



HAL
open science

Les personnes publiques prestataires de service marchand

Louis Fontenelle (de)

► **To cite this version:**

Louis Fontenelle (de). Les personnes publiques prestataires de service marchand. Droit. UPPA, 2015. Français. NNT: . tel-02448990

HAL Id: tel-02448990

<https://univ-pau.hal.science/tel-02448990v1>

Submitted on 23 Jan 2020

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

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

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

FACULTÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE GESTION
ÉCOLE DOCTORALE 481 SCIENCES SOCIALES ET HUMANITÉS

Thèse de doctorat en droit public

**LES PERSONNES PUBLIQUES,
PRESTATAIRES DE SERVICE MARCHAND**

Repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence

Présentée et soutenue publiquement par

Louis de FONTENELLE

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Philippe TERNEYRE

Membres du jury

Monsieur Gabriel ECKERT

Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, rapporteur

Monsieur Fabrice MELLERAY

Professeur de droit public à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, rapporteur

Monsieur Guylain CLAMOUR

Professeur de droit public à l'Université de Montpellier I

Monsieur Denys de BÉCHILLON

Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Philippe TERNEYRE

Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Soutenue à Pau, le 8 juillet 2015

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

SOMMAIRE

SOMMAIRE	V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
REMERCIEMENTS	XI
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE L'INADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND AU MILIEU CONCURRENTIEL	29
TITRE I. LA SPÉCIFICITÉ RÉDUCTIBLE DES RÈGLES APPLICABLES AUX PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ..33	
Chapitre 1. Le caractère exorbitant des règles relatives aux moyens des prestataires publics de service marchand	39
Chapitre 2. Le caractère exorbitant des règles relatives à l'activité des prestataires publics de service marchand.....	103
CONCLUSION DU TITRE I.....	189
TITRE II. LA SPÉCIFICITÉ IRRÉDUCTIBLE DU LIEN ENTRE LES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET L'ADMINISTRATION	193
Chapitre 1. Le manque d'autonomie.....	197
Chapitre 2. Les interactions structurelles	227
CONCLUSION DU TITRE II	317
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	321
SECONDE PARTIE L'IMPOSSIBLE ADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND AU MILIEU CONCURRENTIEL	323
TITRE I. L'IMPOSSIBLE ÉGALISATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET DES CONCURRENTS ORDINAIRES	325
Chapitre 1. L'impossible détermination du « juste » prix de l'activité publique de service marchand.....	327
Chapitre 2. L'inévitable garantie de l'État aux prestataires publics de service marchand.....	389
CONCLUSION DU TITRE I.....	439
TITRE II. LA RÉSISTIBLE PRIVATISATION DES ACTIVITÉS DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND	441
Chapitre 1. La pression croissante du droit du marché intérieur sur les activités de service économique des personnes publiques.....	443
Chapitre 2. La consolidation indispensable des sociétés publiques	505
CONCLUSION DU TITRE II.....	597
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	599
CONCLUSION DE LA THÈSE	601
BIBLIOGRAPHIE	609
I. Ouvrages.....	609
II. Articles	626
TABLE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS, ARRÊTS, JUGEMENTS ET AVIS CITÉS	673
I. Juridictions de l'Union européenne.....	673
II. Cour européenne des droits de l'Homme.....	680
III. Juridictions et autorités nationales	680
IV. Juridictions étrangères.....	708
INDEX THÉMATIQUE	709
TABLES DES MATIÈRES	721

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.	Arrêté.
ACCP	Contrats publics – Actualité de la commande publique.
Adde	Addendum (Ajouter).
Aff.	Affaire.
AJDA ou AJ	Actualité juridique – Droit administratif.
AJDI	Actualité juridique – Droit de l’immobilier.
AJFP	Actualité juridique – Fonctions publiques.
AMF	Autorité des marchés financiers.
AN	Assemblée nationale.
APD	Archive de Philosophie du droit.
Art.	Article.
Ass.	Assemblée.
Aut. conc.	Autorité de la concurrence.
Bibl.	Bibliothèque.
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambres civiles, sociale et commerciale).
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambre criminelle).
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
c.	Contre.
CA	Cour d’appel.
CAA	Cour administrative d’appel.
Cass.	Cour de cassation.
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes.
CCC	Contrats, concurrence et consommation.
Chap.	Chapitre.
Civ.	Cour de cassation, chambre civile.
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique.
Com. eur.	Commission européenne.
Crim.	Cour de Cassation, chambre criminelle.
Soc.	Cour de Cassation, chambre sociale.
Cons. const.	Conseil constitutionnel.
CE	Conseil d’État.
CEDH	Convention européenne des droits de l’Homme ou Cour européenne des droits de l’Homme (selon le contexte).
Cf.	Confer.
CFP	Cahier de la fonction publique.
CGCT	Code général des collectivités territoriales.
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques.
Chron.	Chronique.
Circ.	Circulaire.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes devenue Cour de justice de l’Union européenne (CJUE).
CJEG	Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz devenus Revue juridique de l’entreprise publique (RJEP), puis Revue juridique de l’économie publique (RJEP).
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne.

