'intérêt et en introduisant cette nouvelle estimation dans son modèle économétrique, ce qui fait baisser les prévisions relatives à l'activité économique. D'où une marge qui permet de maintenir les objectifs budgétaires du gouvernement. Pour élargir encore cette marge, le gouvernement a institué un fonds de réserve substantiel (2.5 à 3.0 milliards de dollars canadiens pour chaque exercice). Ce fonds ne peut servir qu'à compenser les erreurs de prévision et les événements imprévisibles. Il ne peut servir à aucune mesure nouvelle. Il n'a encore jamais servi et a été intégralement consacré chaque année à la réduction du déficit (ou à la matérialisation d'un excédent).

Aux Pays-Bas, le gouvernement accorde maintenant plus d'importance à la maîtrise des dépenses qu'à celle des déficits. Ce plafonnement des dépenses se fonde sur des hypothèses économiques prudentes. Il s'agit en quelque sorte d'une « police d'assurance » pour passer de la maîtrise des déficits à celle des dépenses : atténuer le risque de résultats budgétaires pires que prévu. On doit pouvoir penser que toute « surprise » sera bonne. Les

hypothèses économiques sont formulées par le Bureau d'analyse de la politique économique (CPB), organisme central indépendant. Le bureau proposera deux scénarios économiques au gouvernement. Le premier correspond au taux de croissance économique qu'il considère comme le plus vraisemblable. Le deuxième, à une prévision prudente du taux de croissance économique, à retenir aux fins de la politique budgétaire. Le gouvernement applique alors le scénario prudent. L'écart entre les deux scénarios est représenté au graphique 1. Du point de vue politique, le gouvernement préfère les « bonnes surprises » aux « mauvaises ».

Graphique 1. **Croissance économique réelle entre 1980 et 2001 et hypothèses économiques prudentes retenues pour la politique budgétaire aux Pays-Bas**



Source : Ministère des Finances, Pays-Bas.

2.3. Les techniques descendantes de budgétisation

L'élaboration du budget s'est toujours fondée sur le principe d'une démarche ascendante. En d'autres termes, tous les services et tous les ministères adressent leurs demandes de financement au ministère des Finances. Ces demandes excèdent largement ce qu'ils pensent pouvoir raisonnablement obtenir. L'élaboration du budget se fait alors par des négociations du ministère des Finances avec les autres ministères et les services jusqu'à ce qu'un terrain d'entente soit trouvé. Cette démarche ascendante présente plusieurs inconvénients. D'abord, elle prend beaucoup de temps et s'apparente essentiellement à un jeu ; tous les intervenants

savent que les demandes initiales ne sont pas réalistes. Ensuite, ce mécanisme tend, par nature, à alourdir les dépenses ; les programmes nouveaux ou l'extension des programmes existants sont toujours financés par des demandes nouvelles ; aucun mécanisme n'est prévu pour redéployer les dépenses entre les ministères et nul plafonnement ne vient limiter les dépenses. Enfin, cette méthode ne permet guère de répondre aux objectifs politiques prioritaires, car c'est une démarche ascendante dont le budget « se dégage » en fin d'opération. Cette méthode de budgétisation est aujourd'hui abandonnée et remplacée par une nouvelle méthode descendante de formulation du budget. Cette réforme a beaucoup contribué à la réalisation de l'assainissement budgétaire.

Point de départ de la nouvelle méthode, le gouvernement prend une décision politique contraignante quant au volume total des dépenses, puis répartit ces dernières entre les différents ministères dépensiers. Il peut prendre cette décision grâce au cadre des dépenses à moyen terme qui définit les dépenses de référence, c'est-à-dire ce que serait le budget en l'absence de toute décision nouvelle des autorités publiques. La décision politique consiste à déterminer si l'on augmente les dépenses consacrées à un domaine hautement prioritaire, par exemple l'enseignement, et si l'on réduit les dépenses dans un autre domaine, par exemple les programmes de la défense. Seuls les programmes les plus importants par leur ampleur et leurs enjeux font l'objet de ce redéploiement politique. L'essentiel est que chaque ministère se voit assigner un plafond de dépenses.

Une fois que cette décision est prise, le ministère des Finances se désengage le plus souvent du détail des affectations budgétaires de chaque ministère. Le ministère des Finances ne s'intéresse qu'au volume global des dépenses de chaque ministère, et non pas aux affectations internes. « Chaque ministre est son propre ministre des Finances », comme on dit dans certains pays. Chaque ministère dispose d'une enveloppe globale et peut librement répartir ces ressources entre ses différents services et programmes. Cette méthode présente plusieurs avantages. Elle permet de freiner l'augmentation rampante des dépenses, car les mesures nouvelles sont financées par transfert de crédits d'autres secteurs du ministère. Elle favorise la responsabilité des différents ministères pour les mesures qu'ils prennent. De plus, les décisions sont mieux éclairées, car les ministères dépensiers sont alors idéalement placés pour peser l'intérêt relatif de leurs différents programmes. Le rôle du ministère des Finances est de vérifier la réalité des réductions opérées pour financer les nouveaux programmes.

Une fois en place, c'est une méthode de budgétisation remarquablement simple. Cependant, sa mise en œuvre est très longue, car l'enracinement des traditions, tant dans les ministères dépensiers qu'au ministère des Finances, joue contre elle. Le ministère des Finances peut suspecter les mobiles réels des

ministères dépensiers et exercer alors son influence sur le détail des affectations dans les ministères dépensiers. Cela peut nuire au principe de la méthode. Les ministères dépensiers, quant à eux, craignent que le ministère des Finances, s'il approuve toute proposition de réduction des programmes, refuse le transfert correspondant à une initiative nouvelle. Ils peuvent alors être tentés de proposer des réductions illusoires, en ce qu'ils savent qu'elles seront refusées par le Parlement (ou par le ministère des Finances), et le marchandage classique recommence. Il faut que s'instaure la confiance entre les deux parties, et cette confiance varie beaucoup d'un pays à l'autre, selon les possibilités et le temps nécessaire pour les concrétiser, mais l'enjeu justifie largement l'effort indispensable.

2.4. Assouplir le contrôle central des moyens

L'assouplissement du contrôle central des moyens est une autre caractéristique des stratégies d'assainissement budgétaire qui ont donné de bons résultats dans les pays membres. Cette méthode part du principe simple que le responsable de chaque administration est le mieux placé pour définir le dosage des moyens le plus efficace en vue de mener à bien les activités de son administration. Il en résulte finalement que cette administration peut produire les mêmes services à moindre coût, ou davantage de services pour le même coût. Cette méthode facilite beaucoup les stratégies d'assainissement budgétaire en atténuant leurs effets sur les services.

L'assouplissement du contrôle central des moyens se fait à trois niveaux. Premièrement, le regroupement de diverses lignes budgétaires en une seule dotation budgétaire de fonctionnement (qui couvre les rémunérations, les déplacements, les fournitures, etc.). Deuxièmement, la décentralisation de la fonction de gestion du personnel. Troisièmement, la décentralisation d'autres services généraux, notamment les locaux (le parc immobilier). On peut y voir une « déréglementation » appliquée au secteur public.

Le regroupement de lignes budgétaires est assez simple. Il est aujourd'hui courant que les administrations reçoivent une dotation budgétaire globale pour toutes leurs dépenses de fonctionnement. (Il doit être bien entendu que cela ne s'applique pas aux investissements ni aux transferts, mais seulement aux dépenses de fonctionnement.) Toutefois, le regroupement des lignes budgétaires ne suffit pas à assurer la souplesse de gestion voulue, car diverses règles centrales de gestion s'y opposent.

C'est au domaine de la gestion des ressources humaines que la plupart des règles centrales de gestion s'appliquent. Les charges de personnel représentent généralement l'essentiel des dépenses de fonctionnement et regrouper les lignes budgétaires ne sert pas à grand chose si les règles centrales applicables à ce domaine s'opposent à toute flexibilité. Tous les pays

assouplissent les règles dans ce domaine, bien qu'à des degrés très variables. Le pays qui est allé le plus loin dans cette direction est la Suède.

La gestion du personnel a toujours été décentralisée en Suède, à l'exception notable des conventions collectives. Les directeurs généraux des administrations sont, comme ils l'ont toujours été, responsables du recrutement, de la notation et du licenciement de leur personnel. Ils sont libres de recruter qui bon leur semble. Nulle « fonction publique » qui porterait sur l'ensemble des administrations. Les vacances d'emploi sont généralement publiées dans la presse et tous les candidats qualifiés sont traités également. Les agents ne sont pas titularisés. Ils peuvent en général être licenciés moyennant un préavis de deux à 12 mois selon leur ancienneté dans l'administration. Somme toute, rien, dans la législation du travail, ne distingue fondamentalement le secteur public du secteur privé.

En 1994, l'ensemble des négociations collectives a été confié aux administrations et relève désormais du directeur général de chaque administration. Les dépenses de personnel ne sont plus que l'un des nombreux postes que les directeurs généraux doivent gérer dans la limite de leur enveloppe unique de fonctionnement. Cette dotation n'est plus ajustée automatiquement au coût des nouveaux accords salariaux. Le ministère des Finances et le Parlement n'ont plus d'influence directe sur la teneur des conventions collectives qui régissent les rémunérations et les autres conditions d'emploi des agents des administrations publiques. Ces conventions sont négociées entièrement par les administrations.

Les résultats obtenus dans ce nouveau cadre sont essentiellement positifs. Les administrations ont volontiers accepté l'élargissement de leurs compétences en matière de formation des salaires et, plus généralement, de politique d'emploi. Les accords salariaux conclus ont respecté les enveloppes budgétaires en valeur nominale des différentes administrations. Cela tiendrait principalement à « l'ardente émulation » des directeurs généraux pour la discipline des conventions salariales. Toutefois, la situation varie sensiblement d'une administration à l'autre et, selon les estimations, plus de 90 % des agents publics suédois perçoivent des traitements personnalisés, c'est-à-dire calculés en fonction des résultats. Les syndicats du secteur public ont été des interlocuteurs constructifs à cet égard.

Autre domaine où le principe de la gestion commune a été assoupli ou supprimé : les locaux (le parc immobilier). En Nouvelle-Zélande, par exemple, les administrations ont désormais le libre choix de leurs locaux. Elles peuvent, après en avoir avisé l'autorité compétente, trouver leurs locaux par le secteur privé. Cependant, toutes les administrations ne peuvent pas bénéficier de cette liberté. Certaines d'entre elles occupent des locaux très spéciaux, les prisons et les musées étant des exemples notoires. Il peut aussi en résulter un

conflit d'intérêts entre les administrations considérées individuellement (lorsqu'elles vont s'installer dans des locaux du secteur privé) et l'ensemble des administrations publiques (qui peuvent se retrouver avec des locaux en surnombre). Le risque est d'autant plus grand lorsque le marché immobilier du secteur privé se détériore. Toutefois, il ne faut pas exagérer l'importance de ces problèmes qui, de toute façon, restent des coûts temporaires de transition sur la voie d'un système plus efficace à long terme.

L'assouplissement du contrôle central des moyens a pour but de permettre aux directeurs généraux de conduire leur administration le plus efficacement possible. Ils ne peuvent plus alléguer que leurs mauvais résultats tiennent à ce qu'un budget, trop détaillé, ou un ensemble de règles de gestion centrales, excessivement normatif, les ont gênés dans la direction de leur administration. Aujourd'hui, ils ont le pouvoir et ils doivent tenir leurs engagements. Dans l'immense majorité des cas observés, ils l'ont fait. Les administrations sont devenues plus productives, ce qui rend les efforts d'assainissement budgétaire « moins douloureux » pour les clients des services publics.

On notera que les budgets détaillés et les règles centrales de gestion ont à l'origine été mis en place pour prévenir la corruption dans les administrations. Les pays qui ont poussé le plus loin l'assouplissement de ces méthodes sont les petits pays membres où ce risque est sans doute moins élevé que dans les autres pays membres. Autrement dit, cette réforme peut ne pas fonctionner partout.

2.5. Porter l'effort sur les résultats

L'accent mis sur les résultats est la contrepartie directe de l'assouplissement du contrôle des moyens évoqué plus haut. Dans le secteur public, la responsabilité s'était toujours fondée sur le respect des règles et des procédures. Peu importait ce que l'on faisait, tant que l'on observait les règles. Aujourd'hui, lorsque le secteur public est déréglementé, il faut un nouveau système fondé sur les résultats pour mettre en jeu la responsabilité des gestionnaires. C'est un changement radical : les gestionnaires sont tenus de rendre compte de *ce qu'ils font*, et non pas de *la manière dont ils le font*. Toutefois, ce principe est très difficile à mettre en œuvre. On peut classer les difficultés en plusieurs catégories.

Du point de vue le plus général, certaines activités des administrations publiques se prêtent, par nature, beaucoup mieux que d'autres à la mesure de résultats. Ainsi, l'activité d'une administration qui produit un seul ou quelques produits ou services homogènes peut être mesurée assez facilement. Un service qui délivre des passeports en est un bon exemple. En revanche, les activités des administrations qui produisent des services

hétérogènes et personnalisés peuvent être très difficiles à mesurer. La majorité des services publics relèvent de cette catégorie. Les exemples les plus notoires sont les multiples services sociaux.

Il faut aussi choisir la définition des résultats : produits, ou effets des produits. Les produits sont les biens et services des administrations publiques. Leurs effets sont les conséquences des produits pour la collectivité. Un exemple éclairera cette distinction. Un gouvernement peut souhaiter réduire le nombre de morts sur les routes causées par la conduite en état d'ivresse. C'est l'effet désiré. Pour y parvenir, il peut lancer une campagne dans les médias, soulignant les dangers de la boisson au volant. Il est facile de mesurer le produit, c'est-à-dire le nombre d'annonces effectivement passées dans les médias par rapport au nombre prescrit. Supposons toutefois que, parallèlement, le nombre de morts augmente au lieu de diminuer. Le lien qui unit les annonces et leur effet est très incertain, car de nombreux autres facteurs entrent en jeu. Quoi qu'il en soit, quels enseignements en tirons-nous ? Faut-il abandonner la campagne publicitaire ? Faut-il la renforcer ? Faut-il essayer d'autres produits ? Faut-il attendre de voir si c'est une tendance passagère ou une évolution confirmée ?

Du point de vue de la responsabilité, la question qui se pose est de savoir si l'on tient les gestionnaires responsables des produits ou de leurs effets. Les produits sont plus commodes à cet égard, mais ce sont leurs effets qui comptent en dernière analyse. Faut-il choisir un régime de responsabilité fondé sur les produits, même s'ils peuvent ne pas contribuer aux effets recherchés ? Ou bien faut-il un régime de responsabilité fondé sur les effets, alors que ceux-ci peuvent résulter en partie d'un certain nombre de facteurs sur lesquels le directeur général de l'administration considérée n'a pas de prise ? C'est évidemment une formule mixte qui s'impose, mais l'expérience acquise dans les pays membres montre que l'une des deux méthodes domine toujours.

Les gestionnaires savent bien que « ce que l'on mesure, on peut le gérer ». On l'a vu plus haut, certaines activités se prêtent mieux que d'autres à la mesure. Cela vaut aussi à l'intérieur de chaque administration, car certaines de leurs activités sont plus faciles à mesurer que d'autres. Si les méthodes de mesure en vigueur dans une administration privilégient les activités les plus faciles à mesurer, il y a tout lieu de penser que les gestionnaires porteront une attention exagérée à ces activités, puisque c'est sur elles qu'ils seront jugés. Il peut en résulter toutes sortes de conséquences indésirables et imprévues. D'où une très lourde charge pour les concepteurs des méthodes de mesure de l'administration pour s'assurer qu'elles englobent tous les aspects de ses activités.

Le problème de la surabondance d'information vient nuancer l'argument précédent. Les administrations produisent tant d'informations qu'il est très difficile aux personnes extérieures de discerner les plus importantes. Il appartient aux administrations d'en tirer les conséquences et de distinguer les mesures qu'elles effectuent pour des raisons internes et celles qu'elles réalisent à des fins externes. Un indice pondéré des diverses mesures internes peut être la meilleure solution pour les utilisateurs externes.

La fiabilité et la cohérence de l'information sur les performances sont, elles aussi, d'une importance primordiale. Dans certains pays membres, l'information sur les performances est vérifiée par la Cour des comptes en même temps que les informations financières. Les séries chronologiques de mesures de performances sont souvent les informations les plus instructives. Il importe donc d'en assurer la continuité ou de rappeler les données antérieures si un changement dans les objets de mesure est jugé nécessaire. Ces changements doivent cependant rester exceptionnels. Leur fréquence dénote, pour un nombre croissant de spécialistes, le dysfonctionnement d'une administration.

Dans le prolongement de ces observations vient la question de savoir s'il faut définir des cibles en début d'exercice ou si l'évolution des données chronologiques doit servir à juger les performances d'une administration. Deux écoles s'opposent sur ce point. Pour la première, une cible sera toujours fixée assez bas pour que l'on soit sûr de l'atteindre ou assez haut pour qu'elle ne puisse jamais être atteinte. Pour la deuxième, les cibles sont un outil essentiel qui permet de s'assurer que les administrations se consacrent aux aspects de leurs activités qui sont jugées politiquement prioritaires. Le débat reste ouvert.

En dépit de ces difficultés, l'accent mis sur les résultats est une tendance caractérisée dans tous les pays membres. L'assouplissement du contrôle des moyens est pour beaucoup dans les gains de productivité du secteur public et son remplacement par un effort d'attention porté aux résultats est le nouveau fondement de la responsabilité. De plus, la fiabilité des informations sur les résultats est souvent précieuse pour affecter les ressources selon ce critère.

Enfin, cette évolution rencontre beaucoup de scepticisme, car l'accent mis sur les résultats n'est pas une nouveauté dans les administrations. On s'y essaie depuis les années 50, si ce n'est pas davantage, avec des résultats très inégaux. Ce qui permet d'être plus optimiste cette fois-ci, c'est que cet effort conditionne la suppression du contrôle des moyens : il s'y substitue, au lieu de s'y ajouter, comme c'était le cas lors des tentatives précédentes.

2.6. La transparence budgétaire

La transparence dans l'élaboration du budget a notablement progressé à la fin des années 80 et au début des années 90, époque où les conditions budgétaires étaient défavorables dans la plupart des pays membres, où les déficits annuels étaient élevés et l'encours de la dette, croissant. Les gouvernements devaient instituer de vastes programmes d'assainissement budgétaire, souvent douloureux, et il fallait que l'opinion prenne conscience des problèmes qui se posaient. Le meilleur moyen d'y parvenir était tout simplement d'ouvrir les comptes au public et de lui dire : « Regardez, la situation est vraiment aussi mauvaise que nous vous l'avions décrite, nous ne vous cachons rien. » Cela peut paraître un peu sinistre à première vue, mais n'est-ce pas exactement ce que l'on attend des autorités : la sincérité avec les citoyens, pour leur expliquer le problème et que se dégage un accord sur la meilleure stratégie à suivre ?

C'était aussi l'époque où l'on s'intéressait de plus en plus près à l'art d'exercer le pouvoir en général. Le budget est le principal document sur l'action des pouvoirs publics, où les objectifs du gouvernement sont harmonisés et concrétisés. La transparence budgétaire (la franchise sur les intentions, la formulation et la mise en œuvre de l'action des pouvoirs publics) est donc au cœur du programme de « bonne gouvernance ».

Si l'on examine concrètement la transparence budgétaire, on peut dire qu'elle se compose de trois éléments essentiels :

- Le premier est la diffusion des données budgétaires. Par transparence budgétaire, on entend d'ordinaire la diffusion systématique et en temps utile de toutes les informations budgétaires pertinentes. C'est une condition absolument nécessaire, mais non pas suffisante.
- Le deuxième élément est l'exercice effectif du pouvoir législatif. Il doit être à même de contrôler les rapports budgétaires minutieusement et indépendamment. Il doit pouvoir débattre et influencer la politique budgétaire et être en situation d'obtenir des explications du gouvernement. Il s'agit à la fois du rôle constitutionnel du Parlement et du volume de ressources dont il dispose pour le remplir.
- Le troisième élément est la participation effective de la société civile, par les médias et les organisations non gouvernementales. Les citoyens, directement ou par ces canaux, doivent être à même d'influencer la politique budgétaire et d'obtenir des explications du gouvernement. A bien des égards, c'est un rôle similaire à celui du Parlement, mais qui ne s'exerce qu'indirectement.

Ces trois éléments sont indissociables. Pour que le Parlement et la société civile examinent les informations budgétaires, il faut d'abord que celles-ci

soient publiées. Réciproquement, la diffusion des données budgétaires n'a d'intérêt que si celles-ci sont effectivement examinées par le Parlement et par la société civile. Le Parlement et la société civile remplissent une fonction très similaire, le premier a pour tâche d'influer sur la politique budgétaire et de mettre directement en jeu la responsabilité de l'exécutif, la seconde exerçant ce rôle indirectement.

On croit généralement qu'un Parlement fort nuit à la discipline budgétaire, mais l'expérience acquise dans les pays membres ne le confirme absolument pas. L'OCDE est convaincue que la participation active du Parlement est une condition et un facteur essentiels de la discipline budgétaire. Elle assure la liaison nécessaire avec la société civile et renforce la responsabilité de l'exécutif.

L'OCDE a récemment élaboré un ensemble de règles de conduite pour la transparence budgétaire*. Il se compose de trois parties. La première mentionne les principaux rapports budgétaires que les gouvernements doivent produire et leur contenu général. La deuxième partie précise les indications que les rapports doivent donner. Il s'agit notamment d'informations sur les résultats, financiers ou non. La troisième partie met en relief les méthodes qui permettent d'assurer la qualité, la sincérité et l'utilité des rapports. L'encadré qui suit en mentionne les principales rubriques.

La Finlande fournit un dernier exemple des progrès de la transparence budgétaire (et, en même temps, de son utilité pour assurer le contrôle budgétaire). Dans ce pays, il a été décidé récemment que la Loi nationale sur la liberté de l'information voulait que les demandes initiales de financement adressées par les ministères dépensiers au ministère des Finances soient publiées en même temps que la présentation du projet de budget au Parlement. De ce fait, les ministères se sont modérés dans leurs demandes initiales. La raison en est simple. Comme leurs demandes maximales auraient immanquablement été rejetées, les ministres dépensiers ne souhaitaient pas les voir publiées, car elles auraient trahi soit leur irresponsabilité budgétaire, soit leur impuissance politique à maintenir ces demandes initiales. En conséquence, ces demandes se sont faites plus raisonnables.

2.7. Les méthodes modernes de gestion financière

La modernisation de la gestion financière dans les administrations publiques a beaucoup progressé depuis 10 ans. Du seul fait du poids des administrations, ces progrès ont exercé un effet sensible sur les résultats budgétaires. Parmi les progrès observés, il faut citer l'application de la base

* « Transparence budgétaire : les meilleures pratiques de l'OCDE », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire* (2002), vol. 1, n° 3.

Transparence budgétaire : les meilleures pratiques de l'OCDE

1. Les rapports budgétaires

1.1. Le budget

1.2. Le rapport préalable au budget

1.3. Le rapport mensuel

1.4. Le rapport en milieu d'année

1.5. Le rapport de fin d'année

1.6. Le rapport préalable à des élections

1.7. Le rapport sur le long terme

2. Les indications particulières

2.1. Les hypothèses économiques

2.2. Les dépenses fiscales

2.3. Les créances et les engagements

2.4. Les actifs non financiers

2.5. Les obligations liées aux pensions des agents publics

2.6. Les engagements conditionnels

3. La sincérité, contrôle et responsabilité

3.1. La politique suivie en comptabilité

3.2. Les systèmes et la responsabilité

3.3. L'audit

3.4. Le contrôle du public et celui du Parlement

des droits constatés, le prélèvement de frais financiers, les reports de crédits inutilisés et les comptes rémunérés. Ces différents points sont examinés ci-après.

2.7.1. La base des droits constatés

La base des paiements et la base des droits constatés se situent aux deux extrémités de la gamme des méthodes applicables à la comptabilité publique et à l'élaboration du budget. La base des paiements avait toujours été appliquée par les pays membres aux activités du secteur public. Ces dernières années, on assiste dans les pays membres à un vaste mouvement vers l'autre extrémité, celle de la base des droits constatés. A peu près la moitié des pays membres ont aujourd'hui adopté la base des droits constatés à des degrés divers. C'est un mouvement très rapide ; c'est seulement au début des

années 90 que les premiers rapports financiers et les premiers budgets ont été produits sur la base des droits constatés par un pays (la Nouvelle-Zélande).

Lorsque l'on adopte la base des droits constatés, c'est pour plus de transparence sur le véritable coût des administrations publiques. Par exemple, la base des droits constatés impute le coût des pensions des agents publics à leurs années de service, lorsqu'ils accumulent des droits à pension, au lieu de le considérer comme une dépense non comptabilisée (et incontrôlable) lorsqu'ils ont pris leur retraite. Autres exemples : pour éviter une pointe de dépenses au lancement de chaque projet d'investissement, la base des droits constatés permet de les inscrire dans les dépenses annuelles de fonctionnement sous la forme de provisions pour amortissement. Appliquer la base des droits constatés aux prêts et aux programmes de garantie incite à la vigilance sur les risques de défaillance des bénéficiaires, surtout s'il faut provisionner ces risques. Dans l'optique de la base des paiements, la dette publique peut être aménagée de telle manière que l'ensemble des frais financiers ne soient réglés qu'à l'échéance de l'emprunt, au lieu d'être échelonnés sur toute la durée de l'emprunt, comme le veut l'optique de la base des droits constatés. Tous ces exemples montrent en quoi s'en tenir à la base des paiements peut déformer le véritable coût des administrations publiques.

Adopter la base des droits constatés vise un autre objectif : mieux éclairer la prise de décision des autorités publiques par une information enrichie. Il faut examiner la question dans un cadre plus général. Les pays qui ont adopté la base des droits constatés ont généralement été à la pointe des réformes de la gestion publique en général. Ces réformes ont été mises en relief dans la présente note. L'un de leurs objectifs essentiels est de tenir les gestionnaires pour responsables des produits ou de leurs effets tout en réduisant le contrôle des moyens. Dans ce contexte, on attend des gestionnaires qu'ils soient responsables de l'ensemble des coûts associés aux produits ou à leurs effets, et non pas seulement des dépenses immédiates. Seule la base des droits constatés permet de saisir l'intégralité de ces coûts, à l'appui de l'efficacité de la prise de décision des gestionnaires. En résumé, lorsque ces derniers obtiennent toute latitude dans la gestion de leurs ressources propres, il leur faut l'information nécessaire. L'adoption de la base des droits constatés fait donc partie intégrante de ces réformes générales.

La base des droits constatés soulève un certain nombre de questions qui sortent du cadre de cette note. Par exemple, jusqu'où aller dans l'application de la base des droits constatés (la limiter à l'établissement des rapports financiers ou aller jusqu'à l'élaboration du budget ; ou encore s'en tenir à certaines catégories d'opérations) ? Comment analyser certains types d'avoirs et d'engagements tout à fait inconnus du secteur privé (éléments du patrimoine, installations militaires, équipement d'infrastructure et

programmes d'assurance sociale) ? Quelles méthodes d'évaluation appliquer (coût historique ou coût actuel) ? A qui incombe-t-il de fixer les normes comptables, puisqu'un grand nombre de jugements et d'hypothèses doivent être faits dans l'optique de la base des droits constatés ?

On notera cependant que plusieurs pays émettent les plus grandes réserves sur l'utilisation de la base des droits constatés. Ces préoccupations portent sur un certain nombre d'aspects. D'abord, l'adoption de la base des droits constatés risquerait de nuire à la discipline budgétaire. Par exemple, les autorités pourraient décider d'un coûteux projet d'investissement dont le coût apparaîtrait au budget sur plusieurs années (sous forme de provision pour amortissement) et non pas, pour sa totalité, au moment de la décision politique de lancer le projet. Ensuite, la base des droits constatés dépendrait d'hypothèses techniques complexes aisément manipulables. La base des paiements peut donner lieu à des manipulations, mais seulement dans le temps et à la marge. Enfin, la base des droits constatés serait mal comprise des responsables politiques. Du point de vue de la démocratie, si les responsables ne comprennent pas les chiffres inscrits au budget, premier document sur l'action des pouvoirs publics, il faut renoncer purement et simplement à mettre en œuvre la base des droits constatés.

2.7.2. Prélèvement de frais financiers

Dans le secteur public, le capital passe souvent pour un bien gratuit. Une fois qu'un équipement est en place, aucun mécanisme ne permet de suivre, ni de répercuter le coût du capital immobilisé dans l'équipement. Un certain nombre de pays membres ont progressé à cet égard.

Les modalités de l'amortissement du capital sont généralement les suivantes. Les autorités décident de percevoir une redevance sur le coût du capital immobilisé dans le patrimoine d'une administration. Par exemple, si le patrimoine d'une administration s'élève à 10 millions de dollars, on lui appliquera une redevance de 10 % (souvent l'équivalent du taux des obligations publiques à long terme). En d'autres termes, l'administration visée devra payer au ministère des Finances 1 million de dollars chaque année. Au lancement de cette formule, les crédits accordés aux administrations sont augmentés de leur redevance, de sorte que la situation nette des administrations, prises individuellement ou dans leur ensemble, reste inchangée. Toutefois, les administrations pourront dans l'avenir se défaire d'éléments de patrimoine et s'exonérer ainsi de la redevance correspondante, tout en conservant tout ou partie de l'augmentation des crédits destinée à financer le coût du capital. D'où un effet d'incitation. Elles peuvent ainsi décider de vendre des éléments de patrimoine en surnombre ou de déménager d'un quartier cher à un quartier meilleur marché et se servir à d'autres fins des économies de redevance réalisées. Cette formule a de

profondes conséquences pour la gestion du patrimoine des administrations publiques, domaine qui, auparavant, était purement et simplement négligé.

2.7.3. Reports

Tous les pays fonctionnent sur le principe de l'annualité budgétaire. De ce fait, tous les crédits expiraient à la fin de l'exercice budgétaire, ce qui provoquait une gigantesque course irraisonnée à la dépense avant la fin de l'exercice. Non seulement parce que les administrations auraient perdu les crédits inutilisés sur l'exercice en cours, mais aussi parce que les crédits accordés au titre des exercices ultérieurs auraient été recalculés en fonction du moindre volume de leurs dépenses. Elles perdaient à tout jamais ce qu'elles n'avaient pas dépensé dans l'année. La situation n'est plus la même aujourd'hui, car les dépenses de fonctionnement sont généralement reportables d'une année sur l'autre, parfois dans certaines limites. Le ministère des Finances n'intervient que si une administration accumule les reports continûment, année après année. De plus, l'instauration de budgets à moyen terme permet aux administrations de vérifier que leurs crédits sont bien reportés.

2.7.4. Comptes rémunérés

Certains pays ont aussi doté les administrations de comptes rémunérés. Ainsi, par exemple, les crédits d'une administration sont divisés en douzièmes (un par mois) et déposés sur un compte de l'administration bénéficiaire (soit au ministère des Finances, soit dans une banque commerciale). Si une administration dépense moins vite que prévu, elle perçoit un intérêt sur les soldes créditeurs. Si elle dépense plus vite, elle paie un intérêt sur les soldes débiteurs. Les administrations n'ont pas toutes, tant s'en faut, les mêmes possibilités de moduler le rythme de leurs dépenses, mais elles sont aujourd'hui beaucoup plus conscientes des règles de la gestion de trésorerie.

Ces différentes méthodes (la base des droits constatés, le prélèvement de frais financiers, les reports de crédits inutilisés et les comptes rémunérés) viennent renforcer l'information dont disposent les directeurs d'administration et leur donnent plus de liberté pour agir en conséquence. C'est un domaine très technique, mais les conséquences pour les finances publiques sont considérables, du seul fait du poids des administrations publiques.

3. Conclusion

La présente note a mis en lumière les sept caractéristiques institutionnelles de l'élaboration du budget qui, selon l'OCDE, sont essentielles pour réaliser un assainissement durable des finances publiques :

- un cadre budgétaire à moyen terme ;
- des hypothèses économiques prudentes ;
- des techniques de budgétisation descendantes ;
- l'assouplissement du contrôle central des moyens ;
- l'accent mis sur les résultats ;
- la transparence budgétaire ;
- des méthodes modernes de gestion financière.

Comme indiqué dès le départ, la croissance économique et la volonté politique jouent le rôle essentiel, mais elles ne suffisent pas. Les institutions doivent être de nature à favoriser et à renforcer la discipline budgétaire. Les pays membres en ont conscience et tous s'engagent dans cette voie : les différents pays partent de situations différentes et évoluent à des rythmes différents, mais leur direction commune ne fait aucun doute. La route sera plus longue dans les pays où les traditions sont profondément enracinées dans le secteur public ; mais le jeu en vaut la chandelle, comme en témoignent les résultats que goûtent aujourd'hui les premiers réformateurs.

ISSN 1608-7151
Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire – Vol. 2, n° 4
© OCDE 2003

Maîtriser les dépenses publiques : la théorie de la limitation des dépenses

par
Aaron Wildavsky*

* Feu M. Aaron Wildavsky était Professeur, Survey Research Centre, Université de Californie à Berkeley, États-Unis. Ce rapport a été rédigé pour la première réunion du Groupe de travail des Hauts responsables du budget de l'OCDE en 1980.

Que faut-il, à mon sens, exclure de la notion de limitation des dépenses ? Le présent document ne traitera pas des raisons pour lesquelles les gouvernements devraient décider de limiter les dépenses. S'ils souhaitent les accroître, ils en ont sans conteste la prérogative. De surcroît, ils s'y entendent, de toute évidence, fort bien. Les gouvernements n'ont que faire de conseils sur ce qu'ils effectuent naturellement. Point n'est besoin de chercher des solutions lorsqu'on ne perçoit aucun problème.

Le problème de la limitation des dépenses ne se pose que s'il y a une volonté publique de contenir les dépenses, mais que les pouvoirs publics n'en ont pas encore les moyens. Quelles qu'en soient les raisons, un gouvernement peut souhaiter réduire le taux d'accroissement des dépenses ou les contenir à un niveau donné (soit en chiffres absolus, soit en proportion du produit national ou du revenu national) et s'apercevoir qu'il n'y parvient pas.

Vouloir limiter les dépenses n'implique pas nécessairement que les citoyens ou l'État soient opposés à toutes, voire à la plupart des dépenses, ou encore à tel poste particulier de dépense. Il se peut fort bien qu'ils soient favorables à chaque dépense considérée isolément, mais peu enthousiastes au vu des sommes totales auxquelles on aboutirait si l'on donnait suite à tous leurs souhaits. Les préférences de la population peuvent être en contradiction selon qu'il s'agit d'une somme totale ou d'un programme donné. En effet, pour autant que l'on puisse se fier aux sondages d'opinion, tel est précisément la disposition d'esprit du public : il approuve la plupart des dépenses mais non le total auquel elles aboutissent. Réconcilier ces exigences incompatibles constitue le problème politique actuel en matière de dépenses publiques.

Dans cette optique, la maîtrise des dépenses publiques signifie que les gouvernements soient non seulement capables de fixer des sommes globales pour leurs dépenses mais de s'y tenir. Il est hors de doute que ce double objectif n'est pas souvent pleinement atteint dans la pratique. La réalité se présente tout autrement : elle fait apparaître une série quasi ininterrompue d'échecs que seules quelques réussites éphémères viennent entrecouper de-ci de-là, pendant des périodes très courtes. Que ce soit dans l'absolu ou par rapport à l'économie dans son ensemble, les dépenses publiques ne cessent donc de croître.

Pourquoi les dépenses publiques suivent-elles inexorablement une courbe ascendante ? Pourquoi tous les efforts déployés dans tous les pays membres de l'OCDE ne permettent-ils pas pour autant que je le sache, de

freiner des dépenses si ce n'est durant de courtes périodes ? De toute évidence, il doit y avoir une certaine inadéquation entre les causes de cette croissance et les méthodes utilisées jusqu'ici pour y remédier. Quelles pourraient être les mesures efficaces : telle est la question que nous devrions finalement nous poser. En effet, en l'absence de solution il n'y a en fait pas de problème. « Imperfection » peut être synonyme de « perfection » pour qui se veut réaliste, dès lors qu'il n'existe aucun moyen d'amélioration connu. Toutefois, avant de nous résigner à cette affligeante conclusion qui, à mon sens, est loin d'être fondée, il nous faut examiner et repenser les théories actuelles concernant la croissance des dépenses publiques.

1. « Où se trouve la faille institutionnelle » ?

La réponse à cette question est peut-être plus simple qu'on ne le pense en général. Exprimant leur volonté par voies démocratiques, les citoyens agissent comme ils l'entendent et obtiennent ce qu'ils veulent. Sinon, comme Brian Barry le dit si bien :

> *Il est important de savoir si la force de la concurrence électorale peut avoir pour résultat, d'une façon systématique, de donner aux gens ce qu'ils ne veulent pas, ou, plus précisément, leur donner quelque chose qui n'aurait pas été choisi face à une autre hypothèse, il y aurait de bonnes raisons de penser que la démocratie comporte une faille dans son principe même…*[1]

Barry est enclin à penser que tel n'est pas le cas ou que, s'il y a une faille, elle n'est pas de nature à entraîner des dépenses élevées non souhaitées. Ceux qui sont d'un avis contraire sont également troublés par l'idée que le mécanisme politique fonctionne correctement et que c'est eux qui ont tort. Il convient assurément de s'interroger sur les raisons de leur perplexité selon James Buchanan et Richard Wagner :

> *La question que nous devons poser et à laquelle nous devons répondre est la suivante : pourquoi les citoyens accordent-ils leur soutien à des hommes politiques dont les décisions aboutissent aux résultats que nous venons d'évoquer ? Si les citoyens sont pleinement informés des conséquences finales des différents choix et s'ils ont un comportement rationnel, ils devraient refuser leurs suffrages aux candidats qui briguent un poste politique ou aux responsables politiques en place qui se montrent peu soucieux des matières fiscales. Ils ne devraient pas cautionner indirectement des politiques monétaires et fiscales génératrices d'inflation pas plus qu'ils ne devraient consentir à une accumulation de déficits budgétaires…Pourtant, semble-t-il, c'est précisément ce qui se passe…*[2]
>
> *Cet état de choses est paradoxal. En effet, un régime de déficits permanents et croissants, suivis d'inflation, allant de pair avec un secteur public hypertrophié, peut difficilement être considéré comme profitable pour qui que soit. Pourquoi*

donc le fonctionnement normal des institutions démocratiques parait-il aboutir à un tel résultat? Où se trouve donc la faille institutionnelle ?[3]

Où, en effet ?

Je tiens à dire bien haut et bien fort que je ne souscris absolument pas aux théories selon lesquelles une conspiration bureaucratique où les manœuvres des hommes politiques expliqueraient la croissance des dépenses publiques. En effet, selon Barry, « que pourrait-on attendre d'un système dans lequel une clique de gredins se disputerait les faveurs d'une bande plus nombreuse encore de dupes ? »[4]. J'aimerais vider de toute sa crédibilité ce principe absurde inspiré par Parkinson selon lequel les bureaucraties parviendraient à gonfler indéfiniment leurs programmes en abusant de la crédulité publique. Si ces programmes n'étaient pas profondément souhaités par de puissants éléments sociaux, ils ne prospéreraient pas. Ce n'est pas la théorie de la conspiration qui s'applique en l'espèce, mais celle de Pogo (nom d'un héros de bandes dessinées) : *Nous avons vu l'ennemi et cet ennemi c'est nous.*

2. Critique des théories de la conspiration

L'élégante théorie de la bureaucratie, émise par William Niskanen, est beaucoup plus séduisante intuitivement et esthétiquement. En fonction de quels critères, demande-t-il, les fonctionnaires sont-ils juges et récompensés ? Certes pas en fonction de l'écart entre les résultats qu'ils obtiennent et les ressources que leur administration absorbe. Les fonctionnaires ne peuvent pas s'approprier les économies réalisées ; leur administration n'a pas non plus la possibilité de reporter les crédits. Mais bien plutôt, leurs chances de promotion, d'augmentation de salaires, ou de l'influence qu'ils pourront exercer augmentent en fonction de l'amplitude et non des succès obtenus. Par conséquent, ils chercheront à obtenir plus (beaucoup plus) pour leurs administrations et leurs programmes que les citoyens ne le voudraient dans les circonstances analogues[5]. Jusque-là, rien à redire. Mais pourquoi les citoyens, en leur qualité d'électeurs, accorderaient-ils leurs suffrages à des responsables du gouvernement prêts à s'accommoder de cet état de choses ? Si les citoyens estiment que les impôts sont trop élevés ou les dépenses trop importantes, qu'est-ce qui les empêche d'utiliser l'urne électorale pour faire valoir leur point de vue ?

Je rejette les idées conspiratrices de la gauche, connues comme « conscience erronée » ou de la droite appelées « illusion fiscale » non parce qu'elles sont totalement dénuées de fondement, mais parce qu'une vérité partielle est souvent pire que les pas de vérité du tout ? Exprimée crûment, la thèse des « consciences erronées » prétend que dans les pays capitalistes, le peuple subit un endoctrinement destiné à lui faire choisir des politiques qui vont à l'encontre de ses intérêts véritables par une transmission partiale de la

culture, que ce soit à l'école, à l'église ou par tout autre moyen de communication. Certes, nous nous trompons tous sur nos véritables intérêts : nul d'entre nous n'oserait soutenir qu'il est capable de se muer en pur esprit doué d'une vision neuve des choses, à l'abri des contingences humaines et des influences de la société dans laquelle il vit. Rien de ce qui précède n'autorise cependant d'autres à se prétendre les uniques dépositaires de « la conscience de la vérité », leur donnant ainsi le droit de proclamer avec autorité qu'ils savent mieux que nous ce qui est bon pour nous, même lorsque nous-mêmes le savons. En tout état de cause, dans les circonstances présentes la « conscience erronée » provoquée par la propagande de l'industrie pour faire préférer les dépenses privées aux dépenses publiques, signifierait que les dépenses sont trop faibles et non trop élevées, ce qui n'est pas le problème qui se pose, ainsi que le diraient les travailleurs des services sociaux.

A condition de la débarrasser de son vernis de calculs complexes, chacun peut comprendre en quoi consiste « l'illusion fiscale » car nul ne comprend les ramifications des innombrables impôts et dépenses[6]. Et les citoyens peuvent systématiquement sous-estimer ce qu'ils paient et ce que l'État dépense. La plupart d'entre eux savent pourtant que les sommes qu'ils acquittent directement ou indirectement sont élevées. Étant donné le nombre incommensurable de mollirais en jeu, il est hors de doute que les citoyens sous-estiment de même les coûts des divers programmes. Toutefois, puisque quelques instants leur suffiraient pour éclairer leur lanterne, je ne suis pas persuadé que cet aspect de la question ait tant d'importance. Qu'il y ait des illusions, c'est indéniable, mais je doute qu'elles engendrent le sentiment d'euphorie que procure l'idée d'avoir échappé à l'impôt.

Mais qu'il s'agisse de la thèse de la « conscience erronée » ou de celle de « l'illusion fiscale », toutes deux servent à la gauche pour expliquer les échecs de la droite et vice versa. Ce sont des doctrines de perdants invétérés. Il est impossible que le peuple y soit opposé ; il s'est donc fourvoyé. S'il disposait des informations nécessaires, déciderait-il en pleine connaissance de cause et sans illusion de choisir le droit chemin (ou serait ce celui de gauche) ?

D'autres observateurs sains d'esprit et d'intentions estiment que le secteur public souffre d'un manque de moyens financiers. Lorsqu'il explique « pourquoi le budget de l'État est trop restreint dans une démocratie », Anthony Downs soutient qu'une majorité de citoyens pleinement informés serait favorable à un accroissement des dépenses. Ceci parce que les électeurs (dont les hommes politiques de tous les partis s'efforcent de s'attirer les faveurs) sont constamment mal informés : ils sont beaucoup plus sensibles au poids des impôts qu'ils paient qu'aux avantages des programmes dont, dans bon nombre de cas, ils ne bénéficient pas personnellement. Cette erreur d'appréciation les conduit à conclure, à tort, que l'État coûte plus cher que ses programmes ne valent[7]. Ce qui est gênant dans l'argumentation de Downs,

c'est que l'hypothèse inverse est également, plausible, à savoir, que les prestations sont tangibles et paraissent gratuites puisqu'on ne les paie pas comptant, alors qu'il faut, en tout état de cause, acquitter ses impôts soit directement soit dans le prix des produits que l'on achète. Si Downs avait raison, il serait difficile d'expliquer pourquoi les impôts et les dépenses, les dépenses et les impôts, ne cessent d'augmenter au lieu de diminuer. Étant donné que le montant total des impôts et des dépenses est, en général, perçu par les citoyens comme étant trop élevé et non trop faible, un plafonnement des dépenses variant en fonction de la croissance économique devrait constituer, semble-t-il, un bon moyen pour rétablir le lien entre les différents postes et la dépense totale, quelles que soient les raisons qui ont été à l'origine des distorsions.

Arguant que la société est prospère alors que les services publics sont faméliques, John K. Galbraith souligne que les individus subissent, par la voie de la publicité, un endoctrinement qui chez eux des besoins artificiels, c'est-à-dire qui les pousse à consommer pour consommer. Il soutient que les services publics, en revanche, sont incapables de faire leur propre publicité. Les citoyens seraient mieux lotis, affirme-t-il, s'ils cédaient une part plus importante de leur revenu au secteur public afin que celui-ci puisse en disposer dans leur intérêt[8]. Mis à part le fait que la publicité ne donne pas toujours les résultats escomptés, et que les habitants des pays qui ne connaissent pas la publicité paraissent avoir des préférences remarquablement proches de celles des habitants des autres pays, la question importante consiste à se demander pourquoi ce que M. Galbraith veut ou ce que l'État fait ont une qualité supérieure aux préférences des particuliers. La publicité de l'État, sous forme de relations publiques, étant en réalité omniprésente, le véritable motif de plaintes de Galbraith est son inefficacité. Soutient-il que le politique est supérieur à l'économique ? Pas tout à fait. Soutient-il que certains besoins priment d'autres ? Sans conteste. Mais en quoi ses préférences ou les miennes diffèrent-elles : des vôtres ou des leurs ?

Il est une autre thèse avec laquelle je suis en désaccord, mais comme avec les précédentes, en partie seulement, à savoir celle de Gordon Tulloch qui soutient que « dans une large mesure, la bureaucratie engendre sa propre croissance »[9]. L'ennui avec les bureaucrates, c'est qu'ils sont aussi des électeurs : plus ils sont nombreux, plus ils ont de voix et, plus leur nombre s'accroît. A l'appui de cette hypothèse, on peut invoquer un certain nombre d'arguments de valeur plus ou moins (in)discutable. Les fonctionnaires sont en moyenne plus susceptibles de voter que le reste de la population. Le gouvernement utilise un plus grand coefficient de main-d'œuvre que le secteur privé, non seulement dans les domaines où il produit des services, ainsi qu'il ressort de la théorie de Baumol sur l'augmentation du coût des services[10], mais encore dans tous les autres domaines d'activité en général. Et,

plus le gouvernement est important, plus la part des coûts administratifs est élevée. Tous ces arguments sont séduisants mais loin d'être concluants.

Les fonctionnaires sont, en effet, loin d'être majoritaires dans la population. Si j'ai raison de penser qu'en tant que citoyen les fonctionnaires ne sont guère plus favorables que nous tous à un État omniprésent, ils ne voteraient pas en faveur d'une expansion du gouvernement en général. Ils ne font que défendre la part des deniers publics qui revient à leur service. De fait, selon des sondages, 47 % des fonctionnaires de l'État de Californie ont déclaré avoir voté pour la Proposition 13. La question fondamentale demeure donc : pourquoi nous, c'est-à-dire tous les autres citoyens, ne parvenons-nous pas à leur imposer une discipline ou, mieux encore, pourquoi le citoyen qu'il y a dans tout fonctionnaire ne parvient-il pas à discipliner le fonctionnaire qu'il est ?

3. Nous sommes les artisans de notre malheur

La théorie de Pogo consiste, en revanche, à dire que nous, le peuple (que nous soyons citoyen, homme politique ou fonctionnaire), sommes notre propre ennemi. Il s'agit d'un jeu auquel nous participons tous. Nous ne l'aimons pas – qui, du reste a jamais soutenu que les gens aiment nécessairement ce qu'ils se font eux-mêmes mais nous y jouons quand même.

Ce ne sont pas seulement les grands méchants fonctionnaires et leurs protecteurs politiques, mais, comme le dit la chanson, « you and me, babe » qui sommes à l'origine de nos propres problèmes. Nous sommes tous innocents comme l'enfant qui vient de naître, simplement nous ne pouvons pas nous empêcher de continuer à faire augmenter les dépenses publiques. Les citoyens tiennent à certains de ces programmes, c'est indéniable. Pas tous, bien sûr, mais suffisamment pour vouloir qu'ils se développent. Malheureusement, le seul moyen de les promouvoir est un accroissement général des dépenses, en partie parce que c'est à cette condition que l'on obtient l'appui des autres citoyens (tu me donnes un coup de pouce pour mon programme, je te donne celui dont tu as besoin pour le tien) en partie parce que c'est l'indispensable monnaie d'échange pour obtenir l'appui d'hommes politiques qui soutiennent nos programmes : mais d'autres également, et, enfin, en partie parce qu'il n'est en général pas possible de se prononcer sur la dépense globale séparément des différents postes qui la composent. Les citoyens tiennent à certaines dépenses plus qu'à d'autres ; ils tiennent à ce que leurs priorités l'emportent ; or, parmi ces dernières, figure leur préférence pour des dépenses moins élevées. C'est uniquement parce que la législation de l'État de Californie admet la pratique du référendum que les électeurs ont pu faire savoir que les impôts fonciers étaient trop élevés sans avoir, du même coup, à renier leur parti politique ou à désavouer leurs représentants à la Chambre de l'État qui peuvent leur donner satisfaction sur d'autres points.

Une politique d'intérêt public nécessite non seulement un objectif, mais doit également être corrigée par le public.

Les fonctionnaires n'agissent pas mieux. Ce n'est pas parce qu'ils s'emploient à obtenir davantage, ou, plus passivement, ne peuvent résister à en accepter plus, qu'ils veulent pour autant que le gouvernement s'accroisse continuellement ou, du moins, pas aussi, rapidement. Ils se comportent simplement comme tout le monde, en d'autres termes, ils sont dans l'impossibilité d'obtenir leurs programmes sans être d'accord avec ceux des autres. Comme chaque citoyen de la nation tout entière (que diable, ils sont la nation, ou du moins, en forment une bonne partie), les fonctionnaires font monter, par surenchères successives, le coût de gouvernement presque à leur insu. Comme le jeune premier avait coutume de le dire dans les scènes de séduction du bon vieux temps, lorsqu'il était inexpérimenté et que sa belle était ardente : « This thing is bigger than both of us. »[11]

Les Parlements ou ministères (ensemble ou séparément) sont, eux aussi, plus enclins à la dépense qu'à l'économie. Comme nous tous, ils apprécient la nourriture qu'ils consomment, sauf lorsqu'ils sont confrontés avec le poids total qu'elle représente. De tous les auteurs qui ont traité de cette question, l'explication de William Riker, basée sur le rôle primordial du législatif dans l'accroissement du secteur public, est à mon avis la plus proche de la vérité. Il s'exprime en ces termes :

> *Je pense que si tout le monde (ou si tous ceux qui ont la charge des affaires publiques) était d'accord sur le principe, chacun pourrait profiter de la réduction de la taille du secteur public. Mais aucun accord de cette sorte ne se produit et il s'agit donc d'en trouver la raison. L'explication que je peux donner est que les dirigeants sont prisonniers d'un système d'échange des avantages qui aboutit à des résultats… désavantageux.*
>
> *Voici comment fonctionne ce système :*
>
> *Phase 1 : Certains parlementaires (ou chefs de certaines formations qui ont leur oreille) entrevoient la possibilité de quelques avantages pour leurs électeurs ou leur clientèle (en transférant une activité donnée du secteur privé au secteur public. D'habitude, ce genre de profit suppose de mettre les frais supportés par le secteur privé à la charge du Trésor Public… Le plus souvent, bien sûr, les bénéficiaires de ce transfert sont des groupes relativement restreints de citoyens et seule une minorité de parlementaires a des électeurs parmi ces groupes. Souvent aussi, il existe d'autres groupes et d'autres minorités de parlementaires qui s'aperçoivent, eux aussi, qu'ils pourraient retirer quelques avantages d'autres transferts du secteur privé vers le secteur public. L'addition de plusieurs minorités de parlementaires qui agissent au bénéfice de leur électorat est suffisante pour constituer une majorité parlementaire et peut provoquer ainsi un gonflement notable du secteur public.*

Phase 2 : Une coalition de ce genre ne serait pas en elle-même nocive sur le plan social (quoique peut-être inéquitable)… Mais, bien sûr, la coalition ainsi réalisée n'en est qu'une parmi tant d'autres. Des coalitions totalement différentes, dont certaines se chevauchent, d'autres non, obtiennent d'autres sortes de transferts vers le secteur public : coalition dans le domaine des travaux publics, des bases et marchés militaires, au niveau des instances chargées de la réglementation (« regulatory bodies ») *avec toutes les faveurs que ceux-ci dispensent aux divers petits groupes d'intérêt économique, etc. Au-delà des intérêts économiques, il y a des intérêts idéologiques auxquels les parlementaires peuvent se rallier pour gagner des appuis en faisant écho à certaines valeurs auxquelles certains électeurs sont profondément attachés, notamment dans les domaines racial, ethnique, linguistique, religieux, moral, patriotique, etc., valeurs dont l'épanouissement peut être favorisé par une expansion des activités du secteur public.*

Il s'ensuit que presque tout intérêt imaginable, qu'il soit d'ordre économique ou politique, est défendu par quelques parlementaires soucieux d'assurer leur avenir politique en favorisant l'accroissement des services publics pour servir l'intérêt en question.

Phase 3 : Étant donné que chaque citoyen (qu'il ait un ou plusieurs intérêts défendus par ces coalitions minoritaires en général) bénéficie du succès obtenu par ces coalitions, et étant donné que presque chaque parlementaire retire quelque avantage de la reconnaissance qu'il s'est ainsi acquise de la part d'électeurs relativement importants, presque tout le monde gagne à des actions dont le succès se traduit par une expansion du secteur public. Par voie de conséquence, chaque parlementaire a un mobile puissant pour constituer des majorités de circonstance par le jeu des alliances qui se forment entre coalitions minoritaires en vue d'obtenir certains avantages du secteur public en faveur de chacun des différents intérêts représentés au sein de l'alliance. Si un parlementaire s'abstenait de promouvoir quelques intérêts minoritaires ou de se joindre à des alliances plus larges pour obtenir les avantage qui en découlent, ses électeurs et lui-même auraient simplement le désagrément de payer pour les bénéfices des autres tandis qu'eux-mêmes n'en obtiennent rien.

Pourtant, le résultat final de tout ce processus est que la société se trouve dotée d'un secteur public considérablement agrandi, très onéreux, et, à maints égards, inefficace. Il me paraît très probable qu'étant donné l'importance de ces inconvénients, il eut été préférable, pour presque tout le monde, que cette expansion du secteur public n'ait jamais eu lieu. On peut donc supposer que chacun aurait une raison de renoncer aux avantages dispensés par le secteur public – et tel est effectivement le cas. Mais un accord pour une grande coalition en vue d'un tel renoncement semble virtuellement non exécutoire. Chacun a en effet une bonne raison de le déserter dans l'espoir de se procurer tel ou tel avantage dispensé par le secteur public avant qu'un autre ne l'obtienne[12].

Seule une question d'intensité nous sépare : pour Riker, ce sont les gouvernants qui matraquent leurs administrés, alors que pour moi, nous sommes tous fautifs. Comment se fait-il qu'il n'en ait pas été ainsi jadis et qu'il en aille ainsi de nos jours ?

4. Déclin de la théorie de Madison

Dans ce qu'il a appelé la théorie de la « république pluraliste », James Madison exprimait l'espoir et la conviction que l'immensité du pays et la diversité de sa population retarderaient la formation de factions rivales (que nous qualifierions aujourd'hui de groupes de pression) soucieuses de défendre leurs intérêts au détriment de ceux des autres. A son avis, il leur serait trop difficile de s'organiser, de se consulter et d'agir tant qu'ils ne seraient pas nombreux et qu'ils n'auraient pas réussi à susciter un très large consensus. Les intérêts organisés seraient peu nombreux mais de dimension importante, le processus même de leur formation reflétant un intérêt général qui aurait toutes les chances d'être conforme à une conception commune de l'équité. Voici en quels termes il s'est exprimé :

> *Plus une société est petite, moins elle comportera probablement de parties et d'intérêts distincts la composant et plus souvent une majorité sortira du même parti ; de surcroît, plus le nombre de personnes qui forment une majorité est limite, et plus l'espace dans lequel ils se trouvent est restreint, plus il leur est facile de se concerter et de mener à bien leurs entreprises de domination. Mais que l'espace soit plus grand, on y rencontrera une plus grande variété de parties et d'intérêts ; il devient ainsi moins probable que la majorité d'un tel ensemble ait un motif commun pour empiéter sur les droits des autres citoyens ; ou bien, si un tel motif existe, il sera plus difficile pour tous ceux qui ont le sentiment de le posséder de se rendre compte de leur propre force et d'agir à l'unisson. Abstraction faite des autres obstacles, il convient de noter que lorsque l'on a conscience de poursuivre un objectif injuste ou répréhensible, toute communication se heurte toujours à une méfiance proportionnelle au nombre de ceux dont le concours est indispensable*[13].

La technologie moderne a sapé ces prémisses sur lesquelles repose la théorie de Madison. Il est maintenant beaucoup plus facile et moins onéreux pour les citoyens de se réunir qu'il aurait jamais pu l'imaginer à l'époque. Les groupes désireux d'influencer le gouvernement du pays sont plus nombreux et plus spécialisés qu'ils ne l'étaient en alors et aucun indice ne permet de penser que ce processus de différenciation s'arrêtera un jour. Dans tous les pays du monde occidental, les intérêts exprimés augmentent par suite de l'accroissement de la population, de la fréquence des interactions, et de l'expansion du gouvernement, de sorte que les citoyens ont tout intérêt à s'unir.

Si nul n'avait prévu les moyens de communication modernes, l'inversion qui s'est produite dans la causalité politique – qui est peut-être comparable à une inversion de champ magnétique – était, elle, absolument inconcevable à l'époque. Les différentes factions faisaient alors pression sur les gouvernements et non l'inverse. Les gouvernements pouvaient y résister, mais ne pouvaient en aucun cas créer une faction, Se constituer en faction est peut-être, comme l'a si bien dit Madison, le propre de l'homme, mais non à l'instigation du gouvernement. Pourtant, c'est précisément ce qui advient lorsque le gouvernement est omniprésent. Plus il en fait pour ou au sujet du secteur privé ou des particuliers, plus ceux-ci sont obligés de faire face au gouvernement. Vous pourriez imaginer, par exemple, que le secteur privé suscite les mesures qui seront prises par l'État, mais nous savons maintenant que bien souvent l'État agit et le secteur privé réagit, s'organisant pour s'adapter face à un nouvel intérêt que l'État a lui-même suscité par son comportement. De même les différents échelons du gouvernement vont à leur tour s'organiser face aux stimuli créés par le pouvoir central[14]. De fait, le pouvoir paie déjà des citoyens pour s'organiser, des avocats pour intenter des procès, des hommes politiques pour se porter candidats aux élections. Bientôt, si la tendance actuelle se poursuit, l'État deviendra complet par lui-même, suscitant (apparemment de façon spontanée) les forces auxquelles il réagit.

Imaginez les programmes publics comme étant des sphères à l'intérieur d'espaces délimités par la gamme des politiques possibles. Lorsque ces espaces sont vides, les nouveaux programmes ont des conséquences qui leurs sont propres. Mais à mesure que ces programmes s'amplifient et que d'autres viennent s'y ajouter, ils se mettent à s'entrechoquer. Par conséquent, plus il y a de grands programmes, plus les heurts se multiplient et plus ces programmes ont des conséquences variées et indirectes. De surcroît, le progrès du passé est générateur de problèmes pour l'avenir. De même que ceux qui mourraient jadis de pneumonie sont maintenant guérissables et deviennent les patients de la médecine gériatrique d'aujourd'hui de même, l'inflation qui sévit en matière médicale et dont nous souffrons aujourd'hui est la conséquence directe des subventions accordées pour la construction d'établissements hospitaliers, des mesures destinées à favoriser la couverture totale des soins médicaux et des autres dispositions qui ont contribué à inonder d'argent le marché médical, faisant ainsi monter les prix. De nouveaux programmes de lutte contre la hausse des coûts, de confirmation des diagnostics dans le cas des interventions chirurgicales, de réduction des lits d'hôpitaux, etc., deviennent indispensables pour remédier aux conséquences des actions passées. Lorsque les programmes prennent des dimensions imposantes, qu'ils touchent des millions d'habitants, qu'ils exigent des milliards de dollars, ils occupent une telle place dans leurs

domaines respectifs qu'ils en viennent par leur existence même à modifier les résultats de ces domaines.

Plus le gouvernement augmente, plus les politiques trouvent en elles-mêmes leurs propres causes. Plus le gouvernement entreprend, plus il lui faut parachever ses réalisations et en entreprendre ainsi de nouvelles. Plus le gouvernement prend d'expansion, moins il devient sensible aux événements de la société et plus il réagit aux conséquences de ses actions politiques passées. Dans une époque caractérisée par l'omniprésence de l'État, les politiques trouvent de plus en plus en elles-mêmes leurs propres causes. Ainsi, un tel gouvernement aggrave les pressions qui s'exercent en faveur de dépenses qu'il lui est difficile de surmonter. S'il paraît s'engager dans deux directions opposées – en faisant simultanément accroître et réduire les dépenses – c'est effectivement la réalité.

Comment s'exerce la coordination ? Étant donné qu'ils ne peuvent prévoir les conséquences de leurs activités, ceux qui ont la charge des différents domaines de politiques adoptent une solution cybernétique. Ils conviennent tacitement de faire face aux conséquences des actions menées par les autres organismes de la même façon que ces derniers acceptent de faire face aux conséquences des leurs. Le coût de la coordination se trouve ainsi réduit au minimum. Mais qu'advient-il alors du pouvoir central ? Il devient lui-même un secteur, spécialisé dans la gestion macroéconomique. En contrepartie de l'autorité qui lui est reconnue pour sa mission d'adaptation de l'économie, il accepte (là encore tacitement) de ne pas intervenir dans le fonctionnement des organes gouvernementaux qui, en tout état de cause, sont trop nombreux et méconnus pour pouvoir faire l'objet d'une attention détaillée. Au fur et à mesure que le gouvernement devient de plus en plus concentré par secteurs, dans le sens qu'il est réparti en super – ministères, le pouvoir central disparaît.

Cette série de secteurs, chacun s'appuyant sur l'épaule du voisin, pourrait être comparée à des participants au jeu inversé des « chaises musicales » – lorsque la musique s'arrête il y a des chaises libres à pourvoir. Leur règle d'or, c'est que chacun peut faire à l'autre, ce que l'autre peut lui faire, aussi longtemps que tous deux aient la possibilité d'obtenir davantage. Selon le refrain bien connu: lorsque les choses vont bien, cela mérite davantage d'argent, mais si elles sont en mauvaise posture alors il en faut des masses pour remédier à ce déplorable état de choses. Mais ce qu'il faut éviter à tout prix, c'est qu'un secteur prélève des ressources sur un autre. « Voler ton voisin » est interdit. La pratique, qui consiste de partager équitablement entre secteurs les augmentations par rapport à l'année précédente de même que les réductions effectuées sur les demandes est également caractéristique[15]. Les programmes extraordinaires qui présentent un intérêt tout particulier peuvent prendre de l'expansion à la condition que d'autres ne soient pas

réduits. Il y a, dans le langage de l'évolution, un processus de sélection par poussée vers le « haut » mais jamais par voie de « suppression ». Par conséquent, les crédits affectés à la défense nationale ne seront pas réduits mais seront maintenus à un niveau constant pendant que ceux destinés à l'action sociale augmentent. Comment de si heureux accommodement sont-ils possibles ? Parce que le secteur public a réussi à résoudre ses problèmes internes à la fois en absorbant le produit de la croissance et en réduisant la part du secteur privé.

Le système d'incitations qui joue dans le cas des dépenses de l'administration centrale peut se résumer comme suit : il est plus facile d'additionner que de soustraire. Chaque fois qu'une situation critique se présente, les agences augmentent en conséquence le coût de leurs propositions de programmes ; en revanche, à moins d'y être contraints, ils ne soustraient pas de l'un pour donner à l'autre. La soustraction implique une concurrence dans laquelle il y a nécessairement des perdants. L'addition se traduit par une coopération dans laquelle (au sein du gouvernement) il n'y a que des gagnants. Lorsque l'économie produit des excédents suffisantes, les dépenses augments sans douleur ; lorsqu'il n'y pas tout à fait ce qu'il faut, l'accroissement des dépenses passe inaperçu car l'inflation entraîne une augmentation de l'imposition réelle, ou bien les dépenses fiscales et les emprunts garanties par l'État se substituent ainsi à des montants qui auraient figurés dans la colonne « déficit ». Le budget se gonfle. Une concentration momentanée de-ci de-là ne freine pas son inexorable progression.

Les causes immédiates des augmentions de dépenses varient, bien sûr, avec le temps. Auparavant, c'était la défense nationale, plus récemment le secteur social[16], bientôt cela sera autre chose. Pouvoir c'est vouloir en matière de dépenses publiques. Aucune personne à l'esprit sophistiqué ne doute que lorsqu'une catégorie de dépenses diminue, d'autres viennent prendre le relais. En fin de compte, notre intention n'est pas d'expliquer des diminutions qui ne se sont jamais produites mais d'expliquer l'augmentation apparemment inexorable des sommes globales. Par conséquent, l'objet de la dépense importe moins, dans le sujet qui nous préoccupe, que le fait que les lois de la gravité ne jouent pas en matière budgétaire – ce qui monte n'est pas tenu de descendre (et ne fait presque jamais).

Il fut un temps où les budgets étaient en équilibre – comment se fait-il alors que la machine se soit déréglée ?

5. Équilibre du budget contre équilibre de l'économie

Appliquer le principe selon lequel un budget doit être en équilibre constituait jadis un moyen efficace de maintenir les dépenses à un niveau peu élevé. L'aversion du gouvernement envers une augmentation des impôts

conduisait à restreindre les dépenses. Les déficits étaient tolérés en période de crise – guerre ou, récession. Mais, les hommes politiques s'exposaient à des sanctions s'ils enfreignaient ce principe. La valeur attachée à un budget équilibré s'est considérablement amoindrie par suite de l'évolution des techniques : l'ancien budget comptable classique a été remplacé par un budget de gestion (comportant une grande variété d'opérations, toutes sortes de fonds en dépôts fiduciaires, de transferts) de sorte que la signification d'un niveau donné déficit devenait aléatoire.

Plus le budget total est élevé, plus les petites différences d'estimation prennent de l'importance. L'application de la rhétorique de l'investissement (distinctions entre dépenses courantes d'une part et dépenses exceptionnelles d'autre part et entre budget d'investissement d'une part et budget de fonctionnement d'autre part) n'a pas donné les résultats attendus. Les postes « équipements » recouvrent dans la pratique à peu près n'importe quoi ; qui dit budget d'investissement dit organismes de développement économique dont la véritable raison d'être est d'accroître les dépenses. Pis encore, leur pouvoir est subordonné à la prise de contrôle d'une portion du budget qu'ils revendiquent ensuite comme étant la leur, ce qui réduit d'autant la marge de manœuvre financière dont dispose le ministère des Finances.

Dire que les fonctionnaires croyaient jadis aux vertus de l'équilibre budgétaire est en quelque sorte répondre à une question par une autre. Ce que nous cherchons à déterminer, c'est pourquoi cette doctrine a été tenue pour juste, a été appliquée puis abandonnée. Il est possible de répondre à toutes ces questions en analysant de près la doctrine qui lui a succédé, c'est-à-dire le principe d'équilibre néo-keynésien intégrant le bénéfice du plein emploi (*full employment surplus*) et qui implique presque fatalement un déficit. Le principe d'équilibre budgétaire n'avait absolument aucun point commun avec le concept néo-keynésien.

Il est aisé de comprendre les raisons pour lesquelles le keynésianisme est en lui-même séduisant. Il ne fait intervenir que deux variables – dépenser davantage en période de faible activité économique, dépenser moins en période de surchauffe – que les hommes politiques, constamment sous pression, croient pouvoir comprendre et, ce qui est plus important encore, sur lesquels ils croient pouvoir agir. Le bénéfice du plein emploi est plus séduisant encore. Ne vous contentez pas d'équilibrer le budget, simples d'esprits que vous êtes, équilibrez donc l'économie ! Pourquoi se préoccuper de réaliser un équilibre purement technique alors que tant de ressources humaines et matérielles restent sous-utilisées. Dépensez pour épargner. Foin désormais des principes démodés selon lesquels les gouvernements doivent gérer les deniers publics en bons pères de famille, soucieux de ne pas dépenser plus qu'ils ne reçoivent et selon lesquels l'inflation est liée à l'utilisation de la dette publique ou de la création de monnaie pour couvrir des déficits. A la longue,

l'élévation du niveau de l'activité économique devrait engendrer une augmentation des recettes propre à rétablir l'équilibre du budget. De nos jours, l'apparition de la « stagflation » c'est-à-dire du chômage conjugué à l'inflation, risque de saper tout l'édifice keynésien. Toutefois, pour nous, ce qui importe, c'est que, dès lors que l'équilibre de l'économie devient la règle, les dépenses peuvent connaître une prodigieuse expansion avec la bénédiction de la doctrine économique. En un mot, le bénéfice du plein emploi équivaut à une permission (presque à un ordre) de dépenser.

Rien de tel que de transformer vertu en nécessité ; lorsque ce qui est opportun sur le plan politique devient une nécessité sur le plan économique, le fait de dépenser devient une récompense en soi. Et, pendant la période de prospérité croissante qu'ont connue de nombreux pays membres de l'OCDE, le plaisir d'accroître la dépense n'était pas gâché par l'obligation déplaisante d'augmenter les impôts. Bien que la raison d'être idéologique de cette démarche ait été de plus en plus contestée, que la croissance économique se soit ralentie ou même arrêtée, tout ceci accompagné d'une forte inflation, le rythme des dépenses, lui, n'a pas fléchi. Les dispositions prises pour limiter les dépenses sont, comme chacun le sait, fort difficiles à appliquer. Afin de comprendre pourquoi la dépense totale reste toujours supérieure aux niveaux souhaités, il sera utile d'examiner les principales méthodes utilisées pour limiter les dépenses sans entrer dans des détails qui ne seraient pas à leur place dans une note succincte comme celle-ci.

6. Détermination du budget en volume

Le budget peut être établi non seulement en trésorerie mais aussi en volume. Au lieu de s'engager à payer tant l'année prochaine ou les années suivantes, l'on peut s'engager à réaliser un certain volume d'opérations ou à fournir un certain volume de services. Pourquoi quelqu'un pourrait-il désirer établir un budget en volume (ou à prix constants) ? L'une des raisons, évidemment, est de faciliter la planification. Si les organismes publics savent qu'ils peuvent tabler non sur une somme exprimée en une monnaie dont la valeur est sujette à fluctuations, mais en termes de pouvoir d'achat, c'est-à-dire sur un volume d'activité, ils peuvent alors planifier sur l'ensemble de la période visée par le budget. En effet, quiconque veut prendre maintenant des décisions qui pourraient être prises plus tard afin d'assurer une logique de l'action dans le temps se doit de rechercher avant tout la stabilité dans l'unité d'effort : tant de demandes satisfaites, ou tel niveau de services fournis.

Aussi longtemps que le pouvoir d'achat reste constant peu importe que le budget soit calculé en trésorerie ou en volume. Mais, en cas de fluctuation de la monnaie (et de nos jours c'est synonyme d'inflation) le budget de l'État doit absorber des moyens de financement supplémentaires pour que l'on puisse

atteindre le niveau d'activité indiqué. Les techniciens du budget perdent le contrôle de l'argent parce qu'ils doivent fournir tout ce qui est demandé. Bien sûr, dans le cas de fortes et imprévisibles variations de prix, le montant du budget exprimé en trésorerie fluctuerait considérablement. Évidemment aussi, aucun gouvernement ne pourrait se permettre de perdre à ce point la maîtrise de son budget. Par conséquent, la stabilité même que l'établissement du budget en volume est destiné à rechercher se trouve être en fait la principale prémisse sur laquelle cette méthode repose tacitement.

Qui fait les frais de cette technique d'établissement du budget en volume ? Le secteur privé et la Direction générale du budget. Cette technique implique, d'abord, une tentative de la part de certains éléments du secteur public d'empiéter sur le secteur privé. Il s'agit, en pratique, pour le secteur public, de se protéger contre l'inflation en obtenant que le niveau de services approuvé soit satisfait, avant que d'autres besoins ne le soient. Le complément de ressources réelles nécessaires pour combler l'écart entre les prix prévus et les prix effectifs, doit être fourni par le secteur privé sous la forme d'impôts ou d'intérêts sur l'emprunt. En d'autres termes pour le secteur public cette technique constitue une forme d'indexation contre l'inflation.

Étant donné que le système comporte une part d'incertitude irréductible, il n'est pas possible d'en stabiliser chaque élément dans un seul et même temps. Lequel, dans ces conditions, sera laissé stable et lequel devra supporter les coûts du changement ? Il est hors de doute qu'au sein du gouvernement personne ne touchera aux dépenses des différents services administratifs. La Direction générale du budget a la lourde charge de faire face à l'accroissement des dépenses et c'est elle qui est tenue pour responsable au cas où l'évolution du budget deviendrait impossible à maîtriser, c'est-à-dire s'il augmente plus rapidement et autrement que prévu. Au Royaume-Uni, où la technique de l'établissement du budget en volume, qui portait le nom de « *Public Expenditure Survey* », le Trésor a enfin réagi à des années d'inflation galopante en imposant des plafonds précis en numéraire, c'est-à-dire en ayant recours à la technique budgétaire classique qui veut que l'on ne dépense jamais plus que ce qu'il y a dans la caisse. Bien sûr, les plafonds en numéraire imposés aux différents services comprennent un montant pour les variations de prix, celui-ci ne correspondant pas nécessairement à ce que le Trésor prévoit, mais au montant qu'il désire atteindre. Ce qui veut dire que les ministères dépensiers doivent combler les déficits occasionnés par l'inflation. A défaut du Trésor dispensant automatiquement les fonds, comme il le fait dans le cas d'un budget calculé en volume, les ministères sont tenus de les demander et peuvent se les voir refuser. Ce sont les services dépensiers sectoriels, et non plus la Direction générale du budget, qui sont tenus de payer le prix de l'instabilité monétaire[17].

7. La technique du budget pluriannuel

La budgétisation pluriannuelle a depuis longtemps été proposée comme une réforme pouvant renforcer la rationalisation des choix en situant les problèmes de répartition des ressources dans une perspective à long terme. Ne considérer qu'une année, a-t-on indiqué, conduit à une politique de myope – seules les dépenses de l'année suivante étant examinées ; à des dépenses excessives – les énormes débours des années ultérieures n'étant pas dévoilés ; au conservatisme – la technique des petits pas ne débouchant guère sur de vastes horizons ; et enfin, à une politique de clocher – les programmes ayant tendance à être considérés isolément et non en fonction de l'évolution de leurs coûts futurs par rapport aux rentrées espérées. Mais dans le cas d'un budget qui porterait sur une période plus longue, de trois ou cinq ans, fait-on valoir, la planification à long terme permettrait de surmonter les réactions à court terme et de maîtriser réellement l'utilisation des deniers publics au lieu d'essayer de se débrouiller tant bien que mal. De surcroît, on mettrait ainsi un frein à la pratique qui consiste à accélérer les dépenses afin d'épuiser les crédits avant la fin de l'année. Tout dépend, bien sûr, de la durée des engagements budgétaires. La question apparemment ésotérique qui est de savoir si le budget devrait être établi en trésorerie ou en volume, se pose avec une acuité particulière lorsqu'un pays adopte la pratique du budget pluriannuel. Plus la période sur laquelle s'étend le budget est longue, plus important est le rôle que joue l'inflation. Dans la mesure ou les fluctuations de prix sont automatiquement absorbées par le budget ; un certain volume d'activité se trouve garanti. Dans la mesure où les organismes publics sont tenus d'absorber les effets de l'inflation, leur niveau réel d'activité diminue. La pratique du budget pluriannuel en trésorerie diminue le volume relatif du secteur public, laissant le secteur privé plus important. Au-delà des discussions concernant la durée du budget, le véritable débat porte sur la part relative des secteurs public et privé – lequel d'entre eux sera tenu d'absorber les effets de l'inflation et lequel d'entre eux sera autorisé à empiéter sur l'autre.

Une question analogue sur les parts relatives se pose au sein du gouvernement en raison des propositions qui tendent à établir pour certains secteurs des budgets portant sur plusieurs années et pour d'autres sur une année seulement. La question devient dans ce cas : quels sont les secteurs qui se trouveront ainsi à l'abri des vicissitudes de la vie à court terme et quels sont ceux qui y seront exposés ? Comme toute autre formule, celle du budget pluriannuel n'est pas neutre et répartit différemment les indulgences selon les intérêts en présence.

Bien sûr, la pratique du budget pluriannuel comporte des aspects positifs. Si l'on désire exercer une emprise sur les dépenses, par exemple, un budget

pluriannuel rend nécessaire une évaluation des dépenses sur une longue période de temps. Il est plus difficile dans ces conditions, d'avoir recours à la vieille combine fondée sur le principe selon lequel seul le premier pas coûte, c'est-à-dire commencer par faire accepter les petites dépenses en dissimulant les grosses en vue de les ressortir plus tard. Cependant, comme les Britanniques l'ont appris, ce qui est difficile à faire entrer dans le budget est, souvent, encore plus difficile à en retirer. Lorsqu'une dépense s'inscrit dans le cadre de prévisions pluriannuelles, elle a toutes les chances de subsister parce qu'elle s'intègre dans un ensemble de propositions interdépendantes qu'il pourrait être onéreux de disloquer. De surcroît, l'un des arguments invoqués, lors des négociations pour inciter les organismes publics à faire des estimations aussi précises que possible, c'est qu'elles y gagneront en stabilité et qu'elles ne seront pas exposées à de soudaines réductions de crédits selon les nécessités du moment. Par conséquent, il faudra parfois renoncer à imposer des limites pendant une année donnée pour pouvoir les maintenir durant la période couverte par le budget pluriannuel ; en outre, s'il s'avère nécessaire de demander des compressions pour faire face à un problème particulier, l'expérience du Royaume-Uni montre que les réductions qui portent sur les années à venir (et qui sont toujours assorties de pas mal de « si » et de « mais ») servent facilement de monnaie d'échange pour éviter d'avoir à sacrifier les sacro-saintes dépenses d'aujourd'hui.

Plus la période sur laquelle porte le budget est longue, moins forte est l'emprise qui s'exerce sur les dépenses. Allonger la durée du cycle aboutit simplement à accroître les engagements portant sur les dépenses à venir. Si le plafonnement des dépenses est ce que l'on veut obtenir, ce ne sont pas les dépenses qui devront être établies sur plusieurs années, mais les plafonds eux-mêmes.

8. Marges structurelles et équilibre budgétaire

Une telle technique, appelée « marge budgétaire structurelle » a été entreprise aux Pays-Bas. En raison des piètres résultats obtenus avec l'approche keynésienne sur la stabilisation de l'économie et des désillusions occasionnées par son réglage de précision à court terme, les Néerlandais ont cherché à établir une relation à plus long terme entre la croissance des dépenses publiques et la taille de l'économie nationale. Il s'agissait de gérer l'économie en tablant moins sur des augmentations et diminutions soudaines des impôts et des dépenses, et de s'attacher davantage à maîtriser l'évolution des dépenses publiques. Les Néerlandais tenaient d'autant plus à mettre en place un dispositif de régulation qu'il est difficile, dans des gouvernements de coalition, de parvenir à un accord en vue de contenir les dépenses. L'évolution de ces dernières devait être liée non pas à la croissance réelle mais à la

croissance souhaitée, seule une marge préalablement arrêtée restant disponible pour les dépenses nouvelles[18].

Il va sans dire qu'il existe des divergences quant à la définition du taux de croissance structurel approprié, et que celui-ci a été révisé en hausse comme en baisse. Puisque l'année utilisée comme base joue un certain rôle, elle a aussi donné lieu à contestation. Comme l'on pouvait s'y attendre, des divergences de vues sont apparues au sujet des modalités de calcul des dépenses en termes numéraires ou en termes réels, la première formule ayant gagné du terrain en raison de l'accroissement de l'inflation. De surcroît, étant donné que dès qu'il y a un jeu chacun ne tarde pas à en apprendre les finesses, les gouvernements conservateurs ont utilisé le système de la marge budgétaire structurelle pour contenir les dépenses, et les socialistes pour les accroître car elle est alors devenue un mécanisme de détermination des majorations nécessaires de l'impôt[19].

En rendant l'équilibre budgétaire obligatoire contribuerait-on à contenir les dépenses ? Les formules proposées pour préserver l'équilibre budgétaire sont à la fois trop rigides et trop faibles. Leur rigidité empêche de faire varier les dépenses et la charge fiscale dans un but anti-cyclique. Leur faiblesse réside dans le fait qu'elles permettent de fixer les dépenses à n'importe quel niveau, si élevé soit-il, aussi longtemps qu'elles sont assorties des recettes correspondantes.

Les formules proposées pour équilibrer le budget sont en outre en contradiction avec la règle d'économie et avec le principe selon lequel nul ne doit s'exposer à la tentation. Une limitation, quelle qu'elle soit, sera déjà bien assez difficile à faire respecter pour qu'on ne cherche pas à en imposer deux. Les limitations de dépenses aboutissent inexorablement à réduire le taux de l'impôt et à équilibrer à la longue le budget sans créer de nouvelles échappatoires. La prise en compte des recettes en plus des dépenses, par exemple, ouvre la porte à la manipulation des estimations des recettes fiscales, stratagème qui vient s'ajouter à tous ceux qui permettent déjà d'accroître les dépenses sans qu'il n'y paraisse. En cas de budget équilibré, deux tentations (l'une sur le plan des recettes, l'autre sur le plan des dépenses) sont pires qu'une seule.

Mais toute cette argumentation au sujet d'un budget équilibré nous confronte à un problème jusqu'à lors masqué par l'hypothèse de départ selon laquelle rien n'oblige à examiner les objectifs de la limitation des dépenses. Il importe, en effet, de déterminer s'il est souhaitable d'imposer des limites, en vue de réduire la charge fiscale, d'éviter l'inflation, ou de maintenir un certain équilibre entre les secteurs public et privé. Ceci importe, parce qu'il faudra, selon le cas, fixer la limite à un niveau différent. S'il s'agit de réduire le champ d'activité du secteur public, la limite devra être inférieure à celle qu'il faudrait

imposer pour que l'écart entre les recettes et les dépenses (ou la dette si l'on préfère) reste raisonnable. Le niveau de la limite relève du domaine des grandes options politiques.

9. La méthode de limitation poste par poste est-elle judicieuse ?

Jusqu'à présent, je ne me suis pas expressément référé au moyen de plus évident et le plus direct de limiter les dépenses, à savoir, agir de façon judicieuse sur les principaux postes de dépenses. Si vous et moi estimons que les dépenses sont trop élevées, il nous faut alors indiquer avec précision celles qui devraient être réduites et, dans quelle proposition. Si vous voulez réduire les dépenses, vous devez réduire les programmes. Énoncés en termes simples, ces mots paraissent plutôt séduisants. Je le sais, je les ai utilisés moi-même. Quand on parle de renforcer l'efficacité, de réduire les chevauchements d'activité et les doubles emplois, d'améliorer les procédures, ce qui peut être utile jusqu'à un certain point, cela ne porte pas sur des sommes assez importantes pour que, additionnées les unes aux autres elles en arrivent rapidement à représenter des économies substantielles. C'est refuser de regarder la vérité en face que de s'imaginer qu'en grignotant le hors-d'œuvre, on peut passer du plat de résistance.

Je ne regrette pas d'avoir défendu ces idées lorsqu'il s'agit de questions de détail mais, ainsi que je l'ai déjà suggéré et vais maintenant le dire clairement, la technique de l'analyse poste par poste est trompeuse si l'on prétend l'ériger en système général de limitation des dépenses.

D'abord, c'est précisément ce que nous avons toujours fait jusqu'à présent et c'est cette technique de l'analyse poste par poste qui nous a amenés où nous en sommes aujourd'hui. Elle ne doit pas donner d'aussi bons résultats que cela, sinon pourquoi voudrions-nous en changer. D'autre part, en l'absence d'une limite, surtout depuis que le principe de l'équilibre budgétaire tend à disparaître, les différents postes ne se trouvent pas placés en situation de concurrence. La comparaison des écarts à la marge serait sans doute judicieuse si elle était effectuée. Mais nous savons qu'il n'en est rien. Ce qui se passe, en réalité, c'est que chaque poste n'est pas comparé mais ajouté aux autres ; or, ce que nous voulons, c'est remplacer toutes ces additions par quelques soustractions. Mais, comment procéder alors ?

Qui prendrait l'initiative de réduire les dépenses ? Chaque secteur de l'activité publique tient à assurer son propre essor. Plus on est riche, plus il est facile d'aplanir les dissensions internes. Ceux qui estiment que plus il y en a pour leur organisme ou leur clientèle, mieux c'est, en arrivent naturellement à cette opinion. Ceux qui seraient favorables à une profonde restructuration des programmes ne tardent pas à découvrir qu'il est extrêmement difficile d'y parvenir sans dorer la pilule. Pour pouvoir changer de cap en cours de route, il

faut en payer le prix, c'est-à-dire accepter un gonflement du programme. Toutes les incitations internes contribuent à accroître les dépenses.

Supposez que vous et moi soyons d'accord pour réduire nos programmes préférés dans l'intérêt commun, à quoi cela servirait-il si tout le monde n'agissait pas de même ? Si ce que « nous » y perdrions est ce qu'ils y gagneraient, pourquoi nous engagerions-nous dans cette voie ?

Le processus politique joue naturellement à l'encontre de toute limitation des dépenses poste par poste. Lorsque des majorités puissantes et durables sont favorables à un niveau élevé de dépenses, les règles du jeu politique leur donnent la possibilité de traduire cette préférence dans les décisions budgétaires. Rien de plus simple que de dépenser. Même l'indifférence, le laisser faire entraînent automatiquement une augmentation de dépenses. Mais qu'il y ait un courant d'opinion contraire, soucieux de freiner les dépenses, il n'aurait pas les mêmes chances de trouver son expression dans le budget. Les partisans de la modération des dépenses n'ont maintenant aucun moyen de former un front commun pour imposer l'égalité de sacrifices de manière à ce que ce principe général devienne partie intégrante du processus régissant les différentes décisions en matière de dépenses. Pour accroître les dépenses, point n'est besoin de coordination. Pour les diminuer, il en faut énormément**.**

Que penser des mécanismes qui obligent à prendre en compte une diminution des dépenses. La méthode du budget-programme n'entre pas dans cette catégorie car elle vise à créer des programmes efficaces et non moins onéreux. Cette méthode dite de « rationalisation des choix budgétaires » n'implique pas de limites budgétaires. La méthode du « budget base zéro » est destinée à réduire les dépenses afférentes aux différents postes pris séparément, mais elle ne comporte pas de plafond global. Il arrive que l'on ne freine certaines dépenses que pour en augmenter d'autres.

Aux termes des lois « couperet » (*Sunset Laws*) qui ont surtout cours aux États-Unis, les organismes visés, au lieu de rester en vie indéfiniment, sont automatiquement condamnés à disparaître à l'expiration d'un certain nombre d'années, sauf vote contraire en faveur de leur reconduction. Étant donné que ces lois ne s'attaquent pas aux raisons profondes de continuation, mais uniquement à leurs aspects extérieurs, elles restent sans effet, sauf lorsqu'il s'agit de petites unités administratives incapables de se défendre. Comme l'a écrit Robert Behn[20], toute liquidation nécessite un liquidateur. Cela nécessite aussi des détracteurs et des partisans politiques. Or, rien de tout ceci ne se produit. L'hypothèse selon laquelle le gouvernement ne cesse de s'étendre parce que personne n'y prend garde est une absurdité. Raisonner de la sorte est même plus dangereux qu'absurde car cela détourne l'attention de problèmes profonds sous prétexte qu'ils sont dus à l'inattention. En fait tous

les organismes ayant un rôle important retiennent l'attention de ceux qui sont affectés par leurs activités. Étant donné que les organismes sont nombreux, les programmes plus nombreux encore, l'ensemble de cet exercice se ramène à une simple formalité. Puisque l'on ne donne aucun conseil sur les dispositions qui pourraient être prises pour venir à bout des intérêts solidement établis et que rien n'incite à s'engager dans cette voie, les cours d'initiation au fonctionnement des lois « couperets » ne valent pas grand chose. En effet, pourquoi des fonctionnaires qui passent toutes leurs journées à établir des programmes nouveaux et à défendre les anciens feraient-ils tout à coup vœux de tempérance ?

Jusqu'ici il semble que nous n'ayons appris que peu de vérités d'ailleurs peu importantes, au sujet de la limitation des dépenses. Mieux vaut travailler en numéraire qu'en volume, préparer le budget pour un an plutôt que pour plusieurs. Les encouragements à mieux budgétiser ne peuvent se substituer aux motifs qui pourraient inciter les participants au processus budgétaire à réduire les dépenses. Il faut que ces incitations s'appliquent à tous et pendant longtemps pour que chacun ait intérêt à participer au processus.

Il semble que nous soyons dans l'impasse. Mais si l'on fixait un véritable plafond, chaque participant devrait alors se faire à l'idée d'obtenir moins. Il semble que l'objectif recherché, c'est-à-dire la limitation des dépenses, se trouve être la propre condition requise. Afin de voir pourquoi la limitation des dépenses est un processus analogue à celui du chien qui essaie d'attraper sa queue, comme le pensent souvent ceux qui se destinent à des fonctions de contrôle budgétaire, faisons ensemble un petit exercice de gymnastique intellectuelle.

10. « Gedanken Experimenten »

Supposez qu'il y ait une limitation générale des dépenses applicable à toutes les activités publiques pendant une décennie au moins et à laquelle personne ne pourrait échapper. Les comportements à l'égard du budget seraient-ils différents ? Qu'adviendrait-il à l'intérieur du gouvernement et, à l'extérieur, dans la société en général ?

Considérée dans une large perspective, la limitation des dépenses vise à renforcer la coopération au sein de la société et les conflits à l'intérieur du gouvernement. Or, dans l'état actuel des choses, les pourvoyeurs de services publics au sein du gouvernement ont tout intérêt à augmenter les recettes dont ils disposent pour financer leurs dépenses tout en réduisant leurs différences internes. Comment ? En augmentant leur part totale du revenu national au détriment du secteur privé. Pourquoi se combattraient-ils les uns les autres au sein de l'appareil de l'État si les particuliers paient ? Ils pressentent une facture qui, dans la pratique, devra être acquittée au moyen

soit d'une augmentation de la charge fiscale, soit d'un alourdissement de la dette. Ceux qui considèrent l'État comme un mécanisme de redistribution du revenu en vue d'assurer une plus grande égalité combattent ceux qui préconisent de laisser le secteur privé disposer de ses ressources afin d'accroître la prospérité. Par conséquent, le conflit change de terrain, passant de celui de l'État à celui de la société.

Mais admettons que la limite dont nous parlions existe, à ce moment-là, l'orientation des incitations si inverserait totalement la coopération se renforcerait au sein de la société et les conflits augmenteraient au sein de l'État. Les citoyens auraient, en tant que membres de la société, un intérêt commun alors que les différents domaines de l'action publique – logement, secteur social, environnement, défense – se trouveraient plongés dans une situation conflictuelle.

Les organismes qui se préoccupent de la redistribution du revenu se rendront compte que plus le produit national augmente en termes réels plus l'État disposera de fonds pour financer la réalisation des objectifs qu'ils poursuivent. Au lieu de se comporter comme si la provenance de l'argent importait peu, il leur faudrait examiner la façon dont ils pourraient contribuer à améliorer la productivité. Directions des entreprises et main-d'œuvre, majorités et minorités réfléchiraient sur des objectifs communs, sur le moyen d'obtenir plus l'un de l'autre plutôt qu'au moyen de prendre plus à l'autre. Les réglementations gouvernementales qui imposent de lourdes charges financières, au lieu d'être considérées comme intrinsèquement souhaitables, comme si, en quelque sorte, elles étaient gratuites, seraient alors examinées en fonction des pertes qu'elles occasionnent à l'économie et dont dépend l'ampleur des services sociaux.

Si la limitation des dépenses tient, à chaque dépense fédérale importante que l'on ajoutera, une soustraction équivalente devra être opérée. La doctrine des coûts d'opportunité, selon laquelle la valeur d'un acte est mesurée en termes d'opportunités perdues, trouvera alors son expression bien vivante au sein du gouvernement. Les conséquences qui en découleront pour les organismes et pour ceux qui défendent leurs programmes seront profondes. Pour la première fois dans l'histoire contemporaine, ils sauront que donner plus à l'un c'est retirer à l'autre.

Un motif puissant incitera à améliorer l'efficacité au sein du gouvernement. Sachant qu'ils n'ont guère de chances d'obtenir plus et qu'ils risquent fort, au contraire, d'obtenir moins (selon la situation de l'économie et le climat politique), les différents organismes s'efforceront d'obtenir le meilleur rendement possible avec les ressources dont ils disposent. L'efficacité ne sera plus une considération accessoire, à ne prendre en compte que si rien d'autre ne retient l'attention ou à ne pas prendre en compte du tout, s'il est

évident que le fait de s'accommoder de moins risque de provoquer une réduction de leurs revenus. L'efficacité sera alors au contraire considérée comme primordiale.

Deux phénomènes se produiront simultanément : chaque organisme s'emploiera à défendre son acquis et à rivaliser avec les autres en vue d'essayer d'obtenir l'approbation de programmes nouveaux. Les différents organismes ne pourront plus arguer (comme ils l'ont fait de temps immémoriaux), que leurs propositions sont intrinsèquement souhaitables (peu de programmes étant en effet dénués de tout intérêt ou de tout avantage pour qui que ce soit), mais elles méritent de recevoir une priorité plus élevée que d'autres actuellement à l'étude. Il leur faudra mettre en évidence les défauts – des programmes des autres agences. Naturellement, ces dernières ne manqueront pas de se défendre. Ce ne sera plus aux représentants des intérêts du public de dénicher les points faibles dans les programmes des organismes publics car ces derniers s'en chargeront eux-mêmes.

Comment faire admettre aux organismes publics l'intérêt qu'ils ont, non seulement à procéder à une évaluation, mais également à une application des résultats. Quel intérêt y trouveront-ils ? Nous voici à nouveau en train de vouloir renforcer l'esprit de concurrence au sein du gouvernement en limitant les ressources qui lui sont allouées, ce qui provoquera une intensification des conflits internes. Qui dit concurrence, dit meilleure information. Ce ne sont plus seulement ceux qui ne font pas partie d'une agence qui exigeront qu'elle procède à une évaluation de ses activités, mais les responsables à l'intérieur de l'agence qui eux-mêmes insisteront pour que cela se produise. Le public aura enfin appris comment dresser les organismes, et non plus les contribuables, les uns contre les autres.

La limitation des dépenses imposera une discipline utile. Il ne faudra plus convaincre les participants de faire usage de l'analyse ; ils auront d'eux-mêmes intérêt à le faire. De surcroît, le processus de limitation des dépenses se renforcerait de lui-même. Chaque participant aurait intérêt à faire en sorte que les autres jouent le jeu. Pas d'acquis nouveau sans que des sacrifices correspondants soient consentis par d'autres. La fiction qui consiste à penser que les autorités centrales de contrôle peuvent y parvenir seules ferait place à la réalité, c'est-à-dire, à une situation dans laquelle les agences dépensières économiseraient l'une pour l'autre. Qui garde les gardiens ? Ils se gardent l'un l'autre.

11. Mise en pratique de la théorie

Tout cela est bel et bon (certains diront même purement utopique) car nous n'avons toujours pas résolu le point de savoir comment passer de la situation actuelle, celle où l'on a droit aux ressources, à la situation que nous

préconisons, qui est celle des limites des ressources. Certains pays ont des gouvernements de coalition, de sorte qu'il leur est difficile de résister aux demandes faites par un des partenaires de la coalition. D'autres pays ont des gouvernements minoritaires trop faibles pour résister aux formations majoritaires. Dans tous les pays, il y a des partis, des hommes politiques et des groupes de pression qui aiment circonvenir le processus en donnant un caractère obligatoire à leurs préférences en matière de dépenses. Dans tous les pays, la politique d'indexation fait des pas de géant : les formations conservatrices veulent indexer les impôts, les formations progressistes les dépenses, de sorte qu'il y a un double coup de massue, tout se trouvant indexé, c'est-à-dire rien ne l'étant. De sorte que nous voilà ramenés à notre point de départ.

Tout en n'ayant pas l'impression d'avoir appris grand chose, nous avons, je pense, appris beaucoup. La connaissance négative – savoir ce qui ne peut pas marcher – est une forme de connaissance digne d'intérêt. La détermination des impossibilités entre pour une grande part dans la valeur de la science. Par conséquent, en raisonnant *a contrario* nous pouvons entamer le long processus qui nous conduira à la limitation des dépenses, en examinant ce qui ne produira absolument aucun résultat et ce qui pourrait en produire.

Le Père Noël existe peut-être, mais il n'existe par contre aucune méthode qui permette d'indiquer aux gouvernements le montant des dépenses à affecter à tel ou tel poste ou même si dépense il doit y avoir[21]. Les méthodes employées laissent beaucoup à désirer et reposent sur des jugements de valeur qui nécessitent eux-mêmes une défense. De surcroît, ce que vous demandez dépend, dans une certaine mesure, de ce que vous pouvez obtenir. Un total ne résulte pas simplement de l'addition des différents postes car, dans tout système rationnel, le montant des différents postes dépend aussi du total auquel leur addition aboutit. De même que ce que l'on peut faire avec un milliard n'est pas seulement plus, mais différent de ce que l'on peut faire avec un million, de même votre point de destination est nécessairement fonction des moyens dont vous disposez pour y parvenir, de même toute décision concernant un total est un des éléments du choix rationnel de ses composantes. Ainsi qu'on le dit : « vous ne pouvez obtenir l'un sans avoir l'autre ».

Au lieu de se mettre en quête du Graal budgétaire, de la formule magique qui disparaîtra simplement dans le brouillard, ceux qui sont chargés de l'élaboration des budgets devraient rechercher des procédures et des mécanismes qui donneraient aux organismes dépensiers de bonnes raisons d'épargner. Établir des plafonds de dépenses est une mesure d'incitation. En existe-t-il d'autres ?

Pour ce qui est de la limitation des dépenses, la pratique est aussi pauvre que la théorie. Il n'y a jamais eu, à ma connaissance, d'effort soutenu en vue de susciter, par voie de concertation, des échanges d'expérience entre responsables des questions budgétaire et financières. Ni, que je sache, d'étude consacrée aux efforts déployés dans divers pays afin de maîtriser les dépenses tout en analysant la façon dont la situation a évolué. Comme le disait un membre d'une association pour la paix, nous sommes des « ratés pleins d'expérience ». Si nous voulons apprendre quelque chose, c'est certainement par nos échecs.

Notes

1. Brian Barry, *Does Democracy Cause Inflation,* Brookings Project on the Politics and Sociology of Global Inflation, septembre 1978, p. 53.
2. James M. Buchanan et Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes,* New York : Academy Press, 1977, p. 12.
3. *Ibid*. p. 94.
4. Brian Barry, *Does Democracy Cause Inflation?* p. 34-35.
5. William A. Niskanen, *Buraucracy and Representative Government*, Chicago : Aldine-Atherton, 1971.
6. A propos de l'illusion fiscale, *cf.* Richard E. Wagner, « Revenue Structure, Fiscal Illusions and Budgetary Choice », 24 *Public Choice*, printemps 1976, pp. 45 à 61.
7. Anthony Downs, « Why the Government Budget is too Small in a Democracy », XII *World Politics*, juillet 1960, pp. 541 à 563.
8. John K. Galbraith, *The Affluent Society*, Boston : Houghton Mifflin, 1958.
9. Gordon Tulloch, « What is to be done? » *Budgets and Bureaucrats: The Sources of Government Growth*, Thomas E. Borcherding, Éditeur ; Durham, Caroline du Nord : Duke University Press, 1977, p. 285.
10. William J. Baumol, « Macro-economics of Unbalanced Growth: the Anatomy of the Urban Crisis », 57 *American Economic Review,* 1967, pp. 415 à 426.
11. Deux études contiennent une analyse très sophistiquée des causes de l'expansion de l'État : « The Growth of Public Expenditures: Nine Modes of Explanation », *Scandinavian Political Studies* 10, 1975, page 29, par Daniel Tarschys ; et *Can Government Go Bankrupt?*, par Richard Rose et Guy Peters, New York : Basic Books, 1978.
12. William H. Riker, « The Cause of Public Growth », University of Rochester, 1978, pp. 24 à 28.
13. Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *The Federalist*, New York : The Modern Library, 1937, pp. 60-61.
14. Samuel H. Beer, « In Search of a New Public Philosophy », *The New American Political System*, Anthony King (Editeur), Washington, DC : American Enterprise Institute, 1978.

15. Pour un test empirique du fonctionnement du « partage équitable » consulter l'ouvrage de M.A.H. Dempster et Aaron Wildavsky intitulé *The Political Economy of Public Spending,* 1981.

16. Consulter l'ouvrage de Harold L. Wilensky, *The Welfare State and Equality : Structural and Ideological Roots of Public Expenditures,* University of California Press, 1975.

17. Hugh Heclo et Aaron Wildavsky, *The Private Government of Public Money*, 2e édition, Londres : Macmillan, 1980.

18. J. Diamond, « The New Orthodoxy in Budgetary Planning: A Critical Review of Dutch Experience », dans *Public Finance,* vol. 32, n° 1, 1977, pp. 56 à 76.

19. On trouve une description récente et très élaborée de l'expérience faite aux Pays-Bas avec divers systèmes qui n'ont pas donné les résultats escomptés, dans l'ouvrage de Th. A. Meys, « Spending More and Getting Less? Some Experience with the Control of the Growth of Public Expenditure in the Netherlands », Conférence sur le Grants Economy, Cambridge, Royaume-Uni, septembre 1979.

20. Robert Behn, « The False Dawn of the Sunset Laws », *The Public Interest*, n° 49, automne 1977, p. 103 à 118.

21. On trouve un essai très convaincant sur ce thème par M. W. Irwin Gillespie, « Fools Gold: the Quest for a Method of Evaluating Government Spending », dans l'ouvrage de G. Bruce Doern et Allan M. Maslove intitulé *The Public Evaluation of Government Spending*, Toronto : Institute for Research on Public Policy, 1979, pp. 39 à 60.

ISSN 1608-7151
Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire – Vol. 2, n° 4
© OECD 2003

Comment fonctionnent les systèmes du Trésor dans les pays francophones de l'Afrique subsaharienne

par
D. Bouley, J. Fournel et L. Leruth*[1]

* D. Bouley, J. Fournel et L. Leruth travaillent au Département des affaires publiques du Fonds monétaire international.

Les systèmes du trésor dans les pays francophones de l'Afrique subsaharienne s'apparentent à bien des égards au système français de gestion des dépenses publiques des années 60, car celui-ci leur a servi de modèle. Toutefois, en raison de certaines différences liées au contexte économique et au cadre administratif, certains éléments clés de ce système ont évolué de manière inattendue et malencontreuse. Le présent document jette un regard critique sur deux aspects importants du système français dans le contexte des pays francophones de l'Afrique subsaharienne : d'une part la séparation stricte entre la fonction d'ordonnancement, qui consiste à ordonner qu'un paiement soit effectué, et celle de paiement, qui consiste à verser les fonds, et d'autre part la centralisation des fonds dans le trésor. Le présent examen met en relief certaines lacunes particulières apparues depuis la mise en place du cadre traditionnel et propose des solutions.

Acronymes et abréviations

BCEAO	Banque centrale des États d'Afrique de l'Ouest
BEAC	Banque des États d'Afrique centrale
CAA	Caisse autonome d'amortissement
CCP	Compte de chèque postal
CEP	Caisse d'épargne publique
CNSS	Caisse nationale de sécurité sociale
DENO	Dépenses engagées non ordonnancées
EP	Entreprises publiques
LdR	Loi de règlement
OP	Ordre de paiement
PNG	Position nette du gouvernement
TOFE	Tableau des opérations financières de l'État
UEMOA	Union économique et monétaire de l'Ouest africain

1. Introduction

Les systèmes de trésor des pays francophones de l'Afrique subsaharienne[2] ont été conçus selon le modèle du système de trésor français

qui était en vigueur lors de l'accession à l'indépendance des pays africains, pendant les années 60. On s'est beaucoup inspiré du cadre technique et juridique français pour remplacer les systèmes mis en place sous le régime colonial. Bien que les gouvernements africains aient apporté de nombreuses modifications à ce système au fil des ans, les éléments clés sont demeurés inchangés. Nous commencerons donc par une description du système français des années 60 et 70, afin d'illustrer comment fonctionnent aujourd'hui les systèmes de trésor des pays francophones d'Afrique.

Le système de trésor français a toujours fait l'objet d'une réglementation très poussée et repose sur de multiples contrôles. Il convient donc particulièrement bien à des pays disposant d'une forte capacité de gestion. Au début des années 60, le système venait tout juste d'être profondément remanié en France : on avait accru la complexité de son fonctionnement et, du même coup, les exigences en matière de gestion. Les pays africains francophones s'empressèrent alors de copier le nouveau système, qui pourtant ne correspondait pas nécessairement à leurs capacités en ressources humaines et moyens en matériel et à leurs besoins de gestion[3].

La situation en Afrique a produit des résultats malencontreux, qui sont en grande partie imputables à deux aspects particuliers du système de trésor français :

- **la structure du processus de dépenses,** qui exige une distinction très nette entre la personne qui est à l'origine de la décision d'effectuer une dépense (*l'ordonnateur*), et la personne chargée d'effectuer le paiement (*le comptable*). Cette distinction a pour objet de réduire les erreurs et les irrégularités par le biais de contrôles réciproques et contradictoires mais il y a des raisons de croire que le système a donné lieu à des abus (ainsi qu'à des complications administratives) en Afrique francophone ;
- **la centralisation des fonds publics,** qui oblige les entités publiques à déposer une partie ou la totalité de leurs fonds au trésor. Bien que le *circuit du trésor* ait perdu de son ampleur (parce que l'obligation concernant le dépôt des fonds vise un nombre moins important d'entités, et que certaines entités ont été autorisées à déposer leurs fonds dans le système bancaire), il continue de jouer un rôle important dans le système actuel. Grâce à ce mécanisme, le déficit budgétaire peut être comblé par une augmentation des dépôts, notamment auprès de banques publiques, ce qui réduit sensiblement le besoin de financement bancaire.

D'autres aspects du système français de trésorerie méritent d'être étudiés, mais ils ne portent ni sur la bonne gestion des fonds publics ni sur les questions de transparence[4].