CMP	Contrats et marchés publics ou Code des marchés publics (selon le contexte).
Coll.	Collection.
Comp.	Comparer.
Concl.	Conclusions.
Cons. conc.	Conseil de la concurrence.
CRC	Chambre régionale des comptes.
CRE	Commission de régulation de l'énergie.
CSA	Conseil supérieur de l'Audiovisuel.
CTI	Collectivités territoriales – Intercommunalités.
D.	Décret.
D. aff.	Dalloz affaires
DA	Droit administratif
Dir.	Directive ou direction (selon le contexte).
D. ouvr.	Droit ouvrier.
D. soc.	Droit social.
Ed.	Édition.
EDCE	Études et document du Conseil d'État.
EPA	Établissement public administratif.
EPIC	Établissement public industriel et commercial.
Etc.	Et cætera.
Fasc.	Fascicule.
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative.
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais.
Gaz. Cnes	La Gazette des Communes.
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel.
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem.</i>
J.-Cl.	Juris-Classeur.
JCP A	La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales.
JCP G	La Semaine juridique, édition générale.
JCP E	La Semaine juridique, édition entreprise et affaires.
JCP N	La Semaine juridique, édition notariale et immobilière.
JO	Journal officiel (selon le contexte : des Communautés européennes, de la République française, de l'Union européenne).
L.	Loi.
La doc. fr.	La Documentation française.
Loc. cit.	Loco citato.
LO	Loi organique.
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances.
LPA	Les Petites Affiches.
MTP	Moniteur des travaux publics.
n°	Numéro ou numéros.
not.	Notamment.
obs.	Observations.
op. cit.	Opere citato.
Ord.	Ordonnance.
p.	Page ou pages.
préc.	Précité.
pt	Point.

Quot. Jur.	Quotidien juridique.
RA	Revue administrative.
RAE	Revue des affaires européennes.
RDP	Revue du droit public et de la science politique.
RDI	Revue de droit immobilier.
RDSS	Revue de droit sanitaire et social.
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne.
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du CE, du TC, des CAA, des jugements de TA ; recueil des décisions du Cons. const. ; Recueil des arrêts de la CJCE, du TPICE et, désormais, de la CJUE et du TPIUE.
Rééd.	Réédition.
Req.	Requête.
Rev. sociétés	Revue des sociétés.
Rev. conc. cons.	Revue de la concurrence et de la consommation.
RFAP	Revue française d'administration publique.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RFDC	Revue française de droit constitutionnel.
RFFP	Revue française de finances publiques.
RFG	Revue française de gestion.
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales.
RGDIP	Revue générale de droit international.
RIDC	Revue internationale de droit comparé.
RIDE	Revue internationale de droit économique.
RJF	Revue de jurisprudence fiscale.
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RJE	Revue juridique de l'environnement.
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique, devenue en juillet 2007 Revue juridique de l'économie publique.
RHD	Revue historique de droit français et étranger.
RLC	Revue Lamy de la concurrence.
RLDA	Revue Lamy droit des affaires.
RMC	Revue du marché commun, devenue Revue du marché commun et de l'Union européenne (RMCUE) puis Revue du droit de l'Union européenne (RDUE).
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne, devenue Revue du droit de l'Union européenne (RDUE).
RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif.
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen.
S.	Recueil Sirey.
Sect.	Section.
Spéc.	Spécialement.
t.	Tome.
TA	Tribunal administratif.
TC	Tribunal des conflits.
TCE	Traité instituant la Communauté européenne.
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du Traité de Lisbonne, en vigueur depuis le 1 ^{er} décembre 2009.
TI	Tribunal d'instance.

TGI	Tribunal de grande instance.
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes, devenu Tribunal de l'Union européenne (TPIUE)
TPIUE	Tribunal de l'Union européenne (auparavant TPICE)
s. v.	<i>Sub verbo.</i>
V°	Voir.
vol.	Volume.

REMERCIEMENTS

Je tiens, en premier lieu, à remercier le Professeur Philippe Terneyre qui m'a accompagné tout au long de ce travail avec une bienveillance et une exigence constantes. Son souci de clarté et sa rigueur ont été pour moi deux enseignements capitaux. C'est donc, non seulement au directeur de thèse, mais aussi au Professeur auquel je souhaite exprimer mon respect et mes remerciements.