Le présent document porte sur les systèmes de trésor en France et en Afrique francophone, et propose certaines conclusions concernant

l'assistance technique et les programmes du FMI en général. Les encadrés dans le texte constituent un outil de référence. La section 6 porte sur diverses questions afférentes à la position nette du gouvernement (PNG). Pourtant, notre objectif n'est pas de rédiger un manuel sur les systèmes de trésor ou un manuel de référence, aussi nécessaire puissent-ils être, mais bien d'attirer l'attention du lecteur sur deux aspects étonnants et souvent mal compris des systèmes de trésor de l'Afrique francophone.

Le document est structuré comme suit : la partie 2 porte sur la notion de *trésor* en France et dans les pays africains francophones ; la partie 3 analyse le fonctionnement du processus de dépenses ; la partie 4 traite du *circuit du trésor ;* et la partie 5 présente quelques conclusions qui pourraient s'avérer utiles pour la gestion des programmes du FMI.

2. La notion de trésor dans le système français

La notion de *treasury* dans le système anglophone désigne les principales fonctions financières de l'administration centrale ; le mot *trésor* tel qu'on l'utilise dans le système français peut revêtir plusieurs sens ; il faut donc le définir avec précision pour éviter toute confusion ou tout malentendu.

Le **ministère des Finances**[5] est la notion qui s'apparente le plus à ce que les anglophones appellent *treasury,* car elle vise toutes les activités afférentes à la fonction financière. Il s'agit d'un concept, non pas fonctionnel, mais organisationnel.

En France, la notion de ***trésor*** vise deux unités administratives :

- **la direction du Trésor,** à qui incombe la responsabilité du financement[6] des activités du gouvernement central et qui s'occupe de la gestion de la trésorerie et de la dette. Par ailleurs, elle ne joue aucun rôle concernant la comptabilisation des opérations ou l'exécution des paiements ;
- **le Trésor public,** qui est le réseau des agents du Trésor public. Il s'agit d'une notion à la fois fonctionnelle et organisationnelle, qui ne relève pas du droit administratif. Toutefois, les agents font partie de la *Direction générale de la comptabilité publique*, qui est responsable de la comptabilité gouvernementale. Les comptables du Trésor public exécutent les paiements (et perçoivent certains impôts)[7].

Dans les pays africains francophones, la *Direction générale du trésor* (ou *Trésor*) exerce des fonctions qui s'apparentent à celles du Trésor public en France (réseau centralisé du trésor public), et auxquelles viennent parfois s'ajouter certaines fonctions de la *Direction du trésor* (gestion de la trésorerie et de la dette). Pourtant, il y a diverses organisations et certaines d'entre elles doublonnent avec les fonctions exercées par un ministère dans le système français. Par exemple[8], dans certains pays, une *Direction de la comptabilité*

publique côtoie une *Direction générale du trésor*. La première exerce généralement une fonction régulatrice et n'a pas de fonction en matière de comptabilité.

Dans le présent document, le mot *trésor* (sans majuscule) est utilisé, lorsque cela s'impose, pour souligner les aspects particuliers du système francophone[9]. Le mot *Trésor* (avec majuscule) est utilisé dans son sens général, pour désigner le ministère des Finances ou les fonctions qu'il exerce.

3. Structure du processus de dépenses

3.1. *Le système en France*

La gestion des dépenses publiques est assujettie à de nombreuses règles formulées dans deux documents :

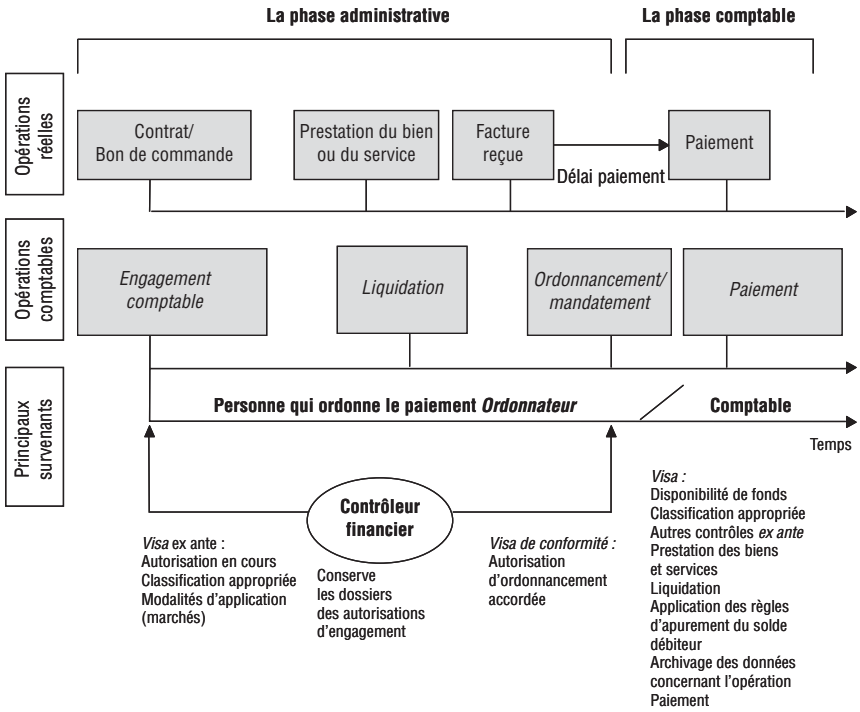
- la Loi organique de 1959 relative aux lois de finances (qui a été révisée en 2001) précise les règles concernant l'élaboration, l'approbation et l'exécution du budget annuel ; et
- le Décret de 1962 relatif à la réglementation générale de la comptabilité publique précise les règles s'appliquant au cadre de la comptabilité publique.

Ces deux textes ont été complétés par des décrets et arrêtés et par des jugements de tribunaux[10]. Bien que certaines parties des nouvelles lois aient fait autrefois l'objet de décrets, le cadre juridique du début des années 60 était mieux adapté aux exigences d'une démocratie moderne où les politiques budgétaires jouaient un rôle clé dans l'économie[11]. Les principaux éléments du processus de dépenses apparaissent dans la figure 1.

La distinction entre la personne qui ordonne le paiement et celle qui l'exécute est fondamentale dans le système français des finances publiques, où chaque ministère d'exécution effectue ses propres dépenses sur la base des ressources budgétaires qui lui sont attribuées. Pour garantir la transparence et éviter les abus et les erreurs, la personne à l'origine de la décision de dépenser (*l'ordonnateur*) doit, toutefois, être dissociée du comptable qui exécute le paiement (*le comptable*). Le comptable est protégé en vertu de règles juridiques qui garantissent son indépendance vis-à-vis de l'*ordonnateur* (voir encadré 1). Cette séparation ne se limite pas au processus de dépenses puisqu'elle s'applique aussi à la perception des impôts ; le système français établit en effet une distinction entre la personne qui détermine l'assiette fiscale (*la liquidation*) et la personne qui recueille les fonds au nom de l'État (*le recouvrement*). En pratique, cependant, il y a des nuances importantes :

- **du côté des dépenses,** d'importantes catégories de dépenses (*les dépenses obligatoires*) ne sont pas assujetties au processus d'engagement et d'ordonnancement et sont acquittées dans le cadre d'un système

Figure 1. **Le processus des dépenses publiques de biens et services**



automatique d'ordres de paiement. Il en va ainsi, en particulier, pour les pensions et les salaires. On justifie ce système en faisant valoir qu'il n'y a pas lieu d'apprécier si la dépense doit être faite ou non, et que le contrôle de la régularité des paiements suffit à éviter les abus ou les erreurs. En outre, les dépenses effectuées dans le cadre de procédures spéciales peuvent aussi être soustraites au processus normal ;

- **du côté des recettes,** la distinction revêt une importance plus limitée : les deux fonctions sont exercées par des agents relevant du même ministère (le ministère des Finances), et certains impôts clés sont perçus sur la base de la déclaration soumise par le contribuable.

Le fait que la phase administrative et la phase comptable soient séparées exige une séparation des fonctions et des agents. La phase administrative, dont la responsabilité incombe à l'*ordonnateur*, comporte trois étapes : l'*engagement*, *la liquidation*, et l'ordre de paiement (*ordonnancement* ou

Encadré 1. **La distinction entre ordonnateur et comptable**

Dans le système français, le processus de dépenses repose sur une distinction fondamentale entre la personne qui est à l'origine de la décision de dépenser *(l'ordonnateur)* et la personne qui effectue le paiement proprement dit *(le comptable)*. Bien que considéré comme un des fondements du système, ce présumé principe n'a jamais été enchâssé dans la Constitution française ou dans une loi, et devrait être considéré comme une règle interne (adoptée en 1862) à l'administration*.

Ce principe vise deux objectifs

- minimiser les cas de fraude et de manquements dans la gestion de fonds publics ; et
- faire en sorte que les agents publics se conforment pleinement aux règles budgétaires.

Le principe a pour conséquence que chaque fonction comporte des responsabilités distinctes

- L'***ordonnateur*** est un gestionnaire de fonds dont les fonctions ne se limitent pas à donner des ordres de paiement. Bien que n'étant pas autorisé à faire des opérations sur ces fonds, l'*ordonnateur* a la responsabilité de prendre des décisions concernant des recettes et des dépenses.
- Le rôle du ***comptable*** est plus passif : il contrôle la régularité des décisions prises par l'*ordonnateur* et traite les fonds sans pouvoir prendre de décision concernant la façon dont l'*ordonnateur* les utilise ou les gère (sauf s'il y a infraction aux prescriptions d'une loi ou d'un règlement).

Le contexte institutionnel renforce la distinction

Le *comptable* n'est généralement pas un subalterne de l'*ordonnateur* (ou vice-versa) comme cela est toujours le cas dans le secteur privé. Cet arrangement juridique est nécessaire car le *comptable* est personnellement (et financièrement) responsable dans les cas où il y a irrégularité ou déficit. Une telle responsabilité ne peut évidemment pas s'exercer dans le contexte d'une structure hiérarchique. Et pourtant, il y a des cas où l'indépendance n'est pas sanctionnée par une loi : par exemple, le *comptable* de la Direction des impôts ou des douanes est le subalterne du directeur de ces services, lequel en est aussi l'*ordonnateur*. De même, les *comptables* du Trésor sont les subalternes du ministre des Finances, qui est l'*ordonnateur* de dernier ressort.

Encadré 1. **La distinction entre ordonnateur et comptable** *(suite)*

Le besoin d'établir une distinction entre « comptables » et « ordonnateurs » a évolué

En France, la distinction n'est plus essentielle dans les cas de recettes. Lorsque celles-ci font l'objet d'un différend : tout citoyen ou toute entreprise peuvent intenter des poursuites contre le gouvernement par le biais d'un régime judiciaire qui fonctionne bien. S'agissant des dépenses, les choses sont moins claires, et le *comptable*, dont les comptes sont vérifiés et certifiés par la *Cour des comptes*, joue un rôle fondamental en maintenant les activités de l'*ordonnateur* sous contrôle. Toutefois, l'informatisation sans cesse plus poussée du processus de dépenses réduit considérablement les possibilités de fraude ou d'erreur, de sorte que la responsabilité du *comptable* se limite parfois à celle d'un caissier ; et même les fonctions d'un caissier peuvent être automatisées.

En Afrique francophone, l'efficacité du système souffre du manque d'indépendance du « comptable », de la quasi-impossibilité de faire respecter le principe de la responsabilité financière, de l'absence d'une comptabilité fiable et sincère (voir texte) et du mauvais fonctionnement du système judiciaire. C'est pourquoi, l'application du « principe » dans ces pays est généralement une affaire très coûteuse pour État et elle ne permet pas de gérer efficacement le processus de dépenses.

* Toutefois, les responsabilités des comptables sont définies dans une loi.

mandatement). La phase comptable, dont la responsabilité incombe au *comptable*, est celle du paiement, et comprend les contrôles relatifs à la régularité de l'ordre de paiement et la comptabilisation de l'opération (voir encadré 2).

Chaque étape du processus de dépenses fait intervenir un retour d'informations. L'exécution de la phase administrative repose sur l'utilisation de la classification budgétaire et est décrite dans un *compte administratif,* tandis que la phase comptable correspond à l'enregistrement des opérations dans le cadre d'un plan comptable de l'État et se traduit en un *compte de gestion*. En principe, l'information provenant d'une source permet de contrôler celle qui provient d'une autre source (cette question est traitée de manière plus approfondie dans l'encadré 3 ci-après).

Compte tenu de sa rigidité intrinsèque, le système a engendré l'utilisation de procédures multiples et dérogatoires, notamment lorsque les montants sont peu importants. Ainsi, des procédures sont prévues pour ces opérations de faible montant en utilisant des régies d'avances où un *régisseur*

Encadré 2. **Les quatre étapes du processus de dépenses en Afrique francophone**

Le processus de dépenses comporte quatre étapes distinctes et consécutives

Étape 1. L'*engagement* est l'étape où l'*ordonnateur* (voir encadré 1) engage l'État à assumer une obligation financière future. Avant d'effectuer l'engagement, l'*ordonnateur* doit vérifier si un crédit auquel on peut imputer les dépenses a été ouvert, donc a été approuvé et s'il y a bien compatibilité entre la nature des dépenses envisagées et le crédit auquel on se propose de les imputer. Par exemple, le ministère des Finances peut décider de commander des fournitures de bureau à une entreprise privée, il appartient alors au contrôleur financier de déterminer si la décision est conforme aux règles.

Étape 2. La *liquidation* (ou vérification) est l'étape où le *gestionnaire de crédit* (il s'agit bien souvent de l'*ordonnateur*) contrôle la validité de l'obligation ainsi contractée et détermine le montant dû.

Étape 3. L'*ordonnancement* est l'étape où l'*ordonnateur* donne l'ordre au *trésor* (qui est le comptable public – voir encadré 1) de payer la somme due (déterminée lors de l'étape précédente) après avoir reçu l'autorisation du contrôleur financier.

Étape 4. *Le paiement* est l'étape finale. Elle a lieu lorsque le *trésor* (qui est le comptable public – voir encadré 1) ordonne le paiement après que les agents ont vérifié si l'objet de la dépense est régulier et si le paiement est libératoire.

exerce en même temps les deux fonctions de gestionnaire de crédit et de payeur. Il y a d'autres exceptions importantes, comme la procédure spéciale utilisée pour les fonds spéciaux et fonds secrets par le gouvernement. Cette procédure permet au gouvernement d'effectuer certaines dépenses sur la base de l'autorisation initiale et de les soustraire aux procédures normales de contrôle (et surtout au contrôle du comptable public).

Le système français repose sur un double ensemble de contrôles. Deux points de contrôle font pendant aux deux phases du processus de dépenses. A l'étape de l'engagement, le contrôleur financier, un agent, qui le plus souvent appartient au ministère des Finances exerçant ses fonctions au sein des ministères d'exécution, exerce deux fonctions : *i)* il contrôle la régularité de l'engagement avant la création de droits et d'obligations (ce qui permet de contrôler efficacement la régularité de l'engagement par rapport à l'ouverture d'un crédit) ; et *ii)* il tient contradictoirement avec l'ordonnateur la comptabilité des engagements ayant été contractés. L'approbation du contrôleur financier est requise pour que l'*ordonnateur* puisse amorcer le

Encadré 3. **La Loi de règlement et son contenu**

Les bailleurs de fonds ont insisté récemment sur la nécessité de présenter une Loi de règlement (LdR) à l'assemblée dans les pays en développement. La LdR est censée présenter un compte de résultat des opérations financières du gouvernement central et limiter la portée des mauvaises méthodes de gestion budgétaire en exigeant que ce compte soit soumis à l'examen de vérificateurs externes.

La LdR en France

La LdR « constate les résultats d'un exercice considéré et, s'il y a lieu, ouvre les crédits nécessaires pour régulariser les dépassements constatés et annule les crédits n'ayant été ni consommés ni reportés ». « Elle ratifie les modifications apportées par décret d'avance aux crédits ouverts par la dernière loi des finances. » Elle arrête le montant définitif des recettes et dépenses du budget auquel elle se rapporte. Elle comprend un rapport de la Cour des comptes et une attestation de conformité entre les comptes de gestion des comptables publics et les comptes administratifs des ordonnateurs correspondants. Il convient de noter que :

La LdR n'est pas un outil destiné à faire respecter les règles de bonne gestion puisque, mise à part la fonction consistant à rendre compte des opérations effectuées, elle régularise les dépassements de crédits et annule la partie des crédits n'ayant pas été pleinement consommés. Même si des explications concernant les principaux écarts doivent être présentées dans des annexes, l'expérience démontre que la portée de la LdR est limitée parce que les informations qu'elle contient sont souvent présentées longtemps après l'exécution des dépenses.

Les informations supplémentaires offertes dans la LdR sont limitées. La LdR indique l'excédent ou le déficit budgétaire définitif et le solde net des opérations financières. Mais les données préliminaires ont généralement été publiées plusieurs mois avant le dépôt de la proposition de Loi de règlement.

Bien que la Cour des comptes certifie les comptes, le processus ne peut assurer le respect des bonnes règles de gestion. La Cour des comptes présente un rapport sur les opérations à court terme et se contente de signaler uniquement les principaux problèmes. Même si des lacunes importantes empêchaient le Parlement d'avaliser la LdR, aucune mesure disciplinaire ne pourrait être prise contre le gouvernement*.

Dans l'ensemble, le principal objectif de la LdR est de contrôler la cohérence générale des opérations financières du gouvernement central.

Encadré 3. **La Loi de règlement et son contenu** *(suite)*

La LdR en Afrique francophone

En Afrique francophone, la LdR a une importance encore plus limitée qu'en France puisque :

- l'absence de soldes significatifs dans la comptabilité du trésor signifie généralement qu'il est impossible d'établir un *compte de gestion ;*
- en l'absence d'un *compte de gestion*, le certificat de conformité n'a aucun sens, les comptes ne pouvant être certifiés comme il se doit ;
- lorsqu'un *compte de gestion* existe et qu'un certificat de conformité peut être délivré, il arrive souvent que le service à qui incombe la responsabilité d'établir le *compte administratif* soit aussi responsable de délivrer le certificat de conformité ;
- les délais impartis aux services d'audit sont très serrés, notamment lorsque plusieurs LdR sont présentées en même temps pour rattraper les retards accumulés ; et
- les services d'audit ne disposent généralement pas d'une marge d'indépendance suffisante ou de pouvoirs suffisants pour s'acquitter pleinement de leurs obligations.

Bien que, en principe, le dépôt au Parlement d'une LdR augmente la transparence, offre un ensemble en principe cohérent de données en regard desquelles peuvent être évaluées les politiques gouvernementales, et limite les effets d'une mauvaise gestion budgétaire ou l'accumulation d'arriérés, l'importance que les bailleurs de fonds et les organisations internationales accordent à la préparation de LdR nuit aux gouvernements qui en fait cherchent plus sous la pression extérieure à établir des situations d'exécution du budget que de mettre en œuvre certaines fonctions essentielles comme la tenue d'une comptabilité claire et sincère, l'enregistrement quotidien de transactions et le rapprochement régulier des comptes (relevés bancaires, dossiers administratifs et registres comptables.

Pour éviter que la LdR ne devienne sans objet, il conviendrait de donner la priorité à un rapprochement du compte administratif et du compte de gestion. Ce rapprochement devrait être considéré comme une condition préalable à la préparation de la LdR et être assujetti à l'examen des services d'audit de l'État.

* Il convient de se placer dans une perspective historique. Le 28 mars 1807, Napoléon créa la Cour des comptes, à qui fut confiée la responsabilité de préparer des rapports sur les comptes du gouvernement (y compris ceux des principales administrations locales). Un rapport devait être présenté à l'empereur chaque année. La nécessité d'un examen plus rigoureux s'était faite sentir au cours des années antérieures. Le fait que la France était constamment en guerre empêchait la préparation de budgets et on a déterminé que les arriérés remontaient jusqu'à 1759 (48 ans). A vrai dire, les arriérés dus aux provinces belges du nord représentaient à eux seuls quelque 40 millions de FF, sur un total (estimé) de 720 millions de FF pour toute la France.

processus de dépenses à l'étape de l'engagement. Une deuxième approbation du contrôleur financier est également requise à l'étape de l'ordonnancement, bien que l'approbation soit alors limitée à la validité de l'opération par rapport à l'engagement antérieur. A l'étape du paiement, le comptable exerce un contrôle sur le paiement avant que celui-ci ne soit effectué.

En principe, ce double contrôle garantit la régularité de l'opération. Pour faciliter le rapprochement entre engagements et paiements, viennent s'ajouter à ces contrôles certaines règles de comptabilité : *i)* les engagements sont fermés avant la fin de l'année et une période supplémentaire de deux mois est accordée après la fin de l'année pour comptabiliser les opérations de caisse ; *ii)* pour ce qui est des opérations d'investissement et les achats importants étalés sur plus d'une année, les engagements sont contrôlés et comptabilisés selon des *autorisations de programme,* et couverts par des crédits de paiement, même lorsqu'ils ne donnent pas lieu à une opération de décaissement pendant l'année[12].

La présence de divers points de contrôle est également essentielle pour retracer le processus de dépenses et connaître la répartition des pouvoirs au sein de la structure :

- les contrôles *a priori* permettent de comptabiliser l'ensemble des engagements[13] et de les comparer par la suite aux engagements tenus et aux paiements effectués, afin d'établir **un bilan des engagements impayés et des arriérés ;** et
- compte tenu des fonctions exercées par le contrôleur financier et le comptable, **ces contrôles donnent manifestement plus d'importance au rôle du ministère des Finances dans le processus des dépenses**. Toutefois, aucun de ces contrôles n'est, en principe, un contrôle d'opportunité[14].

3.2. Le système en Afrique francophone

Les principaux éléments du système français décrits dans la partie précédente se retrouvent généralement dans les systèmes francophones africains. Alors que le Trésor français fonctionne efficacement malgré la complexité de la structure mise en place, les lacunes dans les pays en développement de l'Afrique francophone ont créé de sérieux blocages. L'accumulation d'importants arriérés est un symptôme de dysfonctionnement[15]. Les comparaisons en ce domaine sont toujours difficiles à interpréter, les arriérés n'étant pas attribuables à un seul facteur. Bien que, à première vue, l'existence d'un double contrôle n'empêche pas l'accumulation d'arriérés, la réalité est sans doute moins sombre. Nous ne voulons pas donner l'impression que le système est pire en Afrique francophone qu'en Afrique

anglophone. Toujours boiteuses, les comparaisons peuvent même être trompeuses, et ce pour deux raisons :

- la comparaison avec les systèmes où les engagements ne sont pas comptabilisés pourrait être injuste car les systèmes comptables de l'Afrique francophone permettent d'obtenir des informations plus fiables et plus actualisées sur les arriérés[16] ;
- en l'absence d'*autorisations de programme*, il est difficile d'établir une distinction entre les engagements non remplis qui auraient dû l'être, et les engagements non remplis qui ne l'ont pas été parce qu'ils portaient sur des opérations pluriannuelles. En outre, certains pays trouvent difficile de clôturer des opérations pendant le délai prévu à cette intention après la fin de l'année, parce qu'il est souvent plus court que la durée habituelle de traitement. Il s'ensuit soit des engagements non remplis qui ne sont jamais rapprochés des paiements constatés, soit un délai plus long pour la clôture des comptes que celui prescrit par la réglementation.

Il n'en reste pas moins que des rapports d'audit ont mis en relief de graves dysfonctionnements dans certains pays[17]. Des ajustements de circonstance ont estompé la distinction entre les phases administrative et comptable, au détriment des contrôles budgétaires. Ces ajustements sont devenus nécessaires à cause de l'évolution du contexte économique et de la pénurie de plus en plus grave de personnel qualifié. Le cheminement de l'information était souvent interrompu parce qu'il devenait impossible de recueillir et de classer les données en temps opportun. Le système continuait de fonctionner grâce à des solutions de circonstance. Au fil des ans, ces modifications ont été intégrées au système et ont fini par compromettre :

- la séparation entre les fonctions de l'*ordonnateur* et celles du *comptable ;*
- l'ensemble des contrôles intégrés au processus d'exécution du budget ; et
- les livres comptables du Trésor.

Certains pays ont institué un système d'ordonnancement centralisé, généralement administré par une direction particulière au sein du ministère des Finances – la *Direction des ordonnancements*. Bien que les ministères d'exécution continuent en principe d'amorcer le processus d'une dépense, ceux-ci ne requièrent plus au comptable public de parler aux fournisseurs, les opérations d'ordonnancement sont centralisées au ministère des Finances. En général, les *directions des ordonnancements* sont mal équipées pour traiter les ordonnancements en temps opportun (surtout lorsqu'elles centralisent tous les ordres de paiement sur le territoire, ou qu'elles doivent régulariser des autorisations déléguées à des autorités déconcentrées). Il en a résulté des retards voire l'absence de clôture des comptes, et de graves lacunes dans le suivi de la situation budgétaire.

L'accent mis sur la gestion de trésorerie dans les programmes du FMI n'a fait qu'aggraver la situation. La nécessité de surveiller étroitement l'incidence des paiements au comptant sur le financement bancaire, et de rapprocher sans difficulté les données au-dessus et au-dessous de la ligne a exigé la création d'instruments comme le *tableau des opérations financières de l'État* (TOFE) (tableaux budgétaires) et, parfois, d'un plan de trésorerie. Toutefois, des délais importants sont observés entre les engagements[18] et les paiements, et certains engagements demeurent en suspens ou ne donnent jamais lieu à des services faits. C'est pourquoi il n'est jamais facile de rapprocher les données régulières sur une base d'engagement et les données de financement. (Il s'agit là d'une question distincte de celle de la portée du TOFE, dont il est question à la section 6.) Il faut extraire les engagements afférents aux opérations pluriannuelles ne comportant pas de livraison de marchandises ou de prestation de services pendant l'exercice financier, et répartir le reste entre : *a)* le crédit régulier non bancaire à court terme de fournisseur ; et *b)* les arriérés de paiement (les deux sont considérés comme des éléments de financement non bancaire)[19]. Ces exigences supplémentaires ont contribué à détourner l'attention des contrôles des engagements, à un moment où de tels contrôles auraient dû être renforcés pour faire respecter les contraintes budgétaires strictes et limiter les possibilités de les contourner.

Pour obtenir les informations requises pour la vérification et le suivi de la gestion de trésorerie, on a eu recours aux caisses spéciales et aux régies d'avances pour menues dépenses. En France, ces procédures ont pour objet d'introduire une certaine souplesse[20] dans des circonstances très particulières, et sont admises sous réserve de contrôles appropriés[21]. Pourtant, leur existence doit toujours être considérée comme un moyen quasi-juridique de contourner les mécanismes habituels de contrôle des dépenses. Le recours à ces procédés dans les pays francophones d'Afrique correspond à un besoin réel ; par exemple, certaines régions sont éloignées du centre et, en raison de l'inefficacité des moyens de communication, il faut utiliser des procédures de régies d'avances pour accroître l'efficacité de la gestion de certaines catégories de dépenses gouvernementales. Malheureusement, ces procédures ont été utilisées par les organismes centraux possédant suffisamment d'influence politique pour imposer leurs propres priorités et calendriers de dépenses :

- certains pays ont recours à des procédures de régies d'avances pour la gestion financière d'un ministère d'exécution – ou pour toutes les dépenses d'investissement. En l'absence de régularisation, ces opérations finissent par être comptabilisées, dans le meilleur des cas, dans des comptes d'attente qui seront examinés plus tard. Dans une telle situation, il est impossible de retracer une dépense parce que celle-ci peut fort bien avoir été exécutée sans autorisation budgétaire, aucun engagement n'ayant été

pris ni aucun ordre de paiement n'ayant été donné (voir également encadré 4) ;

- des caisses spéciales ont parfois été utilisées soit sans demander un ordre de paiement préalable (la caisse spéciale correspond alors à une capacité illimitée d'obtenir des fonds des ressources générales, sans qu'aucun contrôle ne soit exercé), soit en créant des comptes spéciaux qui reposent habituellement sur des ressources ayant fait l'objet d'une affectation particulière (ce qui réduit la capacité de rendre compte de l'utilisation des ressources en question) ; et
- comme les fonds spéciaux, des *ordres de paiement (OP)* (voir encadré 4) sont des paiements demandés au comptable selon une procédure exceptionnelle, et ne sont pas accompagnés de pièces justificatives. A l'origine, ces ordres étaient justifiés par des situations d'urgence, mais leur usage s'est généralisé dans bon nombre de pays. Au fil du temps, comme ces OP n'étaient pas liés à des autorisations budgétaires par le contrôleur financier ou par les services de contrôle des ministères d'exécution, le processus normal de dépenses et le besoin d'autorisations budgétaires ont été complètement ignorés.

En procédant de la sorte, on a affaibli l'efficacité du système, obscurci le partage des responsabilités et, à la limite, compromis le suivi des opérations :

- La rupture du lien entre la personne qui commande les biens et les services à un fournisseur, et celle qui ordonne le paiement a entraîné une absence de responsabilité au sein des ministères d'exécution, une indifférence à l'égard de l'établissement de priorités dans les dépenses et, du même coup, une incapacité du ministère des Finances d'établir des priorités dans les paiements. Ces facteurs ont créé des effets de distorsion qui empêchent de rapprocher les données des engagements et celles des paiements, et d'obtenir une confirmation qu'un bien a été livré ou un service rendu.
- D'autre part, la fonction de contrôleur financier a été affaiblie au point où les engagements en cours ne sont plus comptabilisés. Dans certains cas, cela a donné lieu à la création par le contrôleur d'étapes administratives supplémentaires, reposant habituellement sur la transmission manuelle de renseignements (il est généralement dans un ministère d'exécution). Ce contrôle supplémentaire, ou celui effectué par la *Direction des ordonnancements* mentionnée ci-dessus, ne peuvent servir qu'à des fins de renseignements puisqu'ils sont exercés à un stade trop avancé du processus de dépenses pour bloquer une dépense injustifiée. Il n'en reste pas moins que le fait que de pareils ordres de paiement soient utilisés même au ministère des Finances a eu pour effet de reléguer les autres contrôles au second rang, et d'en faire la forme de paiements la plus utilisée.

De telles évolutions, notamment le recours généralisé à des procédures extraordinaires, affaiblissent la capacité de tenir des registres fiables aux diverses étapes du processus de dépenses. Mais la situation devient particulièrement difficile à l'étape du paiement, ce qui, dans les pays africains francophones, correspond au niveau du *trésor*. Le manque d'informations fiables est également imputable aux lacunes de la comptabilité, lesquelles s'expliquent par un autre ensemble de facteurs :

- **Bien que l'insuffisance d'effectifs qualifiés des services de comptabilité**[22] ne soit pas un problème propre à l'Afrique francophone, son incidence dans cette partie du monde a été plus délétère qu'ailleurs. Comme il repose sur plusieurs niveaux de contrôle qui en rendent le fonctionnement complexe et détaillé, le processus de dépenses français exige un personnel nombreux dont les membres ne sont pas interchangeables. On a parfois ressenti l'existence d'un certain corporatisme des agents du Trésor pour empêcher d'autres agents de devenir des comptables publics, même si ce genre de monopole crée des duplications avec les agents de l'administration des impôts ou des douanes, par exemple, ou des délais supplémentaires dans la préparation des rapports d'exécution du budget.
- **Comme les soldes du trésor ne sont pas disponibles, les données concernant le suivi sont comptabilisées sur la base des variations, non pas de stocks, mais de flux**. Les délais de clôture des comptes empêchent le calcul des soldes d'ouverture de l'exercice financier en cours puisque les soldes de clôture de l'année précédente ne sont pas disponibles. La balance des comptes retraçant la comptabilité devient obscure. S'amorce alors un processus cumulatif qui rend très difficile toute tentative subséquente de clarification. La capacité d'interpréter les comptes des créanciers est également gravement compromise.
- **Le foisonnement des comptes d'attente est également à l'origine de plusieurs lacunes des données comptables.** Au début, les comptes d'attente avaient pour objet de garantir la comptabilisation de toutes les transactions, ne serait-ce que provisoirement, jusqu'à l'obtention d'informations plus exhaustives permettant d'enregistrer toutes les données pertinentes. Toutefois, les retards dans le cheminement des informations, l'absence d'intégration entre la phase de l'exécution du budget et les livres comptables, et la centralisation excessive du processus de comptabilité, sans parler des abus liés aux procédures particulières déjà mentionnées, ont eu pour effet d'accroître sensiblement l'ampleur des comptes d'attente. Il est très difficile de déterminer l'ampleur de ces comptes car, en l'absence d'une véritable clôture des comptes à la fin de l'année, les comptes d'attente ne que très rarement apurés.

Les lacunes du système ont compromis les possibilités d'établir des priorités en matière de dépenses dans des économies aux prises avec des problèmes de liquidités, et ce pour deux raisons :

- Lorsqu'un budget est assujetti à des contraintes de liquidités, le Trésor devient automatiquement un important centre de pouvoir, encore que la capacité de trouver des ressources financières soit beaucoup plus limitée que dans le système français[23]. Cette situation peut se traduire en un difficile équilibre du pouvoir car le directeur général du *Trésor* détermine parfois à qui il donne sa préférence. Par exemple, le directeur général peut être un proche du pouvoir, qui, à la limite, sélectionne les ordonnancements qui seront payés. En revanche, le ministre des Finances doit alors s'en remettre au département du budget pour assurer le suivi de la situation budgétaire. Le système de double contrôle décrit ci-dessus devient une épreuve de force où le Trésor a généralement le dernier mot. L'épreuve de force peut également avoir pour conséquence que le Trésor se retrouve allié au Premier ministre ou au ministre des Finances, ce qui a une incidence différente mais toute aussi dommageable sur le processus des dépenses publiques. Quoi qu'il en soit, ces procédés compromettent à la fois le processus budgétaire et la crédibilité du gouvernement. Ils sont également à l'origine des difficultés insurmontables que soulève la création de comités de planification de la trésorerie, les liens à établir entre les décisions concernant les priorités de dépenses et les engagements contractés, et la simplification de contrôles, même superflus.
- Les agents ont souvent eu recours à des pratiques leur permettant d'éviter les contraintes budgétaires strictes, même après la résolution d'une crise. Par exemple, si le point de contrôle se situe à l'étape de l'ordonnancement (comme c'est souvent le cas en Afrique francophone, lorsqu'une *Direction des ordonnancements* a été mise sur pied), les engagements sont pris mais les ordres de paiement ne sont jamais donnés (soit parce que les pièces justificatives pertinentes ne sont pas transmises au ministère des Finances, soit parce que le ministère lui-même préfère qu'il n'y ait pas d'ordonnancement). D'où la présence des DENO, qui nuisent tant à de nombreux pays africains francophones (voir encadré 4). Si l'engagement est une étape fondamentale dans le contrôle de l'exécution budgétaire, il a été constaté que des bons de commande peuvent être passés en dehors de cette procédure, sans être comptabilisés comme il se doit, ce qui donne lieu à des dépenses non budgétaires – un autre symptôme bien connu des systèmes de gestion des dépenses publiques en état de dégénérescence.

L'absence de balances comptables fiables au sein du Trésor a pour conséquence qu'aucun rapprochement ne peut être effectué entre les deux phases du processus des dépenses publiques, la phase administrative et la phase comptable, et les deux systèmes comptables, avec la conformité des

Encadré 4. **Arriérés, DENO (Dépenses engagées non ordonnancées) et autres PBNI (Postes budgétaires non identifiés)**

Cet encadré a pour objet d'approfondir la notion d'arriéré et de déterminer les autres moyens de financer les dépenses résultant de fuites ou de lacunes afférentes aux quatre étapes du processus de dépenses. Trois types de lacunes retiennent l'attention :

- Les **arriérés** sont des dépenses qui ont franchi l'étape 3 du processus de dépenses (l'ordre de paiement a été donné – voir figure 1 et encadré 2) et qui en sont à l'étape 4 (le paiement n'a pas été effectué) avant une certaine date limite. Après cette date, ces dépenses doivent être considérées comme des arriérés du trésor. Leur accumulation donne au *trésor* la capacité de déterminer les factures qui seront payées en premier. Ceci peut être une source possible de corruption.
- Les **DENO** (dépenses engagées mais n'ayant pas fait l'objet d'un ordre de paiement) sont des dépenses ayant franchi les étapes 1 et 2 (elles ont été engagées et vérifiées) mais non l'étape 3. Elles apparaissent généralement lorsqu'il y a un suivi étroit des arriérés du trésor, tel que défini ci-dessus. Elles sont difficiles à suivre et il y a lieu de noter que le FMI a parfois négocié et fixé des plafonds à leur accumulation. Cependant il existe un doute sur le volume de ces opérations puisque certaines dépenses engagées ne sont jamais exécutées.
- **Certaines dépenses ne sont même pas engagées officiellement** (bien que des fournitures soient livrées). La notion de DENO est parfois élargie pour les inclure bien qu'elles n'aient même pas atteint l'étape 1 en ce qui concerne la comptabilisation.

Il y a interaction entre ces lacunes et les processus particuliers de dépenses ou de paiement (elles peuvent être causées soit par ces processus, soit par un stock d'arriérés) :

- L'***ordre de paiement (OP)***, qui se prête souvent à des abus, est une dépense qui est payée immédiatement par le *trésor* sur *ordre* du ministre et qui est censée être régularisée plus tard. Conçus à l'origine pour répondre à des circonstances exceptionnelles, les OP sont maintenant utilisés dans certains pays africains francophones pour acquitter la plupart des dépenses, ce qui crée des arriérés pour les dépenses budgétaires régulières et, à la limite, pour les dépenses visées par les OP également (bien qu'elles soient censées avoir été payées immédiatement) ;

Encadré 4. **Arriérés, DENO (Dépenses engagées non ordonnancées) et autres PBNI (Postes budgétaires non identifiés)** *(suite)*

- Les ***dépenses par régies d'avance*** ont été conçues pour accélérer le processus de dépenses et elles ne sont pas assujetties à toutes ses étapes : le paiement est effectué juste après l'étape 2 et les autres étapes sont régularisées après coup. Une *régie d'avance peut être mise en place pour la gestion des projets d'investissement selon des modalités particulières fixées par des bailleurs* de fonds établissent pour leurs projets ;
- Les ***mandatements pour ordre en fin d'exercice*** sont des ordonnancements virtuels pour une série de dépenses qui, bien qu'« engagées », n'ont pas été « ordonnancées » avant la fin de l'exercice (une autre variante de DENO). A cela s'ajoute dans le même contexte des ordres de paiement relatifs à des dépenses engagées mais non encore ordonnancées en fin d'exercice dont le but est de transférer des fonds en dehors du trésor en relation avec des futurs restes à payer dont l'existence est incertaine,avant la fin de l'exercice financier. Bien que le mandatement pour ordre réduise le stock de DENO, l'objectif réel consiste à réaliser un paiement tout en faisant en sorte que les approbations requises ne soient pas données et les vérifications effectuées, ce qui crée une marge d'incertitude sur la nature exacte du poste de dépense. Encore une fois, la régularisation est censée se faire plus tard. Il en est de même pour les ordres de paiement effectués en fin d'exercice dont la régularisation n'est souvent pas effective.

Les distinctions entre différentes catégories d'arriérés sont utiles pour indiquer où résident les principales lacunes des diverses étapes du processus de dépenses. Toutefois, il s'agit dans tous les cas d'obligations gouvernementales qui n'ont pas été acquittées à échéance. Elles devraient être traitées de manière systématique de façon à éviter les comportements destinés à éviter le processus de dépenses. Bien qu'une définition précise puisse s'appliquer, la faible capacité de suivi ne permet généralement pas un calcul précis des délais par catégorie de dépenses ou de services. Dans ce cas, et si les fluctuations saisonnières sont limitées, on peut faire une évaluation approximative en utilisant la notion de retard moyen de paiement. Pour ce qui est des arriérés du Trésor, par exemple, cette méthode tient compte du fonds de caisse normal. Lorsque les ordres de paiements non réglés dépassent cette limite, on peut les considérer comme des arriérés.

***comptes administratifs* (les données concernant l'exécution du budget) et *comptes de gestion* (la transcription financière de l'exécution budgétaire).** Dans de nombreux pays africains francophones, la *Loi de règlement* n'est donc plus présentée au Parlement (du moins dans un délai raisonnable) (voir encadré 3). Ce document arrête le montant définitif des recettes et des dépenses du budget auquel il se rapporte, et devrait être accompagné du *compte administratif* et du *compte de gestion*. Dans les cas où il est déposé au Parlement, il l'est généralement avec plusieurs années de retard et le *compte de gestion* n'y figure pas. Il arrive parfois que l'on dépose en même temps plusieurs *lois de règlement* dans l'espoir de combler les retards, mais une authentique vérification des comptes devient alors quasiment impossible, d'autant qu'il n'existe pas de support comptable cohérent.

L'absence de *Loi de règlement*, dont la présentation constitue pourtant une mesure conditionnelle des programmes du FMI, n'est que la pointe de l'iceberg, et elle est moins un facteur contribuant aux déficiences des rapports d'exécution budgétaire qu'un symptôme des lacunes du système de comptabilisation. L'incapacité de rapprocher les deux ensembles de données ne fait qu'accroître l'ampleur des distorsions :

- **les procédures budgétaires** sont contournées parce que les dépenses effectuées en dehors du cadre budgétaire, par exemple par le truchement du circuit du trésor, ne peuvent être vérifiées ; et
- **aucune explication ne peut être offerte au sujet de l'accumulation des arriérés** parce que la mesure définitive des arriérés (y compris les DENO et tous les autres) ne peut être obtenue qu'en comparant les crédits utilisés du budget exécuté (*compte administratif*) aux paiements effectués (*compte de gestion*). En réalité, toutes les autres manières de mesurer les arriérés (y compris celles prévues dans les programmes du FMI) ne font que pallier l'absence d'un tel rapprochement et devraient, en principe, n'être utilisées qu'occasionnellement.

Il se peut que tous ces problèmes aient été aggravés par les arrangements monétaires dans ces pays. Dans la plupart des pays africains francophones, c'est la Banque centrale des États d'Afrique de l'Ouest (BCEAO) ou la Banque des États d'Afrique centrale (BEAC) qui, aux termes d'un accord conclu avec le Trésor français, déterminent la politique monétaire. Bien qu'il ait permis d'éviter l'inflation qu'aurait provoquée une monétisation des déficits fiscaux, ce dispositif a resserré les contraintes de trésorerie et a accru l'importance de prévisions budgétaires réalistes et de contrôles de la gestion des dépenses publiques. Les glissements du système entraînent généralement des hausses substantielles et inexplicables des arriérés dans le solde des comptes spéciaux ou des comptes de correspondants (voir la prochaine partie) et, plus généralement, dans le financement non bancaire.

Enfin, le système juridique n'encourage pas les personnes concernées à adopter les comportements qui s'imposent. En Afrique francophone, il y a parfois des vides juridiques ; et même lorsque des mesures juridiques ont été mises en place, les autorités judiciaires disposent de peu de moyens pour les faire respecter. En France, le cadre juridique prévoit de fortes sanctions pouvant s'appliquer aux comptables et aux *ordonnateurs* et il est appliqué de manière rigoureuse. Il y a une juridiction financière où la Cour des comptes dispose de tous les pouvoirs requis pour procéder à la *mise en débet* d'un comptable, et au contrôle de la *gestion de fait* d'un *ordonnateur*[24]. Les sanctions sont moins efficaces dans les pays africains francophones. En France, lorsqu'un comptable est mis en débet, il est considéré comme étant financièrement responsable[25]. En Afrique, sa responsabilité financière n'a aucune signification concrète puisque la fortune et le revenu des fonctionnaires sont généralement insuffisants pour couvrir un montant ayant fait l'objet d'une mauvaise gestion[26]. D'ailleurs, aucun régime d'assurance ne pourrait protéger adéquatement ces fonctionnaires.

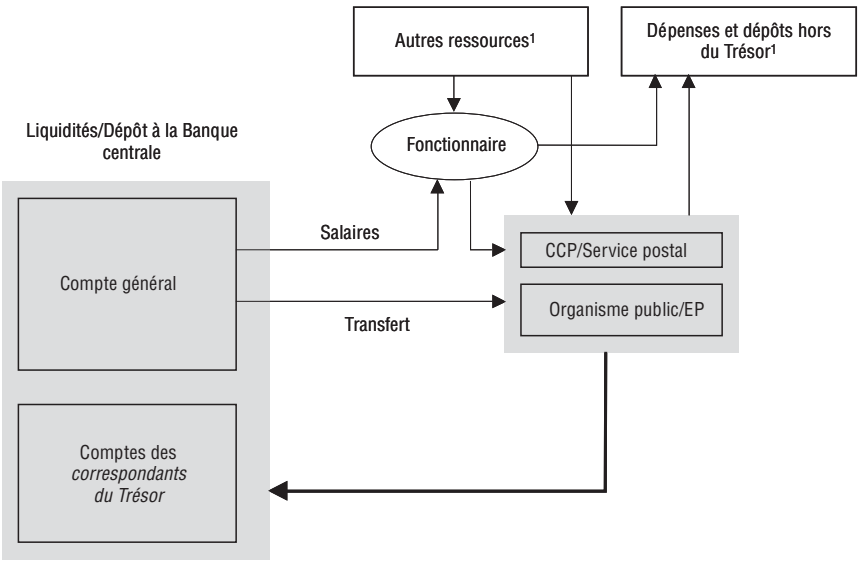
4. Le circuit du Trésor

4.1. *Le système en France*

Un autre aspect important du système français est l'obligation faite aux entités financières associées au secteur public ou en faisant partie (*les correspondants du trésor*) de déposer une partie ou la totalité de leurs fonds au *trésor*[27]. Cette centralisation systématique des fonds entraîne certaines conséquences, dont la plus importante est que le déficit budgétaire peut (dans une certaine mesure) être compensé par une augmentation des dépôts des entités publiques. La figure 2 illustre les principaux éléments de la centralisation des dépôts[28]. Il en résulte un affaiblissement du lien entre le déficit et le recours au financement (Bloch Lainé, 1955, a été un des premiers à attirer l'attention sur ce phénomène).

Par exemple, avant le développement du système bancaire dans les années 60, les fonctionnaires français étaient le plus souvent payés par virement dans leur compte de chèque postal, et les chèques postaux étaient obligés, en retour, de conserver leurs dépôts au *trésor, il existait aussi la possibilité d'ouvrir un compte de dépôt chez les trésoriers payeurs*[29]. Ainsi, lorsque les salaires étaient versés aux fonctionnaires, l'opération se réduisait à un transfert de fonds d'un compte du trésor à un autre. L'opération n'avait à peu près aucun effet sur les besoins de trésorerie, et ce malgré l'augmentation du déficit budgétaire qui pouvait en résulter. Aujourd'hui, en France, les salaires des fonctionnaires sont versés directement dans leur compte de banque privé, mais l'ancien système continue d'être en vigueur dans la plupart des pays africains francophones.

Figure 2. **Le circuit du Trésor**



1. Les dépenses et les dépôts hors du *circuit du trésor* sont des fuites du *circuit* et épuisent ses ressources. Par ailleurs, d'autres ressources recueillies par les *correspondants du trésor* hors du *circuit du trésor* viennent s'ajouter aux liquidités de ce que l'on appelle parfois les *deniers du Trésor*.

Dans le système français, le *circuit du trésor* continue de jouer un rôle important bien qu'il se soit progressivement rétréci. Au cours des années 60 et 70, cette source de financement était importante et contribuait pour une bonne part au financement autonome non bancaire[30]. Bien que, dans la foulée de la déréglementation des institutions financières et du développement des services bancaires pendant les années 80 et 90, les dépôts centralisés n'aient pas constitué une source de financement aussi importante, le stock des dépôts effectués par les *correspondants* n'en totalisait pas moins de 405 milliards de FF en 1998 (à ce montant pourraient être ajoutés les 181 milliards de FF de la banque postale). Il s'agit de montants substantiels en regard du budget adopté par le Parlement français, qui totalisait au cours de la même année quelque 1 669 milliards de FF.

Cette centralisation des fonds s'apparente, d'une certaine manière, à un compte du Trésor unique s'appliquant au secteur public en général. En raison de la participation de l'État à l'économie, notamment par le biais des institutions financières sous le contrôle de l'État, des banques postales et des *caisses d'épargne*, les actifs des entités privées et des particuliers se retrouvaient parmi les dépôts du *circuit du trésor* et contribuaient automatiquement au financement du déficit gouvernemental. Cette

envergure a cependant pour conséquence qu'on ne peut associer le *circuit du Trésor* français à la notion générale d'un compte unique du Trésor ; en effet, les entités dont les opérations quotidiennes ne sont pas assujetties au contrôle immédiat du gouvernement central, tout en participant à la mise en commun générale des liquidités, peuvent parfois agir d'une manière qui ne s'accorde pas avec les objectifs de planification et de gestion de trésorerie du *Trésor*[31].

Les principales difficultés que soulève une centralisation aussi poussée sont la facilité trompeuse avec laquelle on peut financer un déficit, les distorsions au sein de l'économie et une absence générale de transparence et d'obligation de rendre des comptes. La France a parfois souffert de certaines de ces difficultés, mais pas de manière irrémédiable. Il faut admettre aussi que la centralisation procure certains avantages : en plus de faciliter sensiblement la gestion de trésorerie et d'en abaisser les coûts, elle permet de limiter les recours au financement interne. Toutefois, la situation est renversée lorsqu'une entreprise publique retire des fonds du compte qu'elle détient au Trésor, ou que l'État a besoin de financement supplémentaire pour une mesure qui échappe partiellement à son contrôle. Dans la prochaine partie, nous montrerons que cela s'est souvent produit en Afrique francophone et a été à l'origine de nombreuses difficultés. Dans l'ensemble, le système comporte certains avantages qui pourraient fort bien excéder les inconvénients. Toutefois, il ne peut en être ainsi que si le système est bien organisé et qu'il fonctionne selon des règles de comptabilité strictes. On estime qu'il en va généralement ainsi en France.

4.2. Le système en Afrique francophone

En Afrique francophone, le *circuit du trésor* fonctionnait bien jusqu'à la crise du pétrole de 1975. Jusqu'au début des années 70, les systèmes budgétaires étaient de taille relativement petite en Afrique francophone. En effet, leurs besoins de financement étaient limités et les dépôts correspondaient à l'objectif poursuivi, à savoir stabiliser les besoins financiers et obliger les entités publiques à fonctionner dans un cadre commun de gestion de trésorerie.

Suite à la crise pétrolière, les pays qui ne produisaient pas de pétrole ont commencé à utiliser ces dépôts pour absorber le choc structurel. A vrai dire, le système du trésor était en faillite dès 1975. Au lieu de servir d'outil pour améliorer la gestion de la trésorerie et diminuer les contraintes de financement à court terme, le *circuit du trésor* est devenu un vecteur en vertu duquel les manques de liquidités étaient constamment transférés du gouvernement central vers les autres entités publiques. Il en est résulté de graves déséquilibres dans toute l'Afrique francophone ; de nombreux établissements financiers publics ont fait faillite, y compris des banques postales et des caisses nationales d'épargne.

La crise obligea les systèmes du trésor à procéder à de nombreux ajustements après 1975 ; on a maintenu l'ancien système en place tout en sapant ses fondements et en créant des procédures incitant à une mauvaise gestion. Trois changements importants sont apparus à cette époque :

- la gestion de la dette fut partiellement confiée à des entités distinctes, les *caisses autonomes d'amortissement* (voir encadré 5) ;

Encadré 5. **Les Caisses autonomes d'amortissement**[1]

Les *Caisses autonomes d'amortissemen*t (CAA) existent dans le système français depuis 1926. Elles ont été créées pour affermir la confiance des détenteurs d'obligations gouvernementales en affectant des ressources particulières, par exemple les droits sur le tabac et les produits pétroliers provenant des monopoles publics, au service de la dette. Elles ont disparu progressivement, mais la notion a été rétablie en 1986 à l'occasion de la création d'un nouveau type de *caisse d'amortissement* où les produits des privatisations ont été déposés.

Les CAA ont également été utilisées fréquemment en Afrique francophone. Compte tenu du principe que l'affectation des recettes rehausse la confiance, leur utilisation a évolué au fil des ans :

- elles ont parfois servi à recevoir des subventions ou des prêts étrangers (en plus des impôts prélevés au pays) ;
- elles fonctionnent généralement comme des entités financières indépendantes du Trésor, et ont parfois pris totalement à leur charge la gestion de la dette publique.

Comme les CAA faisaient partie du *circuit du trésor,* leurs fonds étaient déposés au *trésor*[2]. Toutefois, elles en sont progressivement venues à exercer toutes les fonctions d'une banque, ce qui leur a permis de participer de plus en plus au financement de l'économie tout en restant en marge du cadre général de gestion du budget. Comme on pouvait s'y attendre, dans un contexte où transparence et obligation de rendre compte importent peu, les CAA ont été durement éprouvées par les difficultés économiques de sorte que, aujourd'hui, loin de contribuer au financement de l'économie, elles sont une source de déséquilibre économique et alourdissent le passif du gouvernement central.

1. Leur nom varie d'un pays à l'autre : Caisse autonome d'amortissement, Caisse d'amortissement, et Caisse d'amortissement de la dette sont les expressions les plus usitées.
2. Certains arrangements étaient plus complexes. Par exemple, la CAA pouvait être associée à deux entités distinctes : une à qui incombait la responsabilité de mobiliser l'aide étrangère et de gérer la dette, l'autre chargée d'exercer des fonctions bancaires pour les entités publiques. La première ne prêtait pas au *Trésor*, mais elle était un *correspondant* de la seconde, elle-même *correspondant du trésor.*

- de nouveaux outils de gestion budgétaire ont été mis au point pour pallier les manques de liquidités du *Trésor*. On procéda en particulier à l'établissement de nombreux comptes spéciaux et de fonds spéciaux, qui étaient généralement liés à des activités non budgétaires et qui n'étaient pas nécessairement gérés par le *Trésor* ; et
- en général, la gestion de trésorerie reposant sur des ressources très limitées est devenue le premier objectif des politiques financières, ce qui n'a fait qu'accroître les pressions sur des administrations déjà dépourvues de ressources.