Le soutien de mes collègues et amis fut également indispensable. Leurs conseils, nos débats, parfois vifs, ont fortement inspiré ce travail. Pour ceci et pour leur aide dans les tourments finaux de la concrétisation de la thèse (au nombre desquels l'« épreuve » de la mise en page), je tiens à les remercier tous, et, plus spécifiquement, à saluer Mesdames Julie Laussat Xavier et Laure Romazzotti.

Je tiens évidemment à remercier tous ceux, et ils sont nombreux, sans l'appui desquels je n'aurais pu mener ce travail à son terme. Ma mère d'abord, non seulement pour m'avoir donné le goût de lire, d'écrire et de comprendre, mais aussi pour m'avoir épaulé avec une étonnante patience. Mes frères et sœurs, pour bien d'autres choses. Guillaume, parce que c'est Guillaume. Romain, pour sa lecture joyeuse de Cioran. La famille Bergeron et leur jardin en fleurs...

INTRODUCTION

« *Lorsque les murs bougent, c'est que, dans ses profondeurs, la terre tremble* »

J. Rivero, « Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? », D. 1947, p. 72.

1. Le lundi 3 avril 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que la garantie implicite accordée par la France en faveur de l'établissement public industriel et commercial La Poste constituait une aide d'État illégale¹. Le raisonnement employé par le juge européen semble ainsi condamner le statut d'établissement public industriel et commercial en lui-même quand cette personne publique intervient sur le marché.

2. Pourtant, quatre mois plus tard, presque jour pour jour, le Président de la République promulguait la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire² qui crée un groupe industriel public composé de trois établissements publics industriels et commerciaux : un établissement public de tête (SNCF), qui assurera le pilotage et la stratégie et deux filiales, l'une pour l'entretien du réseau (SNCF réseau), l'autre pour la prestation de service, y compris de service marchand (SNCF mobilités).

3. Cette contradiction pourrait surprendre. Doit-on comprendre que le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne se limite au seul cas de La Poste et n'a donc pas vocation à être appliqué aux autres établissements publics industriels et commerciaux de l'État ? Si non, faut-il en conclure que la France a trouvé une solution efficace pour encadrer ou supprimer la garantie implicite ? A défaut, la France a-t-elle fait preuve de l'audace (voire de l'arrogance) de s'affranchir de la jurisprudence européenne ?

4. Notre thèse voudrait montrer que cette contradiction est en réalité l'incarnation parfaite de l'incertitude ambiante concernant la concurrence des personnes publiques. En effet, s'il est désormais clairement établi que les personnes publiques peuvent, d'une part, prendre en charge des activités sur le marché, d'autre part, candidater à des contrats de la commande publique, les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence des personnes publiques sont souvent l'objet

¹ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : RLC juillet 2014, n° 40, note Cheynel ; AJDA 2014.1147, chron. Aubert, Broussy, Cassagnabère ; DA 2014, n° 7, comm. 42, comm. Bazex ; AJDA 2014.1242, chron. Lombard ; RAE 2014, n° 2, p. 40, note Fartunova ; G. Eckert, JCP Adm. 2014.2160 ; AJCA 2014.139, obs. B. Cheynel ; RFDA 2014.985, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Capentier.

² L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (JO n° 0179 du 5 août 2014 p. 12930) : DA, décembre 2014, n° 12, étude Laget-Annamayer ; AJDA 2014.1881, comm. Broussolle ; JCP A 2014.2342, étude Videlin ; RLC 2014.41, étude Idoux ; RLC 2015.42, étude Geffard.

de contestations dans la mesure où on leur fait reproche d'être avantagées par leur statut de droit public.

5. L'objet de notre thèse sera de démontrer que les personnes publiques ne sont ni avantagées, ni défavorisées par leur statut mais simplement inadaptées au milieu concurrentiel.

6. Comme nous l'observerons plus avant, la doctrine la plus éminente a déjà disséqué ce qui constitue un des sujets majeurs du droit contemporain³. Cependant, aucune de ces études ne nous paraît pouvoir expliquer de manière satisfaisante et actuelle la raison de la contestation des personnes publiques concurrentes sur le marché. Notre thèse aura pour ambition d'apporter un regard nouveau sur un thème essentiel du droit public : l'initiative publique en milieu concurrentiel.

1) Les notions.

7. D'abord, il convient de dépasser les limites des notions classiquement utilisées en particulier celles relatives aux personnes publiques lorsqu'elles exercent une activité industrielle et commerciale. Il est en effet important d'investir le champ de bataille des mots et donc des concepts ou des notions qu'ils véhiculent dans la mesure où « *la langue juridique est la première enveloppe du droit qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu* »⁴. D'autant que concernant les activités marchandes des personnes publiques, la bataille des mots est l'objectivation première de la tension et de la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence.

8. On le sait, les règles relatives à la libre et égale concurrence sont applicables à l'« entreprise »⁵, c'est-à-dire, selon les termes de la Cour de justice de l'Union européenne, à l'« *entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement* »⁶. La notion d'« entreprise » a donc une double connotation – matérielle et

³ Cf. *infra* n° 56.

⁴ H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936, préface.

⁵ CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, *Mannesman*, p. 705 – CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* : Rec. 1979 – CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol* : Rec. I-43, AJDA 1994.286, chron. H. Chavrier, Honorat et Pouzoulet ; D. 1995.33, note Lhuilier ; RTD com. 1994.606, obs. Bolze ; RTD eur. 1995.39, chron. Blaise et Idot ; RMC 1995, n° 384, p. 50 ; D. 1995, jur., p. 33, note Lhuilier.

⁶ Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*, préc. – CJCE, 17 février 1993, aff. jointes C-159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre* – CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* – CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Job Centre* – CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*. En ce sens, il n'est même pas nécessaire que l'entité en charge de l'activité économique dispose de la personnalité juridique : cf. not. CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c. République italienne* : Rec. 2599 – CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : Rec. I-5335.

organique – car l'« entité » « renvoie à un ensemble de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique et qui poursuit un objectif propre »⁷, c'est-à-dire disposant d'« une autonomie suffisante de décision pour déterminer son comportement sur le marché »⁸. Cette définition extensive a un double objectif : d'une part, assurer l'effectivité du principe de neutralité – car elle s'applique indifféremment aux entités publiques et privées – d'autre part, imputer le droit des pratiques anticoncurrentielles aux entités effectivement en charge de l'activité économique⁹. Dans le même ordre d'idées, le droit de la commande publique s'applique aux contrats conclus par les personnes publiques avec des opérateurs économiques publics ou privés. La notion d'« opérateur économique » est très proche de la notion d'« entreprise » au sens du droit européen : en effet le droit de la concurrence et le droit de la commande publique entretiennent des rapports étroits. Si l'« assimilation » est imparfaite, compte tenu du caractère attractif du champ d'application de la commande publique¹⁰, il n'en demeure pas moins que méthodologiquement le juge emploiera une démarche comparable pour qualifier une « entreprise » ou un « opérateur économique » dans la mesure où il cherchera à identifier une « entité » exerçant une « activité économique »¹¹.

⁷ CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/ 95, *Ayşe Süzen* : JCP G 1997.I.4027, obs. Boutard-Labarde M.-Ch.

⁸ R. Bout, M. Brushi, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Le Lamy droit économique*, éd. 2015, Paris, Lamy, n° 1003.

⁹ Cf. not. F. Tesson, « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *AJDA* 2013.1675 – F. Tesson, *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives des « États membres*, Thèse, Pau, 2010, p. 284 et s. – S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 579 et s. – E. Bernard, « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RID éco.* 2009, p. 253 – L. Idot, « Nouvelles invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? A propos de quelques développements récents », *Europe*, janvier 1996, p. 1 – L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges Pirovano*, Frison Roche, 2003 – R. Bout, M. Bruschi, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Le Lamy droit économique, op.cit.*, n° 520 et s. – R. Kovar, « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *D.* 2006, p. 919

¹⁰ Cf. S. Nicinski, *Droit public des affaires, op.cit.*, n° 592 et s. Ainsi aux termes même du pt 14 du préambule la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (JO L 94 du 28 mars 2014, p. 65) : « il convient de préciser que la notion d'« opérateur économique » devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de « personnes morales » en toutes circonstances ».

¹¹ Cf. not. concl. Kokott sur CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Auroux c. Commune de Roanne* : BJCP 2007, p. 184, concl. Kokott ; JCP A 2007, n° 7, p. 18, note Devès ; CMP 2007, n° 2, p.13, note Zimmer ; Europe 2007, n° 3, p. 18, note Meisse ; DA 2007, n° 5, p. 32, note Alonso Garcia ; Gaz. Pal. 2007, n° 38, p. 61 note Nicollela et Vedrenne. Comp. CJCE, 23 décembre 2009, aff. C- 305/08, *CoNISMa* : CMP 2010, n° 2, p. 20, comm. Eckert. Ainsi selon le juge européen : « le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'opérateur économique qui offre des services sur le marché aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondée sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques » (pt. 35) ;

9. Plus exactement, quand sont concernées des personnes publiques, le droit européen s'applique à l'« entreprise publique »¹², c'est-à-dire l'entreprise « *sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »¹³. Ainsi, peuvent être qualifiées d'« entreprises publiques » tant des entités de droit public que des entités de droit privé. Les entreprises publiques font l'objet d'un contrôle renforcé de la part des institutions de l'Union européenne qui sont aussi vigilantes à ce que le lien particulier qu'elles entretiennent avec l'État ne soit pas à l'origine d'une distorsion de la concurrence.