Des comptes spéciaux ont été créés dans un contexte caractérisé par des tensions sur les réserves de liquidités ou par des manques de liquidités. En général, les règles s'appliquant aux comptes spéciaux avaient pour objet de contourner les règles fondamentales de gestion budgétaire, comme l'imputation à une année particulière ou la suppression des affectations de recettes à des fins particulières. Dans le meilleur des cas, les comptes spéciaux étaient considérés comme un moyen d'éviter que les objectifs d'une politique déterminée ne souffrent de la pénurie générale de liquidités au sein du gouvernement central (par l'affectation de ressources particulières à des activités précises). Dans l'hypothèse la plus pessimiste, ils étaient utilisés par des groupes d'intérêt pour financer leurs propres activités et pour se prémunir contre les effets de la pénurie générale de liquidités.

La crise de liquidités du *Trésor* a été aggravée par le fait que les *correspondants* étaient autorisés à maintenir leurs propres comptes bancaires tout en conservant celui qu'ils avaient au *Trésor*. Dans le modèle français, les *correspondants* ne sont pas tous des entités administratives. Tous ne possèdent pas de comptes bancaires particuliers ; ils sont intégrés aux données concernant le financement du budget du gouvernement central, même si on peut leur attribuer une identité distincte. Dans les pays d'Afrique francophone, les *correspondants* ont été autorisés à contourner les contraintes de trésorerie résultant du manque de liquidités du *Trésor* en se dotant de comptes bancaires distincts (on trouvera à la section 6 une illustration du traitement comptable de ces mouvements dans le TOFE). Les autres entités publiques, comme les universités et les hôpitaux, qui sont des établissements publics ont également ouvert des comptes bancaires pour réduire les risques d'une pénurie soudaine de liquidités. Il en est résulté une aggravation des contraintes de trésorerie :

- même dans les cas où ces comptes bancaires étaient peu nombreux, il y avait une fuite dans le circuit à un moment où le secteur public était à court de liquidités ;
- cette fuite faisait craindre un transfert massif vers les banques privées et autres établissements financiers hors circuit, lequel risquait de créer une pénurie complète au sein du circuit. Non seulement de tels mouvements de

fonds devenaient difficiles à suivre ou à prévoir, mais il y avait aussi le danger que ces fonds soient utilisés à des fins non prioritaires dans un contexte de crise de liquidités[32] ; et

- l'établissement de nombreux comptes bancaires échappant au contrôle du *Trésor* a ouvert la voie à des manquements dans la gestion et à des cas de fraude.

La nécessité de s'attaquer à la crise, parfois dans le contexte d'un programme du FMI, a eu pour effet de concentrer l'attention presque uniquement sur la gestion de la trésorerie, ce qui ne convenait pas aux caractéristiques du système africain francophone. Premièrement, le fait de cristalliser l'attention sur la gestion de trésorerie a fait oublier l'importance des problèmes structurels, dont l'incidence sur la situation du trésor a parfois été prépondérante. Deuxièmement, alors que la loi interdisait aux *correspondants du trésor* d'afficher un solde débiteur, l'absence de supervision, l'état de délabrement de la tenue de la comptabilité et d'importantes lacunes concernant le respect des obligations juridiques ont conduit les autorités à octroyer des subventions automatiques par le biais d'acomptes du trésor à de nombreux organismes publics[33]. Ces subventions implicites n'étaient pas nécessairement comptabilisées dans les situations budgétaires du gouvernement central et, du reste, n'étaient pas considérées comme des dépenses – si elles l'avaient été, la gestion de la trésorerie aurait été impossible. La question des *correspondants* n'étant presque jamais prise en compte dès le début dans la planification de trésorerie, ceux-ci n'ont pas tardé à contribuer au déficit, et des erreurs et des omissions très graves furent alors commises.

Ce problème a été aggravé par l'attention prioritaire accordée à la *position nette du gouvernement* (PNG) dans les programmes du FMI. La concentration sur le financement bancaire dans les programmes du FMI résulte du désir de réduire le risque d'instabilité macroéconomique, et plus particulièrement un taux élevé d'inflation. En général, les données de la Banque centrale sont disponibles et permettent de déterminer l'origine d'une partie importante du financement bancaire. Les données des banques commerciales sont également disponibles, ces banques étant d'ailleurs habituellement peu nombreuses dans ces pays. Malgré leurs lacunes, les données sur le financement bancaire sont plus précises que les autres données du tableau budgétaire, ce qui en fait un moyen privilégié de suivi budgétaire. Dans les pays participant à un arrangement régional, comme l'UEMOA, les limites strictes concernant le recours à la Banque centrale sont un autre avantage car elles ne peuvent être contournées. En réalité, la Banque centrale peut saisir les fonds si la position du *Trésor* n'est pas satisfaisante[34]. Le fait de centrer l'attention sur le PNG peut, toutefois, avoir des effets délétères (comme le gonflement du financement non bancaire) et provoquer

beaucoup de débats quant à sa portée (surtout parce que la consolidation des comptes budgétaires et la consolidation des comptes non-budgétaires peuvent être différentes (voir section 6).

Le financement non bancaire est une importante variable du tableau budgétaire dans certains pays africains francophones. Ce financement comprend la contrepartie de certaines opérations du trésor dont il est difficile d'assurer le suivi et qui ont parfois acquis des proportions considérables, à tel point qu'elles ont été une cause d'instabilité financière[35]. Dans l'ensemble, le financement bancaire n'est qu'une des sources de financement et ne devrait pas trop retenir l'attention dans le système francophone.

Bien que manifestement indispensables, les remèdes utilisés pour résoudre les crises ont souvent eu pour effet d'aggraver la position de trésorerie du *trésor*. Les efforts visant à rétablir une certaine orthodoxie dans la gestion budgétaire grâce à des programmes d'ajustement ont entraîné la privatisation des *correspondants* les plus précieux du trésor, et à la déréglementation, surtout dans le secteur financier. Il en est résulté une baisse du nombre des entités publiques pouvant jouer un rôle à titre de *correspondants du trésor*. Ceux qui restent sont inactifs ou en difficulté financière[36]. Ainsi, les *correspondants* restants tendaient à contribuer aux besoins de financement, ce qui ne faisait qu'accroître les tensions au sein du *trésor*, sans qu'on puisse envisager des mesures de dilution dans le reste du secteur public. En outre, le *trésor* a généralement été obligé d'accorder un intérêt sur les dépôts des *correspondants* affichant des soldes créditeurs. Bien que cette phase de consolidation nécessaire est une conséquence immédiate d'erreurs passées, le fardeau qu'elle crée en matière de liquidités, ainsi que la faible capacité du *trésor* d'assurer le suivi des transactions financières et de comptabiliser celles-ci a provoqué l'apparition d'arriérés de paiement et continue d'affecter la situation financière générale de beaucoup de pays.

L'existence d'un *circuit du trésor* complique également les rapports entre le gouvernement central et les administrations locales, et de nouveaux arrangements financiers doivent être mis en œuvre avant de procéder à une plus grande décentralisation. Bien que presque tous les pays africains francophones soient très centralisés, les administrations locales ont toujours, malgré leur autonomie financière limitée, joué un certain rôle dans la vie politique de ces pays. Elles sont généralement des *correspondants du trésor* et, en principe, ne doivent jamais afficher un solde débiteur. Toutefois, cette règle a souvent été ignorée, de sorte que c'est surtout aux administrations locales (et notamment aux grandes villes) qu'incombe une part significative de la responsabilité du déficit des comptes spéciaux et des comptes de *correspondants*. L'évolution vers un contexte plus décentralisé a des

conséquences sur les organisations financières dont on a rarement tenu compte :

- La diminution progressive de la taille et du champ d'application du *circuit du trésor* pourrait être renversée si on demandait aux entités locales de gérer des ressources additionnelles et de les déposer dans leurs comptes respectifs de *correspondants*. Si on ne parvient pas à améliorer sensiblement la tenue de la comptabilité à l'échelon local, la décentralisation pourrait même aboutir à des déficits plus nombreux et à des pressions accrues sur les liquidités du *Trésor*.
- Une autonomie accrue et une gestion financière améliorée pourraient encourager les autorités locales, notamment les entités de grande taille, à déposer leurs fonds ailleurs. Une telle démarche pourrait donner lieu à une meilleure répartition des ressources mais elle nuirait à la surveillance exercée à l'échelon central dans des circonstances où le *trésor* doit faire des transferts importants aux entités locales affichant des soldes créditeurs. A court terme, l'équilibre budgétaire du gouvernement central pourrait s'en trouver sensiblement modifié.
- Dans le contexte de l'initiative PPTE, comme beaucoup d'administrations locales sont appelées à devenir des prestataires de services dans la lutte contre la pauvreté, l'incidence sur les équilibres du Trésor est incertain : d'une part, des exigences accrues concernant l'obligation de rendre compte pourraient renforcer l'autonomie financière des administrations locales mais, d'autre part, le besoin de retracer les dépenses afférentes à la lutte contre la pauvreté et la création de *fonds de lutte contre la pauvreté* et de comptes PPTE pourraient fort bien limiter cette autonomie.

5. Leçons concernant les programmes du FMI

Pour assurer le bon fonctionnement de systèmes aussi complexes que le *circuit du trésor* ou le processus des dépenses, il faut un personnel bien formé et un régime d'incitations appropriées. L'un ne va pas sans l'autre car les incitations ne sont utiles que si les employés sont vraiment tenus responsables et sanctionnés lorsque des erreurs sont commises. En France, si un agent manque à ses obligations, la loi prévoit des sanctions. En Afrique francophone, la loi n'est pas toujours appliquée : les employés (bien souvent avec l'aide de leurs superviseurs) trouvent des moyens de contourner les difficultés que soulèvent un manquement ou une erreur. Les assises du système ont été ainsi progressivement détruites, ce qui était sans doute inévitable compte tenu de la pénurie de personnel qualifié. Ces pratiques ont été appliquées de manière graduelle avec l'appui tacite des autorités, soucieuses d'éviter un effondrement total du système, et ont provoqué des abus qu'on aurait peine à sanctionner[37]. Et, pourtant, liées à un blocage de

l'acheminement des informations et à un dysfonctionnement du système, des erreurs peuvent entraîner des coûts énormes. En témoigne l'absence de tout équilibre financier dans beaucoup de pays africains francophones.

On peut dégager certaines leçons concernant le suivi des programmes.

Le suivi des opérations de trésorerie et l'accent mis sur le TOFE réduisent l'importance accordée à la comptabilité, ce qui a pour conséquence de saper le processus budgétaire.

- **Le suivi des arriérés** est évidemment essentiel, mais il doit s'appliquer à l'ensemble du processus budgétaire. Si tel n'est pas le cas, non seulement ce suivi présente-t-il une image fausse de la situation qui prévaut, mais il incite à créer d'autres types d'arriérés là où il n'y a pas de suivi (par exemple, les DENO).
- Le **calcul des soldes des comptes** par le *trésor* est une fonction essentielle. Si le *trésor* n'a pas à sa disposition les données concernant les soldes, il devrait réorganiser ses activités. Il pourrait s'avérer nécessaire en particulier de confier la préparation du TOFE à une unité indépendante (par exemple, à la Direction des prévisions ou à une autre unité responsable de vérifier la cohérence économique générale) tout en insistant en même temps sur la nécessité d'améliorer les données comptables et de les utiliser dans toute la mesure du possible[38].
- Même lorsqu'il faut assurer un suivi de la gestion de trésorerie, **le renforcement du contrôle des engagements** devrait demeurer une priorité, sans quoi il ne peut y avoir de bonne gestion des dépenses publiques.

Il conviendrait d'accorder plus d'importance au suivi de la mise en œuvre du budget et de la fonction d'audit. Plus précisément :

- les sources de financement devraient toujours être indiquées dans les documents budgétaires afin : *i)* de donner un aperçu plus complet de la situation ; *ii)* de sensibiliser les personnes concernées aux contraintes de financement lors de la présentation du budget ; et *iii)* de promouvoir la transparence en permettant la divulgation de données sur les effets qu'aurait un manque de financement.
- Il n'y a pas lieu d'exiger que la LdR soit présentée au Parlement (il s'agit parfois d'une mesure conditionnelle requise par les programmes du FMI) si le *compte de gestion* et le *compte administratif* ne sont pas inclus.

Le processus de mise en œuvre du budget devrait être considérablement simplifié car la multiplicité des contrôles administratifs favorise la poursuite de rentes économiques et sape les fondements d'un suivi

efficace. Les arrangements administratifs sont parfois de bonnes cibles pour la simplification :

- La **distinction entre l'*ordonnateur* et le *comptable*** ne devrait pas être considérée comme un élément essentiel du système puisqu'elle crée des chevauchements et des délais dans la comptabilisation. On pourrait, par exemple, accroître l'efficacité de l'administration des impôts et des douanes, en autorisant les comptables publics dans ces organisations d'enregistrer immédiatement les opérations.
- **On pourrait recourir à des processus de dépenses qui n'établissent pas de distinction entre phase administrative et phase comptable,** mais il conviendrait alors d'être prudent et d'exiger une bonne supervision (comme celle d'un régisseur par exemple). Toutefois, l'objectif devrait être alors d'atténuer les difficultés imputables aux distances et à la pénurie de personnel qualifié, tout en assurant une meilleure prestation des services publics (à l'échelon local par exemple), et non pas de donner aux cadres des outils pour contourner le processus des dépenses budgétaires.

Il conviendrait d'accorder la priorité à la tenue d'une comptabilité de l'État fiable. Dans le cadre d'un processus de dépenses simple et court, le rapprochement entre les diverses étapes administratives est plus aisé et devrait être considéré comme une pratique systématique de rigueur. Les fonctions financières d'audit devraient aider à répandre et à renforcer ces pratiques.

Les postes financiers non bancaires devraient faire l'objet d'un examen plus rigoureux en raison de leur importance dans les pays francophones et, en particulier, de leur rôle comme contrepartie aux mouvements de fonds des entreprises publiques et des *correspondants* (voir section 6). Il conviendrait de poursuivre les objectifs suivants :

- mieux comprendre la position financière sous-jacente des *correspondants du trésor* et des autres entités publiques; (pour y parvenir, il faudrait analyser les risques budgétaires associés en autorisant une publication complète des comptes. Ainsi, une portée limitée pour le TOFE n'est pas une bonne solution) ;
- limiter le *circuit du trésor* en supprimant (ou, à tout le moins, en réduisant) les exigences imposées aux déposants (auprès du *trésor*) et en augmentant l'autonomie des *correspondants* (et en les privatisant lorsque cela paraît souhaitable) ; et
- si possible, élargir la portée des rapports d'exécution du budget pour qu'ils visent les recettes et les dépenses des autres *correspondants*, lorsque cela paraît souhaitable en regard de leurs activités budgétaires et quasi budgétaires.

6. Le champ du TOFE

Le champ du TOFE (qui, en réalité, correspond au champ de la PNG) a fait l'objet de nombreux débats entre les autorités des pays africains francophones et le FMI. Le débat est souvent influencé par certaines fausses conceptions concernant les conséquences de définitions étroites ou larges. Sans doute devrait-il être axé uniquement sur l'ampleur des données budgétaires, mais il y a des difficultés de comptabilisation qui sont liées à des différences concernant la portée des postes budgétaires réguliers et des postes non budgétaires. Nous illustrerons ces différences et établirons des parallèles avec les opérations des comptes spéciaux correspondants.

7. Veuillez considérer les deux scénarios qui suivent :

- Scénario (I) : Un *correspondant* qui ne figure pas dans les comptes réguliers mais qui apparaît seulement dans le financement. Le *correspondan*t retire 10 unités de son compte au *trésor* pour payer une facture ;
- Scénario (II) : Un *correspondant* qui figure dans les comptes réguliers dans les « comptes spéciaux et les comptes correspondants nets ». Comme dans le scénario (I), le c*orrespondant* retire 10 unités de son compte au *trésor* pour payer une facture.

Tableau 1. **TOFE**

En unités de devises

	Montant de référence	Scénario (I)	Scénario (II)
Recettes	100	100	100
Dépenses	140	140	150
Retrait/correspondant	0	0	10
Déficit	40	40	50
Financement bancaire	40	50	50
Retrait/correspondant compte du Trésor	0	10	10
Financement non bancaire	0	–10	0
Erreurs et omissions	0	0	0

Source : OCDE.

8. Conséquences :

- Le scénario (I) ne provoque pas une hausse du déficit (parce que le correspondant n'est pas dans le champ des comptes budgétaires réguliers). Toutefois, il modifie la PNG et est contrebalancé par une baisse du financement non bancaire. Il s'agit là du cas le plus fréquent invoqué par les autorités pour soutenir que les entités devraient être expulsées du *champ du TOFE* ; elles font valoir que la PNG se dégrade sans qu'elles ne soient elles-mêmes directement concernées. Il convient de noter que la situation

opposée, où une entité reçoit des fonds et les dépose dans un compte, se traduirait en une amélioration de la PNG, et ce encore sans que les autorités ne soient directement concernées.

- Le scénario (II) provoque une hausse du déficit qui est compensée par une hausse du financement. Il n'influe pas sur le financement non bancaire car il s'agit d'un poste qui est déjà considéré comme un poste budgétaire régulier.
- Dans le scénario (I), la différence entre le champ des postes budgétaires réguliers et celui des postes non budgétaires n'a pas d'effet sur les erreurs et omissions (il s'agit d'un autre argument qui est maintes fois soulevé au cours des discussions). Elles demeurent inchangées.

Notes

1. Les auteurs tiennent à remercier tous leurs collègues des départements AFR et FAD qui leur ont fourni des commentaires très utiles. Ils remercient en particulier les participants au séminaire organisé par AFR sur ces questions. Ils tiennent en outre à remercier Ann Robertson pour son aide précieuse lors de la révision du texte.
2. Dans les pages qui suivent, et à des fins de simplification, l'expression pays africains francophones est utilisée pour désigner les pays francophones de l'Afrique subsaharienne.
3. Toutefois, le système français a fait l'objet d'importantes modifications, surtout au cours des 10 dernières années, et on observe actuellement une nouvelle tendance. En gros, ces modifications ont eu pour effet de réduire les particularismes du trésor français et de le rapprocher des systèmes des autres pays industrialisés. Cependant, en Afrique francophone, ces changements n'ont pas toujours été adoptés et, lorsqu'ils l'ont été, ils ont souvent été reportés à des dates indéterminées.
4. Pour en savoir davantage, le lecteur pourra consulter : Bloch-Lainé et de Voguë (1960) ; Magnet (1980 et 1998) ; et Jurgensen et Lebègue (1988).
5. Les principales directions sont la Direction de la prévision (prévision macroéconomique), la Direction du budget (préparation du budget, surveillance de l'exécution du budget et du réseau des contrôleurs financiers au sein des ministères d'exécution), la Direction du trésor (financement), la Direction générale de la Comptabilité publique (comptabilité et réseau du Trésor public), la Direction générale des impôts (assiette fiscale et perception des impôts), et la Direction générale des douanes.
6. Elle conseille également le gouvernement central dans son rôle à titre d'actionnaire des entreprises d'État, et s'occupe des relations financières internationales (grâce, en particulier, au Secrétariat du Club de Paris).
7. La majeure partie des impôts et taxes est maintenant perçue par la Direction générale des impôts (la plus importante administration financière devant les services extérieurs du Trésor puis les Douanes).
8. Voici un exemple, tiré d'un autre domaine : certains pays ont créé une Direction des assurances. Il s'agit en réalité d'une simple copie de ce qui est maintenant une

sous-direction de la Direction du Trésor en France, et dont le rôle dans les pays africains francophones est, comme on peut s'en douter, très limité.

9. Les expressions françaises comme « correspondants » sont également utilisés (dans la version anglaise) là où cela s'avère nécessaire.

10. Dans le système français, l'interprétation de ce cadre juridique est du ressort des tribunaux administratifs. La détermination de ce qui relève de l'administration et du pouvoir judiciaire a fait l'objet de nombreuses études. Pour une vue d'ensemble, voir Jean Rivero, *Droit administratif*, 1987, 12e éd., page 171.

11. Le fait que les fonctions des ordonnateurs ne puissent être assimilées à celles des comptables a été reconnu dans un décret de 1862 sur la comptabilité publique.

12. Dans le cas d'un ministère d'exécution, et pour chaque poste budgétaire correspondant à une opération d'investissement, les autorisations de programme (autorisations d'engagement pour une opération d'investissement exigeant des paiements sur plusieurs années) et les crédits de paiements (les paiements effectués pendant l'année) sont soumis au vote du Parlement et sont autorisés par le Parlement. Lorsqu'une décision de commencer des travaux est prise (elle doit correspondre à une opération précise), les autorisations correspondantes de programme sont engagées (sous le contrôle du contrôleur financier). Au cours de la même année, les crédits de paiement seront engagés, les ordres de paiement seront donnés, et les paiements seront effectués conformément aux autorisations de programme des années précédentes.

13. Le ministère d'exécution et le contrôleur financier tiennent chacun une comptabilité séparée et contradictoire des engagements et, à intervalle régulier, les deux comptabilités sont rapprochés.

14. Ces contrôles sont effectués par des agents relevant d'entités distinctes au sein du ministère des Finances : le plus souvent, les contrôleurs financiers relèvent de la Direction du budget, tandis que les comptables publics relèvent de la *Direction de la comptabilité publique*. En pratique, bien que la Direction de la comptabilité publique dispose du plus important réseau de comptables publics, il y a d'autres réseaux de comptables publics, notamment à la *Direction des impôts* et à la *Direction des douanes,* de même que dans le secteur de l'éducation (les *intendants* dans les écoles et les universités publiques), et dans le secteur paragouvernemental et jusqu'à une période récente (les receveurs de la poste).

15. Bien que les arriérés soient parfois étroitement définis comme les comptes fournisseurs de plus de 30 jours, cette définition exclut généralement d'autres types d'arriérés (par exemple, les DENO, qui ne sont pas comptabilisées comme des comptes fournisseurs). La notion d'arriérés est analysée de manière plus approfondie dans l'encadré 4. Dans le texte, nous utilisons le terme *arriéré* au sens large (il inclut les DENO et les autres formes d'arriérés).

16. Les pays africains anglophones ne respectent pas les obligations afférentes à la comptabilisation des engagements et ne sont donc pas en mesure de donner des indications immédiates concernant les arriérés. Quant aux pays africains francophones, leur système de gestion de dépenses permet, dans la mesure où les engagements sont comptabilisés, de déterminer les montants d'arriérés, ne serait-ce que partiellement.

17. Les rapports d'audit sur le passif interne des administrations centrales ont permis d'établir que les stocks d'arriérés correspondaient à plus de 10 % du PIB de certains pays francophones d'Afrique.

18. Il n'est pas certain que la phase engagement soit la phase appropriée pour suivre l'exécution du budget dans ce cadre.

19. Voir l'encadré 4 pour de plus amples informations sur les arriérés.

20. Pour une caisse spéciale, un ordre de paiement global est généralement donné, et une dépense effectuée sur cette base n'a pas besoin de justification supplémentaire.

21. Dans une procédure de régies d'avances, on effectue le paiement immédiatement et on régularise la dépense par la suite. La personne responsable de régie d'avances, le *régisseur,* doit rendre compte de ses opérations à l'ordonnateur et au comptable public au nom de qui il agit.

22. Le fait que de nombreux employés responsables de l'administration, de la gestion et de la comptabilité, qui connaissaient bien le fonctionnement du système de gestion des dépenses publiques, aient pris leur retraite pendant les années 70 et 80, a sans doute contribué à la dégradation des systèmes de trésor des pays africains francophones.

23. La taille des marchés financiers, beaucoup plus limitée qu'en France, ainsi que le nombre restreint d'instruments financiers, réduisent sensiblement la capacité des Trésors de jouer un rôle semblable à celui de la *Direction du Trésor* en France. En outre, par rapport à la France, le *trésor* n'a généralement pas la capacité d'émettre des bons de trésor (un rôle qui relevait jusqu'à présent de la Banque centrale) ou de mobiliser des fonds extérieurs (un département de l'aide et de la dette au ministère des Finances est parfois responsable de cette tâche).

24. La *juridiction financière* est exercée par la Cour des comptes à l'échelon central, et par les *chambres régionales des comptes* à l'échelon local. La Cour et les chambres ont juridiction sur tous les comptables, qu'ils soient *comptables publics* ou *comptables de fait*. Les *ordonnateurs*, dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs fonctions normales, sont également assujettis à la Cour de discipline budgétaire et financière, qui juge de leur gestion s'il y a lieu. La juridiction de cette Cour est toutefois limitée puisque les ministres et les administrations locales n'y sont pas assujettis.

25. En France, une société de caution mutuelle offre une garantie à État contre l'insolvabilité des comptables publics lorsque ceux-ci sont *mis en débet*. Le comptable public peut souscrire une assurance.

26. En France, une société de caution mutuelle offre une garantie à État contre l'insolvabilité des comptables publics lorsque ceux-ci sont *mis en débet*. Le comptable public peut souscrire une assurance.

27. L'article 118 du Décret de 1962 portant règlement général de la comptabilité publique, définit clairement l'existence des entités qui, à titre obligatoire ou facultatif, déposent leurs fonds au *trésor*. L'article stipule que les *correspondants* sont des « entités publiques ou privées qui, aux termes de la loi ou d'ententes particulières, sont tenues de déposer une partie ou la totalité de leurs liquidités au *trésor* », et qui sont autorisées à faire exécuter leurs opérations financières par des comptables publics du *trésor*. La liste inclut notamment les CCP (banque postale), la CEP (banque d'épargne), la Caisse des Dépôts et Consignations (une institution financière qui joue un rôle fondamental dans l'économie et dans le secteur public), la CNSS (Sécurité sociale), les administrations locales, les organismes publics, les universités, les écoles secondaires publiques et les hôpitaux.

28. C'est ce qui explique que l'on ait eu recours au mot *trésor* en France. On y recevait des dépôts importants, ce qui facilitait considérablement la gestion de la

trésorerie. Nous verrons plus tard que, bien qu'il pût être utile, cet arrangement pouvait être mal utilisé dans beaucoup de pays ayant adopté le système français.

29. En fait, dans le passé, les banques privées préféraient ne pas gérer les comptes des fonctionnaires parce qu'ils ne gagnaient pas suffisamment d'argent pour que le jeu en vaille la chandelle. C'est pourquoi l'État offrit aux agents de État la possibilité de déposer leur salaire sur un compte de fonds particuliers auprès du Trésor. Le virement était alors effectué plus rapidement que celui concernant les banques privées, un avantage que bon nombre de fonctionnaires appréciaient.

30. Bien que le stock ait toujours été important, la capacité de combler des besoins supplémentaires de financement dépend, en réalité, de la capacité des *correspondants du trésor* d'augmenter leur stock de dépôts. Au cours des années 60 et 70, la contribution du circuit au financement a été accrue en raison du taux élevé d'inflation de l'époque.

31. En période de crise économique occasionnée par un problème d'instabilité macroéconomique ou d'endettement (accompagné d'une dépréciation de la devise), le besoin de mobiliser toutes les ressources disponibles est accru. Toutefois, en pareil cas, les agents économiques sont susceptibles de retirer une partie de leurs dépôts des banques postales ou des caisses d'épargne pour compenser les pertes de salaire (dans le cas où il y a chômage), ou de transférer leur capital vers des pays et des devises offrant une plus grande sécurité. Comme un tel transfert échappe au contrôle du gouvernement, l'envergure du *circuit du trésor* crée un risque supplémentaire et complique davantage la gestion de trésorerie. Lorsqu'il est question d'un compte du Trésor unique dont l'envergure se limite au gouvernement central, comme cela est généralement le cas dans les pays anglophones, ces risques n'existent pas car les dépôts ne dépendent pas du comportement économique d'entités publiques autonomes ou privées et de particuliers.

32. Le même problème existe dans le contexte de l'initiative PPTE.

33. Les entreprises publiques du secteur pétrolier, les CAA et les banques postales étaient, par le truchement de leurs comptes auprès du Trésor, à l'origine de la plupart des éléments inscrits au passif éventuel. Les entreprises publiques qui continuent d'exercer des activités dans certains pays traînent parfois une part importante des ressources du gouvernement central. Il arrive souvent que ce soit l'entité pétrolière qui pèse lourdement dans le passif du Trésor.

34. Cela n'est vrai qu'en partie. A vrai dire, pareille situation a parfois conduit les *trésors* à intensifier leurs liens avec les banques commerciales, et aussi à adopter des pratiques contraires aux règles de bonne gestion (par exemple, encaisser seulement les paiements d'impôts en espèces ou dans certaines banques commerciales ayant des liens privilégiés avec le trésor ou par CPP).

35. On trouve souvent dans les tableaux budgétaires une ligne révélatrice portant sur « le financement non bancaire et erreurs et omissions » (voir section 6).

36. Par exemple, les CAA ont été dissoutes ou leurs activités ont été sensiblement réduites dans de nombreux pays africains. Ce qui reste est généralement un stock de dette et une capacité limitée d'en assurer efficacement le service.

37. S'il en est ainsi, c'est que toute l'administration a progressivement eu recours aux méthodes expéditives. Du point de vue de la théorie des jeux, la situation est telle qu'il est dans l'intérêt et de l'agent (le fonctionnaire) et du mandant (le gouvernement) de contourner le système : le premier à cause du risque de

sanction, le second à cause du besoin de recueillir des données et d'assurer le fonctionnement du système.

38. On se méprend parfois en tenant pour acquis que le TOFE est un outil de comptabilité. Il s'agit plutôt d'un outil destiné à assurer le suivi de la mise en œuvre budget. Même lorsque le *trésor* est en mesure de calculer les lignes du TOFE en utilisant le solde des comptes, il peut être préférable de confier la responsabilité de rassembler les données finales (y compris celles préparées hors du circuit du trésor) à une unité dont les fonctions sont axées sur le développement et les politiques économiques.

Bibliographie

Bloch Lainé, F et P. de Voguë (1960),
Le Trésor public et le mouvement général des fonds, PUF.

Cabannes, X. (2000),
Le principe de l'unité de trésorerie en droit public financier, LGDJ.

Jurgensen, P. et D. Lebègue (1988),
Le Trésor et la politique financière, Montchrestien.

Magnet, J. (1998),
Éléments de comptabilité publique, LGDJ.

Magnet, J. (1980),
Droit budgétaire et comptabilité publique, PUF.

Paysant, A. (1992),
Finances publiques, Masson.

Rivero, J. (1987),
Droit administratif, PUF.

Potter, B. et Jack Diamond (1999),
Guidelines for Public Expenditure Management, FMI.

Toulouse, J.B., J.F. de Leusse, Y. Rolland et X. Pillot (1987),
« Finances publiques et politiques publiques », *Economica*.

Bouvier, M., M.C. Esclassan, J.P. Lassale (1995),
Finances publiques, LGDJ.

Revue française de finances publiques (2000),
« La corruption », mars, LGDJ.

Ministère de l'Économie et des Finances (1996),
Le budget de l'État français, Les Éditions de Bercy.

Glossaire

Autorisations de programme

Autorisation d'engagement pour une opération d'investissement pouvant entraîner des paiements pendant plusieurs années.

Circuit du trésor

Centralisation des fonds au sein du *trésor* résultant de l'obligation faite à certaines entités financières associées au secteur public ou qui en font partie de déposer une partie ou la totalité de leurs fonds au *trésor*.

Comptable de fait

Voir *gestion de fait*.

Comptes administratifs

Comptes tenus par l'*ordonnateur* et le contrôleur financier concernant l'utilisation de crédits budgétaires.

Comptes de gestion

Comptes tenus par les comptables et portant sur l'utilisation de fonds (paiements) et sur d'autres opérations financières sans incidence sur le budget.

Contrôleur financier

Contrôleur financier qui vérifie la régularité de l'engagement des dépenses effectué par l'ordonnateur ou le gestionnaire de crédits et qui vise les ordonnancements en conformité avec l'engagement et qui tient la comptabilité des engagements.

Correspondants du trésor

Entités du secteur public ou privées qui à titre obligatoire ou facultatif déposent leurs fonds au trésor.

Comptable

Comptable public qui contrôle la régularité des opérations effectuées par l'*ordonnateur* et qui gère les fonds sans être autorisé à prendre des décisions concernant leur utilisation.

Crédits de paiements

Paiements effectués pendant l'année dans le cadre des *autorisations de programme*.

DENO (dépenses engagées non ordonnancées)

Dépenses qui ont été engagées mais qui n'ont pas encore été ordonnancées.

Dépenses obligatoires

Dépenses que l'État est obligé de couvrir, par exemple le service de la dette.

Direction des ordonnancements

Une direction particulière au sein du ministère des Finances qui s'occupe du système centralisé des ordonnancements.

Engagement

Phase initiale du processus des dépenses où l'*ordonnateur* engage l'État en prenant une mesure juridique qui imposera à l'État une obligation financière future.

Gestionnaire de crédit

Un administrateur de crédits qui participe à l'exécution du budget mais qui n'a pas le pouvoir d'émettre des ordonnancements.

Gestion de fait

Gestion effectuée par une personne (*comptable de fait*) qui gère des fonds publics sans être comptable public.

Liquidation (ou vérification)

Phase du processus de dépenses où un *gestionnaire de crédit* (souvent un *ordonnateur*) vérifie la validité de l'obligation contractée et détermine le montant qui doit être acquitté.

Loi de règlement

Une loi budgétaire qui constate l'exécution d'un exercice budgétaire donné et, s'il y a lieu, ouvre les crédits nécessaires pour régulariser les dépassements constatés et annule les crédits n'ayant été ni consommés ni reportés.

Mise en débet

Arrêté ou jugement ministériel qui sanctionne la responsabilité financière du comptable et l'oblige à rembourser un montant.

Ordonnancement (ou mandatement)

Ordre donné par l'*ordonnateur* au comptable public d'effectuer le paiement d'une somme due. Les mandatements sont prescrits par des sous-*ordonnateurs*.

Ordonnateur

Administrateur de crédits ayant le pouvoir de prescrire des ordonnancements.

Paiement

Étape finale du processus de dépenses où le comptable public effectue le paiement.

Recouvrement

L'action de percevoir les recettes gouvernementales au nom des pouvoirs publics.

Receveur des impôts et des douanes

Comptable public ayant la responsabilité de percevoir les impôts et les droits de douanes au sein d'une administration.

Intendants

Comptables publics dans l'enseignement public (école publique ou université d'État).

Régies d'avances

Correspond généralement aux procédures de gestion des menues dépenses, mais peut aussi concerner des montants importants gérés et décaissés selon les mêmes procédures.

Régisseur

Celui qui gère les *régies d'avances*.

TOFE (Tableau des opérations financières de l'État)

Situation financière présentant un sommaire des opérations financières courantes qui sont liées à l'exécution du budget. Le TOFE peut être établi sur une base d'autorisations d'engagement, d'ordonnancements ou de décaissements.

Trésor

Entité ou fonctions associées au réseau des comptables publics et à la gestion des fonds.

ISSN 1608-7151
Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire – Vol. 2, n° 4
© OECD 2003

Privatisation, intérêt public et service privé : la culture de l'externalisation du vingtième siècle et la loi évolutive de la souveraineté diffuse

par
Daniel Guttman[1, 2]

1. Publié dans l'*Administrative Law Review*, vol. 52, n° 3, été 2000. Première parution par la section *Administrative Law and Regulatory Practice*, *American Bar Association*. Copyright © 2000 American Bar Association. Traduit et distribué par l'OCDE avec autorisation. Traduction copyright 2003 American Bar Association.
2. Daniel Guttman est membre du Washington Center for Study of American Government, Johns Hopkins University et membre de la National Academy of Public Administration des États-Unis.

Introduction et résumé

L'ouvrage fondateur de la Nouvelle gestion publique, paru en 1992 sous le titre « *Reinventing Government* » (« Réinventer l'État »), qui a inspiré l'initiative Clinton-Gore du même nom, a identifié 36 solutions de remplacement au « service public standard ». Étonnamment, les auteurs écrivent dans cet ouvrage que le gouvernement fédéral recourt déjà à un grand nombre de ces solutions de remplacement[1]. De la même manière, les outils de base identifiés par la Commission Reagan sur la Privatisation – bons donnant accès à un service public (« *vouchers* »), vente de biens publics et externalisation – ne sont pas nouveaux[2].

Que l'on parle de « privatisation », de « réinvention », ou d'« externalisation », la dernière décennie a été marquée par un consensus des Républicains et des Démocrates sur la nécessité de réformer et de réduire le « *Big Government* », c'est-à-dire l'État tout-puissant. Toutefois, on sait peu que les différents moyens suggérés pour soigner les maux d'aujourd'hui sont employés depuis longtemps. En effet, l'encre de l'*Administrative Procedure Act* (Loi sur la procédure administrative) était à peine sèche que des réformateurs s'attelaient à une réforme de fond de la structure de l'administration publique fédérale. Cet article, qui mettra essentiellement l'accent sur le recours du gouvernement fédéral à des entrepreneurs privés pour accomplir les tâches de base de l'État, examinera les réformes fondamentales, voire constitutionnelles, envisagées par les réformateurs, les nouvelles règles et les nouveaux processus réglementaires qui émergent actuellement, et les questions posées par ces règles et processus.

L'article commence par retracer brièvement l'historique de l'« externalisation » d'un grand nombre des tâches du gouvernement fédéral depuis la Seconde Guerre mondiale – y compris le contexte passé et présent des développements qui constituent le cœur du présent article.

La 2e partie démontre que le phénomène de croissance de l'externalisation des fonctions de l'État est bien le produit d'une intention, et non celui du hasard. A l'aube de la guerre froide, les réformateurs de l'époque ont estimé que l'exploitation des ressources de l'entreprise privée au service de l'intérêt public servirait deux buts complémentaires. En premier lieu, le secteur privé fournirait à la fois une expertise technique et un puissant appui politique afin de soutenir l'engagement fédéral accru dans le domaine de la défense nationale et des missions d'assistance sociale. En second lieu, la

bureaucratie privée compenserait l'immobilisme et les lourdeurs de la bureaucratie publique et éloignerait le spectre d'un État centralisé tout-puissant, le *Big Government*. Les fonctionnaires, consultants et universitaires, qui ont participé à la genèse de ces réformes ont eu conscience des implications profondes, voire constitutionnelles, de celles-ci, et ont élaboré leurs théories réformistes avec un soin minutieux.

La 3e partie évoque la ratification bipartisane de la théorie des réformateurs. Le postulat de base a été traduit dans les faits en plafonnant le nombre de fonctionnaires ; dès lors, au fur et à mesure de la croissance des programmes et budgets du *Big Government*, le surcroît de travail a nécessairement dû être sous-traité à des entreprises privées. Toutefois, les deux partis s'accordaient tacitement à considérer que les questions philosophiques et constitutionnelles soulevées par la réforme ne devaient pas être abordées ouvertement et publiquement. Cet accord se reflète dans les organigrammes officiels, annuaires téléphoniques, documents budgétaires et déclarations officielles périodiques sur la taille du personnel « fédéral » – dont tous inciteraient les citoyens à penser que le *Big Government* se limite essentiellement à ce que nous appelons les « fonctionnaires ».

La 4e partie examine les règles qui régissent le nouveau personnel privé, et les compare avec les règles qui régissent le personnel fonctionnaire. J'examine les règles par défaut qui s'appliquaient à l'origine. Ces règles par défaut étaient essentiellement les suivantes : *i*) la proclamation que seuls des « fonctionnaires » peuvent exercer des fonctions gouvernementales ; et *ii*) la réglementation des agents qui exercent les fonctions gouvernementales de base – fonctionnaires et tiers – par deux jeux de règles différentes, celles régissant les employés et celles régissant les « approvisionnements » (ou l'octroi de subventions). La décision d'externaliser est intervenue de concert avec la proclamation officielle qu'il existe des « fonctions publiques par inhérence » qui ne peuvent être accomplies que par des fonctionnaires. En d'autres termes, les tâches fondamentales de l'État continueraient d'être exercées par des fonctionnaires, tandis que des acteurs privés assureraient les tâches qui ne sont pas réservées à l'État (ou assisteraient simplement les décideurs). Ce principe – obscur en soi – est de plus en plus devenu une fiction (ou une feuille de vigne) en raison du plafonnement des effectifs de fonctionnaires autorisés.

Ainsi, en pratique, deux jeux de réglementations différentes sont venus régir ceux qui accomplissent les fonctions de base de l'État. Les règles créées pour protéger les Américains contre les abus de la bureaucratie des fonctionnaires – y compris les règles relatives aux conflits d'intérêts, à la transparence et au plafonnement des traitements – sont essentiellement inapplicables à ceux qui effectuent les mêmes travaux en tant qu'entrepreneurs privés.

Dans la 5e partie, cet article évoque la manière dont les règles régissant le personnel privé sont modifiées et évoluent – c'est-à-dire, essentiellement, le nouveau processus réglementaire et les nouvelles règles régissant le personnel sous-traitant (lorsqu'il accomplit des fonctions de l'État). Comme l'expliqueront plusieurs études de cas, les aspects saillants de ce processus sont notamment les suivants :

1. A défaut de susciter une attention soutenue de la part du Congrès et de l'exécutif, les règles régissant les tiers sous-traitants sont élaborées sur une base *ad hoc ;* ce sont les tiers eux-mêmes qui sont le moteur du processus de réglementation.
2. Les règles n'empêchent pas les acteurs privés d'accomplir des fonctions de l'État, mais obligent ceux qui les accomplissent à suivre des règles sélectionnées d'une nature qui impose des contraintes similaires aux fonctionnaires, placés dans des cadres similaires.
3. Les nouvelles règles reflètent les intérêts des tiers qui les demandent, mais pas nécessairement l'intérêt du grand public. Rien ne garantit que l'intérêt public sera représenté.
4. Le recours à des tiers recèle inévitablement une tension : la décision de privatiser est potentiellement en conflit avec elle-même (ou peut-être auto-correctrice) En premier lieu, bien que l'appel à des entreprises privées se justifie par la nécessité d'éviter l'immobilisme et les lourdeurs de la bureaucratie publique, ces entreprises sont en elles-mêmes un nouveau groupe ou corps d'intérêts qui exige ses propres règles de procédure et de règlement des différends. En second lieu, alors que les entreprises privées sont employées car elles passent pour avoir une supériorité qualitative sur les fonctionnaires (par ex., les institutions publiques sont lourdes, tandis que les institutions privées font preuve d'esprit d'entreprise), les règles qui assujettissent les entreprises privées à une responsabilité en termes d'intérêt public peuvent altérer les qualités qui font d'elles le meilleur choix.

La 6e partie examine les occasions dans lesquelles la Cour Suprême s'est penchée sur les règles régissant le personnel sous-traitant. En raison de la carence de l'exécutif et du Congrès, la jurisprudence de la Cour est intervenue en l'absence de définition, même minimale, d'un cadre plus large, à l'aune duquel pourrait être testée la logique de ses analyses au cas par cas. Compte tenu de l'absence d'une description complète des cas de figure envisageables, l'affirmation officielle du principe de l'existence de « fonctions publiques par inhérence » pourrait créer une présomption injustifiée de régularité qui empêcherait la Cour d'explorer comme il se doit l'utilisation des concepts traditionnels relatifs au clivage « public/privé » – tels la non-délégation, les entités émanations de l'État, les activités d'intérêt public et le droit des

contrats lui-même – pour reconnaître la responsabilité des sous-traitants de l'État.

L'article conclut en replaçant la théorie et la pratique de l'externalisation des fonctions de l'État dans le contexte plus large de la « souveraineté diffuse ».

1. L'externalisation des fonctions de l'État : bref historique de la réforme du milieu du XX^{e} siècle et de son contexte

A l'heure actuelle, le gouvernement fédéral s'appuie fondamentalement sur des subventions, des marchés, des contrats de coopération et d'autres accords formels de transfert de l'argent public, directement ou par le biais de programmes publics, au profit d'institutions non fédérales qui l'aident à s'acquitter des fonctions de base du gouvernement. Une étude réalisée en 1999 révèle que le nombre d'employés fédéraux (fonctionnaires et personnels politiques) s'élevait à 1.9 million, tandis que le nombre d'employés dans le cadre du système de subventions et de marchés fédéraux avoisinait les 8 millions[3].

Le réseau actuel de subventions et marchés fédéraux et les relations qui en découlent s'inspirent d'un modèle élaboré au début du XX^{e} siècle, lorsque des bailleurs de fonds privés ont créé des institutions de recherche privées afin de servir de leviers à la réforme du gouvernement américain. Ce modèle a été repris pour soutenir les efforts de recherche et de développement pendant la Seconde Guerre mondiale, le financement étant majoritairement assuré, pour la première fois, par les contribuables. Le succès des relations nouées pendant la guerre entre le gouvernement, l'industrie et l'université a conduit à décider de les pérenniser dans l'Amérique de l'après-guerre, en accordant certaines subventions ou certains marchés aux employés gouvernementaux démobilisés. Le réseau de l'après-guerre a lui-même généré de nouvelles institutions : les « organismes indépendants non lucratifs », employés par le gouvernement, mais régis eux-mêmes par des représentants de l'adjudicataire du marché ou du bénéficiaire des subventions[4].

La sous-traitance par les autorités militaires de la recherche, du développement et de la production d'armes après la guerre, n'obéissait pas à une obligation légale ; bien au contraire, l'armée avait une longue tradition d'arsenaux « maison »[5]. Dès leur naissance suscitée par la guerre froide, l'*Atomic Energy Commission* et la *National Aeronautics and Space Administration*, agences « civiles » de la guerre froide, ont réalisé l'essentiel de leurs travaux en faisant appel à des sous-traitants chargés de fonctions de « management » ou de « soutien »[6].

La sous-traitance de programmes militaires, atomiques et spatiaux, n'était guère un secret. La question de savoir si ces partenariats public/privé

étaient une aubaine, une supercherie ou un danger, a fait l'objet de débats publics. La croissance de bureaucraties extérieures, comme autant d'appendices des nouvelles agences « civiles » (par ex. l'*Office of Economic Opportunity*, le *Department of Housing and Urban Development*, et l'*Environmental Protection Agency*) a été moins visible, mais non moins exorable. Sous la pression des limites bipartisanes imposées au nombre de fonctionnaires (« plafonnement du personnel »), les dirigeants de nouvelles agences ou de nouveaux programmes n'ont eu d'autre recours que de faire appel à des tiers pour accomplir les fonctions de l'État.

La fin de la guerre froide et l'inquiétude générale suscitée par la croissance du *Big Government* ont provoqué un virage à 180 degrés. Des activités – y compris l'exploitation de sites d'armement nucléaire appartenant à l'État – qui étaient sous-traitées de longue date, ont été lancées sur la voie de la « privatisation ».

1.1. *Le modèle hérité de l'ère progressive*

Le modèle qui a inspiré l'explosion de l'économie de subventions et de marchés publics au milieu du siècle trouve son origine dans les relations établies pendant les premières décennies du XX^{e} siècle, et dans la philosophie sous-jacente aux accords qui les organisaient.

La genèse de la *Brookings Institution*, qui est actuellement le « *think tank* » le plus vénérable de Washington, illustre la manière dont des acteurs privés en sont venus à ne plus seulement servir de conseillers, mais à jouer un rôle actif dans la réforme des bureaucraties publiques. En 1910, le Président Taft a appelé des réformateurs civils de l'ère progressive à travailler au sein d'une Commission sur « l'efficience et l'économie au sein de l'État »[7]. En 1916, des partisans des recommandations de la commission ont créé l'*Institute for Government Research* (IGR) afin de promouvoir les réformes de la commission et de poursuivre « des recherches scientifiques afin d'en transposer les résultats dans la théorie et la pratique de l'administration publique »[8]. Les travaux de l'IGR ont conduit à l'adoption du *Budget and Accounting Act* (Loi sur le budget et la comptabilité publique) de 1921, qui a créé le *General Accounting Office* (Office général de la comptabilité publique), branche exécutive des services du budget et instrument qui a permis au Congrès et à l'exécutif de gérer la croissance du gouvernement fédéral au XX^{e} siècle. En 1926, l'IGR a fusionné avec l'*Institute for Economics* et la *Robert Brookings Graduate School* pour former la *Brookings Institution*[9].

Lors de l'adoption de la Loi de 1921, le Président Harding a fait appel à l'IGR pour préparer le premier budget fédéral. Les archives historiques de Brookings en témoignent :

> *Le personnel de l'Institut réalisait alors les études détaillées nécessaires pour mettre le budget sur pied. Lorsque Charles G. Dawes est venu à Washington en qualité de premier Directeur du budget, il s'est d'abord installé à l'IGR, dont il a demandé l'aide du personnel pour déterminer la forme du budget… et régler les nombreuses questions techniques impliquées dans l'inauguration du nouveau système. [Le directeur de l'IGR] Willoughby a prêté à Dawes une équipe de techniciens de l'IGR dirigée par Henry Seidemann. Dawes devait confier plus tard que leurs efforts avaient été déterminants pour définir la forme intégrale du nouveau budget*[10]*… Seidemann a été largement responsable de la présentation du budget en 1921 et de nouveau en 1922*[11].

En l'occurrence, il apparaît donc que la responsabilité publique a été, en fait, déléguée à une institution privée et à ses experts. Qui plus est, cette délégation semble avoir été une décision toute naturelle, et non pas une démarche exigeant de réfléchir sur le rôle convenable des acteurs privés dans l'exercice de la responsabilité et de l'autorité publiques.

La Première Guerre mondiale a encore cristallisé les relations entre le gouvernement et l'expertise privée. Robert Brookings en personne a présidé la commission de « fixation des prix » du *War Industries Board* (Comité des industries de guerre). L'économiste Wesley Mitchell s'est installé à Washington pour diriger la « section prix » du comité. Mitchell a sollicité l'autorisation officielle de créer un bureau qui serait chargé de collecter des données après la guerre. Ne l'ayant pas obtenue, il a pu lever des fonds privés pour créer le *National Bureau of Economic Research* (NBER)[12].

Le NBER a rejoint Brookings dans le cadre de la relation triangulaire entre dollars privés, conseils privés et action publique. Le NBER a fourni le cadre qui a servi à mesurer la croissance de l'économie nationale, et collaboré avec les fonctionnaires du *Department of Treasury* (ministère des Finances) pour mettre en place des systèmes comptables et des indicateurs de performance. Le secrétaire d'État au Commerce Herbert Hoover a chargé Mitchell de diriger des études sur le chômage. Le gouvernement a donné son imprimatur aux études, mais la facture a été payée par la Fondation Carnegie. Le Président Hoover a confié à des experts en sciences sociales la mission d'évaluer le progrès américain. Mitchell a présidé une étude des tendances sociales récentes, qui a été administrée par le *Social Science Research Council* (autre organisme à but non lucratif) et financée par la Fondation Rockefeller. Le Président Roosevelt a par ailleurs demandé au *Social Science Research Council* de coordonner son Comité sur la gestion publique (*Committee on Administrative Management*). Les travaux

du Comité se sont traduits par la décision de Roosevelt de créer l'*Executive Office* du Président en 1939[13].

En résumé, les premières décennies du XX^{e} siècle ont vu la création d'un réseau de relations et d'accords personnels et institutionnels qui a servi de socle aux développements du milieu du siècle.

1.2. La Seconde Guerre mondiale : financement gouvernemental du secteur public/privé

Le *Manhattan Engineer District* (Le Projet Manhattan), créé au sein de l'armée en 1942 pour fabriquer la bombe atomique, a conduit les universités et les entreprises industrielles de la nation à participer à un service public ultra-secret[14]. Sous la direction du général Leslie Groves, des sociétés industrielles comme Dupont ont été appelées à gérer des villes atomiques secrètes nouvellement créées, dans les états de Washington, du Tennessee, et du Nouveau-Mexique. Des chercheurs de Berkeley, Chicago, Harvard, Rochester et autres campus, sont entrés en masse au service du gouvernement, tandis que d'autres sont restés sur leur campus pour travailler sous contrat ou subvention du gouvernement[15].

Le Président Roosevelt a créé l'*Office of Scientific Research and Development* (OSRD) afin de superviser la recherche militaire. Sous la direction de Vannevar Bush du MIT et de James Conant de Harvard[16], l'OSRD allait sous-traiter la plupart de ses programmes à des universités, réduisant d'autant l'importance reconnue aux laboratoires fédéraux… Le sous-traitant était responsable des résultats et délais, mais conservait une certaine indépendance le faisant échapper à la supervision publique. Comptant sur le patriotisme des citoyens privés… et sur l'ardent désir des universités de recevoir des subventions fédérales qui leur avaient longtemps été refusées, Bush a instauré la pratique d'une R-D financée par l'État mais exécutée par le privé. En l'espace de quelques mois, les modèles qui avaient caractérisé la recherche américaine depuis toujours avaient volé en éclats[17].

Il était peu probable que les chercheurs afflués en masse dans le secteur public pendant la guerre resteraient au sein du gouvernement ou de l'armée[18]. La question était de savoir si ces relations intensifiées se poursuivraient par voie de subventions et de contrats. Bush a pris les devants en assurant que l'après-guerre se construirait sur les relations nouées pendant la guerre, mais en ajoutant que les personnes à consulter travaillaient déjà en étroite collaboration. Comme Bush l'a rappelé, lorsque le Président Roosevelt a lancé une consultation sur la science de l'après-guerre :

> *Il a rapidement été possible de réunir des comités sur différents aspects du problème, car les hommes qui pouvaient apporter leur contribution travaillaient déjà ensemble. Il n'a pas fallu cinq ans pour parvenir à des conclusions, comme*

cela est parfois le cas pour ce genre de questions ; il n'a fallu que quelques mois, car il régnait un consensus extraordinaire entre les intéressés. Le résultat a été [un rapport] intitulé « Science the Endless Frontier ». *Il appelait de ses vœux un puissant soutien fédéral de l'effort scientifique sur la scène d'après-guerre*[19].