10. Or, la définition européenne de l'« entreprise publique » est bien plus large que celle que lui donne la doctrine française¹⁴ qui « *retient habituellement trois éléments constitutifs de*

« *il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas* » (pt. 42). Conf. par CJUE, 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.* : CMP 2013, n° 3, note Ziller ; Europe 2013, n° 2, note Simon ; JCP A, 2013, n° 3, note Tesson ; AJDA 2013, n° 11, note Dreyfus. *Adde*, concernant la jurisprudence française, Civ., 2^{ème}, 20 mars 2008, n° 07-13.321 : JCP G 2008.IV.1785 ; CMP 2008, comm. 95, note Llorens et Soler-Couteaux ; JCP A 2008, n° 2153, note Gérard – CE, 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence* : Rec. 155, BJCP 2007.283, concl. Sénors, obs. Schwartz ; RFDA 2007.812, concl., note Douence ; AJDA 2007.1020, chron. Lenica et Boucher ; BJCL 2007.558, note Mollion ; ACCP 2007 n° 68, p. 45 et p. 64, note Proot ; CMP juin 2007, n° 151, note Eckert ; DA juin 2007, n° 95 note Bazex et Blazy ; JCP 2007.I.166, chron. Plessix, et II.10132 note Karpenschif ; JCP A 2007.2111, note Karpenschif, 2125 note Linditch, 2128, note Pontier, RDC 2007.86, note Brunet ; RDP 2007.1367, note Bui-Xuan.

¹² Cf. not. R. Le Mestre, « La définition de l'entreprise du secteur public en droit communautaire », RRJ 1999, p. 895 et s. – P.-P. Van Gehuchten, « La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et le fonction de l'article 90 du Traité CEE », in *Interventions publiques et droit communautaire*, Pédone 1988, p. 112 et s. – M. Bazex, « L'entreprise publique et le droit européen », RIDC 1990, NS, p. 245 – T. Tuot, « La Communauté et les entreprises publiques : petits malentendus sans importance », CJEG 1994, n° spécial, actualités des entreprises publiques, p. 397 – J. Virole, « L'entreprise publique et le droit des communautés européennes », RFAP 1984.727 – J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, not. n° 1511 et s. – J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. soc., Paris, Dalloz, 2012, n° 43 à 48 – G. Eckert, J.-Ph. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 6 à 17.

¹³ Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 (JO L 318 du 17 novembre 2006). Cette directive remplace la Dir. 2000/52/CE du 26 juillet 2000 (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75) qui remplaçait la Dir. 80/723/CEE du 25 juin 1980 (JO L 195 du 29 juillet 1980, p. 35). Cf. égal. CJCE, 6 juillet 1982, aff. jointes 188 à 190/80, *France, Italie et Royaume-Uni c. Commission*, pt 12 : Rec. 2545 ; RTD eur. 1983.638, note Bazex. *Adde*, Art. 4 de la Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Dir. 2004/17/CE (JO L 94 du 28 mars 2014, p. 243) : « *On entend par "entreprise publique", toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent* ».

¹⁴ A. Delion, *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, coll. « Systèmes-Finances publiques », 2003 – J. Dufau, « Remarque sur la notion d'entreprise publique », AJDA 1959.89 – J. Dufau, *Les entreprises publiques*, éd. du Moniteur, 1991 – M. Durupty, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », RA 1984, p. 7 – M. Durupty, *Les entreprises publiques*, PUF, coll. « Thémis », 1986 – J.-F. Escarmelle et P. Mélis, « Essai de définition du concept d'entreprise publique », RISA 1981/4, p. 365 – J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. soc., Paris, Dalloz, 2012, n° 15 à 42 – G. Eckert et J.-Ph. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur.,

*l'entreprise publique : l'existence d'une personne morale, l'exercice d'une activité de nature industrielle et commerciale et le pouvoir de la puissance publique. Ainsi, en France, la doctrine distingue classiquement deux formes juridiques de l'« entreprise publique »*¹⁵ : l'établissement public industriel et commercial et les sociétés publiques. Cette définition est cependant à la source de confusions car elle ne permet pas de saisir le mouvement à l'œuvre à l'échelle du marché intérieur. En effet, la définition européenne de l'« entreprise publique » multiplie le nombre d'entités de droit public à qui une telle qualification peut être attribuée : à l'exception de l'État, elle peut correspondre à la personne publique elle-même – par exemple une collectivité territoriale, un établissement public, un groupement d'intérêt public – mais peut également être une entité au sein d'une personne publique (une régie non personnalisée d'une collectivité territoriale, un service de l'État).