Néanmoins, certaines inquiétudes persistaient à propos du risque que des dollars publics viennent polluer des institutions privées :

Frank Jewett [Président de Bell Telephone Labs avant la Guerre], qui est pourtant le meilleur ami qu'on puisse rêver, a certainement pensé que j'étais devenu fou. Il était certain que nous demandions au gouvernement fédéral de contrôler les collèges et universités, ainsi que l'industrie en l'occurrence, que nous ouvrions ainsi la voie à une certaine forme d'État socialiste, et que l'indépendance qui avait toujours fait la force de ce pays était mise en danger[20].

1.3. De nouvelles institutions et leurs techniques de gestion : des institutions non lucratives créées par l'État/l'industrie

Physiciens et mathématiciens ont été les vedettes du Projet Manhattan, et, contrecoup de Hiroshima, la crainte s'est répandue que le système politique ne puisse pas contrôler ces génies capables de détruire le monde[21]. Mais le Projet Manhattan, et d'autres efforts similaires biens que moins célèbres, ont démontré que le savoir-faire américain en matière de management – la capacité à réunir et mettre en réseau plusieurs organisations pour réaliser des projets dont les buts n'avaient jamais été connus et dont les moyens devaient encore être conçus, et y parvenir en secret et dans un temps très court – était à sa manière stupéfiant. Après la guerre, les agences militaires et leurs partenaires industriels ont créé ensemble une nouvelle race d'institutions – les « indépendantes non lucratives » – qui ont incarné et symbolisé la capacité à planifier et gérer des projets à cette échelle jusqu'à présent non imaginée.

La Rand Corporation – archétype du « *think tank* » – a servi de modèle à cette nouvelle race d'institutions. Le Projet Rand était un marché passé par l'US Air Force à la *Douglas Aircraft Corporation* pour réaliser des travaux après-guerre sur les fusées allemandes. Les travaux devaient être effectués par des ingénieurs ayant travaillé pendant la guerre à l'OSRD[22]. Les sponsors de Rand à l'US Air Force entendaient, et même espéraient, que Rand serait un outil qu'ils pourraient employer pour propulser les bureaucraties militaires dans l'âge de la conquête spatiale, et conférer à l'US Air Force un rôle indépendant au sein de ces bureaucraties. A la fin de la guerre, l'US Air Force n'était encore qu'un corps de l'armée parmi d'autres, et ses leaders – notamment les généraux « Hap » Arnold et Curtis LeMay – percevaient que des « navettes spatiales » et autres technologies à la « Buck Rogers » étaient essentielles à la défense nationale et seraient capitales pour que l'US Air Force conquière son

indépendance. La bureaucratie de l'US Air Force a mis dos à dos les plans LeMay et Arnold pour le marché Rand. Bruce Smith, biographe de Rand, raconte :

> *Le projet Douglas suscitait une forte opposition… L'opposition la plus vive venait de la délégation des fonctionnaires préposés aux approvisionnements de Wright Field. Ils ont objecté qu'on leur proposait en réalité une assistance civile à la planification militaire… La délégation Wright Field a proposé, à la place, un programme étroitement contrôlé qui dicterait au sous-traitant ce qu'il devait faire et le préciserait dans le moindre détail [un programme de recherche]*[23]…

Fort heureusement pour l'avenir du Projet Rand, le général LeMay a exercé les prérogatives de sa fonction et écarté ces objections. Il a souligné que le projet n'avait pas pour objet de définir un cahier des charges et de dire au sous-traitant ce qu'il devait faire. Il a ajouté que le sous-traitant devait au contraire entamer un vaste programme de recherche qui pourrait servir, lui, à définir le futur cahier des charges des autorités militaires.

Rand n'a pas seulement été une entreprise technique, mais un outil de la politique de la bureaucratie, ou, aux yeux de ses promoteurs, de la réforme bureaucratique. Avec l'aide de la famille Ford, qui a alors transformé un petit trust de famille pour en faire la grande Fondation Ford, l'équipe contractuelle de Rand a quitté Douglas et créé une société « indépendante non lucrative »[24]. En tant qu'organisme indépendant à but non lucratif, Rand se situait à la jonction entre la bureaucratie publique du ministère de la Défense et ses partenaires privés[25]. Le Président du Conseil de direction de Rand a déclaré que le Congrès était composé « à un tiers de représentants de l'industrie, à un tiers de représentants des milieux universitaires, et à un tiers de représentants d'organismes d'intérêt public, comme des présidents de fondations et autres »[26]. Rand est vite devenue célèbre en tant que source d'« analyse de systèmes »[27] et de techniques de « science politique » de la nouvelle génération, qui ont conforté le pays dans la conviction que la guerre froide était sous contrôle des plus brillants et des plus efficients[28]. Parallèlement à Rand, source d'orientation politique et de plans, le ministère de la Défense a généré des institutions non lucratives expertes en « gestion de systèmes » – c'est-à-dire la direction des projets d'armement issus des recommandations des analystes de systèmes. C'est ainsi que l'*Aerospace Corporation* a été créée pour gérer le développement du programme de missiles balistiques intercontinentaux (ICBM), et Mitre pour gérer l'informatisation de la défense aérienne[29].

Le succès de l'US Navy, exception à la règle du système de sous-traitance de l'US Air Force, a confirmé cette règle. L'équipe de la Navy n'était pas un groupe ordinaire de fonctionnaires de l'État, mais un corps d'élite dirigé par un Américain original – l'Amiral Hyman Rickover[30]. Cela étant, même l'équipe de

Rickover s'est manifestement sentie obligée d'habiller ses compétences évidentes dans le costume de la gestion privée, « pour nous mettre d'accord avec les gens qui ont l'argent »[31].

Dans les années 60 Rand et d'autres « *think tanks* » ont atteint une forme de célébrité institutionnelle à une époque où les « intellectuels d'action » alimentaient les articles de couverture des magazines. Comme Theodore White, auteur de *The Making of the President 1960* l'a expliqué aux nombreux lecteurs de *Life Magazine*, les intellectuels d'action étaient « un nouveau sacerdoce, unique à ce pays et à cette époque »[32]. Pour eux, « l'âge d'or est ici – en Amérique – et maintenant. Jamais les idées n'ont été recherchées plus avidement ni testées plus facilement à l'épreuve de la réalité. De la Maison Blanche aux hôtels de ville, les universitaires pullulent dans les couloirs du pouvoir »[33].

1.4. Énergie atomique et espace : le gouvernement au moyen de contrats de services d'assistance

La NASA et le Département de l'Énergie (via son prédécesseur la Commission de l'énergie atomique), ont importé le système militaire des bureaucraties contractuelles dans le « secteur civil ». A titre d'exemple, lors du lancement du Spoutnik en 1957, le programme spatial de la nation était entre les mains du *National Advisory Committee for Aeronautics* (NACA). Le NACA, créé pendant la Première Guerre mondiale afin de diriger la R-D aéronautique, était une petite organisation qui « canalisait 2 % seulement de ses fonds vers des entrepreneurs privés »[34]. La NASA a été créée en 1959 ; dès 1960, son budget atteignait US$1 milliard, dont 85 % étaient consacrés à la concession de contrats et marchés.

Le Département de l'Énergie (DOE) a pour mission essentielle la gestion (et le nettoyage environnemental) des complexes d'armement nucléaire de la nation, implantés dans des sites comme Oak Ridge, Tennessee ; Los Alamos, Nouveau-Mexique ; et Hanford, Washington[35]. Depuis leur création dans le cadre du Projet Manhattan, ces sites étaient exploités pour le gouvernement par des entités privées, y compris non lucratives (notamment l'Université de Californie), ainsi que par des sociétés commerciales à but lucratif, comme Dupont, Lockheed, et Bechtel.

En 1980, la sous-commission de la Fonction publique du Sénat, sous la direction du sénateur David Pryor, a entrepris d'évaluer la mesure dans laquelle le DOE était tributaire de sous-traitants. La sous-commission a constaté que le DOE employait approximativement 20 500 employés « fonctionnaires » à plein temps et 1 400 à temps partiel, pour un coût de US$640 millions. Par contraste, le DOE a déboursé environ US$9.6 milliards en contrats, marchés, subventions et accords similaires. Le DOE ignorait combien

d'« années de travail » cette somme permettait d'acheter ; le personnel de la sous-commission a estimé que ce nombre pourrait approcher 200 000[36].

La sous-commission a constaté que les entreprises privées avaient envahi le siège du Département à Washington, DC, et géraient le vaste éventail d'opérations de ce département. Le département est « si fortement tributaire de ces entreprises qu'à en juger par les termes de ses contrats, les curriculum vitæ de ses sous-traitants et de leurs employés, et les travaux sous-traités que le département adopte comme les siens propres, on voit mal ce que les fonctionnaires ont encore à faire, si tant est qu'il leur reste quelque chose à faire »[37].

En 1989, la sous-commission du sénateur Pryor a revisité le DOE, cette fois pour élaborer un organigramme dans le cadre du programme de « transparence du gouvernement », afin d'identifier la proportion de fonctionnaires et de sous-traitants intervenant dans des activités sensibles du siège du DOE[38]. Le rapport de la sous-commission est parvenu aux conclusions suivantes :

> *Le DOE s'appuie sur du personnel privé pour accomplir pratiquement toutes les fonctions de base de l'État. Il sous-traite la préparation de ses plans et politiques les plus importants, l'élaboration des budgets et documents budgétaires, et la rédaction de rapports et déclarations au Congrès. Il se repose sur des sous-traitants pour suivre les négociations sur le contrôle des armements, aider à préparer les décisions sur l'exportation de la technologie nucléaire, et conduire des auditions et recours initiaux dans le cadre de différends relatifs à l'octroi d'habilitations de sécurité. En outre, l'inspecteur général s'appuie également sur du personnel sous-traitant*[39].

La haute direction du DOE ne dispose pas des informations de base nécessaires pour prendre toute la mesure de l'ampleur du recours au personnel sous-traitant. En réalité, le recours aux sous-traitants est resté invisible au sein du département : « des interventions devant le Congrès, des plans à long terme du DOE, des documents budgétaires, des directives internes et des mémos rédigés par des sous-traitants sont transmis au sein du DOE de la même manière que s'ils avaient été rédigés par le DOE lui-même »[40].

La force motrice sous-jacente à cet appel croissant à des sous-traitants n'était guère un mystère. Au fur et à mesure que la charge de travail du département augmentait, les « plafonds de personnel » (limitations du nombre d'employés fédéraux) contraignaient le département à sous-traiter massivement via des contrats de « services d'assistance »[41]. Les entrepreneurs auxquels ces « services d'assistance » sont confiés fournissent le personnel nécessaire pour exécuter toutes les tâches qui relèvent de la partie de l'agence gouvernementale qu'ils sont chargés d'assister. En réalité, le cahier des charges des contrats de service d'assistance du DOE « ressemble à de bruyants

appels au secours ! Dans de nombreux cas, les cahiers des charges équivalent à des descriptions de la mission du gouvernement dans les secteurs à "assister", et consacrent le principe que l'entrepreneur sera disponible pour apporter son "assistance" dans ces activités en tant que de besoin »[42].

Dès la mise en place de l'Administration Clinton, le secrétaire d'État à l'Énergie O'Leary a reconnu que le département n'avait pas la capacité de gérer la masse de ses sous-traitants et promis une « réforme de la sous-traitance »[43]. Lors de l'arrivée de la seconde Administration Clinton, la bannière de la « réforme de la sous-traitance » était en lambeaux et avait été remplacée par le slogan de la réforme par la « privatisation ». Toutefois, la privatisation n'a pris son envol qu'en 2000, au moment où des contrats « vitrines » d'assainissement environnemental (avec Lockheed et *British Nuclear Fuels*) ont été résiliés à la suite de dépassements substantiels des budgets, et certains observateurs critiques ont souligné que la privatisation n'était en réalité que la réforme de la sous-traitance sous un autre nom[44].

1.5. *L'externalisation des fonctions des agences sociales et réglementaires : plafonds de personnel, patronage, et réforme*

La croissance d'une bureaucratie de sous-traitants privés comme auxiliaire des programmes sociaux et réglementaires a moins fait parler d'elle que dans le « secteur militaro-industriel ». Dans la forme, la caractéristique publique dominante des programmes de dépenses sociales a été (et est toujours) de verser des subventions fédérales à des agences d'État et locales et/ou des organismes à but non lucratif[45]. Cependant, les entrepreneurs privés ont rempli les interstices du nouveau fédéralisme, en aidant Washington dans l'application de nouvelles lois, en assistant les collectivités locales dans leur recherche de subventions en vertu de ces lois, en participant à l'octroi de ces subventions, puis en évaluant le succès des programmes de subventions[46].

En raison de la force hydraulique des plafonds de personnel, au fur et à mesure que des agences ou programmes ont été créés, la sous-traitance est devenue la norme pour la gestion de cette croissance. Les programmes d'aide de pays étrangers créés après-guerre, particulièrement ceux administrés par l'Agence pour le développement international, ont été fortement dépendants de prestataires de services d'assistance externes[47]. Les agences réglementaires créées avant la Seconde Guerre mondiale, notamment la *Federal Energy Regulatory Commission*, s'appuyaient et s'appuient toujours essentiellement sur des fonctionnaires, bien qu'elles fassent appel à des sous-traitants. L'*Environmental Protection Agency*, créée pendant l'Administration Nixon, est au contraire fortement dépendante de sous-traitants[48].

L'externalisation des fonctions de l'État caractérise également les programmes sociaux institués depuis la Seconde Guerre mondiale. Ainsi,

Medicare et *Medicaid* ont reversé l'argent des contribuables à des intermédiaires privés, comme la *Blue Cross ;* se sont appuyés sur d'autres organisations privées, comme le *Joint Committee for the Accreditation of Hospitals* et les *Professional Service Review Organizations* pour définir les normes applicables ; et ont donné la possibilité à d'autres tiers de se joindre à d'autres participants publics et privés au processus[49].

Un élément a joué un rôle plus visible pour huiler les mécanismes de subventions que celui des consultants de tous ordres : la promesse que les techniques et institutions mises au point pour résoudre les problèmes de défense de la guerre froide pourraient également résoudre des problèmes sociaux jusqu'alors insurmontables.

En août 1965, le Président Johnson a promis de faire entrer le gouvernement dans l'âge de l'espace en ordonnant aux administrations civiles d'appliquer la PPBS, technique de budgétisation que Rand, via les services du secrétaire d'État à la Défense McNamara, avait introduite au Département de la Défense[50]. Des équipes de consultants se sont vite mises au travail dans tout le gouvernement, pour installer et expliquer la PPBS, première d'une série de techniques de budgétisation introduites sous l'impulsion de consultants extérieurs[51].

Dans les services de l'*Office of Economic Opportunity*, du *Department of Housing and Urban Development* (ministère du Logement et de l'Urbanisme), et du *Department of Transportation* (ministère des Transports), des personnalités de la société civile et des entrepreneurs ont expliqué que des problèmes comme la pauvreté, et la piètre qualité du logement urbain, des transports et de l'éducation, étaient des artefacts d'institutions arriérées qui exigeaient d'être réformées, et que l'intervention, parrainée par le gouvernement, de sociétés et de techniques de l'aérospatiale, serait le moyen de réaliser les réformes nécessaires. Des organismes non lucratifs du secteur de l'aérospatiale ont trouvé du travail dans les administrations civiles, mais ces agences ont également créé leurs propres organisations « indépendantes non lucratives »[52]. Comme dans le cas des agences militaires, les partisans de l'intervention de tiers ont souligné qu'ils étaient pourvoyeurs à la fois de nouvelles techniques de management et de nouveaux outils de la politique de réforme bureaucratique[53].

En revanche, les adversaires de cette intervention ont soutenu qu'elle n'était ni un moyen d'améliorer l'efficience ni une réforme, mais un nouveau masque pour les politiques comme d'habitude. Un « manuel du personnel politique », préparé par la Maison Blanche du temps de Nixon et exhumé pendant le Watergate, défendait cette perspective divergente :

> *En 1966, Johnson a déposé un projet de loi, que le Congrès a adopté, [qui] exigeait que la Branche exécutive… réduise ses effectifs au niveau de fait existant*

en 1964. La théorie officielle… était qu'un… plafonnement du personnel pour la Branche exécutive commencerait d'abord par réduire, puis stabiliserait, les dépenses fédérales de personnel… Après l'adoption de la loi, l'Administration Johnson… a veillé à ce que des cabinets de consultants « amis » commencent à surgir, fondés par un grand nombre des anciens employés de l'Administration Johnson et Kennedy, qui composaient également leur personnel. Ils ont ensuite reçu de très gros contrats pour accomplir des fonctions antérieurement confiées à des employés fédéraux du gouvernement. Bien entendu, les frais commerciaux ont excédé le coût du personnel qu'ils remplaçaient[54].

1.6. *La « privatisation » de l'héritage de la guerre froide : externalisation in extremis*

Dans les années 80, le « thatchérisme » a donné un cachet mondial à la « privatisation ». Cependant, la nouvelle rhétorique mondiale ne cadrait pas avec la réalité américaine. En Grande-Bretagne et ailleurs, la privatisation a souvent été synonyme, bien que cela n'ait pas toujours été le cas, de vente d'actifs d'entreprises industrielles nationalisées[55] qui, d'une manière générale, n'appartenaient pas au secteur public aux États-Unis. Par contraste, comme l'a noté un rapport du *General Accounting Office* (Bureau général de la comptabilité) de 1997, la « privatisation » est synonyme en pratique, aux États-Unis, d'externalisation d'une activité, dont l'Amérique a été la pionnière[56].

S'il existe un équivalent américain de la privatisation industrielle mondiale, c'est la privatisation en cours du complexe d'armement nucléaire des États-Unis. Les frontières de la « privatisation » sont actuellement testées par la privatisation de l'*United States Enrichment Corporation* (USEC), plus grande opération de privatisation jamais réalisée par le gouvernement fédéral depuis Conrail (en 1987)[57].

En 1992, le Congrès a approuvé le transfert d'installations fédérales utilisées pour l'enrichissement de l'uranium dans les centrales nucléaires, du DOE à une société gouvernementale américaine[58]. En 1996, le Congrès a décidé que cette société gouvernementale pourrait être « privatisée », soit par une introduction en bourse, soit par une vente à une entité privée[59]. En juillet 1998, la privatisation a eu lieu au moyen d'une introduction en bourse[60].

Le Congrès a légalement subordonné la vente de l'USEC à la condition que l'entité privatisée continue de se conformer à une série d'objectifs d'intérêt public désignés par le Congrès[61]. Outre les objectifs d'intérêt public déclarés par le Congrès, la nouvelle société est l'agent exécutif des États-Unis pour l'application de l'accord entre les États-Unis et la Russie pour l'achat d'uranium russe de qualité armement nucléaire – clef de voûte de la politique américaine de non-prolifération des armes nucléaires de l'après guerre froide[62].

Avant la privatisation, des experts indépendants, membres du Congrès, et la presse ont souligné qu'il était peu probable que les missions contradictoires définies par le Congrès puissent être réalisées par la voie d'une privatisation. Les critiques ont évoqué : *i*) les conflits entre l'intérêt légitime des sociétés privées à rechercher le profit pour leurs actionnaires et les coûts supplémentaires potentiels entraînés par la réalisation des missions définies par le Congrès ; et *ii*) les conflits potentiels entre les missions[63]. Ces critiques se sont vite avérées fondées. Peu après la privatisation, le Congrès a fait une dotation de US$325 millions pour garantir la continuation de l'accord russe. En 1999, l'USEC a sollicité sans succès une nouvelle dotation de US$200 millions ; le cours de ses actions s'était effondré de son cours d'introduction en bourse de US$14.50 à un cours de US$5. Début 2000, la notation de l'USEC a été rétrogradée, déclenchant une enquête de l'US *Nuclear Regulatory Commission* sur la viabilité de l'USEC et des auditions devant le Congrès sur l'avenir de l'USEC[64].

La privatisation de l'USEC pose des questions classiques de droit et de politique publique[65]. Lorsqu'une entité a été « privatisée », quel est l'effet obligatoire des prédicats légaux de la privatisation[66] ? Lorsque le terme est appliqué à une entité qui continuera d'avoir une mission d'intérêt public et qui avait déjà été exploitée sous contrat privé, quel est l'intérêt de soustraire l'activité au contrôle direct du gouvernement ?

2. Réforme constitutionnelle : visions du milieu du siècle

Considérée dans l'optique actuelle, la bureaucratie des sous-traitants semble s'être développée de manière anarchique. Toutefois, sa croissance a été le produit d'une volonté humaine délibérée. Les artisans, comme Vannevar Bush et James Conant, en ont été des personnalités majeures venant du réseau gouvernement/organisations non lucratives/entreprises qui s'est développé avant la Seconde Guerre mondiale. Ils se voyaient comme des réformateurs ayant trouvé une voie médiane qui permettrait au gouvernement de se développer pour servir l'intérêt public, sans devenir l'État tout-puissant (*Big Government*) dont ils savaient que les Américains ne le tolèreraient pas. Les réformateurs, et leurs critiques perspicaces, ont compris que ces développements avaient des ramifications profondes, voire même constitutionnelles.

2.1. La « fusion du pouvoir économique et social » et la « diffusion de la souveraineté »

Don Price, premier doyen de la *Kennedy School of Government* de Harvard, a écrit et enseigné en plein milieu des développements de l'après-guerre. Son livre de 1965, intitulé *The Scientific Estate*, traite des origines et de la nature du nouveau réseau de « *think tanks* », d'universités et d'entreprises, et glorifie la

« fusion [simultanée] du pouvoir économique et politique » et la « diffusion de la souveraineté » qu'elle laissait présager[67]. Price a trouvé un précédent rassurant des développements de l'ère de la guerre froide au XX^e siècle dans l'exemple de l'agriculture au XIX^e siècle. Selon Price, Washington et Jefferson ont voulu encourager les progrès scientifiques dans l'agriculture, mais ont été bloqués par les scrupules des juristes à propos des droits publics. Les scientifiques agricoles ont trouvé un moyen d'atteindre leur objectif par un biais différent – ils ont contourné les barrières constitutionnelles en fusionnant les intérêts de la fédération et des États par des subventions fédérales, sous la forme de distribution de terres ou d'argent aux états… du [collège des subventions agricoles] sont nées la station d'expérimentation, le programme d'extension et tout le système d'imbrication d'institutions qui a permis au gouvernement fédéral de jouer un rôle plus efficace dans l'économie agricole que le gouvernement de n'importe quel État réputé socialiste[68].

Au XX^e siècle, des sociétés à la pointe de la technologie ont joué un rôle central dans la « fusion du pouvoir économique et politique »[69]. Price fait observer que l'afflux de subventions fédérales a joué un rôle déterminant dans le changement d'attitude du monde des entreprises à l'égard de la croissance de l'État. Il ajoute qu'au milieu du siècle, le gouvernement fédéral finançait l'essentiel du budget de recherche et de développement de la nation. Price explique que cette situation a « fait des anciens arguments sur l'opposition entre socialisme et entreprise privée une série d'abstractions obsolètes. En pratique, elle suggère que quelques nouvelles abstractions pourraient être très fructueuses »[70].

Dans l'ensemble, la fusion et la diffusion ont eu un impact profond mais salutaire :

> *Mais l'effet général de ce nouveau système est clair : la fusion du pouvoir économique et politique s'est accompagnée d'une diffusion de l'autorité. Ainsi volait en éclats l'idée que la croissance future des fonctions et dépenses des gouvernements… prendrait nécessairement la forme d'une vaste bureaucratie*[71].

Price concluait que le danger ne risquait pas de venir de la culture du secret, d'un excès d'autorité centrale, ou d'une dérive vers une dictature socialiste, mais plutôt de la poursuite sans entrave de certains intérêts spécifiques ou de l'opinion publique[72].

2.2. « Business in the Humane Society »

Le livre de John Corson paru en 1971, *Business in the Humane Society*, fait le pendant à l'ouvrage de Price *The Scientific Estate* en présentant une vision de la réforme dans la perspective d'un membre du sérail[73]. Corson a commencé sa carrière dans une agence d'aide sociale du *new deal*, a travaillé comme cadre

au *Washington Post*, et, dans les années 50, a rejoint le tout nouveau Cabinet de McKinsey, à Washington, DC, éminent consultant en management des milieux d'affaires américains.

Dans les années 50, Corson et McKinsey en sont venus à conseiller également le gouvernement fédéral. Corson a lui-même étudié l'organisation de l'armée avec la Commission Davies, les subventions fédérales avec la Commission Kestnbaum, et la menace nucléaire russe avec la Commission secrète Gaither, et a participé à plusieurs commissions pour étudier l'enseignement supérieur, le Service public de santé, et le contrôle du trafic aérien. Lors de la création de la NASA, McKinsey a composé un comité de haut niveau qui a recommandé que la NASA externalise ses fonctions dans une mesure très intense[74].

Dans la préface de son livre, Corson note que la plupart des Américains ne sont pas au courant des différents développements qu'il va décrire. Il fait observer que « le public a peu conscience de la mesure dans laquelle des institutions traditionnelles, des entreprises, le gouvernement, des universités et d'autres entités ont été adaptées et s'imbriquent dans un système politico-économique qui diffère fortement du modèle vénéré de notre passé »[75].

Corson, comme Price, a salué le bourgeonnement de partenariats « public-privé ». Selon Corson : « Les lecteurs… même s'ils sont familiers de la scène de Washington, seront impressionnés par l'ampleur et la portée des systèmes de subventions, sous-traitance et concession et des processus réglementaires en général, tels qu'ils ont évolué… »[76]. Il souligne, en particulier, l'évolution tout à fait étonnante de l'externalisation depuis l'après-guerre, qu'il décrit comme la plus grande désocialisation que ce pays ait jamais connue. Elle a établi une « nouvelle forme de fédéralisme », c'est-à-dire une « fédération » dans laquelle le gouvernement fédéral assume ses tâches en association avec l'entreprise privée[77]. En conséquence, « en 1969, de nombreuses agences fédérales (la NASA, par exemple) assumaient un plus grand volume de travail au moyen de contrats avec des entreprises privées que celui qu'elles traitaient avec leurs propres employés »[78]. Corson, comme Price, n'y voyait pas la fin du gouvernement des fonctionnaires ou des fonctionnaires du gouvernement. Il considérait plutôt, comme Price, que la bonne santé de la fonction publique était essentielle au bien-être de ses partenaires privés[79].

Tout en notant que le changement qu'il allait décrire avait échappé à la réflexion publique, Corson déclarait qu'il était néanmoins le résultat d'un choix public. Corson écrit : « Les historiens du XXI^{e} siècle reconnaîtront que l'expansion progressive de l'intérêt public » signifiait que le peuple américain devait choisir entre « la croissance de l'État jusqu'à l'hypertrophie ou la découverte de moyens de confier l'exécution de fonctions publiques à des

agences non gouvernementales »[80]. Le peuple américain « a choisi cette deuxième solution »[81]. Le résultat a été « d'estomper la frontière entre "public" et privé »[82].

2.3. Le « complexe militaro-industriel »

C'est au Président Eisenhower qu'il est revenu, dans son discours d'adieu, de donner une autre vision des développements intervenus.

La conjonction d'un immense establishment militaire et d'une puissante industrie de l'armement est un élément nouveau dans l'histoire américaine. Son influence économique, politique et même spirituelle, est ressentie dans chaque ville, chaque administration d'État et chaque bureau du gouvernement fédéral. Nous reconnaissons le caractère impératif de cette évolution, mais ne devons pas méconnaître ses graves implications.

Dans les conseils de gouvernement, nous devons nous garder de l'acquisition de toute influence abusive… de la part du complexe militaro-industriel[83].

2.4. Hamilton, Madison, et Jefferson : les années 50 ou la vision de la troisième voie

Les pères fondateurs, particulièrement Hamilton et Madison, ont fondé leur vision constitutionnelle sur le postulat que la nature humaine, bien qu'elle ne soit pas totalement bienveillante, était prévisible, et, dès lors, pourrait servir de base à l'ordre social. Cette vue, exprimée de la manière la plus célèbre par Madison dans son analyse des factions parue dans le *Dixième Fédéraliste*, devait beaucoup aux philosophes écossais des Lumières, et à leur conviction que la politique, s'appuyant sur la connaissance de la nature humaine, pouvait être réduite à une science, comme le professait David Hume[84].

Hamilton a reconnu que les intérêts privés pouvaient aller plus loin que de s'équilibrer entre eux, et pouvaient être exploités activement pour promouvoir des intérêts publics autrement inatteignables. Il a illustré ses efforts pour canaliser l'énergie de la classe marchande par ses efforts, couronnés de succès, pour garantir l'intégrité du « Crédit public », et son effort, moins fructueux, pour promouvoir les « Manufactures »[85]. Dans la perspective conventionnelle, la vision de Hamilton a été submergée par son décès et l'ascendant pris par les Jeffersoniens – ardents partisans d'une nation caractérisée par un gouvernement réduit et de puissants exploitants agricoles[86]. Toutefois, la tradition jeffersonienne incluait également la volonté de lier les progrès de la connaissance à l'intérêt national[87]. Selon Price, le rôle de la science dans les programmes agricoles du XIX^{e} siècle a fourni la clé de la voie médiane entre les traditions hamiltonienne et jeffersonienne.

Au XX[e] siècle, Price et Corson estiment que la science a joué un double rôle. Comme dans le cas des programmes agricoles du XIX[e] siècle, la physique, la chimie et la biologie ont fourni, au XX[e] siècle, un puissant catalyseur pour la fusion d'intérêts publics et privés par ailleurs antithétiques. Pour reprendre les termes de Price, « [une] grande partie de l'entreprise privée est désormais secrétée dans les interstices des marchés publics. En résumé, ce que les programmes de subventions ont fait pour les droits "publics", les nouveaux systèmes contractuels le font pour ceux de l'entreprise purement privée »[88].

En outre, les sciences sociales de l'époque des Lumières avaient fourni des connaissances sur la nature humaine qui ont sous-tendu la Constitution, les techniques modernes de management avaient fourni les moyens de comprendre, contrôler et maîtriser des bureaucraties publiques déshumanisantes en les rapprochant d'entreprises industrielles modernes et d'organisations de recherche modernes non lucratives. Les bureaucraties publiques, les organisations privées non lucratives et les entreprises commerciales privées avaient toutes leurs qualités particulières et joueraient toutes un rôle dans le système reconstitué. Des techniques comme l'« analyse de systèmes », la « gestion de systèmes », le PERT et le PPBS, et leur arborescence désormais foisonnante, fourniraient des moyens fiables de gérer ce réseau tentaculaire.

Selon d'autres observateurs, en revanche, la reconstitution opérée par l'externalisation des fonctions de l'État était à la fois moins et plus que ce qui était ainsi proclamé. Dans l'optique du manuel du personnel de l'Administration Nixon, la rhétorique de l'externalisation des fonctions de l'État n'était qu'un vernis pour la conduite d'une politique partisane traditionnelle. Dans l'optique du Président Eisenhower, les exigences imposées par la guerre froide en termes d'intérêt national ont été satisfaites par l'institutionnalisation d'une alliance profane entre pouvoir politique et pouvoir économique.

3. Accord bipartisan tacite : l'externalisation des fonctions de l'État sur pilote automatique

Le dialogue entre ceux qui voyaient ces développements avec inquiétude et ceux qui y applaudissaient a connu son point culminant dans le rapport rédigé en 1962 par un groupe d'études constitué au niveau du Cabinet par le Président Kennedy pour réfléchir sur l'externalisation de la recherche et du développement militaires. Le rapport décrivait avec acuité la « frontière floue entre public et privé », mais éludait les questions « philosophiques » posées par cette situation. Les années suivantes, en raison de l'accord bipartisan tacite imposé par voie de plafonnement des effectifs de personnel, le

processus d'externalisation des fonctions de l'État n'a cessé de s'amplifier, comme s'il avait été mis sur pilote automatique[89].

3.1. Le Rapport Bell : ou comment « éluder des questions de fond »

Le « Rapport Bell » (du nom de son principal auteur, David Bell, Directeur du Bureau du budget) traitait de la question « du partenariat hautement complexe entre différents types d'agences publiques et privées, organisé en grande partie par des accords contractuels »[90]. Le rapport s'est accompagné d'auditions devant le Congrès sur le « développement et la gestion de systèmes »[91].

Le groupe d'études a constaté que « les développements intervenus ces dernières années ont inévitablement estompé la frontière traditionnelle entre les secteurs public et privé de notre Nation »[92]. Il a déclaré d'un ton solennel l'émergence de « questions profondes affectant la structure de notre société [en raison de] notre incapacité à appliquer les distinctions classiques entre ce qui est public et ce qui est privé »[93]. D'un ton plein de sous-entendus, le groupe d'études s'est déclaré inquiet à la perspective que les fonctionnaires perdent le contrôle de leurs sous-traitants, surtout si ces derniers exerçaient « le type de fonctions de gestion que l'État devrait lui-même exercer »[94].

Le groupe d'études a clairement mis en lumière la psychologie séduisante du nouveau système – rationalité à court terme, mais peut-être irrationalité à long terme. Dans l'optique des politiciens et des fonctionnaires, le choix de sous-traitants pour réaliser de nouvelles missions était le bon choix ; ils pouvaient être déployés rapidement, apportaient un nouveau soutien politique aux programmes et, en théorie, pouvaient être « remerciés » dès qu'ils n'étaient plus nécessaires. A court terme, le recours à des sous-traitants pour répondre aux besoins vitaux nés de la guerre froide semblait indéniablement raisonnable. Toutefois, le groupe d'études a perçu que les effets « cumulatifs » de la sous-traitance pourraient être débilitants. Les salaires des employés des sous-traitants n'étaient pas plafonnés, et leur travail était sans cesse plus intéressant que celui effectué en interne. A la longue, l'intelligence nécessaire pour que l'État contrôle ses sous-traitants risquait de n'être trouvée que chez ces sous-traitants eux-mêmes[95]. Le danger était encore aggravé par la différence qualitative des intérêts des sous-traitants, et par les règles régissant ces intérêts. Les règles sur les conflits d'intérêts applicables aux employés fédéraux ne s'appliquaient pas aux sous-traitants ni à leurs employés (en présumant qu'ils seraient supervisés par des fonctionnaires compétents, ne se trouvant pas eux-mêmes en situation de conflit)[96].

Après avoir exposé les problèmes et leur importance, le Rapport Bell s'est reculé au bord du gouffre. Il indique en effet que la guerre froide n'est pas le

bon moment pour s'atteler à ces questions fondamentales de gouvernance[97], et ajoute qu'il faut plutôt apprendre les meilleurs moyens d'utiliser la panoplie des outils institutionnels existants – sociétés commerciales, organisations indépendantes non lucratives, universités et groupes de recherche internes.

3.2. Plafonnement des effectifs de personnel : l'externalisation des fonctions de l'État sur pilote automatique

Une fois le Rapport Bell mis aux archives, les questions qu'il posait ont cessé de mobiliser l'attention du Président, et, à quelques exceptions près, celle du Congrès. Au contraire, en imposant des plafonnements des effectifs d'employés fédéraux, les deux branches (et les deux grands partis) ont tacitement cautionné l'amplification constante du processus d'externalisation des fonctions de l'État. La création de nouveaux programmes et l'expansion des anciens signifiaient, par défaut, l'appel à des entreprises extérieures pour s'acquitter de la majeure partie des nouveaux travaux.

S'il est un imprimatur public en faveur de ce nouveau principe de gouvernement, c'est bien la création de la NASA. Lodge 1858, dans l'affaire *American Federation of Government Employees v. Webb*[98], saisit très exactement ce moment. Ce procès trouve son origine dans une réduction des forces opérée en 1967 au centre spatial Marshall de la NASA. Les employés fédéraux licenciés se sont plaints que « la NASA emploie un grand nombre de personnes au service technique de Marshall, prétendument en tant qu'entrepreneurs indépendants, mais qui se trouvaient en réalité sous le contrôle de la NASA et présentaient d'autres caractéristiques qui en faisaient, fonctionnellement, des employés des États-Unis »[99]. Selon eux, le recours à ces sous-traitants, aux lieu et place d'employés fédéraux, constituait une violation des lois sur la fonction publique, de la Loi portant création de la NASA, et de leur convention collective de travail.

En réalité, la Loi portant création de la NASA recélait une contradiction apparente, puisqu'elle disposait que les tâches de base de la NASA seraient effectuées par des employés fédéraux, mais plafonnait leur nombre, puis prévoyait généreusement le recours à des sous-traitants. La Cour d'Appel a expliqué :

> *Le Congrès, en même temps qu'il adoptait la loi qui contraignait la NASA à produire un énorme effort dans le domaine spatial, disposait que « le nombre de fonctionnaires pouvant être engagés serait limité en raison des plafonds de personnel imposés au sein de la Fonction publique fédérale ». Il n'est donc pas surprenant que les contrats de services d'assistance [aient été] monnaie courante à Marshall*[100] *… Selon la Cour, la NASA « a recouru à des contrats de services*

d'assistance afin de remédier au problème du plafonnement des effectifs de fonctionnaires »[101].

La Cour en a conclu que le recours à des sous-traitants constituait « un moyen séparé, indépendant [de l'emploi de personnel fédéral] d'accomplir les fonctions de la NASA »[102]. Le fait que la NASA soit tributaire de sous-traitants n'était pas un secret. En 1971-72, le Congrès « a ordonné des compressions des effectifs de fonctionnaires travaillant à la NASA, en même temps qu'il approuvait ses demandes budgétaires de financement afin d'honorer ses obligations aux termes des contrats de services d'assistance en vigueur à cette date »[103].

3.3. Privatisation, réduction et réinvention de l'État : une réforme sans réflexion

L'application tranquille des plafonds de personnel s'est accompagnée d'un silence des Républicains et des Démocrates sur la nature changeante du personnel fédéral. D'éminentes commissions sur le service public ont continué de s'intéresser uniquement aux employés fédéraux (tandis que le secteur approvisionnements était traité par ses propres groupes d'études)[104]. Les documents budgétaires du gouvernement, ses organigrammes et ses annuaires téléphoniques recensaient intégralement les effectifs de fonctionnaires, mais ne faisaient aucune allusion aux effectifs du personnel privé. Les documents de base du gouvernement – budgets, plans, règles – étaient présentés au Congrès et au public de la même manière que si les fonctionnaires étaient seuls chez eux.

C'est dans ce contexte qu'est apparue une nouvelle génération de réformateurs – les tenants de la privatisation, de la réduction et de la réinvention de l'État des années 80 et 90 – appelant de leurs vœux une réforme du *Big Government* et connaissant mal, de toute évidence, l'histoire ou l'héritage des réformes passées. Lorsqu'en 1993 l'Administration Clinton a annoncé son intention de « réinventer le gouvernement », le point focal de l'annonce était l'engagement de réduire le *Big Government* (l'État tout-puissant) – en réduisant le nombre d'employés fédéraux[105]. Fort à propos, juste avant la fin du siècle, c'est la *Brookings Institution* qui a révélé la découverte que les effectifs de fonctionnaires fédéraux ne donnaient qu'une « mince idée de la taille de l'État »[106]. Brookings a proclamé que les « premières estimations rigoureuses de la taille de ces effectifs de personnel mixtes… remettent en cause les récentes conclusions concernant la fin de l'ère du "*big government*", et devraient "recadrer le débat contemporain sur la manière dont l'État accomplit ses tâches…" »[107].

3.4. L'Administration Bush tient bon

L'Administration Bush, suivant l'Administration Clinton, a rapidement et publiquement choisi de perpétuer la tradition de réforme bipartisane. La poursuite active de la tradition bipartisane par l'administration prend une double forme : le « *Management Agenda* » (Agenda de gestion) et la *Faith Based Initiative* (Aide aux organismes confessionnels œuvrant dans le domaine social).

Lors de son entrée en fonctions, l'Administration Bush a annoncé qu'elle ferait appel à des organisations religieuses pour fournir des services sociaux, au moyen de contrats et de subventions[108]. Cette *Faith Based Initiative* a immédiatement suscité une controverse, ses opposants soutenant que le versement de fonds publics à des organisations religieuses violerait les traditions constitutionnelles exigeant la « séparation de l'Église et de l'État »[109]. (A la fin de 2002, l'application de cette initiative a été limitée, en raison de la poursuite de débats et discussions au Congrès sur le compromis à adopter.)

Néanmoins, considérée dans l'optique de l'historique ici retracé – l'effort bipartisan de réforme pour assurer la croissance de l'État en faisant appel à des tiers – la proposition Bush est parfaitement fidèle à la tradition. Les agences fédérales et locales font depuis longtemps appel à des organismes extérieurs, au moyen de contrats et de subventions, pour fournir des services dans le domaine social. La proposition Bush n'avait rien de nouveau à cet égard ; l'administration explique en revanche qu'elle cherche à mobiliser le type d'organismes qu'elle juge les mieux à même de s'acquitter de cette mission.

Le débat sur la *Faith Based Initiative* met en lumière les tensions persistantes sous-jacentes à ce mode de réforme. Les partisans de l'initiative affirment que le recours à des organismes religieux apportera une meilleure gestion et de meilleurs résultats au programme ; ses adversaires rétorquent que le financement d'organismes religieux n'est pas une réforme, mais une forme de patronage politique au profit d'un électorat choyé par les Républicains[110].

En outre, la Maison Blanche soutient, pour prôner la nécessité de faire administrer des programmes sociaux par des organismes religieux, que les tiers qui assurent actuellement ces services sont pour l'essentiel irresponsables – ce qui pose des questions de base sur la « responsabilité » des sous-traitants de l'État[111].

Le *Management Agenda* de l'Administration Bush, dirigé par l'*Office of Management and Budget* (Bureau du management et du budget, « OMB »), « note » les agences annuellement sur leurs performances en termes d'« objectifs de management » fixés par l'administration[112]. Les objectifs

incluent l'exigence que les agences assurent l'« externalisation concurrentielle » des fonctions publiques qui ne sont pas « gouvernementales par inhérence», étant précisé que les agences recevront leurs notations en fonction du nombre de ces postes qu'elles auront ainsi mis en concurrence[113].

Par contraste avec le programme « *Reinventing Government* » (Réinventer l'État) – qui commençait par la promesse de supprimer des milliers d'emplois de fonctionnaires – l'Administration Bush s'abstient de déclarer que des emplois de fonctionnaires doivent être éliminés. En revanche, le *Management Agenda* dispose que les fonctionnaires peuvent eux-mêmes concourir avec des tiers pour remporter des marchés, selon le principe « que le meilleur gagne ». Les adeptes du *Management Agenda* expliquent que cette réforme a pour essence l'exposition des fonctionnaires à la concurrence et non pas la réduction arbitraire des effectifs de fonctionnaires.

La décision de l'Administration Bush d'éviter d'appeler à des « réductions » des effectifs de fonctionnaires, reflète probablement les critiques formulées par les Républicains et les Démocrates à l'égard des réductions arbitraires de l'ère Clinton, dans le cadre de l'initiative *Reinventing Government*. Il n'en demeure pas moins, cependant, que l'approche de l'Administration Bush élude un problème d'actualité qui tient au fait que, dans des domaines de plus en plus critiques, les capacités de supervision des fonctionnaires sont probablement insuffisantes pour contrôler convenablement leur personnel de sous-traitants.

A titre d'exemple, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, le Congrès et l'exécutif ont reconnu depuis longtemps que le Département de l'Énergie (DOE) manque des effectifs internes nécessaires pour superviser et contrôler ses sous-traitants – dont la plupart gèrent et exploitent les complexes d'armement nucléaire. En 2001, DOE a rapporté qu'il avait 14 700 employés (fonctionnaires et agents publics), et plus de 100 000 employés sous-traitants ; 44 % des employés fonctionnaires avaient plus de 50 ans et approchaient de la retraite[114]. Néanmoins, le *Management Agenda* de Bush identifie 9 889 postes de fonctionnaires éligibles pour externalisation[115]. En résumé, une agence qui ne pouvait déjà pas gérer ses sous-traitants (100 000 et plus) avec 15 000 fonctionnaires, pourrait bientôt devoir gérer un nombre encore plus grand de sous-traitants, avec un effectif de personnel moins expérimenté, de, peut-être, 10 000 employés ou moins.

De la même manière, le secrétaire d'État aux Armées a annoncé, en octobre 2002, que l'armée permettrait à des entrepreneurs privés de concourir pour des postes « non fondamentaux », y compris ceux actuellement occupés par 154 910 fonctionnaires – plus de la moitié de l'effectif de fonctionnaires civils actuel de l'armée – et 58 727 fonctionnaires militaires[116]. Comme dans le cas d'autres agences fédérales, cet effort fait suite à des années de « réduction »

et d'« externalisation » des fonctions de l'État, dont les conséquences n'ont pas encore été étudiées, du propre aveu de l'armée. Dans un mémo adressé en mars 2002 à ses supérieurs hiérarchiques du Département de la Défense, le secrétaire d'État White explique[117] :

> *Pendant les 11 dernières années, l'armée a significativement réduit ses effectifs de fonctionnaires civils et militaires. Ces réductions ont été réalisées par un recours accru à la sous-traitance, sans aucune analyse comparable de la question de savoir si ces services d'assistance externalisés devraient également être réduits. Actuellement, les responsables des plans et programmes de l'armée manquent de visibilité, au niveau du département, sur les effectifs et les coûts de l'externalisation et des organisations et missions ainsi sous-traitées.*

En résumé, les initiatives Bush, comme les réformes de l'ère Clinton, ont encore mis davantage en évidence les tensions et défauts de la longue tradition bipartisane de l'externalisation croissante des fonctions de l'État, sans aucune assurance que l'effectif de fonctionnaires restant puisse conserver une capacité de supervision nécessaire.

4. Les règles par défaut du nouveau service public : le concept de fonctions publiques par inhérence

4.1. Fiction gouvernementale et double réalité réglementaire

Plus le gouvernement s'est appuyé sur des sous-traitants, plus il a proclamé vigoureusement que ceux-ci ne pouvaient pas, pour des raisons politiques – et non pas nécessairement légales – assumer les tâches « inhérentes » à l'État. En l'absence de preuve visible contraire, cette politique reposait sur une présomption de régularité – selon laquelle les fonctionnaires demeuraient en fait responsables des tâches de base de l'État. Compte tenu de cette présomption, il n'y avait aucune nécessité de lier les employés des sous-traitants par les contraintes imposées aux fonctionnaires ; ils pouvaient être régis par des règles préservant leur autonomie et encourageant les qualités d'innovation et d'expertise qu'ils sont censés apporter pour assister les fonctionnaires. Ainsi, au moment où personnel sous-traitant et personnel fonctionnaire travaillaient côte à côté pour assumer les tâches de base de l'État, ils continuaient d'être régis par leurs règles respectives, comme si rien n'avait changé.

4.1.1. Fonctions gouvernementales par inhérence : axiome et feuille de vigne

Le Rapport Bell, même s'il décrivait l'effacement de la frontière entre public et privé, jugeait « axiomatique » que certaines « fonctions » ne puissent être exercées que par des fonctionnaires :

> *Il existe certaines fonctions de [recherche et développement] qui ne doivent en aucun cas être externalisées. La gestion et le contrôle de l'effort fédéral de*

recherche et développement doivent être fermement dans les mains de fonctionnaires travaillant à plein temps, clairement responsables envers le Président et le Congrès.

Nous considérons comme axiomatique que les décisions politiques… soient prises par des fonctionnaires de l'État travaillant à plein temps et qui soient clairement responsables envers le Président et le Congrès. En outre, ces fonctionnaires doivent être en mesure de superviser l'exécution des travaux effectués, et d'en évaluer les résultats. Il s'agit de fonctions de gestion de base qui ne peuvent pas être sous-traitées si nous voulons que l'exécution des fonctions publiques et l'utilisation des fonds publics relèvent de règles de responsabilité appropriées[118].

Le groupe d'études a souligné que le critère du contrôle gouvernemental est un critère de fond et non de forme. « L'État doit disposer de compétences techniques suffisantes, grâce à ses fonctionnaires, de telle sorte que le recours à des avis techniques extérieurs ne devienne pas, *de facto*, le processus habituel de prise des décisions techniques. »[119].

Le principe des fonctions « gouvernementales par inhérence » a été codifié par l'exécutif, précisément au moment où son importance pratique était niée par la force des plafonds de personnel. Dans les années 50, le Bureau du budget a consacré ce principe dans la Circulaire A-49, régissant le recours par la Défense/la NASA/l'AEC à des sous-traitants pour des fonctions de « gestion »[120], et dans la Circulaire A-76, qui disposait que les fonctions « commerciales » devaient, par contre, être externalisées[121]. En 1992, l'*Office of Federal Procurement Policy* (Office de la politique fédérale d'approvisionnement, OFPP) a également mis ce principe en exergue dans une « Lettre de politique »[122] qui, à son tour, est intégrée dans le *Federal Activities Inventory Reform Act* (Loi portant réforme de l'inventaire des activités fédérales) de 1998[123].

Ce concept figure également au cœur de l'ère Clinton/Gore du « *Reinventing Government* », qui conseille que l'État doit « gouverner » (c'est-à-dire prendre les décisions politiques), tandis que le secteur privé doit « ramer » (c'est-à-dire « fournir le service »)[124]. Les développements ici évoqués démontrent les difficultés foncières liées à la définition du concept de « fonctions gouvernementales par inhérence ». De manière plus immédiate, son affirmation publique a coïncidé avec des plafonnements des effectifs de fonctionnaires, qui rendent sont application rigoureuse académique.

En 1992, le Comptroller General, sous l'impulsion des enquêtes du sénateur Pryor, a rapporté que « la revue par le *General Accounting Office* (GAO) des documents historiques, de la littérature pertinente, des travaux antérieurs du GAO, des lois applicables, de la politique gouvernementale et de la jurisprudence des tribunaux fédéraux, démontrent que le concept de "fonctions gouvernementales" est difficile à définir »[125]. La Cour Suprême a

identifié quelques exemples de fonctions exclusivement publiques, que nous évoquerons ci-dessous.

Considéré dans l'optique de la responsabilité décisionnelle (par ex., budgétisation, réglementation), et indépendamment de l'objet de la décision, ce concept pose une autre difficulté. Si, comme cela est le cas, les tiers ne sont pas limités dans leurs rôles de « conseil » ou d'« assistance », le critère à appliquer pour déterminer la responsabilité décisionnelle est-il un critère de forme ou de fond ? Si un secrétaire de Cabinet signe un document qu'il n'a pas lu, cela fait-il une différence que le document ait été rédigé par des fonctionnaires ou par des tiers ?

En 1989, le sénateur Pryor a posé la question au Comptroller General. Le sénateur a demandé s'il y avait violation du principe des fonctions « gouvernementales par inhérence » dans les cas suivants : *i)* si le Département de l'énergie (DOE) se fonde sur des examinateurs extérieurs pour revoir les décisions en matière d'habilitations de sécurité ; *ii)* si le DOE s'appuie sur un sous-traitant pour préparer des témoignages devant le Congrès (y compris ceux du secrétaire d'État à l'Énergie) ; et *iii)* si l'EPA externalise sa « *Superfund Hotline* »[126].

Le GAO a déclaré que le critère est un critère de fond, et non de forme. L'argument du DOE selon lequel le secrétaire d'État pourrait revoir les décisions de l'examinateur sous-traitant n'était guère convaincant, pas plus que le fait que c'est le secrétaire d'État à l'Énergie, et non le sous-traitant, qui se rendrait devant le Congrès pour lire le témoignage du secrétaire d'État[127]. « Nos décisions et la politique définie dans les Circulaires OMB », pour reprendre les termes du Comptroller General, « se fondent sur le degré d'appréciation discrétionnaire et le jugement de valeur exercé pour parvenir à prendre une décision pour le gouvernement »[128]. Par contraste, la politique de l'OFPP sur les fonctions gouvernementales par inhérence, issue des enquêtes du Sénat et du GAO, retient un critère qui est essentiellement formel. La politique de l'OFPP prévoit un recours libéral aux sous-traitants si leur rôle est censé se limiter à la fourniture d'une « assistance »[129].

Si le principe du « gouvernemental par inhérence » doit avoir une importance dans les circonstances actuelles, le critère de la démarcation entre l'« assistance » et la responsabilité décisionnelle *de facto* doit, pour reprendre les conclusions du Rapport Bell et du GAO, être un critère de fond et non de forme. Mais, simultanément, si la souveraineté est intentionnellement diffusée, la probabilité que ce critère sera plus qu'une simple feuille de vigne n'est pas écrasante.

4.1.2. Fonctionnaires et sous-traitants de l'État : dualité des systèmes réglementaires

Les organismes gouvernementaux américains s'appuient, à tous les niveaux du gouvernement, sur une longue tradition de règles sans cesse plus nombreuses adoptées pour empêcher tout abus de pouvoir par les « fonctionnaires » du gouvernement. Ces règles traitent des conflits d'intérêts, garantissent que les activités publiques soient (sous certaines limites) « ouvertes » au public, plafonnent la rémunération des fonctionnaires et le prix des services publics, et limitent la participation des fonctionnaires à des activités politiques.

Les règles régissant les employés fédéraux sont généralement édictées dans le Titre 5 du Code des États-Unis (et les règlements pris pour son application). En outre, le Titre 18 du Code institue des sanctions pénales en cas de violation des règles sur les conflits d'intérêts et autres règles éthiques. Le personnel sous-traitant est généralement régi par des lois et règlements distincts[130].

1. *Transparence du service public*. Les fonctionnaires sont, au contraire des sous-traitants, couverts par des règles de routine – notamment la publication des annuaires téléphoniques et organigrammes des administrations – qui informent le public du nom, du titre et de la localisation de ceux qui sont à son service. Ces pratiques ne couvrent pas les sous-traitants (ou leurs employés), à quelques rares exceptions – bien qu'ils puissent travailler côte à côte avec les fonctionnaires et même les surpasser en nombre. De la même manière, les présentations budgétaires des agences publiques au Congrès identifient traditionnellement le nombre de fonctionnaires dans chaque case de l'organigramme, par nombre et échelon de rémunération. Au contraire, il est rare que le nombre, le poste et l'échelon de rémunération des employés des sous-traitants soient annexés à ces organigrammes. En réalité, et comme nous l'avons déjà noté, il a fallu attendre la fin du millénaire pour qu'une institution non fédérale fournisse les premières estimations brutes de son personnel sous-traitant[131].