11. Quoiqu'il en soit, la notion d'« entreprise publique » – et par conséquent d'« opérateur économique » – est imprécise. En premier lieu, son utilisation crée un risque de confusion entre acception européenne et française, or, l'acception française est trop réductrice dans la mesure où elle est fondée sur la personnalité morale. En deuxième lieu, cette notion s'applique indifféremment du statut de l'entreprise en cause (de droit public ou de droit privé) : cette assimilation est regrettable car elle conduit parfois les juges et autorités de la concurrence, et souvent la doctrine, à traiter de manière comparable des entreprises dont le statut est fondamentalement différent. En troisième lieu, l'« entreprise publique » a vocation à prendre en charge des activités économiques différentes (activités de service public, activités de service marchand).

12. Partant de ces constats préliminaires, on perçoit immédiatement l'enjeu : proposer une notion plus rigoureuse que celle d'« entreprise publique ». Ainsi, lorsque les personnes publiques assurent des activités de service marchand, elles sont des « prestataires publics de service marchand ». Dès lors, on pourrait employer cette expression pour sa simplicité. Toutefois, nous allons voir que ce n'est pas là sa seule utilité.

13. Nous proposons donc de qualifier de « prestataire public de service marchand » l'entreprise publique sous statut de droit public – c'est-à-dire une personne publique –

Paris, Dalloz, 2015, n° 18 à 20 – E. Breen et C. Bolla, *Entreprises publiques. – Définitions. Principes. Orientation*, J.-Cl. adm., fasc. 158-10, LexisNexis, 2013, n° 17 et s. – J.Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique, op. cit.*, n° 1488 et s.

¹⁵ J.Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique, op.cit.*, n° 1489.

exerçant une activité de service marchand. Il ne s'agit pas d'une expression commode mais bel et bien d'une notion juridique qu'on peut décomposer en trois temps.

14. Un prestataire est une entreprise. Le prestataire peut être défini comme le « *débiteur d'une prestation* »¹⁶ ou « *celui qui la fournit* »¹⁷. La prestation pouvant désigner « *l'action de fournir* »¹⁸, de prester¹⁹, le « *résultat de cette action* »²⁰, ou « *l'objet fourni ou dû* »²¹. Dans ce cadre, on considérera qu'un « prestataire » est une « entreprise », au sens du droit européen, c'est-à-dire une « *entité exerçant une activité économique* »²².

15. Un prestataire public est une entreprise publique sous statut de droit public. En effet, quand les personnes publiques concurrencent directement des acteurs économiques, « dans le marché » ou « pour le marché »²³, elles vont former des « entreprises publiques » au sens du droit européen. Autrement dit, une « entité » va être distinguée au sein de l'administration : elle peut correspondre à la personne morale de droit public elle-même – à savoir l'État, les collectivités territoriales, les personnes publiques spécialisées (notamment les établissements publics et les groupements d'intérêt public, voire les autres personnes publiques spécialisées²⁴) – ou à une unité économique au sein de celle-ci. Cette distinction est indispensable car les personnes publiques ont la responsabilité de nombreuses missions de service public et la faculté d'entreprendre dans le marché ou de candidater à des contrats de la commande publique : dès lors, elles prennent en charge simultanément un grand nombre d'activités.

¹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2006, s. v. « prestataire ».

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CNRTL, s. v. « prestation ».

¹⁹ CNRTL, s. v. « prester ». L'ensemble des institutions européennes utilise souvent ce vocable : cf. par ex. Dir. 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, pt 23 – CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-357/06, *Frigerio Luigi & co*, pt 6 et 26 – Com. eur., déc. n° 2011/140/UE du 20 juillet 2010 concernant l'aide d'État C 27/09 (ex N 34/B/09) subvention budgétaire pour France Télévisions que la République française envisage de mettre à exécution en faveur de France Télévisions, pt 102.

²⁰ CNRTL, s. v. « prestation »

²¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., s. v. « prestation »

²² Cf. *supra* n° 8.

²³ Cf. *infra* n° 21.

²⁴ Dans cette étude nous n'envisagerons pas spécifiquement les institutions particulières que constituent notamment la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations et l'Institut de France. De la même manière les « personnes publiques innomées », telles que les « agences » ou les « offices publics » ne feront pas l'objet de développements distinctifs (cf. L. Richer, « Les personnes publiques innomées », *La personnalité publique* (AFDA), Litec, 2007). Ce choix est motivé par le souci d'établir une analyse générale des activités concurrentielles des personnes publiques. Toutefois, en dehors du cas très spécifique des autorités administratives ou publiques indépendantes, les conclusions de cette étude auront vocation à embrasser l'ensemble des personnes publiques. Dans un autre ordre d'idées, nous n'aborderons qu'incidemment le cas des autorités administratives ou publiques indépendantes dans la mesure où elles n'ont pas en principe vocation à intervenir sur le marché mais au contraire à le réguler. Cependant, nous nous interrogerons sur la question de savoir si ce modèle pourrait permettre d'adapter l'activité publique de service marchand au milieu concurrentiel : cf. *infra* n° 792 et 793.