2. *Liberté d'information*. Le travail du personnel fonctionnaire est régi, sous certaines limites importantes, par le *Freedom of Information Act* (Loi sur la liberté d'information, FOIA)[132]. Or, et nous y reviendrons ci-dessous, le FOIA n'a jamais été appliqué jusqu'à présent aux sous-traitants et autres tiers, en dépit du fait qu'ils jouent, de l'avis général, des rôles décisionnels très importants[133].

3. *Éthique*. L'Article 208 du Titre 18 du Code des États-Unis édicte des sanctions pénales pour les employés fédéraux qui travaillent sur des

questions dans lesquelles ils détiennent des intérêts financiers substantiels[134]. Les employés fédéraux sont également liés par les *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch* (Normes d'éthique applicables aux employés de l'exécutif)[135]. En résumé, les fonctionnaires sont soumis, dans leur vie professionnelle, à un corpus rigoureux de règles en matière de conflits d'intérêts et autres règles éthiques. Or, ces règles ne régissent pas le personnel sous-traitant. L'évolution des règles régissant ce personnel sera analysée ci-dessous.

4. Règles supplémentaires. Il est d'autres aspects sous lesquels les règles édictées pour encadrer rigoureusement la conduite des fonctionnaires diffèrent qualitativement de celles qui gouvernent les acteurs privés, y compris lorsque ces acteurs travaillent aux côtés des fonctionnaires dans l'accomplissement des tâches quotidiennes du gouvernement. Ainsi, les fonctionnaires fédéraux (et locaux) sont soumis à des plafonnements de rémunération[136], ce qui n'est pas le cas du personnel sous-traitant, à des restrictions en matière d'activités politiques, et à l'interdiction du droit de grève[137].

5. L'externalisation des fonctions de l'État : le processus de réglementation par défaut

Si des tiers interviennent uniquement pour fournir des produits ou services « commerciaux » (par ex., des services de gardiennage, des fournitures de bureau, des services collectifs, des armements), il est logique qu'ils soient régis par des jeux de règles distinctes. Cela n'est pas le cas aujourd'hui. Dès lors que la présomption que seuls des fonctionnaires accomplissent des fonctions « gouvernementales par inhérence » demeure un principe de gouvernement bipartisan, les règles régissant les tiers sous-traitants qui effectuent ces travaux sont fixées, par défaut, sur une base *ad hoc*, et fréquemment sous l'impulsion de ces tiers sous-traitants eux-mêmes. Les développements suivants examinent le processus de réglementation dans son fonctionnement concret.

5.1. *Éthique des tiers sous-traitants : intérêts de l'entrepreneur, intérêts de l'agence gouvernementale et intérêt public*

5.1.1. *Conflit structurel d'intérêts : réglementation par les sous-traitants*

Les circonstances qui ont donné naissance à la Rand Corporation ont simultanément cristallisé l'application du concept de conflit d'intérêts à la bureaucratie des sous-traitants. Comme nous l'avons déjà fait observer, Rand était initialement un marché concédé à la *Douglas Aircraft Corporation*[138]. Lorsque des constructeurs aéronautiques concurrents se sont plaints que le marché Rand conférerait un avantage « d'initié » pour l'obtention de marchés

d'armement lucratifs qui découleraient de l'analyse de Rand, l'équipe Rand a jugé essentiel d'opérer indépendamment de Douglas. Avec l'assistance de la famille Ford et de sa Fondation en plein essor, le marché Rand a été enlevé à Douglas et connu une nouvelle vie en tant qu'organisation à but non lucratif.

En tant que prototype de cette nouvelle génération d'organisations à but non lucratif, Rand était juridiquement indépendante des intérêts de tout constructeur aéronautique particulier. Simultanément, cependant, elle était dépendante d'un seul client (l'*US Air Force*), et dirigée par un Conseil d'administration composée de représentants de l'industrie aérospatiale (y compris les organisations à but non lucratif) en toutes lettres[139]. Comme Don Price l'a fait observer, pendant les années 50, « aucun membre du Congrès n'a choisi de capitaliser politiquement les conclusions d'une enquête sur la structure imbriquée des intérêts commerciaux et publics dans le domaine de la recherche et du développement »[140].

Le programme ICBM de l'*US Air Force* a conduit à la formalisation du principe de « l'interdiction de soumissionner pour du matériel », implicitement sous-jacent à la création de Rand. L'*US Air Force* avait initialement délégué la gestion du programme à une petite société de consultants, qui a fusionné avec un fabricant de pièces automobiles[141]. Au moment où des constructeurs aéronautiques solidement établis se sont plaints que la nouvelle entité constituerait une menace concurrentielle, l'*Aerospace Corporation* a été créée, sous la forme d'une organisation indépendante à but non lucratif, afin d'assurer les travaux de gestion du programme de développement de missiles. Les statuts de l'*Aerospace* lui interdisaient de soumissionner pour des marchés de « matériel »[142].

La roue ayant tourné, il a été découvert que les « clients » des agences, comme les entrepreneurs concurrents, avaient des intérêts qui exigeaient une protection. Robert McNamara, secrétaire à la Défense du Président Kennedy, a proclamé qu'il placerait les agences de service sous contrôle et a demandé à Rand et aux anciens élèves de Rand de l'aider à ce faire. L'*US Air Force* a considéré que les travaux de Rand pour le secrétaire constituaient une violation de son obligation de servir l'*US Air Force* en tant que confident et avocat de confiance[143]. Depuis l'épisode McNamara, la proposition selon laquelle l'exécutif n'est pas un monolithe, mais se compose lui-même d'intérêts qui exigent attention et protection en tant que tels, a pris racine[144].

Il a fallu attendre les années 70 pour découvrir que l'« intérêt public » – et non pas seulement les intérêts des entrepreneurs et de leurs clients – était un élément du « conflit structurel d'intérêts »[145]. Le concept actuel de conflit structurel d'intérêts, tel qu'il est consacré dans les *Federal Acquisition Regulations* (Réglementations fédérales sur les marchés publics d'approvisionnement)[146] et dans certaines lois, présente trois caractéristiques

saillantes. En premier lieu, et au contraire du concept initial, il reconnaît qu'un conflit peut surgir si les intérêts d'un entrepreneur vont à l'encontre de l'« intérêt public ». En second lieu, il exige la divulgation d'intérêts potentiellement conflictuels aux clients gouvernementaux. En troisième lieu, et comme évoqué ci-dessous, les règles régissant les adjudicataires de marchés publics disposent qu'il est possible de renoncer à appliquer les règles en matière de conflit d'intérêts (en présence d'un tel conflit) si le recours à cet adjudicataire est jugé essentiel.

En résumé, l'application des règles en matière de conflit d'intérêts aux entrepreneurs (conflit structurel d'intérêts) est intervenue sous l'impulsion des entrepreneurs eux-mêmes, puis de leurs clients publics. La notion qu'un « intérêt public » indépendant exigeait d'être protégé – par exemple, un intérêt supérieur à celui d'entrepreneurs indépendants ou d'agences et dépassant cet intérêt – est arrivée tardivement dans la politique en matière de conflit structurel d'intérêts.

5.1.2. *L'application des règles en matière de conflit structurel d'intérêts : un jeu d'initiés*

L'application des interdictions édictées en matière de conflit structurel d'intérêts est un jeu d'initiés[147]. Il existe des motifs de douter qu'en l'absence de vigilance de la part des entrepreneurs concurrents, les règles soient appliquées avec la rigueur qui s'impose.

Les audits publics du processus de contrôle des conflits d'intérêts sont peu nombreux et peu fréquents. En 1980, puis en 1989, la sous-commission du sénateur Pryor a procédé à un audit sur la question au sein du DOE. Les travaux de la sous-commission ont révélé des défauts systématiques d'application des règles. En premier lieu, la sous-commission a découvert, et le DOE confirmé[148], que les entrepreneurs ne se conformaient pas aux exigences posées en matière de divulgation. Le défaut de divulgation apparaissait souvent de manière flagrante, en comparant la divulgation relative à l'existence d'un conflit d'intérêts avec la partie de l'offre dans laquelle mettait en avant son expérience[149]. En second lieu, la sous-commission a constaté que les fonctionnaires chargés des achats, juridiquement responsables de faire respecter les règles en matière d'approvisionnements publics, connaissaient ces règles mais ne connaissaient pas nécessairement l'objet des marchés qu'ils étaient chargés de contrôler[150]. Les fonctionnaires chargés des achats comptaient sur les fonctionnaires chargés des programmes pour les alerter sur l'importance des informations divulguées. Entre-temps, la sous-commission a déposé son rapport qui conclut que les « fonctionnaires chargés des programmes, qui dépendent d'entrepreneurs sous-traitants, supposent eux-mêmes que les fonctionnaires chargés des

achats appliqueront convenablement les règles de conflits d'intérêts du DOE »[151].

En troisième lieu, les fonctionnaires chargés des programmes peuvent considérer les indices de conflit comme la preuve qu'il faut faire appel à l'entrepreneur, et non l'écarter[152]. Comme le professeur Jaffe le fait observer dans son article sur la législation faite par des groupes privés : « Ceux qui réalisent l'opération ou forment partie de la relation à réglementer sont susceptibles d'avoir une meilleure conscience du problème et des possibilités de le résoudre efficacement ; l'expérience et la pratique sont immédiatement disponibles[153]. » Ainsi, dans la perspective des fonctionnaires chargés des programmes, une expertise de grande valeur peut être l'envers de ce que le profane pourrait considérer comme un conflit d'intérêts[154].

5.1.3. *Convergence des règles applicables aux fonctionnaires et aux sous-traitants ?*

S'appuyant sur la présomption que les sous-traitants sont surveillés par des fonctionnaires, et n'assument pas eux-mêmes des fonctions publiques par inhérence, les règles sur le conflit structurel d'intérêts prévoient l'emploi du sous-traitant, y compris si un conflit existe et ne peut pas être évité[155]. En revanche, si le conflit d'intérêts est « substantiel », les interdictions posées par l'Article 208 du Titre 18 ne peuvent pas être contournées en vertu d'une renonciation à leur application, par exemple en signant un engagement de réduire l'ampleur du conflit ou au motif que le travail de l'employé contractuel est essentiel[156].

La privatisation en 1998 de l'*US Enrichment Corporation* (USEC) suggère une révision tacite du principe légal qui s'est longtemps appliqué aux fonctionnaires, en vue de rendre leurs contraintes en présence d'un conflit d'intérêts aussi légères que celles qui s'appliquent aux entrepreneurs sous-traitants. Le directeur général de l'USEC, fonctionnaire gouvernemental soumis à l'Article 208 du Titre 18, a obtenu une dispense en vertu de l'Article 208 (accordée par le président du Conseil d'administration de l'USEC) l'autorisant à participer à la décision de privatisation. La lettre de dispense confirmait que le fonctionnaire détenait un intérêt financier substantiel dans la décision de privatisation (car il avait à gagner ou à perdre en fonction de la méthode de privatisation éventuellement choisie). La lettre expliquait que les services du fonctionnaire étaient indispensables et seraient surveillés par le Conseil. La lettre déclarait donc que les conditions légales de la dispense étaient remplies, même si elle notait simultanément que le fonctionnaire concerné détenait un intérêt financier substantiel[157]. Il semble qu'il n'y ait aucun précédent public décidant d'appliquer à des fonctionnaires la norme de dispense applicable à des tiers[158].

5.2. *Liberté d'information : l'opposition entre l'autonomie et la responsabilité des tiers sous-traitants*

Les tribunaux ont longtemps jugé que les entrepreneurs sous-traitants (et autres tiers) ne sont généralement pas soumis au *Freedom of Information Act* (Loi sur la liberté d'information, FOIA), au motif qu'ils ne sont pas des « agences gouvernementales ». L'analyse reflète l'opinion selon laquelle les qualités que les acteurs privés apportent au service public seront compromises s'ils sont soumis aux contraintes du FOIA. Ces dernières années, la tension entre responsabilité et autonomie des tiers a atteint un point critique.

L'évolution et la logique de la perspective judiciaire sont résumées dans une trilogie d'affaires tournant autour de la question de savoir si des tiers étaient des « agences » pour les besoins du FOIA.

L'affaire *Washington Research Project v. Department of Health, Education, and Welfare*[159] mettait en cause l'évaluation par des consultants extérieurs de demandes de subventions pour des projets concernant l'hygiène mentale. La Cour d'Appel a reconnu que « l'on pouvait présumer que les [évaluations] avaient une très grande influence sur la décision de financement »[160]. La Cour a estimé que la « question importante [était de savoir] si [le tiers] avait juridiquement le pouvoir de prendre des décisions »[161]. Considérant que le rôle des consultants était consultatif, la Cour en a conclu que les consultants « assumaient des fonctions administratives au moyen de consultations extérieures, et n'étaient pas des agences »[162]. En conséquence, la Cour en a conclu que les évaluations étaient soumises à l'exemption relative aux délibérations « intra-agence »[163].

Dans l'affaire *Forsham v. Harris*[164], la Cour Suprême a examiné la requête d'un groupe de médecins visant à obtenir communication de données d'étude sur le diabète collectées et conservées par un groupe de recherche universitaire. L'agence ayant financé l'étude (*Department of Health, Education, and Welfare* (ministère américain de la Santé, de l'Éducation et des Affaires sociales) ou HEW) a rejeté la demande au motif que les données n'avaient jamais été « touchées par la main de fonctionnaires »[165]. Le HEW a vigoureusement proclamé qu'« aucun service du HEW n'avait jamais revu ni même vu les données brutes », puisque la mission d'évaluer la validité de l'étude avait été assignée à un autre organisme subventionné[166].

La Cour en a conclu que des données générées par un organisme « contrôlé par le secteur privé » grâce à des fonds fédéraux, mais qui « n'ont pas été obtenus par l'agence » ne sont pas des dossiers de l'agence[167]. Cette conclusion reposait sur l'avis majoritaire des magistrats de la Cour, selon laquelle des bénéficiaires de subventions du secteur privé sont, et doivent être, des entités qualitativement différentes des agences officielles. La Cour l'a expliqué en ces termes :

> *Ce traitement des bénéficiaires de subventions fédérales en vertu du FOIA est compatible avec le traitement qu'en fait le Congrès dans d'autres domaines de la*

législation fédérale. Les subventions… ne créent ni une association ni une coentreprise avec le bénéficiaire, et ne servent pas à convertir les actes privés du bénéficiaire en actes publics, à défaut d'une supervision extensive, minutieuse et pratiquement quotidienne[168].

La Cour a expliqué que le Congrès avait cherché à « maintenir l'autonomie des bénéficiaires de subventions fédérales et de leurs dossiers »[169]. Ce principe étant posé, la majorité des juges a fait litière de l'argument selon lequel le fait que les fonctionnaires se fondent sur les dossiers des bénéficiaires de subventions devrait faire pencher la balance en faveur de la divulgation. La Cour en a tiré la conclusion suivante : « à moins qu'il ne soit préalablement prouvé que l'agence a créé ou obtenu le document, le fait que l'agence se soit fondée sur ce document ou l'ait utilisé est totalement inopérant. »[170].

Les juges Brennan et Marshall ont fait preuve de peu d'indulgence pour la déférence manifestée par la majorité de la Cour à l'égard de l'autonomie des bénéficiaires de subventions, dès lors que des considérations d'intérêt public seraient en jeu[171].

On pourrait soutenir que Forsham ne demandait pas à la Cour de choisir entre l'autonomie et la responsabilité des tiers décideurs. Peu après l'affaire Forsham, l'affaire *Public Citizen Health Research Group v. Department Health, Education, and Welfare*[172] a confirmé qu'à tout le moins dans le contexte du FOIA, le pouvoir judiciaire n'a pas été frileux et n'a pas hésité à préférer l'autonomie des tiers à la responsabilité de ceux-ci.

Public Citizen sollicitait la remise de documents par une *Professional Service Review Organization* (Organisation de vérification de services professionnels, PSRO), organisme à but non lucratif désigné par le HEW pour appliquer des programmes *Medicare* et *Medicaid*. Conformément à la loi, les PSRO sont des groupes de « vérification par des pairs » qui déterminent, entre autres, si les services rendus par des institutions sont médicalement nécessaires[173]. Le Congrès a consacré le principe que les décisions des PSRO « valent décision définitive sur ces questions… pour les besoins du paiement… »[174].

Le *District Court*, suivant la suggestion de *Washington Research Project* selon laquelle un pouvoir formel de décision pourrait faire d'une entité privée une « agence », a conclu que le PSRO « détient ce pouvoir et l'exerce quotidiennement »[175]. La majorité des magistrats de la Cour d'Appel n'a pas suivi cet argument. Suivant Forsham, la majorité a estimé que le point essentiel était la préservation des qualités uniques que les acteurs privés apportent au service public :

Il est préférable et approprié que ce soit des organisations de professionnels qui vérifient le travail de membres de leur profession plutôt que de confier ce rôle à

> *l'État… les médecins du PSRO… doivent être des praticiens hospitaliers en activité. L'objectif est ici de garantir que seuls des médecins expérimentés dans la fourniture et la pratique de soins hospitaliers vérifient la qualité de ces soins*[176].

Comme la majorité des juges l'avait déjà fait dans l'affaire *Forsham*, la majorité des juges dans l'affaire *Public Citizen* s'est référée à l'intention du Congrès de protéger l'autonomie des tiers :

> *Les PSRO doivent être des organisations médicales indépendantes composées de médecins praticiens du secteur privé, et non pas des agences gouvernementales dirigées par des fonctionnaires de l'État… Tout jugement qui reconnaîtrait que le [PSRO], organisation de médecins privés, constitue une agence gouvernementale, serait contraire à l'objectif ainsi consacré par le Congrès*[177].

Il est vrai, comme la majorité des juges l'a admis, que les avis des experts privés « font autorité ». Néanmoins :

> *En rendant ces avis, ils ne deviennent et ne doivent pas devenir membres d'une organisation gouvernementale… Un instant de réflexion démontrera que tout autre accord serait irréalisable pour des raisons pratiques : si le département devait revoir chacun des centaines de milliers d'avis médicaux présentés, il faudrait créer une bureaucratie monstrueusement lourde et ingérable*[178].

En 1998, la tension entre responsabilité et autonomie craque à la couture. A la suite des plaintes de l'industrie, selon lesquelles l'EPA ne fournirait pas au bénéficiaire de subventions les données sous-jacentes aux règles anti-pollution proposées, le Congrès a modifié le FOIA (l'amendement Shelby) afin de renverser dans une mesure substantielle la jurisprudence Forsham[179]. L'amendement Shelby est rapidement devenu une « cause célèbre » dans la communauté des organisations à but non lucratif. Grâce à l'Internet et au courrier électronique, 10 000 commentaires ont été envoyés en réponse à la proposition de l'*Office of Management and Budget* (Bureau de la gestion et du budget) de 1999 d'appliquer l'amendement[180]. Les commentaires, et les propositions corrélatives de réviser ou abroger l'amendement Shelby, illustrent la politique intéressante des États-Unis en matière d'externalisation des fonctions de l'État. Les industries réglementées ont exhorté le gouvernement à la transparence, tandis que les organismes à but non lucratif se sont plaints que l'application du FOIA gèlerait leurs activités et affecterait la capacité du public à avoir accès à des travaux de recherche de grande valeur[181].

Le débat sur l'amendement Shelby a marqué la fin du cycle entamé au milieu du siècle. Avant le milieu du siècle, une partie de l'establishment des organismes à but non lucratif s'est opposée au financement fédéral au motif que les institutions privées seraient « polluées » par des fonds publics[182]. Comme Don Price le rappelait à l'époque, ces préoccupations se sont évanouies sous l'afflux des dollars fédéraux. « [L]es arguments inflexibles de

nombreux leaders de la communauté scientifique des années 30 contre le principe de subventions fédérales en faveur de la science semble (semblaient) désormais… vieillis et inopérants… [A]ucune grande université moderne ne pourrait réaliser ses programmes de recherche sans l'argent fédéral. »[183]

5.3. *L'opposition entre souplesse et responsabilité du gouvernement : actions judiciaires de tiers sur le fondement de la législation régissant l'externalisation des fonctions de l'État*

La croissance de l'externalisation des fonctions de l'État s'est accompagnée d'une réforme profonde du droit en matière de recevabilité des actions, y compris la recevabilité des entrepreneurs à contester le processus d'adjudication des marchés de l'État, et la recevabilité d'autres tiers bénéficiaires de subventions ou largesses de l'État à contester l'intégrité du processus d'octroi de celles-ci. La reconnaissance de ces droits légitimes d'agir en justice au profit de ces tiers souligne une autre tension inhérente au processus d'externalisation des fonctions de l'État – l'équilibre entre la souplesse manifestement inhérente au recours à des tiers et le droit de ces tiers à se pourvoir en justice pour défendre leurs intérêts.

Dans son arrêt rendu à l'unanimité dans l'affaire *Perkins v. Lukens Steel Co.*[184], la Cour a dénié à l'industrie métallurgique le droit de contester les décisions de fixation de salaires qui lui étaient imposées en tant que sous-traitant(s) du gouvernement en vertu du *Public Contracts Act* (Loi sur les marchés publics) de 1936. Le juge Black a expliqué cette décision en ces termes :

> *Comme les particuliers et les entreprises du secteur privé, l'État jouit du pouvoir illimité de s'approvisionner comme bon lui semble… Les tribunaux n'ont jamais revu ni supervisé l'exercice de cette responsabilité du pouvoir exécutif. Toute restriction judiciaire imposée à ceux qui gèrent les achats de l'État constituerait une rupture avec une pratique judiciaire consacrée et une immixtion dans des domaines que le génie de notre classe politique a sagement et heureusement confiés à l'administration d'une autre branche de l'exécutif*[185].

Si l'arrêt Forsham est l'arrêt de principe de la Cour, dans la reconnaissance de l'autonomie du bénéficiaire de subventions comme condition *sine qua non* des relations entre les bénéficiaires et subventions et l'État, l'arrêt Perkins est l'arrêt de principe de la Cour, dans la reconnaissance de la souplesse de l'exécutif comme condition *sine qua non* des relations entre l'État et ses entrepreneurs sous-traitants[186]. Cependant, le juge Black déclarait de manière prémonitoire – sans explication – que la Loi sur les marchés publics « ne constituait pas l'exercice par le Congrès d'un pouvoir réglementaire sur l'entreprise privée ou l'emploi »[187].

Dans l'affaire *Scanwell Laboratories, Inc. v. Shaffer*[188], la Cour d'Appel a reconnu que les soumissionnaires malheureux étaient recevables à agir, même s'ils n'avaient aucun droit à se voir adjuger un marché public. En outre, plusieurs tribunaux ont jugé que des tiers détenant un intérêt approprié dans une procédure publique étaient recevables à agir sur le fondement de l'intégrité de cette procédure. La recevabilité n'exige pas que les demandeurs soient les bénéficiaires ou adjudicataires victorieux à l'issue de cette procédure.

Dans l'affaire *West Virginia Association of Community Health Centers, Inc. v. Heckler*[189], une association de centres de santé a contesté une formule appliquée par le HHS pour l'octroi de subventions. Le HHS a soutenu que le demandeur n'était pas recevable au motif qu'à supposer même que l'allocation de West Virginia soit augmentée, rien ne garantirait qu'une subvention soit versée au demandeur. La Cour a évoqué les décisions de la Cour Suprême dans les affaires *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*[190], et *Regents of the University of California v. Bakke*[191]. Dans la première affaire, la Cour Suprême a jugé qu'un promoteur était recevable à contester une décision de reclassement urbanistique, en dépit du fait qu'il n'existait aucune garantie que le projet soit construit. Dans l'affaire *Bakke*, un candidat sollicitant son inscription dans une école de médecine a été jugé recevable à contester un plan de mesures adopté par cette école, en dépit du fait qu'il n'avait pas rapporté la preuve qu'il aurait autrement (c'est-à-dire, en l'absence du plan) été admis. Notant les autres décisions ayant reconnu que des centres sociaux de santé étaient recevables à contester des dépenses de fonds prétendument mal employés, au motif qu'ils pourraient bénéficier des fonds récupérés – mais n'en bénéficieraient pas nécessairement, la Cour a résumé cette jurisprudence en ces termes : « En vertu de ce courant jurisprudentiel, dès lors que les appelants ont démontré qu'ils se qualifieraient pour recevoir ces fonds, il n'ont pas à supporter la charge supplémentaire de prouver qu'ils sont certains de recevoir ces fonds. »[192]

Il reste à examiner si les frontières de la recevabilité des actions de tiers seront ou non repoussées plus loin. Il s'agit notamment de savoir si des bénéficiaires de contrats autres que des soumissionnaires peuvent contester des décisions d'achats[193], particulièrement celles qui violent prétendument les politiques de base édictées dans les circulaires OMB/OFPP – que l'exécutif s'efforce vigoureusement de rendre non révisables par les tribunaux[194]. Historiquement, des représentants d'employés fédéraux ont vainement tenté de se faire reconnaître recevables pour contester des décisions de sous-traiter leur travail, pour défaut de conformité à ces circulaires[195]. Cependant, le Sixième Circuit a donné une analyse en vertu de laquelle ces actions sont recevables[196].

Dans le contexte des développements retracés ici, l'opinion majoritaire exprimée par le juge Scalia dans l'affaire *Lujan v. Defenders of Wildlife*[197] – arrêt de principe sur la recevabilité et le droit environnemental en particulier – fait figure d'épilogue de l'arrêt Perkins du juge Black. En déclarant irrecevables des demandeurs qui entendaient agir en exécution de l'*Endangered Species Act* (Loi sur les espèces en danger), le juge Scalia a jugé qu'à défaut par les demandeurs de pouvoir prouver une lésion de leurs propres intérêts, le Congrès ne pouvait pas garantir la recevabilité de leur action pour « préjudice procédural » en vertu d'une « action citoyenne ». Le juge Scalia ajoute : « Défendre l'intérêt public (y compris l'intérêt public à ce que le gouvernement respecte la Constitution et les lois), est le rôle du Congrès et du Chef de l'exécutif » – et non pas des personnes privées[198]. Ainsi, la Cour a réaffirmé l'existence d'un « intérêt public », dont la défense incombe au « Congrès et au Chef de l'exécutif ». Simultanément, toutefois, le juge Scalia a réaffirmé la constitutionnalité des actions de tiers visant à faire exécuter la loi par des lois de « chasseurs de primes », notamment le *Federal False Claims Act* (Loi fédérale permettant à tout citoyen d'agir au nom des États-Unis en cas de fraude ou de détournement de biens publics). Il explique que dans ces cas, « le Congrès a créé un intérêt privé concret à l'issue favorable d'un procès intenté, au profit de l'État américain, à l'encontre d'une partie privée, en accordant une prime au demandeur victorieux »[199]. En bref, en affirmant la séparation entre intérêt « public » et intérêt « privé », la Cour a affirmé la légitimité d'un moyen historique en vertu duquel des pouvoirs d'action « publique » ont été indirectement conférés à des intérêts « privés ».

5.4. *Gestion des approvisionnements et politique des groupes d'intéressés : la sous-optimisation de la responsabilité des tiers*

En l'absence de surveillance par le Congrès/l'exécutif du personnel financé par des fonds fédéraux la réglementation de l'externalisation des fonctions de l'État se réduit, par défaut, à la promesse d'une meilleure gestion des approvisionnements ou aux efforts des groupes d'intéressés pour défendre leurs intérêts (ou leurs droits) par des actions *ad hoc* (telles celles qui ont conduit à l'interdiction de soumissionner pour des marchés de matériel et l'amendement Shelby). Les deux approches présentent beaucoup d'atouts, mais souffrent également de limitations évidentes.

Les promesses de meilleure gestion des approvisionnements grâce à de nouvelles techniques contractuelles et/ou à des avis d'appel d'offres n'ont jamais été des panacées, y compris aux meilleures époques[200]. A titre d'exemple, les contrats récompensant les « performances » ou contenant des éléments « incitatifs », peuvent s'avérer d'autant moins efficaces qu'ils sont nécessaires – par exemple lorsque, comme cela est le cas lorsqu'il s'agit d'améliorer l'armement ou l'éducation, les produits ou services ne sont pas

faciles à définir ou atteindre, et lorsque la définition de la performance peut elle-même changer à mi-contrat en fonction des revirements politiques ou bureaucratiques[201]. De la même manière, la promesse de responsabilité par l'évaluation des performances passées s'est révélée illusoire lorsque les performances passées – y compris dans des circonstances relativement stéréotypées – ne sont pas aisément mesurables ou ne sont justement pas mesurées[202]. La promesse de responsabilité par la concurrence implique un ensemble supplémentaire de « compensations »[203].

Plus important encore, la dépendance permanente et croissante de l'État à l'égard de tiers pour l'accomplissement de ses fonctions intervient aux dépens de la capacité des fonctionnaires à surveiller ces tiers. Le Rapport Bell atteste qu'il existait, dès 1962, des motifs de s'inquiéter de l'effet « cumulatif » de la sous-traitance – la perspective que de meilleurs salaires et un travail plus intéressant n'incitent les meilleurs fonctionnaires à rejoindre le bataillon des sous-traitants. Cette préoccupation s'est accompagnée d'une conscience aiguë de la nécessité d'avoir des effectifs de fonctionnaires capables de surveiller le personnel contractuel. Aujourd'hui, l'effet « cumulatif » est exacerbé par la réduction des effectifs de fonctionnaires et l'impression simultanée qu'une carrière dans la « fonction publique » manque d'attrait.

En conclusion, les groupes d'intéressés au sein de la fonction publique peuvent jouer un rôle majeur dans la surveillance des personnels contractuels travaillant pour l'État. Les progrès de l'informatique – qui permettent un accès public aux activités gouvernementales de manière immédiate et étendue – peuvent permettre des bonds en avant dans la capacité de surveillance des groupes d'intéressés[204]. Simultanément, et comme les affaires précitées l'ont bien reconnu et illustré, les perspectives des groupes d'intéressés reflètent nécessairement leurs propres intérêts et peuvent ne pas représenter l'intérêt public avec toute l'ampleur requise[205].

6. La Cour Suprême, interlocuteur par défaut des nouvelles règles du service public

En l'absence de contrôle cohérent de l'exécutif et du Congrès, la Cour joue, nécessairement au cas par cas, un rôle par défaut pour déterminer les règles de fonctionnement de l'État externalisé et la mesure dans laquelle des entités non fédérales investies d'une mission d'utilité publique seront contraintes par les règles qui contraignent les fonctionnaires.

6.1. Position de la Cour sur le concept de fonctions « exclusivement publiques »

Bien que l'exécutif considère, comme nous l'avons vu ci-dessus, le concept de « fonctions gouvernementales par inhérence » comme « axiomatique », la

Cour Suprême n'a pas donné un contenu abondant à ce concept. Dans l'affaire *Flagg Brothers, Inc. v. Brook*, la Cour a passé en revue la tradition et la jurisprudence pour déterminer si le « règlement obligatoire des différends » constituait une « fonction exclusivement publique »[206]. Dans cette affaire, le demandeur soutenait que la vente par un dépositaire de marchandises qui lui avaient été confiées pour stockage, conformément à l'adoption du Code Uniforme de Commerce par l'État de New York, constituait une fonction publique. La majorité des juges a rappelé que seules deux activités – les élections et les activités des « *company towns* » (villes construites autour d'une usine ou d'une mine) – pouvaient être qualifiées de « fonctions exclusivement publiques »[207]. La majorité a noté que « la Cour n'avait jamais considéré l'exercice privé de fonctions de police »[208].

Dans leur avis dissident, les juges Marshall, Stevens et White ont proclamé que l'État de New York avait « autorisé le dépositaire à accomplir ce qui était clairement une fonction publique[209] ». Selon eux :

> *L'histoire démontre de manière éclatante que le pouvoir de l'État d'ordonner le règlement obligatoire et non amiable d'un conflit entre débiteur et créancier est exactement le type de pouvoir soumis à la* Due Process Clause *(Clause relative au respect de la procédure légale), que l'on qualifie ce pouvoir de « traditionnel », d'« exclusif » ou de « significatif ». Dans ces conditions, la délégation de ce pouvoir par l'État à une partie privée est soumise au contrôle du respect de cette garantie d'un procès régulier*[210].

Dans l'arrêt Flagg Brothers, la Cour évoque des « fonctions exclusivement publiques » et non des « fonctions gouvernementales par inhérence ». Toutefois, la confusion potentielle entre le terme « public » et le terme « gouvernemental », ne semble pas affecter la portée des conclusions de la majorité des juges de la Cour. L'accent mis par l'arrêt Flagg Brothers sur des « fonctions exclusivement publiques » complique beaucoup la tâche de ceux qui espèrent se référer aux traditions constitutionnelle et/ou historique pour découvrir une ligne de partage nette entre fonctions gouvernementales et fonctions non gouvernementales[211].

6.2. La Cour, arbitre du statut public de tiers : les racines constitutionnelles de la tension entre autonomie et responsabilité des tiers

L'affaire *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*[212], émerge comme un épilogue à l'affaire *Flagg Brothers*. Si l'arrêt Flagg Brothers démontre que la Cour Suprême est peu encline à constater l'existence d'un grand nombre de fonctions « exclusivement publiques », l'arrêt Lebron démontre que la Cour entend même contredire la déclaration expresse du Congrès selon laquelle une entité n'est pas un acteur gouvernemental.

L'arrêt Lebron mettait en cause le refus de Amtrak de permettre à un artiste d'exposer son œuvre dans une gare. Amtrak est une « société publique » conformément au *Government Corporation Control* Act (Loi sur le contrôle des sociétés publiques)[213]. En créant Amtrak, le Congrès a pris la peine de la libérer des contraintes autrement applicables aux agences gouvernementales (par ex. les règles sur les approvisionnements fédéraux). Plus directement, le Congrès a déclaré que Amtrak « ne sera ni une agence ni une émanation du gouvernement des États-Unis »[214].

Le juge Scalia, exprimant l'avis majoritaire des juges dans l'affaire *Lebron*, a expliqué que la loi portant création de Amtrak « définit clairement le statut de Amtrak en tant qu'entité publique, pour les besoins de questions relevant du contrôle du Congrès »[215], par exemple, l'applicabilité de l'*Administrative Procedure Act* (Loi sur la procédure administrative), le *Federal Advisory Committee Act* (Loi sur le comité consultatif fédéral), et les lois fédérales sur les approvisionnements publics. Mais il explique qu'« il n'incombe pas au Congrès de prendre la décision finale de qualifier Amtrak d'entité publique, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits constitutionnels de citoyens affectés par ses actes »[216].

Après examen des circonstances entourant la création et les opérations de Amtrak, y compris la mission d'intérêt public qui lui est conférée par la loi portant création de Amtrak et le fait que la majorité des membres de son Conseil soit nommée par le Président, la majorité des juges a considéré que Amtrak « est une agence ou émanation des États-Unis pour les besoins de l'appréciation des droits individuels garantis par la Constitution à l'encontre de l'État »[217].

L'arrêt manifeste la volonté de la Cour de servir d'arbitre du statut « public » (pour les besoins de la Constitution). Le Congrès ne peut pas immuniser une entité contre le statut public par une simple déclaration. Les entités privées auxquelles est assignée une mission publique ne peuvent pas « s'exonérer des obligations les plus solennelles imposées par la Constitution en recourant simplement à la forme juridique d'une société »[218].

Simultanément, l'arrêt Lebron démontre que la tension entre l'autonomie et la responsabilité des tiers plonge ses racines dans la Constitution. Il peut être souhaitable de libérer des entités comme Amtrak des contraintes qui s'appliquent aux fonctionnaires, car cette liberté leur permettra de poursuivre plus efficacement leur objet d'intérêt public. Mais, dans la mesure où cet objet demeure un intérêt public, la Constitution peut exiger que l'entité demeure soumise aux mêmes contraintes que si elle relevait encore du secteur public.

6.3. La Cour, arbitre du droit des tiers à un statut d'employé de la fonction publique : L'équation sélective des doubles systèmes réglementaires

Dans l'affaire *Lebron*, la Cour a examiné la question de l'imposition des contraintes de la fonction publique à un organisme manifestement non gouvernemental. Dans d'autres affaires récentes, la Cour a examiné la mesure dans laquelle des tiers sont habilités à revendiquer les privilèges et immunités dont bénéficient les fonctionnaires.

Dans l'affaire *Boyle v. United Technologies Corp.*[219], la Cour a examiné la question de savoir si un sous-traitant du ministère de la Défense peut être reconnu responsable, sur le fondement du droit administratif de la responsabilité quasi-délictuelle, en raison d'un vice de conception ayant conduit à un crash d'hélicoptère fatal. Le juge Scalia, exprimant l'avis majoritaire de la Cour, a estimé que bien que l'affaire ait impliqué un entrepreneur indépendant « plutôt qu'un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions d'employé fédéral… l'intérêt en cause était manifestement le même, à savoir l'exécution de tâches incombant à l'État »[220]. Le juge Scalia a estimé que l'exécution de marchés fédéraux répondait à un intérêt « fédéral de caractère unique », « [l']imposition d'une responsabilité à la charge des sous-traitants de l'État affectera directement les termes des marchés de l'État : soit le sous-traitant refusera de fabriquer selon les plans spécifiés par l'État ; soit il augmentera ses prix. Dans les deux cas, les intérêts des États-Unis seront directement affectés »[221].

Le juge Scalia a expliqué que la reconnaissance d'un intérêt fédéral de caractère unique ne suffisait pas à « préempter » le droit administratif. Toutefois, il existait un conflit entre l'obligation de diligence imposée par le droit administratif et l'obligation de l'entrepreneur de suivre les spécifications gouvernementales. La majorité des juges a donc considéré qu'une responsabilité pour vices de conception d'équipements militaires ne devait pas être imposée en vertu du droit administratif, dès lors que les États-Unis avaient approuvé des spécifications raisonnablement précises, que les équipements étaient conformes aux spécifications et que le fournisseur avait mis le gouvernement en garde contre des vices non connus des États-Unis[222]. La majorité des juges a formulé ces conclusions en consacrant le principe selon lequel la « fonction discrétionnaire » de l'État échappe aux poursuites sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle (en vertu du *Federal Tort Claims Act*, Loi fédérale sur les actions en responsabilité quasi délictuelle) ; « [l]a conception finalement choisie peut parfaitement refléter un jugement politique décisif des fonctionnaires gouvernementaux, que ce soit le sous-traitant, plutôt que les fonctionnaires, qui ait ou non réalisé la conception »[223].

Dans leur avis dissident, les juges Brennan, Marshall, Blackmun et Stevens ont débattu de l'équation posée par la majorité des juges entre entrepreneurs indépendants et fonctionnaires[224]. Selon les juges dissidents, l'invocation de l'« intérêt fédéral de caractère unique » pour étendre l'immunité liée à la « fonction discrétionnaire », ne s'appliquait jusqu'à présent qu'aux seuls « fonctionnaires »[225].

Dans l'affaire *Boyle*, il apparaît que la proximité des sous-traitants par rapport au processus décisionnel protégé des fonctionnaires protège également ces sous-traitants.

Dans l'affaire *Board of County Commissioners v. Umbehr*[226], la Cour était saisie de la question de savoir si un entrepreneur indépendant pouvait bénéficier, en vertu du Premier amendement, des protections qui s'appliqueraient à un fonctionnaire[227]. Umbehr était chargé du ramassage des ordures ménagères pour plusieurs villes du Comité de Waubaunsee, Kansas. En première instance, le District Court a supposé, pour les besoins du prononcé d'un jugement sommaire, que le marché de Umbehr avait été résilié en raison de propos qu'il avait tenus, et qu'il avait subi un préjudice du fait de cette résiliation[228]. Cependant, le District Court a jugé que les Commissionners étaient libres de tenir compte des propos de Umbehr dans leur décision de lui maintenir ou non le bénéfice de ce marché[229]. La Cour d'Appel a infirmé ce jugement, considérant qu'un entrepreneur indépendant pouvait bénéficier des mêmes droits en vertu du Premier amendement, et sous les mêmes réserves, que ceux auxquels un fonctionnaire peut prétendre en vertu de l'arrêt *Pickering v. Board of Education*[230].

Dans leurs plaidoiries, les parties ont « chacune invité la Cour [Suprême] à opérer une distinction entre entrepreneurs indépendants et employés »[231]. La majorité des juges de la Cour a estimé qu'il existait une similitude essentielle entre eux, à tout le moins en relation avec la protection conférée par le Premier amendement : « les entrepreneurs indépendants sous-traitants de l'État sont similaires, sur la plupart des points les plus importants, à des fonctionnaires de l'État, bien que les intérêts soient généralement (mais pas toujours) quelque peu moins puissants, dans le cas d'un entrepreneur indépendant, que dans le cas du porte-parole et de l'État »[232]. La majorité des juges a relevé que les « entrepreneurs indépendants sont souvent employés pour exécuter des tâches qui... seraient autrement accomplies par des fonctionnaires salariés de l'État »[233]. Compte tenu de cette similitude essentielle entre les entrepreneurs indépendants et les employés [de l'État], la majorité des juges a déclaré qu'il serait inapproprié de juger de l'application des protections du Premier amendement « sur la base de ces distinctions formelles [quant au statut respectif d'employé et d'entrepreneur], qui peuvent être largement manipulées au gré des agences gouvernementales concernées »[234]. Ainsi, pour accorder aux entrepreneurs indépendants le

statut officiel leur permettant d'invoquer le bénéfice du Premier amendement, la majorité des juges a examiné l'équation fonctionnelle entre entrepreneurs indépendants et fonctionnaires salariés de l'État, et reconnu l'existence d'une équivalence substantielle entre eux.

Dans un avis dissident remarqué, le juge Scalia a contesté l'équivalence affirmée par la majorité des juges pour des motifs historiques et fonctionnels. Le juge Scalia a rappelé à bon droit que les entrepreneurs indépendants et les fonctionnaires salariés avaient historiquement été gouvernés par deux jeux de règles différents. En outre, l'adjudication de marchés à des entrepreneurs a traditionnellement joué un rôle considérable de patronage :

> *Il est incontestable que la pratique de récompenser ses alliés, et son corollaire, qui est de refuser de récompenser ses opposants – et c'est exactement ce double principe qui est au cœur de ces affaires aujourd'hui – correspond à une tradition politique américaine aussi vieille que la République… y compris dans le domaine des marchés publics… Si ce n'est pas cette longue tradition ininterrompue de notre peuple qui doit trancher ces affaires, alors quel autre élément doit les trancher*[235] *? En réponse à l'équation « entrepreneurs-fonctionnaires » reconnue par la majorité des juges, Scalia a proclamé une différence essentielle entre le statut des entrepreneurs et celui des fonctionnaires, et entre les incitations qui les meuvent respectivement :*
>
> *[Le] fonctionnaire est toujours une personne physique et, à moins d'appartenir au plus haut grade de la fonction publique, pratiquement toujours une personne qui n'est pas riche ; le licenciement d'un fonctionnaire ou le refus d'accorder un emploi de fonctionnaire équivaut à retirer ou refuser à l'intéressé ses moyens d'existence. En revanche, un entrepreneur sous-traitant de l'État est généralement une société, et il est rare, s'il perd un marché, qu'il perde toute son entreprise*[236].

En bref, la majorité des juges dans l'affaire *Umbehr* : *i)* a assimilé les tâches accomplies par des entrepreneurs à celles accomplies par des fonctionnaires ; *ii)* a rejeté l'idée que le statut juridique formel (entrepreneur indépendant ou fonctionnaire) doive servir de base de distinction, car ce statut est sujet à manipulation par les pouvoirs publics ; et *iii)* en a conclu, à tout le moins en ce qui concerne le Premier amendement, que les entrepreneurs peuvent bénéficier de la même protection que les fonctionnaires.

L'avis dissident : *i)* s'est fondé sur des données historiques et empiriques pour opérer une distinction entre les tâches assumées par des entrepreneurs indépendants et celles assumées par des fonctionnaires ; *ii)* s'est appuyé sur l'existence historique d'une double réglementation des entrepreneurs et des fonctionnaires pour rejeter l'équation préconisée par la majorité des juges ; et *iii)* a conclu qu'il ne fallait pas remettre en cause la tradition historique de la double réglementation[237].

L'affaire *Richardson v. McKnight*[238], a donné l'occasion d'une nouvelle passe d'armes entre le juge Scalia et la majorité. Dans cette affaire, un prisonnier, qui prétendait avoir été blessé par deux gardiens de prison, sollicitait réparation en vertu d'une action en responsabilité quasi délictuelle sur le fondement de la Constitution. Les gardiens de prison étaient des employés d'une prison privatisée. La question était de savoir si les gardes pouvaient, pour se soustraire à ces poursuites judiciaires, invoquer l'immunité accordée sous certaines conditions aux fonctionnaires, en vertu de l'arrêt Harlow v. Fitzgerald[239].

L'équation entre travaux d'entrepreneurs et travaux de fonctionnaires, qui avait été l'élément décisif pour la majorité des juges dans l'affaire *Umbehr*, a été rejetée dans l'affaire *Richardson*. Dans l'affaire *Richardson*, les gardiens ont argué qu'ils faisaient le même travail que des gardiens de prison fonctionnaires, et « devaient bénéficier d'une immunité dans la même mesure »[240]. Plutôt que d'admettre cette équivalence, la majorité des juges de la Cour a examiné les « considérations politiques spéciales en matière de poursuites judiciaires contre des fonctionnaires » pour déterminer si l'immunité était applicable aux entrepreneurs sous-traitants de l'État[241].

Le juge Breyer a estimé que l'immunité était exigée pour « protéger [] le public contre une timidité injustifiée de la part des fonctionnaires »[242]. Le juge Breyer a noté que le juge Hand avait expliqué à bon droit que la menace de responsabilité « calmerait l'ardeur de tous les fonctionnaires, sauf des plus résolus, ou des plus irresponsables »[243].

Dans l'affaire *Umbehr*, la majorité avait eu peu de considération pour l'effort du juge Scalia, lorsqu'il s'efforçait d'opérer une distinction entre les caractéristiques des fonctionnaires et celles des entrepreneurs. Dans l'affaire *Richardson*, cette distinction a été décisive.

Le juge Breyer a expliqué :

Les requérants [gardiens de prison]… négligent certaines différences importantes qui sont critiques, dans la perspective d'une demande d'immunité. En premier lieu, la motivation essentielle de l'immunité accordée aux fonctionnaires – une timidité injustifiée – est moins susceptible d'exister, ou, à tout le moins, n'est pas une motivation particulière, dans le cas où une société privée soumise aux pressions concurrentielles du marché administre une prison. Les pressions concurrentielles signifient non seulement qu'une société dont les gardiens sont trop agressifs s'exposera à devoir payer des indemnités qui augmenteront ses coûts d'exploitation, l'exposant ainsi au risque d'être remplacée, mais également qu'une société dont les gardiens sont trop timides s'exposera à des menaces de remplacement…

En d'autres termes, les pressions du marché inciteront fortement une entreprise privée à éviter d'employer des gardiens excessivement timides, insuffisamment

vigoureux, trop peureux ou non zélés… Dans cette mesure, les employés en cause ressemblent à ceux d'autres entreprises privées et se distinguent d'[autres] employés de l'État[244].

Les salariés du privé – du moins les gardiens de prisons privées – sont, pour des raisons juridiques, plus intrépides que des fonctionnaires. De manière significative, le juge Breyer a pris la peine de souligner que la différence entre les gardiens ne tenait pas à leur nature individuelle, mais à celle des institutions dans lesquelles ils travaillent :

Cela ne signifie pas que les fonctionnaires, dans leurs efforts pour agir dans des limites constitutionnelles, sacrifieront toujours, ou souvent, l'exécution efficace de leurs fonctions. Cela signifie plutôt que les fonctionnaires agiront généralement dans un système différent… ce système est souvent caractérisé par des règlements applicables aux différents services de la fonction publique, qui, bien qu'ils garantissent la sécurité aux fonctionnaires, peuvent limiter les incitations ou la capacité des services individuels à récompenser, ou sanctionner, des fonctionnaires individuels[245].

Dans son avis dissident, le juge Scalia attaque la décision de la majorité, au motif qu'elle s'est fondée sur le « statut » et non sur la « fonction » pour statuer sur l'immunité. Selon le juge Scalia, les fonctions d'un gardien de prison public et privé sont essentiellement identiques[246].

Le juge Scalia a critiqué la logique empirique sous-jacente à l'analyse de l'institution par la majorité des juges. « A moins d'une incurie assez grave pour provoquer une émeute dans la prison, c'est le prix (et non la discipline) », qui sera le critère d'attribution d'un marché public d'administration d'une prison[247]. Commentant l'observation de la majorité, selon laquelle l'externalisation engendre à la fois des récompenses (par ex., une rémunération supérieure) et des risques, le juge Scalia a noté que la justification de l'externalisation est d'éviter « de devoir payer des fonctionnaires et de les voir s'encroûter dans ces emplois publics »[248].

6.4. La constitutionnalité des actions judiciaires de tiers : le Federal False Claims Act

La tradition de l'externalisation des fonctions de l'État, retracée dans cette étude, remonte au début du XX^{e} siècle ; cependant, il existe une tradition beaucoup plus ancienne, à savoir le recours à des procureurs généraux privés ou chasseurs de primes pour défendre des droits publics, en agissant au nom du roi ou du souverain. Depuis son apparition lors de la guerre de Sécession, le *Federal False Claims Act* (héritée de la loi médiévale du « *qui tam* », c'est-à-dire la loi permettant de poursuivre au nom du roi comme en son nom propre[249]) a servi essentiellement, sinon exclusivement, à poursuivre des actes frauduleux commis par des fournisseurs de l'État, et en particulier à endiguer la

corruption et la fraude des fournisseurs de l'armée[250]. Il n'est donc pas surprenant que les fournisseurs de l'État aient multiplié les efforts pour faire invalider le *Federal False Claims Act* (ou, du moins, la disposition relative à l'Informateur privé) en excipant d'un ou plusieurs motifs constitutionnels (particulièrement la recevabilité des actions et la séparation des pouvoirs)[251].

En novembre 1999, la Cour Suprême a dû statuer sur la question de savoir si un État américain pouvait ou non être poursuivi par un citoyen en vertu du *Federal False Claims Act* (qui permet aux citoyens d'agir en justice au nom des États-Unis). Peu avant les plaidoiries, la Cour a demandé aux parties de conclure sur la question de la constitutionnalité de la loi, évoquant la possibilité que la Cour envisage effectivement d'examiner la légalité de ces actions de tiers au nom des États-Unis.

En mai 2000, la Cour, s'exprimant par la voix du juge Scalia, a fermement affirmé la constitutionnalité de la loi[252]. En théorie, cette décision pourrait avoir éclairé la relation entre la manière dont la Cour voit les impératifs des doctrines de séparation des pouvoirs et de non délégation, d'une part, et la réalité pratique, d'autre part, qui rend ces actions de tiers indispensables à une époque où les effectifs de fonctionnaires sont réduits et les effectifs de personnels contractuels augmentés. En fait, l'opinion du juge Scalia reposait en premier lieu sur la consécration de plus de 500 ans de tradition anglaise et américaine et, en second lieu, sur la reconnaissance que les tiers qui tirent la sonnette d'alarme (les informateurs en vertu de la Loi) sont recevables à agir en justice, en tant que cessionnaires des droits d'action de l'État[253].

L'affirmation de la constitutionnalité de la loi par le juge Scalia, dans la lignée des opinions analysées ci-dessus, présente la grande vertu de préférer l'expérience historique et pratique à l'analyse logique abstraite. Ce faisant, cependant, le juge Scalia et la Cour ont remis à un autre jour l'explication des limites permissibles de ces actions de tiers agissant au nom de l'État, dans le contexte particulier de l'externalisation des fonctions de l'État.

6.5. Affaires ou controverses isolées sans valeur universelle

Sachant l'obscurité qui entoure la sous-traitance des fonctions de l'État, les arrêts de la Cour Suprême n'ont pas bénéficié du contexte nécessaire pour tester la logique de ses analyses nécessairement spécifiques aux affaires jugées. De la même manière, et peut-être corrélativement, la Cour n'a pas redonné une définition moderne aux concepts constitutionnels et de droit coutumier qui pourraient régir les relations « public/privé » relations lorsque, comme cela est actuellement le cas, la ligne de partage entre les « fonctions gouvernementales par inhérence » et les autres n'est pas entièrement satisfaisante.

6.5.1. *La Cour aurait besoin de statuer dans le contexte complet de l'externalisation de la fonction publique pour tester ses décisions*

En premier lieu, l'interprétation et l'utilisation par la Cour de l'équation assimilant les travaux des fonctionnaires aux travaux des tiers sous-traitants se heurtent à différentes critiques dans un contexte plus large. Dans l'affaire *Umbehr*, par exemple, la décision de savoir si des tiers doivent bénéficier des protections conférées à des fonctionnaires par le Premier amendement reposait sur l'évaluation de l'équivalence fonctionnelle de leurs travaux. La majorité des juges, considérant que les tiers entrepreneurs et les fonctionnaires sont fonctionnellement fongibles, en a conclu que le même principe de base doit leur être applicables à tous[254]. Cependant, et comme nous l'avons déjà indiqué, il est possible de présumer, à en juger par le nombre de missions, contrats et marchés qui leur sont assignés, qu'il n'existe pratiquement aucune fonction publique qui ne soit pas assumée par des entrepreneurs privés. Si l'on applique le critère de l'équivalence fonctionnelle, où se situe la limite ? Pourquoi devrait-il y avoir deux jeux de règles régissant les entrepreneurs et les fonctionnaires, par exemple en matière de rémunération, de transparence et d'éthique[255] ?