16. Un prestataire public de service marchand est une entreprise publique sous statut de droit public qui exerce une activité de service marchand. Une même « entité » publique peut assurer conjointement plusieurs activités économiques – certaines marchandes, d'autres non –. Cet ensemble organique et matériel forme l'« entreprise ». Ce cas est très fréquent concernant les entreprises publiques – de droit public ou de droit privé – qui, la plupart du temps, assurent de conserve des activités de service public et des activités de service marchand. Or, il est important de pouvoir distinguer les prestations de service public et les prestations de service marchand pour s'assurer que les premières ne portent pas assistance aux secondes.

17. Il faut noter que nous utiliserons le singulier pour traiter des activités de « service public » et de « service marchand ». L'emploi de cette catégorie grammaticale se justifie par le souci de donner une dimension objective aux activités des personnes publiques. Plus précisément, les notions de « service public » et de « service marchand » qualifient l'objet de l'activité mais n'en précisent pas le contenu. Ainsi l'objet d'une activité économique – l'offre de biens, de services ou de travaux – peut être qualifié de « service marchand » ou de « service public ». Une activité de « service public » est une activité assurée ou assumée²⁵ par une personne publique destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général. Une activité de « service marchand » est une activité destinée à satisfaire un besoin sur le marché.

18. Idéalement, la confusion ne devrait pas être faite entre une activité de « service public » et une activité de « service marchand ». Autrement dit, on ne devrait pas user de la terminologie « service public marchand ». Sur ce point, trois difficultés expliquent les confusions actuelles et doivent être levées.

19. Tout d'abord, une activité économique peut être une activité de « service public »²⁶, un « service d'intérêt économique général »²⁷, ou une activité de « service marchand ».

²⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, p. 579, n° 748.

²⁶ Par contre une activité de « service public » n'est pas toujours une « activité économique » (elle peut être une activité non économique).

²⁷ Com. eur, déc. 2012/21/UE du 21 décembre 2011 concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public (JO L 7, du 11 janvier 2012, p. 3) – Com. eur., communication 2012/C 08/03 du 20 décembre 2011 relatif à l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public (JO C 8, du 11 janvier 2012, p. 15) – Com. eur. Communication 2012/C 8/02 du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JO C 8 du 11 janvier 2012, p. 4) – Com. eur., Règl. n° 360/2012 du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général

20. Ensuite, une même activité économique peut être tantôt une activité de service public tantôt une activité de service marchand. Mais il est toujours possible de distinguer l'activité de « service public » de l'activité de « service marchand » quelle que soit la nature des obligations de service public²⁸.

21. Enfin, une activité économique de « service public » peut être attribuée après mise en concurrence, dans le cadre de la commande publique. Or, cette mise en concurrence va ouvrir un marché. C'est pourquoi, il est utile de se référer à la distinction de la doctrine économique entre la « concurrence dans le marché » et la « concurrence pour le marché »²⁹.

22. **Ainsi, nous considérerons que relèvent du « service marchand » autant la « concurrence dans le marché » que la « concurrence pour le marché »³⁰.**

23. Ces précisions conceptuelles effectuées, il est maintenant désormais possible de formuler la problématique soulevée par l'activité des prestataires publics de service marchand.

2) L'égale concurrence entre prestataires de service marchand

24. **L'origine du problème vient de la soumission des prestataires publics à l'égale concurrence.** En effet, le marché implique l'égale concurrence : les marchés sont des lieux de compétition économique où les compétiteurs publics et privés doivent s'affronter à égalité d'armes. L'égale concurrence est ainsi une condition de l'existence – et donc de la survie même

(JO L 114 du 26 avril 2012, p. 8). *Adde*, Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général, SGAE, (<http://www.economie.gouv.fr>).

²⁸ Sur ce sujet, cf. spéc. C. Mongouachon, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques implique une (re)définition claire des missions de service public », RLC 2015, p. 42. L'auteure s'intéresse à trois avis rendus par l'Autorité de la concurrence qui s'est particulièrement penchée sur la question de la séparation des activités de service public et des activités de service marchand : cf. not. Aut. conc., avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international – Aut. conc., avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière – Aut. conc., avis n° 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises. Nous reviendrons amplement sur ce sujet : cf. *infra* n° 1113 et s.

²⁹ E. Chadwick, « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Royal Statistical Society*, 22(A), 1959, pp. 381-420 – H. Demsetz, « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, p. 55 – M. Mougeot, F. Naegelen, « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique* 2005, vol. 115, p. 739 – Edwin Chadwick, Laurent Richer, *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 11, 2007.

³⁰ Toutefois, dans le cadre des développements de la thèse nous ferons régulièrement référence à la formule de la « concurrence sur le marché ». On considérera que cette formule ramasse l'ensemble des hypothèses de « concurrence pour le marché » et de « concurrence dans le marché ».