En second lieu, la présomption de la Cour concernant les qualités distinctives des fonctionnaires et des tiers suscite également des critiques. Dans l'affaire *Richardson*, la majorité des juges se fonde sur une distinction présumée entre les traits caractéristiques des « habitants » des bureaucraties du secteur public et des « habitants » du secteur privé. En bref, comme la majorité des juges le suggère et comme le juge Scalia le soulignait dans son avis dissident dans l'affaire *Umbehr*, les décisions judiciaires sur les règles devant régir les tiers vis-à-vis des fonctionnaires intègrent des notions sur leurs qualités relativement distinctes. Comme la majorité des juges a pris la peine de le noter dans l'affaire *Richardson*, les distinctions perçues peuvent elles-mêmes être de nature organisationnelle, et non individuelle. Dans ces conditions, d'où viennent ces présomptions et comment peuvent-elles être renversées ?

En troisième lieu, l'équilibre ou la tension empirique entre autonomie et responsabilité des tiers mérite attention[256]. Si les tiers n'étaient que des auxiliaires « temporaires et intermittents » du processus décisionnel, dont les travaux pourraient être dirigés et évalués de manière prévisible par des fonctionnaires, il ne serait pas nécessaire d'appliquer à des tiers les contraintes appliquées aux fonctionnaires. Cependant, comme nous l'avons analysé ci-dessus, la croissance de l'externalisation des fonctions de l'État se caractérise par une divergence croissante entre l'engagement *de jure* sur l'« axiome » que seuls des fonctionnaires accompliront des « fonctions gouvernementales par inhérence » (quelle qu'en soit la définition), et la

réalité, qui rend cet engagement douteux en raison même des ressources qui lui sont consacrées.

Enfin, la présomption de régularité sous-jacente au double système réglementaire – à savoir, la présomption que les tâches qui constituent la mission de base de l'État sont susceptibles d'être sous le contrôle *de facto* et *de jure* de « fonctionnaires » – risque fort d'être jetée en pâture au plus offrant[257].

En réalité, les décisions passées en revue ci-dessus indiquent une reconnaissance du fait que la présomption de régularité doit être testée à l'épreuve de la réalité. Ainsi, dans l'affaire *Lebron*, la majorité des juges est allée au-delà de la déclaration du Congrès selon laquelle Amtrak n'était pas une « agence ou émanation » du gouvernement, et a considéré la substance du rôle public de Amtrak[258]. Dans l'affaire *Umbehr*, la majorité des juges a également noté qu'il n'était pas possible de se fier aux déterminations officielles du statut d'« entrepreneur » ou de « fonctionnaire », car elles étaient trop facilement sujettes à manipulation[259].

Ces décisions révèlent une prise de conscience du caractère actuellement contingent (et sujet à manipulation) de la distinction formelle entre statut gouvernemental et non gouvernemental. Cependant, elles n'abordent pas la question de l'effet cumulatif des différences entre le système réglementaire régissant les fonctionnaires et celui régissant les tiers. Comme le Rapport Bell l'expliquait en 1962, il y avait déjà motif de craindre, à l'époque, que ce soit désormais des tiers, et non plus le gouvernement, qui disposent des talents nécessaires pour superviser le travail de tiers. Aujourd'hui, les incitations identifiées en 1962 (par ex., différences de rémunération et travaux plus intéressants) subsistent, et les carrières dans la « fonction publique » ne sont plus valorisées.

6.5.2. *Les anciens outils de la responsabilité revisités*

Il est probable que les fictions empirique et légale de régularité aient inhibé le déploiement de principes juridiques traditionnels pour ordonnancer l'exécution de missions de service public par des acteurs privés. Notre tradition juridique reconnaît depuis longtemps que des acteurs privés peuvent assumer des fonctions de service public. Tel est, par exemple, le postulat de droit coutumier de la réglementation moderne des services publics[260]. Cependant, si l'on présume que des tiers n'interviennent pas et/ou n'assument pas de responsabilité dans la prestation de services d'intérêt public, il y a peu de motifs d'invoquer la tradition. Il est suggéré que la proclamation continue par les milieux officiels et universitaires des fictions empirique et légale évoquées ci-dessus – selon lesquelles les fonctionnaires doivent accomplir, et accomplissent réellement les tâches gouvernementales par inhérence – a inhibé le déploiement des concepts traditionnels qui

pourraient ordonnancer la réalisation de tâches d'intérêt public par des entités privées. Ces concepts incluent la doctrine de la (non)délégation, la notion d'émanation de l'État, le concept d'« activité impliquant un intérêt public », et le droit coutumier des contrats.

A priori, la doctrine de la (non-) délégation semblerait se prêter à l'application d'un système d'externalisation des fonctions de l'État. Analytiquement, il semblerait que cette doctrine comporte trois volets. En tant qu'expression du principe de la séparation des pouvoirs, l'application de la doctrine à des tiers devrait être un dérivé de son application à leurs clients fonctionnaires. En tant qu'expression du principe selon lequel l'État souverain ne peut pas aliéner ses pouvoirs à d'autres que lui-même[261], l'application de la doctrine a conduit à soutenir des délégations de pouvoirs à des parties privées – au moins en l'absence d'une présomption de régularité régissant le contrôle par les pouvoirs publics[262]. Cependant, si cette doctrine est considérée comme une doctrine de « *due process* » (respect de la procédure légale), l'atténuation de la responsabilité qui découle de l'externalisation des fonctions de l'État peut soumettre les tiers à un traitement distinct[263].

Venant de directions opposées, les concepts d'« émanation de l'État » et d'« activité impliquant un intérêt public » attribuent à des entités non gouvernementales un statut souverain et/ou leur imposent les contraintes liées à ce statut.

Le concept d'« émanation de l'État » apparaît dans de nombreuses lois, et a fait l'objet d'un grand nombre de décisions judiciaires. Il a servi : *i)* à définir l'identité de ceux auxquels les lois pertinentes s'appliquent[264] ; *ii)* à examiner les prétentions à l'« immunité intergouvernementale », c'est-à-dire à déterminer si le gouvernement d'un État fédéral ou d'une collectivité locale peut réglementer ou taxer une entité qui n'est pas clairement un organisme public[265] ; *iii)* à analyser si un comportement prétendument anticoncurrentiel peut échapper à l'application de la Loi antitrust au motif qu'il a été ordonné par l'État, dans la mesure requise[266] ; *iv)* à évaluer si une entité est suffisamment gouvernementale pour impliquer des interdictions/protections constitutionnelles (tel le Premier amendement)[267], et ; *v)* à déterminer les bornes de la souveraineté dans le cadre du droit international et des traités[268]. Une entité peut être une émanation de l'État en totalité ou en partie, et à certains effets et non à d'autres.

Historiquement, les entrepreneurs sous-traitants de l'État n'ont généralement pas été considérés comme des émanations de l'État[269]. Toutefois, comme l'indique l'arrêt Lebron, et si les faits le justifient, la Cour Suprême peut être disposée à reconnaître le statut d'émanation de l'État.

Le concept de droit coutumier d'« activité impliquant un intérêt public » traite des entités qui sont, en premier lieu, des entreprises privées. Pour établir

le prédicat constitutionnel de la réglementation moderne des services publics, fondé sur le droit coutumier, la Cour Suprême a, dans l'arrêt Munn v. Illinois[270], expressément traité et rejeté l'argument selon lequel le concept ne peut s'appliquer qu'aux activités fondées sur une concession ou un avantage public (par ex., octroi d'un statut de monopole par le roi).

Enfin, le droit coutumier des contrats peut offrir un moyen permettant au public, via les tribunaux, de garder un œil sur la localisation de fait des responsabilités d'intérêt public et de demander des comptes. Ainsi, dans l'affaire *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Richardson*[271], la Cour d'Appel a suggéré qu'un tiers demandeur qui n'est pas recevable pour se prévaloir d'une créance sur le fondement de la loi, peut néanmoins détenir une créance en tant que tiers bénéficiaire d'un contrat qui applique la loi. De la même manière, le droit des contrats peut fournir le langage nécessaire pour assurer la translation entre statut public et privé, tout en maintenant la distinction entre les deux. Ainsi, comme le juge Scalia a commencé à le formuler à propos du *False Claims Act*, des parties privées n'ont aucun droit direct de poursuivre en justice la défense d'un intérêt public (pouvoir réservé au Congrès et au Président), mais peuvent conquérir le droit effectif de ce faire, si le Congrès leur assigne l'« intérêt » approprié. Les questions relatives à la manière de traduire en pratique la différence entre l'autorité publique nécessaire afin de défendre l'intérêt public et la délégation d'un intérêt privé suffisant pour défendre l'intérêt public, demeurent à explorer[272].

7. Conclusion : la culture de l'externalisation dans le contexte historique et comparatif plus large de la souveraineté diffuse

Les règles légales qui définissent l'externalisation des fonctions de l'État sont très en retard sur l'évolution du monde réel, et encore plus éloignées des prémisses et attentes culturelles qui poussent à l'« effacement de la frontière entre public et privé ». Ces prémisses sont notamment les suivants :

- la notion selon laquelle les institutions – agences officielles, organismes à but non lucratif et entités à but lucratif – présentent des qualités inhérentes différentes qui doivent, à leur tour, se retrouver chez ceux qui y travaillent[273] ;
- la notion selon laquelle – par la force du management moderne et de la conception actuelle de la politique publique – ces institutions peuvent être organisées d'une manière qui permette la poursuite croissante d'objectifs publics sans croissance corrélative des bureaucraties administratives ; et
- après un siècle d'application de ces notions, l'émergence d'une conviction partagée, entre ceux dont les carrières évoluent entre les institutions et au sein de celles-ci, à propos de leurs qualités présumées et de leurs rôles émergents.

La capacité des tribunaux et des législateurs (ainsi que des auteurs de la doctrine juridique) à appliquer la tradition juridique à ces développements a été doublement affectée. En premier lieu, et ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'importance considérable du recours à des tiers pour accomplir, *de facto*, les tâches de base de l'État a été négligée à la fois par les politiques des deux partis et, par voie de conséquence, par la doctrine[274]. En second lieu, et corrélativement, cette négligence a été encouragée et masquée par l'affirmation insistante que les tâches de base de l'État sont, en fait et en droit, assumées par des fonctionnaires.

La limitation en résultant, en termes de compréhension du problème par les fonctionnaires et les citoyens, a limité l'application de concepts juridiques traditionnels qui pourraient mettre de l'ordre dans ces développements et rendre les sous-traitants de l'État responsables. Le droit coutumier, tel qu'il est incorporé dans la réglementation sur les services publics et la législation antitrust du XX^{e} siècle, fournit d'abondants moyens de ce faire.

Enfin, la validité des prémisses et questions identifiées par l'examen du processus d'externalisation pourrait utilement être explorée dans des contextes historiques et comparatifs, où s'entremêlent des acteurs publics et privés. Dans un contexte désormais global au sens littéral du terme, le déploiement des marchés adjugés pour réaliser des tâches d'intérêt public, observé au cours du XX^{e} siècle aux États-Unis, émerge comme un élément d'un ensemble qui inclut :

- la réglementation des services collectifs (fournis par des entreprises à capitaux privés) comprenant :
  - ❖ la tradition des agences « réglementaires » spécialisées pendant les XIX^{e} et XX^{e} siècles ;
  - ❖ la déréglementation de ces services collectifs à la fin du XX^{e} siècle, accompagnée de la restructuration simultanée du marché, à l'initiative du gouvernement, afin de garantir la compétitivité et la fiabilité du service[275] ;
  - ❖ le développement de contrôles pour l'Internet, service public du XXI^{e} siècle, en l'absence de confiance dans les contrôles de l'État[276] ;
- la privatisation du règlement des différends, sous la forme du recours par les tribunaux judiciaires et administratifs à des acteurs privés jouant des rôles de médiateurs, et de procédures qui recherchent, par le biais d'accords entre les parties adverses, des solutions qui pourraient ne pas être directement atteintes dans le cadre d'une action judiciaire classique[277] ;
- la confiance historique de fait, et, dans une mesure croissante, de droit, accordée par l'État à des normes fixées par des organismes de

normalisation privés (à financement privé) ou quasi publics (tel l'*American Law Institute et l'American National Standards Institute*)[278] ; et,

- le développement global de réglementations transfrontières qui combinent des institutions publiques et privées[279].

En conclusion, l'histoire de l'externalisation des fonctions de l'État américain au cours du XX^e siècle démontre que la loi de la souveraineté diffuse doit plus à la force d'événements fortuits et de conventions culturelles tacites qu'à une délibération éclairée et réfléchie. Simultanément, cette histoire indique que la diffusion de la souveraineté n'est pas elle-même le fruit d'une série de hasards, mais qu'elle a procédé d'intentions humaines. Avec une meilleure connaissance de ces intentions et de leurs conséquences actuelles, les concepts de l'ordre juridique traditionnel peuvent encore jouer un rôle délibéré et réfléchi sur les développements futurs.

Notes

1. Voir David Osborne et Ted Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector* 30 (1992).
2. Voir en général « Privatization: Toward More Effective Government: Report of the President's Commission on Privatization » (1988).
3. Voir Paul C. Light, *The True Size of Government* 1 (1999) (« En 1996, cet "État de l'ombre",… consistait en 12.7 millions d'équivalents d'emplois à temps complet, y compris 5.6 millions générés en vertu de marchés fédéraux, 2.4 millions créés en vertu de subventions fédérales et 4.6 millions en vertu de mandats auprès des gouvernements des états fédéraux et collectivités locales. »)
4. La croissance des marchés publics adjugés par l'armée s'est accompagnée d'une explosion du volume des financements en faveur de la recherche biomédicale accordés à des universités et autres institutions de recherche. Voir Rapport Final de l'Advisory Committee on Human Radiation Experiments, ch. 1 (1996).
5. L'étude classique des marchés d'armement pendant la guerre froide explique : *[L]a préférence pour l'entreprise privée, dans la conduite des travaux de développement et de production d'armements américains… est une loi non écrite, qui semble d'ailleurs contredite par certaines références des lois écrites. En effet, ces dernières ordonnent au secrétaire d'État à l'armée « de faire produire les approvisionnements destinés au Département de l'armée dans des usines ou arsenaux appartenant aux États-Unis, dans la mesure où ces usines ou arsenaux peuvent les produire sur une base économique ». En pratique, cependant, l'entreprise privée a été favorisée pour répondre aux demandes militaires accrues des deux dernières décennies, et le rôle des arsenaux et chantiers navals gouvernementaux a décliné tant en valeur relative qu'en valeur absolue.*

   Merton J. Peck & Frederick M. Scherer, *The Weapons Acquisition Process: An Economic Analysis* 97 (1962) (citation omise).
6. Pour une étude de la genèse de l'Atomic Energy Commission, voir en général Richard G. Hewlett et Oscar E. Anderson Jr., *The New World: A History of the United States Atomic Energy Commission 1939-1946* (1962) ; Richard G. Hewlett et Francis Duncan, *Atomic Shield: A History of the United States Atomic Energy Commission:*

1947-1952 (1969). Sur l'histoire de la NASA, voir en général Walter A. McDougall, *The Heavens and the Earth: A Political History of the Space Age* (1985).

7. Daniel Guttman et Barry Willner, *The Shadow Government: The Government's Multi-Billion-Dollar Giveaway of its Decision-Making Powers to Private Management Consultants, "Experts", and Think Tanks* 112-18 (1976).

8. *Id*. 112.

9. Voir *id*. 113. Voir en général James Allen Smith, *The Idea Brokers/ Think Tanks and the Rise of the New Policy Elite,* Chs. 1, 3 (1991) ; David Eakins, *The Development of Corporate Liberal Research in the United States* (1966) (Dissertation de doctorat non publiée, Université du Wisconsin) (communiquée à l'auteur) ; Robert S. Brookings, *Industrial Ownership: Its Economic and Social Significance* (1925) ; Robert S. Brookings, *Economic Democracy: America's Answer to Socialism and Communism* (1929) ; Robert S. Brookings, *The Way Forward* (1932). Champion de la promotion des institutions de recherche à but non lucratif, Brookings estimait que la lutte des classes devait et pouvait être remplacée par un consensus national « pour promouvoir le plus grand bien de tous ». Robert S. Brookings, *Industrial Ownership: Its Economic and Social Significance* 74 (1925).

10. Charles B. Saunders Jr., *The Brookings Institution : A Fifty-Year History* 24 (1966).

11. Voir *id*.

12. Voir Guttman et Willner, *supra* note 7, 114-16. Le premier demi-siècle de recherche du NBER est résumé dans *Economics: A Half Century of Research 1920-1970* (National Bureau of Economic Research éd., 1970). Geoffrey H. Moore, ancien responsable du NBER, qui a exercé les fonctions de Commissioner of Labor Statistics dans l'Administration Nixon, raconte le développement des systèmes de mesure des revenus dans « The Analysis of Economic Indicators », *Scientific American*, janvier 1975, 17-23.

13. Voir Guttman et Willner, *supra* note 7, pp. 67-72.

14. Voir Henry DeWolf Smyth, *Atomic Energy for Military Purposes: The Official Report on the Development of the Atomic Bomb Under the Auspices of the United States Government 1940-1945* (1945). Voir en général Richard Rhodes, *The Making of the Atomic Bomb* (1986) ; Barton C. Hacker, *The Dragon's Tail: Radiation Safety in the Manhattan Project 1942-1946* (1987).

15. Voir Vannevar Bush, *Pieces of the Action* 56-63 (1970). Voir également Advisory Committee on Human Radiation Experiments: Final Report ch. 1 (1995) ; James G. Hershberg, *James B. Conant : Harvard to Hiroshima and the Making of the Nuclear Age*, ch. 9 (1993).

16. Vannevar Bush, qui avait été commandant en second du MIT, rappelle : « Conant et moi nous sommes connus à l'occasion de nombreux débats, alors qu'il était président de Harvard et que je représentais tantôt Tufts tantôt le MIT. » Bush, *supra* note 15, p. 32.

17. McDougall, *supra* note 6, p. 79.

18. Vannevar Bush rappelle : « J'étais impatient de quitter le gouvernement, comme pratiquement tous ceux qui avaient travaillé pendant les laboratoires de guerre. » Bush, *supra* note 15, p. 64.

19. *Id*.

20. *Id*.

21. Les physiciens ont créé les moyens de dominer le monde, mais n'ont pas eux-mêmes pris le rôle dominant. Voir Daniel J. Kevles, *The Physicists : The History of a Scientific Community in Modern America*, Chs. 20-24 (1978) ; voir également Richard Rhodes, *Dark Sun: The Making of the Hydrogen Bomb* (1995) ; Philip M. Stern, *The Oppenheimer Case: Security on Trial* (1969) [ci-après : *L'affaire Oppenheimer] ; The American Atom: A Documentary History of Nuclear Policies from the Discovery of Fission to the Present 1939-1984* (Robert C. Williams et Philip L. Cantelon eds., 1984).

22. Rand et ses anciens élèves ont inspiré de nombreux ouvrages. Voir, par ex., Bruce L.R. Smith, *The Rand Corporation: Case Study of a Non-profit Advisory Corporation* (1966) [ci-après : The Rand Corporation] ; Fred Kaplan, *The Wizards of Armageddon* (1983) ; McDougall, *supra* note 6 ; Alain C. Enthoven et K. Wayne Smith, *How Much is Enough? Shaping the Defense Program 1961-1969* (1971); Colin S. Gray, « What Rand Hath Wrought », *Foreign Pol'y*, automne 1971 111-29.

23. The Rand Corporation, *supra* note 22, p. 46-47.

24. Harold Seidman, spécialiste de l'administration publique qui a supervisé la gestion fédérale dans le Bureau du budget pendant la période de l'après-guerre, fait observer que la création de Rand par l'exécutif, et des « centres fédéraux de recherche sous contrat » qui lui ont succédé, est probablement intervenue en violation du *Government Corporation Control Act* (Loi sur le contrôle des sociétés publiques) de 1945. Cette Loi exige une loi du Congrès pour la création d'une société qui est une « agence ou émanation des États-Unis. » §§ 9101-9110 du Titre 31 du Code des États-Unis (1994 and Supp. III 1998). Le Professeur Seidman note que la question a été soulevée, mais qu'il ne lui a pas été donné suite, lors des auditions de 1962 sur les organismes à but non lucratif, et que « [l]e Comptroller General a gardé le plus parfait silence sur la question ». Harold Seidman, *Politics, Position, and Power: The Dynamics of Federal Organization* 260 (1970).

25. Le Professeur Seidman résume la situation en ces termes :
Les caractéristiques distinctives qui faisaient la « différence » de Rand étaient les suivantes : i) *son acte de mission extrêmement large* ; ii) *un haut degré d'autonomie dans le choix des projets de recherche et la fixation des délais ;* iii) *l'acceptation dans l'équipe de l'Air Force ;* iv) *l'indépendance de la hiérarchie organisationnelle établie et de la chaîne de commandement militaire ;* v) *l'accès aux décideurs de haut niveau ; et* vi) *une « atmosphère » de recherche propice à une pensée originale et non conformiste.*

Id. 261.

26. Systems Development and Management : Hearings Before a Subcommittee of the House Committee on Government Operations, 87^{e} Congrès 917, 940 (1962) (Déclaration de F.R. Collbohm, President, Rand Corp.). La sélection de trustees « industriels », « universitaires et scientifiques », et « d'intérêt public » était prévue dans les statuts de Rand. La Fondation Ford a également aidé à la formation de l'Institute for Defense Analysis, institut à but non lucratif, à partir d'un ancien bureau du gouvernement. Guttman et Willner, *supra* note 7, p. 319, n° 28.

27. Évoquant l'avantage de l'originalité technique, Rand reconnaissait lui-même que l'« analyse de systèmes » devait beaucoup à l'expérience de l'entreprise privée. Comme David Novick (de Rand) l'expliquait en 1966, « les plus grandes innovations en matière d'analyse de systèmes datent probablement de l'expérience de Belle Laboratories dans les années 20. La méthode d'analyse de Bell Labs présentait et présente toujours une grande ressemblance avec ce que nous avons appelé "analyse des systèmes d'armement" au Département de la

Défense ou dans d'autres organisations comme Rand. » David Novick, « Origin and History of Program Budgeting », Rand Paper P-3427 (octobre 1966), réédité sous le titre de « The Origin and History of Program Budgeting », en *Program Budgeting : Program Analysis and the Federal Budget* à XXIII (David Novick éd., 1967).

28. Voir, par ex., James Schlesinger, « Two and a Half Cheers for Systems Analysis », en *Information Technology & Democracy* 395, 395-408 (1971) ; voir également Enthoven et Smith, *supra* note 22, pp. 31-72 ; Kaplan, *supra* note 22, pp. 85-110 (analysant l'« étude fondatrice » de Rand, source de la tradition Rand) ; Ida R. Hoos, *Systems Analysis in Public Policy: A Critique* (1983).

29. Pour des croquis sur le vif des organismes fédéraux à but non lucratif créés pendant la guerre froide, voir l'étude commanditée par la National Science Foundation, intitulée *Contract Research and Development Adjuncts of Federal Agencies* (1969). La structure et l'historique des programmes d'attaque et de défense nucléaire des États-Unis sont étudiés en détail dans *Atomic Audit: The Costs and Consequences of Nuclear Weapons Since 1940*, Chs. 3, 4 (Stephen I. Schwartz ed., 1998).

30. La mystique Rickover, pour autant que l'on puisse quantifier ces éléments, était probablement au moins l'égale de celle de Rand. L'ancien Président Jimmy Carter est probablement le plus célèbre d'une longue liste de brillants anciens de l'équipe Rickover.

31. Harvey M. Sapolsky, *The Polaris System Development: Bureaucratic and Programmatic Success in Government* 94-130 (1972) (analysant la technique du PERT (Technique d'établissement et de remise à jour des programmes) et l'efficacité managériale). Au tournant du siècle, un expert en management a donné son nom au diagramme de Gantt, simple graphique permettant de représenter les besoins d'un projet en ressources en fonction du temps par l'intermédiaire d'une liste de tâches. Le diagramme a été utilisé dans les arsenaux militaires pendant la Première Guerre mondiale. Mais le projet Polaris impliquait des milliers de composants, dont les interrelations ne pouvaient pas être représentées sur un simple diagramme. La marine américaine a chargé Booz, Allen et Hamilton, d'actualiser le diagramme de Gantt, et le résultat a été le PERT qui a remplacé le graphique par un réseau informatisé de données. Voir *id*. pp. 114-15. En réalité, Harvey Sapolsky, chercheur au MIT, a découvert que le PERT était dans une large mesure inutile en pratique pour la Marine américaine, mais d'une immense valeur en termes de relations publiques pour continuer d'obtenir des financements. Voir *id*. p. 129. En vertu de son association avec le projet Polaris, le PERT a décollé et est devenu une véritable marotte en matière de management ; des consultants ont installé le PERT dans des écoles, des mairies et même des salons de coiffure.

32. Theodore White, « Chartmakers for our Demanding Future: Action-Intellectuals », *Life Magazine*, 9 juin 1967, pp. 44-58.

33. *Id*.

34. McDougall, *supra* note 6, p. 165.

35. En 1947, l'Atomic Energy Commission (Commission de l'énergie atomique) a été créée pour héberger les sites d'armement nucléaire. En 1974, la commission a été scindée entre la Nuclear Regulatory Commission, qui réglemente la puissance et les matières nucléaires, et l'Energy Research and Development Administration. Le Department of Energy a été créé en 1977.

36. Voir Staff of Senate Committee on Governmental Affairs, 96e Congrès, Oversight of the Structure and Management of the Department of Energy 303 (Comm. Print 1980).

37. *Id.*

38. La sous-commission a examiné les dossiers de 125 contrats administrés par le bureau des approvisionnements du siège. Les services d'assistance fournis en vertu de ces contrats soutenaient pratiquement tous les rouages du siège. Après examen des dossiers, la sous-commission a demandé à examiner le produit des travaux des entrepreneurs pour un certain nombre de ces contrats, et a rencontré des fonctionnaires responsables des approvisionnements et des programmes.

39. Utilisation de Consultants et Sous-Traitants par l'Environmental Protection Agency et le Department of Energy, Hearing Before the Subcommittee on Federal Services, Post Office, and Civil Service of the Senate Committee on Governmental Affairs, 101e Congrès 63 (1989) [ci-après : « Utilisation de consultants et sous-traitants par la DOE »] (Rapport de la Majorité de la Sous-Commission d'Étude au Président de la Sous-Commission des Services Fédéraux).

40. *Id.*, p. 66. Les fonctionnaires responsables des approvisionnements du département, se fondant sur les déclarations des responsables des programmes, ont commencé par nier qu'il était fait appel à des sous-traitants pour préparer des dépositions devant le Congrès – en dépit de factures de ces sous-traitants démontrant que le département était facturé pour ces travaux. Les dénégations ont cessé lorsqu'un sous-traitant a lancé une « offre d'emploi » dans le *Sunday Washington Post* rédigée en ces termes :
Systematic Management Services, Inc. (SMS), société américaine en plein essor, propose deux postes… à pourvoir immédiatement dans son bureau de Washington, DC Office à L'Enfant Plaza [adresse du siège du DOE] pour des analystes législatifs.

Ces deux collaborateurs auront notamment pour mission d'assister le Department of Energy en lui fournissant les services suivants : analyses législatives, coordination de documents, préparation et revue de dépositions, rédaction de déclarations devant les parlementaires et de documents de prise de position.

Id. 162.

41. Le DOE a témoigné que les plafonds ont été imposés sans tenir compte des coûts relatifs des entrepreneurs sous-traitants et des fonctionnaires. Donna Fitzpatrick, secrétaire adjointe à l'Énergie, indique qu'une récente étude du département a révélé que des personnels contractuels coûteraient au département entre 20 et 25 % de plus que des fonctionnaires (en moyenne et en incluant les avantages sociaux). Voir *id.* p. 11.

42. *Id.* p. 72. Par exemple, le cahier des charges d'un contrat d'assistance du secrétaire adjoint à l'Énergie pour les Programmes de Défense (ASDP) – service responsable des complexes d'armement nucléaire des États-Unis – stipulait notamment :

C. L'entrepreneur devra fournir tout le personnel technique et administratif, tous les équipements, matériaux, fournitures, installations et transports nécessaires afin d'aider le chef de projet de ASDP dans les domaines suivants, conformément aux ordres de mission spécifiques qui seront émis :

1. Planification et analyses stratégiques
Fournir des recommandations à propos de la structure et des méthodes de conduite du

processus d'identification des questions, d'étude, de revue, de disposition, de suivi et de coordination. Participer à des réunions de task force, *dans la mesure appropriée, développer des matériels et documents techniques, identifier et recommander des techniques analytiques pour utilisation dans des analyses de tâches. Fournir des recommandations pour la rédaction de rapports, des observations sur des projets de rapports et des conseils sur des problèmes spéciaux. Établir des prévisions, des analyses de tendances et des évaluations de l'impact potentiel de facteurs tels que l'extension de réglementations locales et d'État aux activités fédérales, les implications de la dette fédérale, les cycles de dépenses consacrées à la défense, les échanges internationaux et la sécurité nationale… Développer, proposer et actualiser des plannings des tâches et travaux d'étude.*

2. Planification et analyses de programmes
Réaliser des analyses du processus de planification et fournir des recommandations pour son amélioration. Analyser des rapports d'analyse de programmes et fournir des observations et recommandations. Élaborer et proposer des sections techniques pour des rapports finaux et publications.

3. Évaluation et analyses politiques
Réaliser des analyses et/ou études et fournir des recommandations sur la réponse, les mesures à prendre et/ou l'impact sur les opérations du DP de questions politiques comme le transfert de technologie, le processus d'examen des brevets, l'environnement, la sécurité et la santé. Formuler des recommandations sur les sujets de briefing et les méthodes de présentation employées par ou pour les hauts dirigeants du DP. Revoir et fournir des observations et recommandations sur des aspects techniques de questions et textes législatifs proposés/en projet. Proposer et maintenir des systèmes de suivi permettant de donner à tout moment le dernier état des activités législatives.

4. Évaluation technique et analyses
Aider au développement et à l'actualisation de plans à long terme concernant l'environnement, la sécurité et la santé au sein du DP… Regrouper les données provenant des Operations Offices et du siège pour revue par le DP afin de satisfaire aux exigences budgétaires en matière d'environnement, de sécurité et de santé. Réaliser des analyses des besoins prévisionnels et définitifs en matière d'environnement, de sécurité et de santé, et fournir des évaluations de l'impact sur les missions et recommandations du DP. Évaluer les projets du DP en matière d'environnement, de sécurité et de santé, et fournir des recommandations pour la définition de priorités.

5. Analyses de gestion de personnel et services d'assistance de gestion
Les services incluent l'aide à la préparation de descriptions de postes [d'employés fédéraux] et de normes de performance pour examen et approbation par le DOE ; le contrôle de la correspondance ; et la préparation de projets de documents techniques et autres supports écrits. Généralement, ces supports écrits incluront, sans caractère limitatif, des rapports de planification et d'analyse stratégique ; projets de plans de programmes ; plans et rapports ES&H à long terme ; et rapports techniques, sur le personnel et sur la gestion. L'entrepreneur fournira des services de traitement de texte dans la mesure requise…

…

Les travaux ici décrits illustrent les différents types de travaux ou les types généraux de tâches devant être assumés en vertu de ce contrat.
Id. pp. 153-54.

43. Voir DOE Contract Management: Hearings Before the Subcommittee on Oversight and Investigations of the House Committee on Energy and Commerce, 103e Congrès 92, 111 (1993) [ci-après : « Audition sur la gestion des sous-traitants par le DOE »] (déclaration de l'Hon. Hazel R. O'Leary, Secrétaire, DOE).

44. Voir, par ex., DOE's Fixed-Price Cleanup Contracts: Why Are Costs Still Out of Control? Hearings Before the Subcommittee on Oversight and Investigations of the House Committee on Commerce, 106e Congrès (audition non publiée). Une étude par le General Accounting Office de l'« initiative de privatisation » du DOE, présentée lors de l'audition, parvenait à la conclusion que « l'initiative de privatisation du DOE a eu peu de succès pour réaliser des économies de coûts, garantir le bon avancement des projets dans les délais, ou obtenir des améliorations des performances des entrepreneurs ». *Id.* (déclaration préparée de Mme Gary Jones, Associate Director, Energy, Resources, and Science, US General Accounting Office).

45. Lester M. Salamon, universitaire et théoricien de l'expansion du gouvernement au moyen de subventions et autres nouveaux « outils de gouvernement », évoque les subventions comme « le véhicule probablement le plus important pour l'expansion des programmes sociaux fédéraux entre les années 30 et les années 70. » Lester M. Salamon, « Changing Tools: An Overview », en *Beyond Privatization: The Tools of Government Action* 1, 9 (Lester M. Salamon éd., 1989).

46. Voir Guttman et Willner, *supra* note 7, p. 13 et partie IV.

47. Voir Janine R. Wedel, *Collision and Collusion: The Strange Case of Western Aid to Eastern Europe 1989-1998*, ch. 4 (1998) (faisant la chronique de la délégation de fait par l'Agency for International Development (Agence pour le développement international) (AID) à des sous-traitants de l'administration des aides à la restructuration russe).

48. Voir, par ex., Use of Consultants and Contractors by the Environmental Protection Agency and the Department of Energy : Hearing Before the Subcommittee on Federal Service, Post Office, and Civil Service of the Senate Committee on Governmental Affairs, 101e Congrès 1 (1989) (déclaration du sénateur Pryor) (indiquant que l'EPA « se repose sur des sous-traitants pour tout faire, depuis la rédaction jusqu'à l'application des règles »). L'Occupational Safety and Health Act (Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail), qui a créé l'Occupational Safety and Health Administration (OSHA) en 1970, prévoyait que l'agence incorpore initialement, en tant que normes du gouvernement, des normes définies par des groupes privés de normalisation. Occupation Safety and Health Act de 1970, Pub. L. No. 91-596, 84 Stat. 1590 (1970) [codifié tel que modifié dans les §§ 651-678 du Titre 29 du Code des États-Unis (1994 and Supp. III 1997)].

49. Dans l'affaire Schweiker v. McClure, 456 US 188 (1982), la Cour Suprême a donné sa bénédiction au règlement par des assureurs privés, sans autre droit de recours, de demandes de remboursement Medicare. Voir en général Robert Pear, « Consultants and States Siphon Millions in Medicaid for Young, Inquiry Says », *N.Y. Times*, 5 avril 2000, au § A20. La privatisation d'aspects du programme d'aide sociale a donné lieu à une controverse politique. Voir, par ex., Christopher D. Cook, « Texas Moves to Privatize State Welfare Programs Draws Fire », *Christian Sci. Monitor*, 20 mars 1997, p. 1 ; William D. Hartung et Jennifer Washburn, « Lockheed Martin: From Warfare to Welfare », *Nation*, 2 mars 1998, pp. 11-16.

50. Voir en général Virginia Held, « PPBS Comes to Washington », *Public Interest*, été 1966 (retraçant l'utilisation croissante de la PPBS et notant son développement constant).

51. Voir, par ex., « Programming Budgeting for Police Departments », 76 *Yale Law Journal* 822, 832 (1967) (prévoyant que la budgétisation des programmes et l'analyse des systèmes seraient pour efficientes pour l'allocation des faibles ressources de la police). Voir également Thomas C. Schelling, « PPBS and Foreign

Affairs », *Public Interest*, printemps 1968, p. 36 (admettant la difficulté d'appliquer la PPBS aux affaires étrangères, compte tenu de la lourdeur de leur structure, mais prévoyant son rôle significatif à l'avenir) ; Planning-Programming-Budgeting: Hearings Before the Subcommittee on National Security and International Operations of the Senate Committee on Government Operations, 90e Congrès 67, 76 (1967) (déclaration du Dr. Alain Enthoven, Assistant Secretary of Defense) (répondant aux critiques adressées au PPBS, en raison de l'importance excessive accordée au coût, et rappelant la leçon apprise au Vietnam selon laquelle « le coût est un facteur pertinent uniquement parce qu'il affecte le soutien populaire de l'effort de guerre »).

52. Voir Guttman & Willner, *supra* note 7, Chaps. IV-V. Rand a lui-même travaillé sur les problèmes de pauvreté et d'éducation (et a même ouvert un Institut Rand dans la ville de New York pour traiter les problèmes urbains). L'Urban Institute a été créé sur le modèle de Rand pour fournir des services au nouveau Department of Housing and Urban Development (Département du Logement et de l'Urbanisme). L'Office of Education, sous l'égide de l'ancien directeur de la Fondation Carnegie, John Gardner, a créé un réseau de « centres de recherche sur l'éducation » régionaux pour faire entrer des techniques modernes de management (notamment l'éducation informatisée) dans le monde de l'éducation. Sidney Marland, Directeur de l'Éducation du Président Nixon, a expliqué que le Federal Office of Education (le Département restait encore à créer) testerait des « produits éducatifs » et que les produits « labellisés OE » deviendraient des produits de base dans toutes les écoles locales du pays.

53. Voir Guttman & Willner, *supra* note 7, chaps. III-IV. Les réformateurs avaient eux-mêmes conscience de se battre contre des « obstacles institutionnels au changement » – des bureaucraties retranchées, notamment des comités d'écoles locales et syndicats d'enseignants. A l'aide d'entrepreneurs innovants, ces obstacles ont pu être surmontés et les entrepreneurs ont ensuite pu déployer des techniques de « systèmes » modernes pour résoudre des problèmes sociaux, notamment « des contrats de performance » dans le domaine de l'éducation, et la « gestion de systèmes » dans celui du logement et de l'urbanisme. Afin d'inciter des entrepreneurs à pénétrer dans ces zones « reculées » de l'économie, les réformateurs ont créé des « projets pilotes » pour « agréger des marchés » suffisamment attrayants pour des entrepreneurs progressistes. Ainsi le programme « Operation Breakthrough » du HUD a tenté d'agréger des marchés de construction de logements dans tout le pays pour attirer des sociétés comme Boeing vers la construction de logements modulaires pour les pauvres.

    Rétrospectivement, le déploiement de tiers dans les années 60 est le précurseur des propositions actuelles pour réformer les bureaucraties « retranchées » dans le secteur de l'éducation, au moyen d'écoles sous contrat et de « vouchers » (bons donnant accès au service public de l'enseignement). Simultanément, ces deux efforts ont eu des précédents dans l'application progressive de techniques de management à « l'enseignement public ». Voir Raymond E. Callahan, *Education and the Cult of Efficiency: A Study of the Social Forces That Have Shaped the Administration of the Public Schools,* chs. 2-5 (1964).

54. « Federal Political Personnel Manual », en Presidential Campaign Activities of 1972, Senate Resolution 60: Executive Session Hearings Before the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities, 93e Congrès 8903, 8976 (1974).

55. Voir Daniel Yergin & Joseph Stanislaw, *The Commanding Heights*, pp. 122-23 (1998) (résumant la naissance de la privatisation en Grande-Bretagne avec l'avènement

de Margaret Thatcher, déclarant qu'il « s'avérerait que Margaret Thatcher avait établi le nouvel agenda économique dans le monde entier »).

56. Voir General Accounting Office (Bureau général de la comptabilité), GAO/GGD-97-48, *Privatization: Lessons Learned by State and Local Governments* 22-23 (1997). Le GAO a constaté que l'« externalisation » était un moyen de « privatisation » dans 78 % des cas étudiés, tandis que les subventions étaient employées dans 8.4 % des cas, et les « vouchers » (bons donnant accès à des services publics) dans 4 %. Voir *id*. Il est remarquable, bien que non surprenant, de constater que les « ventes d'actifs » – c'est-à-dire le moyen le plus conventionnel de « privatisation » – ne représentait que 0.17 % des cas. Voir *id*.

57. En 1992, le Congrès a créé l'USEC, société nationalisée devant fonctionner à mi-chemin entre le secteur public et la privatisation. Voir Dan Guttman, *The United States Enrichment Corporation: The (Failing) Privatization of National Security and Further Public Purposes* 1 (juillet 2000) (document présenté à l'International Association of Schools and Institutes of Administration, Pékin, Chine) (fichier chez l'auteur).

58. Voir Energy Policy Act (Loi sur la politique énergétique) de 1992, Pub. L. No. 102-486, 106 Stat. 2924 (codifiée, telle qu'amendée, au § 2297 du Titre 42 du Code des États-Unis (1994)).

59. Voir Loi sur la privatisation de l'USEC, Pub. L. No. 104-134, 110 Stat. 1321-335 (1996) [codifiée, telle qu'amendée, au § 2297h du Titre 42 du Code des États-Unis (Supp. III 1997)].

60. Par contraste avec une vente non équivoque d'actifs, la « privatisation » de l'USEC est substantiellement moins qu'il n'y paraît. Les installations de production de l'USEC dans le Kentucky et l'Ohio sont exploitées en vertu d'un bail consenti par les États-Unis ; l'énergie alimentant ces installations est fournie en vertu d'un contrat conclu au nom des États-Unis ; et les États-Unis demeurent responsables des contrats assumés par l'USEC, y compris les contrats de fourniture d'uranium enrichi aux utilités. Voir *id*. § 2297h-6 du Titre 49 du Code des États-Unis (Supp. III 1997).

61. L'Article 1502(a) de l'Energy Policy Act de 1992 [§ 2297d-1 du Titre 42 du Code des États-Unis (1994) (abrogé en 1997)] prévoyait que la privatisation ne pourrait pas avoir lieu à moins que « la Société » ne détermine que la privatisation, entre autres :

(1) génèrerait pour les États-Unis un rendement au moins égal à la valeur actuelle nette de la société.

…

(3) ne serait pas défavorable à la santé et à la sécurité du public ou à la défense ou la sécurité commune.

La Loi de Privatisation de l'USEC dispose ce qui suit :
Le Conseil d'Administration… transfèrera la participation des États-Unis dans l'United States Enrichment Corporation au secteur privé, d'une manière qui garantisse la viabilité à long terme de la société, assure la poursuite de l'exploitation par la Société des usines de diffusion… de gaz, assure la protection de l'intérêt public en maintenant une source nationale fiable et économique de services d'extraction, d'enrichissement et de transformation de l'uranium, et, dans la mesure non contraire à cet objet, fournisse le maximum de recettes aux États-Unis.

§ 3103(a), § 2297h-1(a) du Titre 42 du Code des États-Unis (Supp. III 1997).

62. Comme l'a exprimé en 1996 l'universitaire Richard Falkenrath, spécialiste de la sécurité nationale et l'un des nombreux experts indépendants qui ont posé des questions sur le transfert de la responsabilité en matière de sécurité nationale : « on doit se demander pourquoi le gouvernement souhaiterait jamais confier le pouvoir exécutif d'appliquer une initiative de politique étrangère aussi importante que l'uranium hautement enrichi à une société à capitaux privés, dont les intérêts commerciaux vont directement à l'encontre du succès de cette initiative… » Richard A. Falkenrath, « Viewpoin : The HEU Deal and the US Enrichment Corporation », *Nonproliferation Rev*., hiver 1996, p. 62, 65 (critiquant la manière dont l'Administration Clinton a traité l'opération uranium hautement enrichi, citant le défaut d'anticipation du conflit entre les intérêts de sécurité nationale et les intérêts commerciaux).

63. Les critiques pré-privatisation se sont souvent focalisées sur la « privatisation » de la responsabilité en matière de sécurité nationale. Voir, par ex., Joseph E. Stiglitz, « This Privatization Proposal is Radioactive », *Wall Street Journal*, 2 juin 1998, p. A22 (doutant de la capacité d'entités privées à sauvegarder la sécurité nationale, compte tenu de leurs motivations économiques). Voir également « Nuclear Security for Sale », *N.Y. Times*, 20 juillet 1998, p. A14 (s'inquiétant que la privatisation ne puisse entraîner la réduction ou l'élimination des achats auprès de la Russie, menaçant ainsi la non prolifération) ; Erik Holm, « USEC Privatization: Bonus or Black Hole for Taxpayers ? », *Energy Daily*, 14 juillet 1998, p. 1 (déclarant que la privatisation conduirait à des subventions gouvernementales et ferait plonger les prix de l'uranium, aux dépens des contribuables); Nurith C. Aizenman, « National Security for Sale », *Washington Monthly*, décembre 1997, p. 17 (arguant que notre obsession de la privatisation du gouvernement nous a rendus vulnérables au terrorisme nucléaire).

64. L'état critique de l'USEC a fait l'objet d'une audition devant le Congrès en avril 2000. Voir, par ex., Bruce Auster, « The Art of the (Raw) Deal », *US News & World Report*., 24 avril 2000, p. 22 (révélant certains des « méfaits » financiers de l'USEC) ; Nancy Dunne, « Bid to Renationalise Uranium Concern as Russia Deal Sours », *Financial Times*, 19 mai 2000, § A1 (rapportant la mesure de renationalisation de l'USEC proposée au Congrès) ; Nancy Dunne, « Meltdown of US Uranium Agency Sell Off Programme », *Financial Times*, 19 mai 2000, § A5 (expliquant le conflit d'intérêts qui a précipité l'effondrement de l'USEC) ; Martha M. Hamilton, « Approaching Critical Mass », *Washington Post*, 31 janvier 2000, at Washington Business 8 (décrivant la déception croissante suscitée par la privatisation de l'USEC) ; Martha M. Hamilton, « Uranium Company Seeks Federal Aid », *Washington Post*, 30 octobre 1999, § E1 (citant la déclaration du Rep. Strickland selon laquelle l'USEC cherchait à se faire sauver par l'État) ; Martha M. Hamilton, « Uranium Firm to Cut 20 % of Jobs », *Washington Post*, 4 février 2000 § E1 (citant les finances déclinantes et les licenciements de USEC Inc. comme la confirmation des troubles entraînés par la privatisation) ; Jim McTague, « Nuclear Waste: The Bad News is in for USEC », *Barron's*, 21 février 2000, § 48 (détaillant l'infortune financière croissante de l'USEC) ; Matthew L. Wald, « These Are Hard Times for Uranium Enrichment », *N.Y. Times*, 20 juin 2000, § C1 (rapportant que l'USEC fermerait probablement l'une de ses usines).

65. La privatisation de l'USEC présentait d'autres caractéristiques notables. Par exemple, la Loi sur la privation de l'USEC contenait une interdiction générale rendant irrecevables les actions judiciaires liées à la privatisation. Voir § 2297h-7(a)(4) du Titre 42 du Code des États-Unis (Supp. III 1998) (posant le principe de l'irrecevabilité de toute action « découlant d'une mesure prise par un agent public ou fonctionnaire des États-Unis en relation avec la privatisation »).

66. A la lumière des mandats donnés par le Congrès, l'administration a conclu des Protocoles d'accord avec l'entité privatisée pour la poursuite de l'exploitation des installations nationales, et constitué un comité pour surveiller le marché US/Russie. Toutefois, ces mécanismes n'ont pas empêché le déclin rapide de l'USEC et leur rôle dans son redressement reste à examiner.

67. Don K. Price, *The Scientific Estate* 6 (1965).

68. *Id.*, p. 63-64.

69. *Id.*, p. 21.

70. *Id.*, p. 49. Comme Price le fait remarquer, le gouvernement fédéral « a appris, en résumé, comment socialiser sans assumer la propriété ». *Id.*, p. 43.

71. *Id.* p. 75.

72. Voir Price, *supra* note 67, p. 81.

73. Voir généralement John J. Corson, *Business in the Humane Society* (1971).

74. Lorsque les Républicains sont venus au pouvoir en 1952, Corson rappelle que l'un des dirigeants du Parti républicain, Harold Talbott, avait demandé à la firme d'aider au recrutement du personnel de l'exécutif. Talbott a reçu une série de classeurs (pour les différents départements) qui expliquaient que deux millions de personnes travaillaient pour le gouvernement fédéral, « en recrutant un maximum de 610 postes de cadres… le nouveau Président pourra appliquer effectivement la volonté du peuple ». Chaque classeur expliquait discrètement que McKinsey serait « heureux de répondre à toutes questions sur l'un ou l'autre de ces postes… et, plus généralement, à aider tout utilisateur du rapport à en tirer le plus grand profit ». Corson rappelle également que lors de l'élection du Président Kennedy, Clark Clifford avait demandé à McKinsey de réaliser une étude similaire pour l'Administration Kennedy. Voir Guttman & Willner, *supra* note 7, p. 99 (1976).

75. Corson, *supra* note 73, au iv.

76. *Id.* « J'ai pu comprendre la nature de cette évolution du système politico-économique américain grâce à l'aide d'un groupe dynamique d'environ 50 dirigeants du secteur privé et public, qui se sont réunis mensuellement pendant cinq ans pour examiner et discuter les adaptations au fur et à mesure qu'elles devenaient apparentes ». *Id.* au iv.

77. Voir *id.* p. 74.

78. *Id.* p. 18.

79. Ainsi, Corson et ses pairs du secteur public/privé, ont continué à participer à l'observation de la fonction publique. En 1951, Corson a signé le rapport *Executives for the Federal Service* financé par la Fondation Carnegie. Voir John J. Corson, *Executives for the Federal Service: A Program for Action in Time of Crisis* (1952). En 1962, le Committee for Economic Development (CED) a créé une commission pour étudier « l'amélioration du management au sein du gouvernement ». Le groupe comprenait quatre anciens membres de Cabinet, trois sous-secrétaires et membres du CED de McKinsey et Booz, Allen et Hamilton. En 1966, le Comité a publié *Men Near the Top*, cosigné par Corson. Voir John J. Corson et R. Shale Paul, *Men Near the Top : Filling Key Posts in the Federal Service* (1966).

80. Corson, *supra* note 73, p. 17.

81. *Id*.

82. *Id*.

83. Discours d'adieu au peuple américain, diffusé à la radio et à la télévision, Pub. Papers P 421 (17 janvier 1961).

84. Pour reprendre la proposition de Hume : « Les hommes sont les mêmes, en tous temps et en tous lieux, à un point tel que l'histoire ne nous apprend rien de nouveau ni d'étonnant à ce sujet. Elle ne sert essentiellement qu'à découvrir les principes constants et universels de la nature humaine… » David Hume, « Of Liberty and Necessity », en *An Enquiry Concerning Human Understanding* 150 (Tom L. Beauchamp ed., Oxford University Press 1999) (1772). Pour une vision contemporaine du rôle du philosophe écossais, voir Douglass Adair, « That Politics May Be Reduced to a Science : David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist », 20 *Huntington Lib. Q.* 343 (1957) (démontrant l'influence de Hume sur la confection du 10e Fédéraliste par Madison) ; Albert O. Hirschman, *The Passions and the Interests : Political Arguments for Capitalism Before its Triumph* (1977) (discutant du rôle des philosophes écossais des Lumières dans la construction des fondations psychologiques du capitalisme démocratique) ; Austin Ranney, « The Divine Science: Political Engineering in American Culture », 70 *American Poitical Science. Review* 140 (1976) (identifiant Hume à Locke, Rousseau, et Hobbes, comme l'un des philosophes ayant le plus influencé les pères fondateurs) ; Stanley Elkins et Eric McKitrick, *The Age of Federalism* 97 (1993) (retraçant le recours de Hamilton et Madison à Hume pour démontrer « qu'aucun gouvernement… ne peut réussir s'il ne parvient pas à exploiter les intérêts privés pour promouvoir le bien public ») ; Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution,* ch. 14 (1991) (révélant l'influence de Hume sur la pensée politique de la Révolution).

85. Voir, par ex., Elkins et McKitrick, *supra* note 84, ch. 2.

86. Voir, au contraire, l'opinion de Henry Adams selon laquelle l'Administration de Jefferson a contredit tout ce que sa philosophie proclamait.

    Il s'était engagé à créer un gouvernement qui n'entraverait en rien l'action privée, et il en a créé un qui empiétait directement sur les intérêts de chaque citoyen privé du pays. Il était arrivé au pouvoir en tant que champion des droits des états, et a mené ces états au bord de la résistance armée. Il avait commencé par prôner une économie rigoureuse, et a fini en dépassant les dépenses de ses prédécesseurs. Il avait inventé une politique de paix, et son invention a entraîné la nécessité de combattre simultanément les deux plus grandes Puissances du monde.

    Henry Adams, 2 *History of the United States During the Administrations of Thomas Jefferson* 444-45 (1893).

87. Le soutien par Jefferson de l'expédition Lewis & Clark, et de son mélange d'objectifs scientifiques et patriotiques, a récemment fait l'objet d'une chronique dans Stephen E. Ambrose, *Undaunted Courage : Meriwether Lewis, Thomas Jefferson and the Opening of the American West* (1996).

88. Price, *supra* note 67, p. 74.

89. Pour une ventilation des « plafonnements d'effectifs, gels des effectifs et assouplissement des restrictions corrélatives entre 1940 et 1997 », du Congrès et de l'exécutif, voir Light, *supra* note 3, annexe C.

90. Bureau of the Budget, 87th Congress, Report to the President on Government Contracting for Research and Development (1962) [ci-après dénommé : « Rapport Bell »].

91. Les auditions se sont focalisées sur les « centres de recherche fédéraux sous contrats » générés par le gouvernement, comme Rand et Aerospace. L'attention s'est portée sur la menace concurrentielle que ces entités pouvaient représenter pour les entreprises à but lucratif qui cherchaient à faire un travail similaire. Voir *id.*

92. *Id.* p. 209. Le groupe d'études a noté que l'aspect le plus significatif des « nouvelles industries » tenait au fait qu'elles dépendaient « presque intégralement des ventes au gouvernement pour faire vivre leur entreprise. » *id.* au 205.

93. *Id.* p. 209.

94. *Id.* p. 208. Le rapport évoquait également les inquiétudes du secteur privé que les nouvelles entreprises à but non lucratif, comme Rand et Aerospace, n'empiètent abusivement sur les « fonctions traditionnelles assumées par l'industrie compétitive ». Rapport Bell, *supra* note 90, p. 208.

95. Ainsi, le Rapport déclarait que « l'un des obstacles majeurs à l'acquisition et au maintien des compétences managériales dont le gouvernement a besoin… tient aux écarts de rémunération entre secteur public et privé, à travail égal. » *id.* p. 217.

96. Le Rapport observait délicatement les interrelations au sein de la bureaucratie « sous contrat » :
On observe une tendance significative à avoir, aux conseils de trustees et aux conseils d'administration des grandes universités et des établissements sans but lucratif et à but lucratif engagés dans des travaux de recherche et de développement pour le compte d'autorités fédérales, des représentants d'autres institutions impliquées dans ces travaux … Il est certainement conforme à l'intérêt public que des organisations auxquelles tant de confiance est accordée pour la réalisation de missions publiques, doivent être contrôlées par les hommes les plus responsables, matures et compétents de la nation. Toutefois, nous entrevoyons clairement la possibilité de développement de situations de conflits d'intérêts… qui puissent être néfastes à l'intérêt public.

Id. p. 224.

97. Le Groupe d'Études a expliqué :
Cependant, nous n'avons pas essayé, dans le cadre de la présente étude, de traiter les questions philosophiques fondamentales [évoquées plus haut dans le rapport]. Nous jugeons souhaitable le haut degré d'interdépendance et de collaboration entre le gouvernement et les institutions privées. Nous estimons que le mélange actuel entre secteurs public et privé est conforme à l'intérêt national, car il donne les plus grandes possibilités d'initiatives et de confrontation d'idées de la part de tous les éléments de la communauté technique. En conséquence, nous pensons que le partenariat complexe actuel entre le gouvernement et les institutions privées devrait continuer.

Id.

98. 580 F.2d 496 (D.C. Cir. 1978).

99. *Id.* p. 499.

100. *Id.* p. 502 (modification de l'original) (citation omise).

101. *Id.*

102. *Id.* p. 510.

103. *Id.* p. 502. La question restante, comme la Cour l'a expliqué, était de savoir si les lois sur la fonction publique avaient été violées au motif que la NASA traitait les employés contractuels de la même manière que s'ils étaient ses employés directs. En l'occurrence, le critère était de savoir si les employés contractuels étaient supervisés directement, et non par des responsables de la NASA. Selon la Cour, « ces contrats exigeaient des entreprises qu'elles exercent leur jugement indépendant. Il s'agit de la relation classique avec un entrepreneur indépendant. » Webb, 580 F.2d, p. 505. Ainsi, la Cour a jugé que le recours à des employés contractuels pour assumer les fonctions statutaires de la NASA était acceptable, tant que ces employés ne se trouvaient pas sous la supervision des officiels de la NASA.

104. Voir Commission on Government Procurement, *Summary of the Report of the Commission on Government Procurement* (1972).

105. Voir le Discours à la radio du Président, 2 Pub. Papers 1468 (11 septembre 1993) (discutant des plans des administrations pour réduire les coûts et améliorer l'efficience) ; voir également Exec. Mem., 58 Fed. Reg. 48 583 (1993) (donnant instruction aux agences de définir des plans de compression de personnel).

106. Voir Light, *supra* note 3, p. 1.

107. *Id.* au vii.

108. Voir le site Internet de la Maison Blanche : *www.whitehouse.gov/government/fbci/*

109. Voir *e.g.* le site Internet de la coalition opposée à l'initiative : *www.au.org/press/pr22001.htm*

110. Voir note 54, en ce qui concerne les points de vue similaires exprimés par l'Administration Nixon à propos de l'externalisation effectuée précédemment par les Démocrates.

111. Dans un Livre Blanc publié à l'été 2001 pour soutenir l'Initiative, la Maison Blanche expliquait :
Le gouvernement fédéral… a peu d'idée de l'effet réel des milliards de dollars qu'il consacre au domaine social, en les dépensant directement ou en les envoyant à des gouvernements d'État et locaux. Des Milliards de Dollars Fédéraux de Dépenses, Peu de Preuves des Résultats. Le gouvernement fédéral consacre chaque année des milliards de dollars afin d'aider des familles, des individus et des communautés, et utilise fréquemment les fonds pour soutenir des services fournis par des organisations non gouvernementales. Bien que les fonctionnaires responsables des programmes fédéraux contrôlent les organisations non gouvernementales, les gouvernements d'État et les gouvernements locaux, et les autres groupes qui reçoivent ces fonds, afin de vérifier qu'ils sont bien utilisés aux effets prévus et sans fraude, les fonctionnaires gouvernementaux ont réuni peu de preuves que les aides versées fassent vraiment la différence sur le terrain. Subventions de Routine sans Contrôle des Performances. Dans certains programmes fédéraux discrétionnaires, un petit nombre d'organisations obtiennent continuellement des aides massives, bien qu'il existe peu de preuves empiriques justifiant le succès de leurs services. En outre, pratiquement aucun des programmes n'a été soumis à une évaluation systématique de leurs performances, qui réponde à des normes d'évaluation rigoureuses (ni même, dans la plupart des cas, rudimentaires).

Voir, « Barriers : A Federal System Inhospitable to Faith-Based and Community Organizations. » Le rapport peut être consulté sur le site *www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/unlevelfield3.html*

112. Le Management Agenda peut être consulté sur le site : *www.whitehouse.gov/omb/budget/fy2002/mgmt.pdf*

113. Le Federal Activities Reform Act de 1998, 31 USC Section 501(2)(a) oblige les agences à examiner leur ressources et à identifier leurs « fonctions publiques par inhérence », avec les postes restants candidat à l'externalisation. La préconisation proposée par le Bush Management Agenda pour le développement de la candidature à l'externalisation consiste à ce que les agences soient évaluées sur la base du pourcentage de tels postes qu'elles mettent en concurrence chaque année.

114. Voir, Department of Energy Workforce Analysis, juillet 2001, sur le site *www.ma.mbe.doe.gov/pol/WFAnal.pdf*

115. Voir le rapport du « Commercial Activities Panel », (Groupe d'étude des activités commerciales), créé par le Congrès pour étudier les « activités commerciales » qui continuent d'être assurées par des agences publiques, et qui peuvent être externalisées : *www.gao.gov/a76panel/dcap0201.pdf*

116. Voir, Jason Peckenpaugh, « Army Secretary Announces Massive Outsourcing Plan », *Government Executive Online*, 10 octobre 2002 : *http://207.27.3.29/dailyfed/1002/101002p1.htm*

117. Memorandum pour le sous-secrétaire d'État à la Défense (Acquisition, Technologie et Logistique), le sous-secrétaire d'État à la Défense (Comptroller/Chief Financial Officer), le sous-secrétaire d'État à la Défense (Preparedness and Readiness), de Thomas E. White, secrétaire de l'Armée, sur le thème : Comptabilisation des effectifs totaux : personnel sous-traitant, 8 mars 2002. En avril 2002 l'armée a indiqué au Congrès qu'elle manquait d'informations de base sur les effectifs précis de ses prestataires extérieurs de « service d'assistance » – qu'elle estimait à une fourchette comprise entre 100 000 et 600 000. Voir lettre du 12 avril 2002 de Reginal J. Brown, Assistant Secretary of the Army (Manpower and Reserve Affairs) à L'Honorable Ted Stevens, Ranking Member, Committee on Appropriations, Ranking Member, sous-commission de la Défense, Sénat des États-Unis.

118. Bell Report, *supra* note 90, p. 8.

119. *Id*. p. 9 (soulignage ajouté).

120. Le Professeur Harold Seidman, qui a participé à la conception de la politique, et supervisé les Circulaires en qualité de Directeur adjoint du Bureau of the Budget for Management dans les années Kennedy-Johnson, a rappelé que la politique consacrait le principe qu'il existe un « intérêt public » qui ne peut finalement être confié qu'à des fonctionnaires et non pas à ceux qui ont des intérêts « privés » (par ex., des entrepreneurs). Entrevue avec le Professeur Harold Seidman Professor Emeritus, Political Science, Johns Hopkins University (4 avril 2000).

121. Office of Management & Budget, Circulaire A-76, Performance of Commercial Activities (1983) (révisee en 1999) ; Office of Management & Budget, Circulaire A-76, Revised Supplemental Handbook, Performance of Commercial Activities (1996) (révisée en 1999). Pour appliquer la politique A-76, le Congrès a exigé des directeurs d'agences gouvernementales, en 1998, qu'ils soumettent annuellement la liste des activités qui ne sont pas gouvernementales par inhérence à l'OMB. Federal Activities Inventory Reform Act of 1998, § 2(a), § 501(2)(a) du Titre 31 du Code des États-Unis (1994).

122. Office of Federal Procurement Policy (Office de la politique fédérale d'approvisionnement) (OFPP), Policy Letter 92-1: « Inherently Governmental Functions », 57 *Fed. Reg*. 45 096 (1992) [ci-après dénommée : « Lettre de Politique OFPP »].

123. § 501(2)(a) du Titre 31 du Code des États-Unis (1994). Le FAIR Act ordonne aux agences de tenir des inventaires de leurs activités commerciales et de réaliser des comparaisons de coûts afin de déterminer si une activité commerciale exercée par une source gouvernementale devrait plutôt l'être par une source du secteur privé. La Lettre de Politique OFPP donne des indications sur les activités gouvernementales par inhérence qui ne sont pas soumises au FAIR Act.

124. Osborne et Gaebler, *supra* note 1, p. 35. Les auteurs notent que les difficultés à établir la ligne de partage ne doivent pas empêcher le changement.
Ceux qui pensent encore que l'État et les milieux d'affaires devraient être séparés tendent à opposer ces innovations… Mais le monde a trop changé pour permettre à une attitude aussi dépassée de nous étouffer de cette manière. « Nous ferions bien », écrit Harland Cleveland… « de nous glorifier de l'effacement de la frontière entre public et privé et de ne pas continuer à essayer de tracer une ligne évanescente dans l'eau ».

Id. au 43.

125. General Accounting Office, *Are Service Contractors Performing Inherently Governmental Functions?* 4 (1991).

126. Voir Lettre de Charles A. Bowsher, Comptroller General, General Accounting Office, à l'Hon. David Pryor, Chairman, Federal Services Post Offices and Civil Service Subcommittee (29 décembre 1989) (dans le dossier de l'auteur).

127. Le GAO a constaté que les contrats du DOE impliquaient des fonctions gouvernementales par inhérence, et citait l'exemple de la ligne d'assistance de l'EPA, dans la mesure où l'entrepreneur qui répond interprète les réglementations officielles à l'intention de ceux qui appellent cette ligne.

128. Voir Lettre du Comptroller General, *supra* note 116, p. 4.

129. Voir Lettre de Politique OFPP, *supra* note 112, au § 45 096. Comme l'explique la Lettre de Politique : « Des fonctions gouvernementales par inhérence n'incluent pas, normalement, la collecte d'informations pour les fonctionnaires du gouvernement ni la fourniture de conseils, d'opinions, de recommandations ou d'idées à ces fonctionnaires. » *id.* au § 45 100. Le rôle des entrepreneurs dans la rédaction de témoignages devant le Congrès et de réponses aux correspondances du Congrès a fait l'objet d'une attention toute particulière. Ici encore, l'OFPP déclare que, bien qu'elle soit embarrassante, cette rédaction par des entrepreneurs privés n'est pas inadmissible. « Bien que l'approbation d'un document du gouvernement soit une fonction gouvernementale par inhérence, sa rédaction n'est pas nécessairement une telle fonction… dans la plupart des cas, la rédaction d'un document… peut être sous-traitée… » *id.* au § 45 101.

130. Les règles régissant les approvisionnements de l'État sont généralement énoncées dans le Titre 41 du Code des États-Unis, les Federal Acquisition Regulations (Réglementations fédérales en matière d'achats) (FARs) [qui s'appliquent de manière générale à tout l'exécutif et figurent dans le Titre 48 du Code of Federal Regulations (Code des réglementations fédérales) (CFR)] et les suppléments aux FARs spécifiques aux différentes agences gouvernementales concernées.

131. Voir Light, *supra* note 3.

132. La loi prévoit un certain nombre d'exemptions (par ex., sécurité nationale, secrets d'affaires, délibérations pré-décisionnelles) qui peuvent avoir des effets pratiques très importants sur la limitation de l'accès public au processus de décision des agences gouvernementales. Voir en général Office of Information

and Privacy, Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide and Privacy Act Overview* (2000).

133. Voir infra, pt. V.B.

134. Voir § 208 du Titre 18 du Code des États-Unis (1994). Dans l'affaire *United States v. Mississippi Valley Generating Co.*, 364 US 520 (1961), la Cour a expliqué que la loi est « préventive ». *id.* au 550 n° 14. La Cour, examinant une disposition antérieure à la disposition légale actuelle, a en outre expliqué :
[L]a loi n'impose pas, pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient constitués, qu'il y ait corruption effective ou qu'un préjudice réel ait été subi par le gouvernement en conséquence du conflit d'intérêts du défendeur… La loi vise donc non seulement un acte déshonorable, mais également une conduite qui tente de provoquer un acte déshonorable. Cette large proscription reconnaît que l'impartialité de jugement peut atteindre même les hommes les plus intègres, lorsque leurs intérêts économiques personnels sont affectés par les activités qu'ils traitent pour le compte du gouvernement. Dans cette mesure, la loi s'intéresse donc plus à ce qui pourrait s'être produit dans une situation donnée qu'à ce qui s'est effectivement produit. Elle tente d'empêcher des fonctionnaires honnêtes de succomber à la tentation en leur interdisant, sans peine d'illégalité, de nouer des relations qui soient entachées de tentation.

Id. au 549-50.

Dans l'affaire *Mississippi Valley*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la loi n'aurait pas été violée car l'intérêt détenu par l'individu en cause (défendant les intérêts des entreprises privées de fourniture d'électricité) coïncidait avec l'objectif de l'administration. *id.* au 560. La Cour a en outre expliqué : « [e]n réalité, plus un agent donne des preuves de son accord sur les politiques de l'administration, plus il est susceptible d'encourir une responsabilité étendue et, en cas de conflit d'intérêts, plus le préjudice éventuel du gouvernement sera grand. » *Id.*

135. 5 CFR pt. 2635 (1999). Ils sont également liés par des suppléments spécifiques aux différentes agences gouvernementales concernées.

136. Ainsi, en 1998, des avocats privés employés sous contrat par l'US Enrichment Corporation (agence gouvernementale) ont été rémunérés à des taux d'honoraires atteignant $435/heure – c'est-à-dire des montants largement supérieurs aux plus hauts magistrats de l'État (y compris l'Attorney General). Voir, par ex., Contrat de services juridiques entre United States Enrichment Corporation, et Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom C-4, Contrat No. USECHQ-95-C-0018, Modification No. 005 (tel que modifié le 15 mai 1996) (figurant dans les dossiers de l'auteur) (notant un taux pour les associés senior de $435/heure). Bien que des données comparatives sur la rémunération reçue par les employés sous contrat ne soient pas publiquement disponibles, il est probable qu'ils ne gagnent pas uniformément plus que leurs homologues fonctionnaires.

137. Ainsi, le Président Reagan a licencié les contrôleurs aériens grévistes qui étaient employés par la FAA. Par contraste, dans les sites d'armement nucléaire de la Nation, qui sont exploités sous contrat, les ouvriers peuvent faire grève et l'ont déjà fait.

138. L'historique de RAND est retracé dans The Rand Corporation, *supra* note 22, pp. 38-66.

139. Voir *id.*

140. Price, *supra* note 67, p. 51.

141. Les consultants, Dean Wooldridge et Simon Ramo, ont fusionné avec la société Thompson, pour devenir Thompson-Ramo-Wooldridge ou TRW.

142. L'histoire des activités de Ramo-Wooldridge, racontée dans le moindre détail par les comptes rendus des auditions devant le Congrès, est retracée dans H.L. Nieburg, *In the Name of Science* (1966).

143. Des allégations prétendant que les services fournis par Rand au secrétaire à la Défense entraient en conflit avec ses services pour l'Air Force, sont rapportées dans Fiscal Year 1973 Authorization for Military, Procurement, Research and Dev., Construction Authorization for the Safeguard ABM, and Active Duty and Selective Reserve Strengths: Hearings on S. 3108 Before the Senate Committee on Armed Services, 92e Congrès pt. 5, p. 3283, 3284 (1972).

144. A la fin des années 80, l'EPA a réalisé que des entrepreneurs auxquels son siège faisait appel pour développer et revoir des politiques d'assainissement travaillaient également pour ses bureaux régionaux dans la mise en œuvre de ces politiques. L'EPA est intervenue pour empêcher les entrepreneurs de jouer des rôles de surveillance et de mise en application de ses politiques. Voir « Conflicts of Interest – EPA Guidance on Contractor-Polluter Relationships », *Superfund Rep't*, 31 janvier 1990, p. 8.

Les conflits générés par l'emploi simultané d'entrepreneurs par des agences indépendantes l'une de l'autre peuvent durer des années sans être détectés. Par exemple, en novembre 1999, des participants publics aux procédures devant l'US Nuclear Regulatory Commission (NRC) ont souligné que le document réglementaire officiel fourni par la NRC à l'appui d'une réglementation sur le recyclage controversé des déchets nucléaires avait été préparé par un entrepreneur qui faisait simultanément partie d'une équipe du DOE, qui espérait profiter du recyclage des déchets nucléaires par le DOE. En décembre 1999, la NRC a émis un ordre d'arrêt des travaux qu'elle a signifié à cet entrepreneur, en l'informant qu'il violait les prescriptions applicables en matière de conflit structurel d'intérêts. En mars 2000, la NRC a résilié le contrat.

Voir Nuclear Regulatory Commission, SECY 00-0070 (Policy Issue/Notation Vote; Control of Solid Materials), 23 mars 2000, p. 4.

145. Le Congrès a appris que le Département de l'Intérieur avait employé un entrepreneur pour étudier des solutions de remplacement pour le transport du charbon de l'ouest sur le marché, où une entité du groupe de cet entrepreneur avait annoncé des projets de construction de l'une des solutions de remplacement concurrentes. Le contrat a déclenché la reconnaissance que le concept de conflit d'intérêts devrait intégrer la notion d'« intérêt public », et d'intérêt des entrepreneurs et des agences gouvernementales qui les emploient. Voir également « Organizational Conflict of Interest and the Growth of Big Government », 15 *Harvard Journal on Legislation* 297 (1978).

146. Voir « Organizational Conflicts of Interest », 48 C.F.R. pt. 2009.5 (1999).

147. Si un citoyen sait qu'un entrepreneur est le premier sur les rangs pour obtenir un marché, il constatera que les déclarations de divulgation de l'entrepreneur ne peuvent pas être communiquées en vertu de l'exemption prévue par le Freedom of Information Act (informations commerciales).

148. Voir « Contractors Lied on Conflict of Interest, Says DOE », *Energy Daily*, 27 mars 1990, p. 3. La propre revue par le département des contrats examinés par le personnel du Sénat a confirmé que :

(1) Les entreprises ont déclaré qu'elles n'avaient aucun intérêt en la matière, alors qu'elles semblaient, en réalité, détenir des intérêts qui auraient dû être divulgués.

(2) Les propositions techniques de l'entreprise sollicitaient l'adjudication de travaux qui n'avaient pas été divulgués dans le formulaire de divulgation de conflits d'intérêts, et rien n'indiquait que les fonctionnaires responsables des achats se soient engagés à comparer les deux.

Id.

149. Par exemple, dans son étude de 1980, la sous-commission a constaté qu'un sous-traitant du DOE employé pour assister le DOE à planifier la réaction à un futur embargo pétrolier de l'OPEP, s'était abstenu de divulguer qu'il travaillait également pour des compagnies pétrolières. Entre-temps, la proposition « commerciale » de ce sous-traitant avait exhorté le département à faire appel à lui, notamment parce qu'il travaillait pour d'autres grandes compagnies pétrolières. Simultanément, et à l'insu du département, l'entreprise se vantait auprès du Département des Transports (dans une offre pour fournir une assistance au transport au Moyen-Orient) de fournir des conseils dans le cadre de plusieurs programmes pétroliers des pays de l'OPEP. Voir Federal Consulting Services: Joint Hearings Before the Subcommittee on Civil Service and General Servs. of the Senate Committee on Governmental Affairs and the Subcommittee on Human Resources of the House Committee on Post Office and Civil Service, 96e Congrès 322-23, 347-52 (1980) (déclarations du sénateur Pryor and Eric Fygi, Deputy General Counsel, DOE).

De la même manière, dans son étude de 1989, la sous-commission a constaté qu'un entrepreneur employé pour aider le Congrès et l'administration à examiner une offre controversée d'expédition de plutonium au Japon, était simultanément, aux termes de son propre rapport public, le conseil des bénéficiaires japonais de l'accord. En outre, à l'insu du public et du DOE, l'entrepreneur était effectivement employé pour rendre compte à ses clients japonais du débat interne qui avait lieu, aux États-Unis, sur la question de l'expédition du plutonium. (Ses rapports contenaient une critique vigoureuse du personnel du Congrès, et estimaient que l'entrepreneur avait déjoué les efforts d'un membre du Congrès pour obtenir un audit du General Accounting Office sur la controverse.)

Voir John J. Fialka, « Consultant Doubled as Adviser to Japanese Firms and to the US, Playing its Dual Roles with Ease », *Wall Street Journal*, 27 mars 1990, § A22.

150. Voir Utilisation d'Entrepreneurs par le DOE, *supra* note 39, pp. 62-64.

151. *Id.* p. 69. Le département lui-même a observé qu'« il semblerait que, très souvent, et en dépit d'un processus conçu pour encourager un examen consciencieux de la question, les participants ont employé la langue de bois, n'ont pas vu ou ont négligé des faits importants, n'ont pas détecté des incohérences, et ont manqué d'examiner complètement les questions [de conflit]. » Lettre de l'Honorable Donna R. Fitzpatrick, Assistant Secretary Management and Administration, DOE, à l'Honorable David Pryor, United States Senate 6 (12 février 1990) (dans la documentation de l'auteur).

152. Les circonstances mêmes qui sont des indices de conflit – fourniture de services à de nombreux clients – peuvent également être des indices d'expertise. Ainsi, un fonctionnaire responsable de programmes pourra reconnaître une valeur considérable à une liste de clients qu'un profane considérerait comme une source de conflits apparents.

153. Louis L. Jaffe, « Lawmaking by Private Groups », 51 *Harvard Law Review* 201, 212 (1937).

154. Pour compliquer encore les choses, les employés des entrepreneurs sous-traitants de l'État peuvent eux-mêmes avoir fort peu de cette expérience. Il est

difficile de savoir si l'apparence de conflit représente une conspiration ou un chaos.

155. Voir 48 CFR § 9.503 (prévoyant cette renonciation, si l'agence détermine que l'application des règles en matières de conflits ne serait pas de l'intérêt du gouvernement).

156. Voir § 208 du Titre 18 du Code des États-Unis (1994) (définissant le fondement légal du conflit d'intérêts). Le § 208(b) du Titre 18 du Code des États-Unis ne prévoit cette renonciation qu'à condition qu'il soit déterminé, dans le cas d'un employé à plein temps, que « l'intérêt n'est pas assez substantiel pour être jugé susceptible d'affecter l'intégrité des services que le gouvernement peut attendre de ce fonctionnaire ou de cet employé ». *Id*.
Par contraste, l'Atomic Energy Act (Loi sur l'énergie atomique), l'une des rares dispositions légales en matière de conflits d'intérêts des sous-traitants, dispose que lorsqu'un sous-traitant potentiel se trouve dans une situation de conflit inévitable, « la commission pourra conclure ce contrat… si la commission détermine qu'il est du meilleur intérêt des États-Unis de ce faire, et insère des conditions appropriées dans ce contrat… pour atténuer ce conflit ». § 2210a(b)(2) du Titre 42 du Code des États-Unis (1994).

157. Les transcriptions secrètes des délibérations du Conseil d'administration, rendues publiques après le contentieux sur le *Sunshine Act*, ont révélé que le fonctionnaire américain en question avait joué un rôle substantiel dans la décision du Conseil de privatiser selon la méthode – une offre publique de souscription d'actions – proposée par les fonctionnaires de l'équipe de direction compétents, plutôt que de privatiser au moyen d'une vente à un tiers (par ex., Lockheed). Voir Richard Miller, Déposition devant le Congrès en qualité de Représentant du Syndicat « Paper, Allied-Industrial, Chemical and Energy Workers Union » (PACE) 13-22 (13 avril 2000) (déposition devant le Subcommittee on Oversight and Investigations du House Committee on Commerce) (Dans les dossiers du PACE).

158. A la suite d'une plainte (à propos de laquelle l'auteur est intervenu comme conseil), le Département de la Justice a déclaré : « [les] poursuites de [l'individu] échoueraient car il a sollicité et obtenu une dispense au titre du conflit d'intérêts. » Lettre de M. John C. Keeney, Deputy Assistant Attorney General, Criminal Division, United States Department of Justice, à M. James K. Phillips, Vice President, PACE (29 septembre 1999) (dans le dossier de l'auteur). Le Département de la Justice a refusé de fournir un fondement réglementaire ou un précédent à la légitimation de la renonciation *ab initio*. Voir *id. ;* voir également Lettre de James K. Phillips, Vice President, PACE, à l'Hon. Janet Reno, Attorney General, Department of Justice (8 octobre 1999) (dans le dossier de l'auteur).

159. 504 F.2d 238 (D.C. Cir. 1974).

160. *Id*. p. 243.

161. *Id*. p. 248.

162. *Id*. p. 246.

163. Voir § 552(b)(6) du Titre 5 du Code des États-Unis (1994).

164. 445 US 169 (1980).

165. *Id*. p. 176.

166. *Id*.

167. *Id.* p. 171.

168. *Id.* p. 180.

169. *Id.* p. 181.

170. Forsham, 445 US, p. 170. La majorité a procédé à une analyse technique des textes législatifs sur les dossiers publics, pour en conclure que les dossiers des agences, et les limites du FOIA, incluent uniquement des documents créés par des fonctionnaires et/ou se trouvant effectivement en la possession de fonctionnaires. *Id.*, p. 181-83.

171. L'avis dissident déclarait :
Lorsque le lien entre l'agence et les informations demandées est étroit, et lorsque l'importance des informations pour la compréhension publique des décisions ou le fonctionnement de l'agence est grande… les objectifs définis par le Congrès nous imposent de considérer que les informations sollicitées sont un « dossier de l'agence »… Il est vrai que ce critère ne permet pas de fixer une frontière nette, mais l'évaluation d'un ensemble de facteurs pertinents n'est pas une nouveauté en droit.

Id. p. 188-89.

172. 668 F.2d 537 (D.C. Cir. 1981).

173. *Id.* p. 539.

174. *Id.* p. 540.

175. *Public Citizen Health Research Group v. Department of Health, Educ., & Welfare*, 449 F. Supp. 937, 941 (D.D.C. 1978). Le District Court a noté que le bénéficiaire des subventions dans l'affaire *Forsham* n'avait pas un pouvoir décisionnel formel et n'était pas soumis à un « contrôle fédéral journalier ». *Id.*

176. Public Citizen Health Research Group, 668 F.2d p. 542-43.

177. *Id.* p. 543.

178. *Id.* p. 544. Dans son avis dissident, le juge Mikva, suivant les juges Brennan et Marshall, a pris fermement position pour la responsabilité :
Les organismes bénéficiant d'une délégation de pouvoir leur permettant de prendre des décisions significatives sont des agences de plein droit. Ils agissent à la place d'un organisme gouvernemental préexistant, dans l'exercice d'une fonction centrale. Ils sont soumis au FOIA en raison de l'intention du Congrès d'atteindre des entités qui accomplissent des fonctions gouvernementales et contrôlent des informations revêtant un intérêt pour le public. (citation interne omise).

Id. p. 546 (Mikva, J., dissident).

179. L'amendement Shelby, adopté dans le cadre de l'Omnibus Appropriations Bill pour l'Exercice Fiscal 1999, ordonne à l'OMB d'« exiger des agences fédérales lançant des appels d'offres qu'elles veillent à ce que toutes les données produites dans le cadre des adjudications soient mises à la disposition du public… en vertu du Freedom of Information Act. (Loi sur la liberté d'information) » *Pub. L. No.* 105-277, 112 Stat. 2681 (1998).

180. Voir 64 Fed. Reg. 5684, 5684-85 (1999) (projet de révision) ; 64 Fed. Reg. 54 926 (1999) (révision finale) (discutant des commentaires reçus dans le cadre du projet de révision des règles de l'OMB pour l'application de l'amendement Shelby).

181. Les organismes à but non lucratif ont souligné que l'amendement n'assurait pas un libre accès aux travaux, lorsque des travaux similaires étaient effectués par des entités à but lucratif.

182. A titre d'illustration surprenante de cette crainte, l'Advisory Committee on Human Radiation Experiments du Président Clinton a constaté qu'encore à la fin des années 60, la Harvard Medical School a résisté avec succès aux efforts du Department of the Army visant à exiger des chercheurs sous contrat de Harvard qu'ils se conforment au Code de Nuremberg dans les recherches sur l'homme conduites à Harvard. Harvard a protesté que le gouvernement empiétait abusivement sur l'autonomie des chercheurs. Voir Rapport Final de l'Advisory Committee on Human Radiation Experiments 89-91.

183. Price, *supra* note 67, p. 37.

184. 310 US 113 (1940).

185. *Id*. p. 127-28.

186. Il ne fait aucun doute que l'arrêt Perkins reflétait également une mobilisation mondiale. Le juge Black note que la Cour d'Appel a refusé l'application de la loi à une « industrie vitale » qui assurait « des approvisionnements dont les Départements de la guerre et de la marine avaient impérativement besoin ». *Id*., p. 123.

187. *Id*.

188. 424 F.2d 859 (D.C. Cir. 1970).

189. 734 F.2d 1570 (D.C. Cir. 1984).

190. 429 US 252 (1977).

191. 438 US 265 (1978).

192. West Virginia, 734 F.2d, p. 1576. Le principe West Virginia a été repris et explicité dans d'autres contextes. Par exemple, dans l'affaire *Stellacom, Inc. v. United States of America*, 783 F. Supp. 647 (D.D.C. 1992), la Cour a jugé que « la perte de l'opportunité de s'auto-certifier comme une petite entreprise, pour les besoins de marchés réservés aux petites entreprises, satisfaisaitt aux exigences constitutionnelles de recevabilité. »

    Id. p. 653.

    L'extension judiciaire des droits des entrepreneurs va dans la même sens. Dans l'affaire *CC Distributors, Inc. v. United States*, 883 F.2d 146 (D.C. Cir. 1989), le gouvernement prétendait que les entrepreneurs étaient irrecevables à contester une décision de réaliser les travaux en interne, sans appel à la sous-traitance. La Cour a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel la procédure de soumissionnement n'ayant jamais commencé, les entreprises n'avaient perdu aucune opportunité de concourir :
    Cet argument, bien qu'il soit peut-être pertinent sur le fond, est inopérant pour combattre l'allégation des demandeurs en ce qui concerne le préjudice… L'observation selon laquelle « aucune procédure de soumissionnement n'a jamais été invoquée » pose la question de savoir si les lois et règlements en vigueur imposent à l'Air Force de recommencer les procédures de mise en concurrence et de comparaison de coûts de cet appel d'offres, c'est-à-dire dans tous les cas où elle crée un droit conditionnel de concourir.

    Id. p. 150-51.

193. La jurisprudence et la doctrine suggèrent que des personnes privées peuvent revendiquer le statut de tiers bénéficiaire en vertu de marchés de l'État, si l'intention des parties contractantes (expresse ou tacite) est suffisamment particulière. Voir, par ex. *Bossier Parish Sch. Bd. v. Lemon*, 370 F.2d 847, 850 (5e Cir. 1967) (jugeant qu'une école financée par des fonds fédéraux dans une enclave militaire fédérale ne pouvait pas refuser d'intégrer des élèves ; « les

défendeurs, en vertu de leurs assurances contractuelles, ont obtenu des droits pour ces enfants « fédéraux » en tant que tiers bénéficiaires ») ; *Schuerman v. United States*, 30 F. Cl. 420 (1994) (jugeant qu'un emprunteur dans le cadre du programme de garantie FMHA bénéficiait du Contrat de Garantie FMHA, de telle sorte que l'établissement prêteur était directement responsable d'accorder le crédit à l'emprunteur) ; *Holbrook v Pitt*, 643 F.2d 1261 (7th Cir. 1981) (déclarant que des locataires relevant de programmes de logement fédéraux sont des tiers bénéficiaires de contrats entre HUD (ou tout agent) et des promoteurs) ; voir également *Oil, Chemical et Atomic Workers Int'l Union v. Richardson*, 214 F.3d 1379 (D.C. Cir. 2000) (jugeant que le syndicat demandeur était irrecevable à agir en vertu des dispositions légales sur la préférence en matière d'emploi, mais la Cour note que la décision « ne dit rien sur la capacité à engager des poursuites en tant que tiers bénéficiaires » d'un marché public intégrant ce principe de préférence ; Restatement (Second) of Contracts § 313.

194. Voir, par ex, Lettre de Politique OFPP, *supra* note 112. « Cette Lettre de Politique n'entend pas créer un fondement substantiel ou procédural de contestation d'une action ou inaction d'une agence, et ne doit pas être interprétée comme telle… » *id*. au § 45 102. En réalité, la Lettre de Politique récuse généralement toute intention de « spécifier quelles fonctions sont, en droit, gouvernementales par inhérence, ou de définir les facteurs retenus pour procéder à cette détermination juridique. » *id*. au § 45 100.

195. Par exemple, la contestation pourrait se fonder sur le manquement de l'agence à effectuer les comparaisons de coûts exigées par la circulaire. Ces contestations ont été « Such Challenges were Denied », en *e.g. National Federation of Federal Employees v. Cheney*, 883 F.2d 1038 (D.C. Cir. 1989) ; *Local 2855 AFGE (AFL-CIO) v. Brown*, 680 F.2d 722 (11e Cir. 1982) ; *Local 2855 AFGE (AFL-CIO) v. United States*, 602 F.2d 574 (3e Cir. 1979).

196. Voir *Diebold v. United States*, 947 F.2d 787 (6e Cir. 1991) ; *National Air Traffic Controllers Ass'n v. Pena*, No. 95-3016, 1996 WL 102421 (6e Cir. 7 mars 1996) (non publié) ; voir également Jayna Richardson, « Outsourcing and OMB Circular A-76: Sixth Circuit Opens the Door to Federal Employee Challenges of Agency Determinations », 28 *Pub. Cont. L.J.* 203 (1999).

197. 504 US 555 (1992).

198. *Id*. p. 576.

199. *Id*. p. 573.

200. Les commentaires visent les travaux analysés ici ; et non, par exemple, l'achat de produits de base (par ex. fournitures de bureau ou ketchup) ou de services de routine.

201. Voir, par ex., DOE Contract Management Hearings, *supra* note 43, p. 111 (déclaration de l'Hon. Hazel R. O'Leary, Secretary, DOE).

202. Ainsi, dans le cadre de leur témoignage devant le Congrès en 1995, des représentants du GAO et de l'OMB ont expliqué que – même après des décennies de fonctionnement – le gouvernement manquait de données suffisantes pour déterminer si la politique A-76 d'externalisation de services commerciaux avait permis de générer des économies de coûts. Les facteurs expliquant ce manquement incluaient des difficultés de mesure, des changements des données de base et des limitations de ressources. Voir Contracting Out : Summary and Overview, Committee on Government Reform and Oversight, 104e Congrès, au § 9-4519, *Pub. Admin. Rev.* 263 (1995) (déclaration de Nye Stevens,

Director of Planning and Reporting, General Accounting Office et John Koskinen, Deputy Director for Management, Office of Management and Budget).

203. Voir Steven Kelman, *Procurement and Public Management : The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance* 15 (1990). Kelman, premier directeur de l'Office of Federal Procurement Policy de l'Administration Clinton, a noté que des exigences concurrentielles formelles pourraient engendrer de la paperasserie et sacrifier des communications bénéfiques entre l'entrepreneur et son client. Ainsi, dans leur étude des marchés d'armement, qui fait autorité, Peck et Scherer ont observé que des « dépassements de coûts » apparemment inefficients peuvent en réalité constituer des coûts nécessaires pour maintenir un groupe d'entreprises suffisamment en bonne santé afin de garantir des solutions de remplacement concurrentielles.

204. Par exemple, voir le site web du DOE à l'adresse suivante : *www.ig.doe.gov*. De la même manière, les parties intéressées aux marchés d'armement du DOE ont un accès Internet aux sites web des médias et collectivités locales, ainsi qu'aux sites web des entrepreneurs.

205. Voir Charles E. Lindblom, *The Science of « Muddling Through »* 79-83 (1959) (décrivant le rôle essentiel mais imparfait des groupes d'intérêts en tant que chiens de garde).

206. 436 US 149 (1978).

207. *Id*. p. 158-59.

208. *Id*. p. 163. Rétrospectivement, ces maigres conclusions de la Cour ont encore moins de portée qu'il n'y paraît. Le précédent de la loi électorale, sur lequel la Cour s'est fondée, impliquait toutes les primaires présidentielles. Comme le démontre la tentative malheureuse de Ross Perot pour accéder aux débats de la Présidentielle de 1996, organisés par des entreprises privées, il n'est pas certain que le principe de l'exclusivité s'applique en dehors de son contexte historique de discrimination raciale.

209. *Id*. p. 171.

210. *Id*. p. 176 (Stevens, J., dissident).

211. Simultanément, l'incapacité de la Cour à donner un contenu spécifique et éternel à la nature des fonctions gouvernementales doit être replacée dans le contexte de la déclaration de la Cour, par la voix du juge Scalia dans l'arrêt Lujan, selon laquelle la protection de l'« intérêt public » est le rôle du « Congrès et de l'exécutif » et non de personnes privées. Voir *id*. p. 576. Le corollaire de cette déclaration, tel qu'analysé *infra* à propos du False Claims Act, est que cette protection peut être confiée à des tiers, si cette mission repose sur un intérêt concret.

212. 513 US, 374 (1995).

213. 31 USC. § 9101(1)-(2)(A) (1994 & Supp. III 1997).

214. 45 USC. § 541 (1994).

215. 513 US, 392.

216. *Id*.

217. *Id*. 394.

218. *Id*. 397.

219. 487 US 500 (1988).

220. *Id*. 505.

221. *Id*. 507.

222. *Id*. 510.

223. *Id*. 512.

224. L'avis dissident notait également avec ironie qu'en l'absence de mandat exprès du Congrès, le juge Scalia avait invoqué le droit commun fédéral pour justifier l'application du pouvoir de police de l'État. Voir Boyle, 487 US, 515. Quelle que soit l'application du droit commun fédéral dans les procès où les États-Unis eux-mêmes sont parties, il ne s'applique pas aux procès entre deux plaideurs personnes privées.

225. *Id*. 521. L'avis dissident indiquait :
L'étroitesse historique de l'intérêt fédéral et de l'immunité n'est pas accidentelle. Un fonctionnaire fédéral exerce un pouvoir légal, qui ne fournit pas seulement le fondement nécessaire à son immunité en droit positif, mais nous permet également de présumer avec confiance que toute immixtion dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sape la volonté du Congrès. Par contraste, un sous-traitant de l'État agit indépendamment de tout texte législatif du Congrès. Ainsi, l'immunité d'un entrepreneur ne repose sur aucun fondement tiré du droit positif, ni sur aucune présomption qu'elle répond à la volonté du Congrès.

Id. p. 523 (Brennan, J., dissident).

226. 518 US 668 (1996), confirmant *Umbehr v. McClure*, 44 F.3d 876 (10e Cir. 1995), révisant 840 F. Supp. 837 (D. Kan. 1993).

227. Voir *id*. 672.

228. Voir Umbehr, 840 F. Supp., 839.

229. Voir *id*.

230. Umbehr, 44 F.3d, p. 879. L'arrêt Pickering ne reconnaissait pas aux fonctionnaires l'intégralité des droits découlant du Premier amendement, mais prévoyait un équilibre entre les intérêts des fonctionnaires et ceux de l'État. *Id*.

231. 518 US, 676.

232. *Id*. 684.

233. *Id*. 679 (citation omise).

234. *Id*. 679.

235. *Id*. 688 (Scalia, J., dissident). Bien entendu, le juge Scalia n'a pas manqué de fustiger l'aspect peu reluisant de la tradition du patronage. Il a souligné que dans la mesure où la tradition du patronage invite à la pratique des pots-de-vin et autres formes de corruption, les gouvernements adoptent des lois afin de garantir l'intégrité des marchés publics. Voir *id*.

236. Umbehr, 518 US, 694. A ce propos, le juge Scalia a cité le juge Posner, dans l'affaire *LaFalce v. Houston*, 712 F.2d 292, 294 (7e Cir. 1983).
Bien que certaines entreprises commerciales vendent uniquement à l'État, la plupart des sous-traitants de l'État ont également des clients privés…. Si l'entrepreneur n'obtient pas le marché particulier pour lequel il soumissionne… ce n'est pas la fin du monde pour lui ; il peut soumissionner auprès d'autres entités publiques, et également privées.

Id. 685.

237. Le juge Scalia a également prétendu que la décision de la majorité aurait pour conséquence d'augmenter le nombre de procès. Voir discussion *supra* partie V.C.

238. 521 US 399 (1997).

239. 457 US 800 (1982).

240. Richardson, 521 US, 408.

241. *Id*. 404. L'historique retracé par le juge Breyer concluait à l'existence de nombreux précédents en matière de prisons privées, mais ajoutait qu'il n'existait « aucune preuve que la loi ait conféré une immunité spéciale aux entreprises privées ou à leurs employés… » *id*. 405.

242. *Id*. 408.

243. *Id*.

244. *Id*. 409-10.

245. Richardson, 521 US, 410-11.

246. Le juge Scalia a abordé la notion de fonction gouvernementale par inhérence, mais ne semble pas en avoir tiré des conclusions définitives. Le juge Scalia a noté que, « [l]es parties admettent que les demandeurs assument une fonction prototypiquement gouvernementale. » *id*. 415. En outre, l'analyse historique du juge Scalia relève que des citoyens privés – par exemple, les jurés – se sont vu accorder une immunité lorsqu'ils accomplissent une fonction qui le justifie. *id*. 417.

247. *Id*. 417.

248. *Id*. 421.

249. 31 USC. § 3729 (1994).

250. Voir, par ex., James B. Helmer *et al*., *False Claims Act: Whistleblower Litigation* 27-46 (2d ed. 1999).

251. Pour un résumé de ces efforts, voir Helmer, *supra* note 239, ch. 4.

252. Voir *Vermont Agency of Natural Resources v. United States*, 120 S. Ct. 1858 (2000). Sur la question dont elle était directement saisie, la Cour a jugé que les États ne sont pas des « personnes » soumises à la loi.

253. *Id*.

254. A vrai dire, le critère est un critère d'équilibrage, qui, comme la majorité le fait observer, permet de considérer des facteurs distincts du contexte contractuel.

255. En fait, dans l'affaire *Richardson*, tandis que le juge Scalia a vigoureusement prôné l'équivalence fonctionnelle des travaux dans les prisons privées et publiques, la majorité a expliqué que le critère de l'équivalence fonctionnelle n'était pas valable.

256. Dans l'affaire *Forsham*, par exemple, et ainsi qu'il a été observé, la majorité a ignoré cette tension, jugeant que l'intégrité du caractère spécial de la recherche universitaire serait affectée si elle était soumise aux contraintes du Freedom of Information Act. La majorité a éludé l'argument selon lequel les organismes à but non lucratif jouaient, de fait, un rôle décisionnel important. Voir *Forsham v. Harris*, 445 US 169 (1980).

257. Alternativement, que faudrait-il, en toute hypothèse, pour renverser la présomption de régularité ?

258. Lebron, 513 US, 394.

259. Umbehr, 518 US, 679.

260. Voir *Munn v. Illinois*, 94 US 113 (1876), concernant les origines du pouvoir de police en droit coutumier (« common law »), qui, ayant été intégré dans notre Constitution, sous-tend la réglementation des « activités touchant à l'intérêt public » – c'est-à-dire la réglementation du service public.

261. Voir, par ex., la discussion du concept codifié par Blackstone, selon lequel le pouvoir législatif ne peut pas aliéner de manière permanente son pouvoir souverain, dans l'arrêt United States v. Winstar Corp., 518 US 839 (1996).

262. Outre les affaires précitées, voir l'étude de cas impliquant une délégation de pouvoirs dans « Validity of Proposal for Board to Assist in Dairy Income Maintenance Program, American Law Division », *Congressional Research Service*, 19 juillet 1991.

263. Par exemple, les tribunaux peuvent voir, dans la preuve qu'un entrepreneur est aux prises avec un conflit d'intérêts, la preuve d'une délégation illégale. Voir *Sierra Club v. Sigler*, 695 F.2d 957, 962 n.3 (5e Cir. 1983), qui impliquait l'examen d'une déclaration d'impact environnemental d'un corps d'ingénieurs de l'armée, préparée en se fondant sur les travaux d'un consultant employé par l'auteur du projet, et fait autorité sur la question de la relation entre conflit d'intérêts et délégation inacceptable :
Bien que le conflit d'intérêts en soi puisse ne pas avoir été illégal … le fait qu'un corps de l'armée se contente de mettre son tampon sur une étude d'impact environnemental préparée par un tiers l'est… Nous avons bien conscience du fait que la préparation d'une étude d'impact environnemental est un immense travail, et que les réglementations des CEQ et des Corps permettent la participation de consultants privé… Néanmoins, une agence ne peut pas déléguer ses obligations publiques à des entités privées… et particulièrement à des entités privées dont l'objectivité peut être contestée pour des raisons de conflits d'intérêts.

Id. (citation interne omise). Cependant, dans l'affaire *Sigler*, la Cour n'a « exprimé aucun avis juridique sur la question de savoir si les Corps ont abusivement "tamponné" une étude d'impact environnemental préparée par quelqu'un d'autre ». *Id*. Dans l'affaire *Schweiker v. McClure*, 456 US 188 (1982), la Cour Suprême n'a pas considéré qu'il y avait eu violation de la procédure régulière, au motif que des demandes d'indemnité Medicare étaient réglées par une compagnie d'assurances, car elle n'a constaté l'existence d'aucun conflit d'intérêts qui eût disqualifié cette compagnie d'assurances privée pour assurer le règlement de ces demandes.

264. Par exemple, dans l'affaire *City of Paris, Kentucky v. Federal Power Commission*, 399 F.2d 983 (D.C. Cir. 1968), la Cour a jugé qu'une coopérative électrique rurale n'était pas une émanation de l'État, dans le contexte de l'Article 201 du Federal Power Act (Loi fédérale sur l'énergie).

265. Voir l'arrêt McCulloch v. Maryland, 17 US 316 (1819), qui fait autorité en la matière.

266. Voir, par ex., *Alabama Power Co. v. Alabama Elec. Cooperative, Inc.*, 394 F.2d 672 (5 ème Cir. 1968). Nonobstant l'arrêt City of Paris, précité, la Cour a jugé, dans l'affaire *Alabama Power*, qu'une coopérative électrique rurale était, au moins pour les besoins de la Loi Sherman, une émanation de l'État : « La Compagnie d'électricité entend simplement traiter la coopérative électrique rurale comme un rival dans la prestation de services collectifs. Nous sommes d'accord avec la décision récente de la Federal Power Commission… pour considérer que les

coopératives électriques rurales sont un peu plus que des fournisseurs de services collectifs ; elles sont des émanations des États-Unis. » *Id*. 677.

267. Voir Lebron, 513 US, 379.

268. Voir, par ex., *Corporacion Venezuela de Fomento v. Vintero Sales Corp*., 629 F.2d 786, 790 (2d Cir. 1980) [« L'objet essentiel du Foreign Service Immunities Act (Loi sur les immunités accordées aux services étrangers) ('FSIA') est de donner compétence aux district courts pour statuer sur des affaires civiles impliquant des demandes à l'encontre d'états étrangers et de leurs émanations, qui ont renoncé à leur immunité judiciaire au titre des opérations concernées »].

269. Dans l'arrêt de principe *Alabama v. King et Boozer*, 314 US 1 (1941), la Cour Suprême a établi qu'un sous-traitant de l'État ayant obtenu un marché au forfait n'était pas exonéré d'impôts au motif que l'État était, par essence, l'acheteur.

270. 94 US 113 (1876). La majorité et la minorité dissidente ont toutes deux fait référence à la tradition du droit coutumier selon laquelle des monopoles ayant obtenu des chartes du Roi étaient assujettis à des obligations de service public. La question posée dans l'affaire *Munn* était de savoir si une entité privée pouvait ou non être soumise aux contraintes de l'État, si, comme dans le cas de l'entrepôt à grains de Munn, elle ne dominait pas le marché sur la base d'une charte de l'État.

271. 214 F.3d 1379 (D.C. Cir. 2000).

272. La revue historique des origines de la Loi antitrust, effectuée par le juge White dans l'affaire *Standard Oil v. United States*, 221 US 1, 54-60 (1911), suggère que la loi est capable de traduire la différence entre la forme et le fond du droit et de l'obligation publics. Comme le juge White l'explique, la loi sur les « monopoles » visait initialement la conduite des entités ayant obtenu une charte royale, mais il a vite été reconnu que les conséquences dommageables d'un monopole pouvaient tout aussi bien naître lorsqu'un monopole se développait sans charte royale. « En d'autres termes », faisait observer White, « le bon sens pratique a focalisé l'attention non pas sur le nom théoriquement correct à donner à la situation ou aux actes qui ont donné lieu au résultat dommageable, mais sur le résultat lui-même, et sur les conséquences funestes qu'ils ont produites ». *Id*. 56.

273. Ces prémisses, comme cette étude l'a prouvé, peuvent être des artefacts propres à leur époque, et son en perpétuel changement. Plus important encore, les hypothèses relatives aux qualités inhérentes des institutions (et l'équilibre approprié entre elles) doivent être revisitées au fur et à mesure que leurs qualités changent, sous la contrainte des développements mêmes en cause. Ainsi, comme le Rapport Bell l'a noté, l'effet de l'externalisation des fonctions de l'État sur la qualité de la bureaucratie publique semble, en fait, cumulatif. De la même manière, comme l'explique la discussion ci-dessus, la nécessité de rendre des tiers responsables de l'exécution de tâches d'intérêt public peut les assujettir à des contraintes qui les privent des qualités qui en font la valeur.

274. Voir Jeff Weintraub, « The Theory and Politics of the Public/Private Distinction », en *Public and Private in Thought and Practice* (Weintraub & Kumar eds., 1997). Weintraub souligne également que la distinction public/privé assumée par la convention politique et légale contemporaine identifie le public à l'administration dirigiste, et le privé à l'économie de marché. Weintraub ajoute que l'équation entre public et gouvernement n'est aucunement essentielle ; ainsi, dans la perspective de l'approche républicaine, le domaine public est distinct à la fois de l'État et du marché, et, dans une perspective plus large (par

ex., Jane Jacobs) le domaine public est celui de la sociabilité (par ex., la vie de la rue), sans référence immédiate au gouvernement (ou à la politique).

275. La « déréglementation » (ou « restructuration ») du secteur des « services publics » auparavant hautement réglementé, est fondée sur la création par l'État des mécanismes du marché sur lesquels la concurrence pourra fonctionner. Ainsi, la législation californienne sur la restructuration, qui fait autorité, « ordonne la création d'une nouvelle structure de marché caractérisée par deux institutions à but non lucratif concessionnaires de l'État. » Voir Cal. Pub. Util. Code § 365 (West 1999) (créant un « opérateur de système indépendant » afin de maintenir la grille de transmission interconnectée et une centrale électrique). De la même manière, au niveau fédéral (tant au sein de la Federal Energy Regulatory Commission qu'à l'occasion du débat sur le projet de loi de restructuration), la question centrale est la définition des nouveaux mécanismes de marché qui régiront et maintiendront des lignes électriques qui, à défaut de réglementation, sont des outils faciles de monopole.

276. Voir, par ex., Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* 8 (1999) (estimant que le cyber-espace doit être régi par le choix public de l'« architecture » appropriée, même si « nous ne faisons confiance à aucune institution du gouvernement pour effectuer ces choix »).

277. Voir Peter H. Schuck, « The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example », 53 *U. Chi. L. Rev.* 337 (1986).

278. The National Technology Transfer and Advancement Act of 1995, Pub. L. No. 104-113, § 12(d), 110 Stat. 783, dispose qu'excepté dans la mesure où cela serait illégal ou impossible pour des raisons pratiques, « les agences et départements fédéraux doivent appliquer des normes techniques qui sont développées ou adoptées par des organismes de normalisation volontaire, en appliquant ces normes techniques comme un moyen de réaliser des objectifs ou activités politiques déterminés par les agences et départements ». Le Professeur Gilmore donne une description très intéressante du réseau public/privé qui, centré sur les fondateurs de l'American Law Institute, a cherché à codifier la loi et donné l'imprimatur officiel à leur codification – y compris, notamment, le Code de Commerce Uniforme. Voir Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, ch. 4 (1977). Gilmore explique le mélange public/privé d'argent, d'idées et d'hommes qui a conduit à l'adoption officielle du Code. Voir *id.* 83 :
Le Code est né sous les auspices conjoints de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (qui avait acquis un monopole de facto sur la codification du droit commercial) et de l'American Law Institute (qui avait achevé le projet de Refonte, mais n'entendait pas s'arrêter là). La Conférence avait accès aux législateurs des différents états ; l'Institut avait accès aux capitaux ; à l'époque, William Schnader, avocat à Philadelphie, occupait de hautes fonctions dans les deux organisations, et passe pour avoir organisé leur improbable collaboration.

279. Voir Wolfgang G. Reinicke, *Global Public Policy: Governing Without Government* 66 (1998). Ainsi, on pourrait dire que l'analyse de Reinicke présume un relâchement de la congruence entre la souveraineté *de facto* et *de jure* :
Il est important de rappeler la… distinction entre la souveraineté légale et la souveraineté opérationnelle…. [L]a mondialisation ne remet pas en cause et ne peut aucunement remettre en cause la souveraineté légale interne d'un gouvernement. La mondialisation remet en cause la souveraineté opérationnelle interne, et il est important pour la suite de la discussion de conserver cette distinction présente à l'esprit.

Id.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(42 2002 04 2 P) ISSN 1608-7151 – n° 52904 2003