– du marché : si les concurrents s'affrontent (trop) inégalement sur un marché, le « *caractère concurrentiel du marché* »³¹ risque d'être affaibli voire de disparaître.

25. Partant de cet enjeu, on comprend que l'exigence d'égle concurrence imprègne l'ensemble du droit du marché intérieur. C'est la raison pour laquelle, les autorités européennes et françaises de contrôle de la concurrence exigent, de manière « *clairement établie* »³², que les opérateurs – publics ou privés – « *soient placés sur un pied d'égalité* »³³. Cette exigence est valable tant dans le cadre de la « *concurrence dans le marché* »³⁴ que dans celui de la « *concurrence pour le marché* »³⁵.

³¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 493 et s.

³² G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 904. Adde CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 (« *une fois admise dans son principe, [l'] intervention [d'une personne publique sur un marché] ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ») – CJCE, 1^{er} juillet 2008, aff. C-49/07, *MOTOE* : Rec I-4863 (pt 51 : « *un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* ») – Civ., 15 janvier 1936, *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon*, Gaz. Pal. 1936.1.477 (« *l'égalité [...] doit présider au libre jeu de la concurrence* ») – Cons. conc., avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, p. 17 et Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine, p. 14 (« *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché [...] suppose [...] qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence* ») – Cons. conc., avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel Uniciné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma, n° 33 (« *une collectivité locale doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage dont ne bénéficieraient pas ses concurrents présents sur le même marché. Les seuls avantages acceptables sont ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur et proportionnés à cette réalisation* »).

³³ D. Loshak, « Les problèmes posés par la concurrence des services publics et des services privés », *AJDA* 1971, I, p. 270.

³⁴ Cf. not. CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, *République française c. Commission*, pt 51 : « *il convient de relever qu'un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* » – CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys* : Rec. 234 ; BJCL 2003, n° 10, P. 753, concl. Collin ; DA octobre 2003, n° 208, note Lombard ; RFDA 2004.299, note Faure.

³⁵ Cf. not. CJCE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Data Medical Service SR* : CMP 2015, n° 2, comm. 37, comm. Eckert ; *AJDA* 2015.329, note Broussy, Cassagnabère, Ganser ; *AJCT* 2015. 206, obs. Didriche – CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; *AJDA* 2000.987, chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001, chr. Laidié – TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245 : BJCP 2003, n° 29, p. 276, concl. Heckel, obs. C.M. ; DA 2003, n° 102, note Bazex et Blazy.

26. Certes l'égalité concurrence ne signifie pas l'égalité absolue entre les concurrents.

Elle est une déclinaison du principe d'égalité utilisée dans une « *perspective concurrentielle* »³⁶. C'est pourquoi, les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence rejettent « *une conception stricte de l'égalité concurrence* »³⁷ et tendent à considérer que « *le principe de libre concurrence n'a jamais signifié que soit assurée une égalité absolue [entre les concurrents]* »³⁸. Cette conception aura une conséquence immédiate : les entités – publiques ou privées – intervenant sur le marché peuvent être dotées de statuts juridiques différents. En effet, « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques* »³⁹. Cet aspect permet la création et l'existence d'entreprises publiques au sein du marché intérieur⁴⁰, y compris sous statut de droit public⁴¹, autorise la candidature des personnes publiques à des contrats de la commande publique⁴², et enfin, accorde le droit aux autorités publiques de définir et de confier des missions de service public à des entreprises publiques ou privées⁴³.

³⁶ J.-H. Stahl, « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif », concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA et Société Hertz* (Rec. 96 ; AJDA 1999.427, concl. Stahl et note Bazex ; CJEG 1999.264 ; D. 2000.204, note Markus ; RDP 1999.1545, note Manson, et 2000.353, obs. Guettier ; RFDA 1999.977, note Pouyaud), AJDA 1999, p. 427.

³⁷ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 934.

³⁸ C. Bergeal, concl. sur CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (préc.), BJCP 2001.111 et RFDA 2001, p. 112.

³⁹ Cf. not. Cons. conc., avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, p. 17 – Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine, p. 14 – Aut. conc., avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière, p. 9.

⁴⁰ Cf. not. CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage* : Rec. 240 ; RJEP novembre 2010.15, concl. Cortot-Boucher ; AJDA 2011.18, obs. Nicinski ; JCP A, n° 42, note Chrestia.

⁴¹ Cf. not. CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze* : Rec. 652 ; AJDA 2010.957, concl. Boulouis ; CMP 2010.146, comm. Eckert ; RDSS 2010.341, note Koubi et Gugliemi ; RJEP août-septembre 2010, p. 30, note Pellissier ; RLCT 2010, n° 24, note Clamour – CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement* : Rec. 845 ; AJDA 2010.2380, concl. Lenica ; RJEP mai 2011, p. 29, note Bernard – CAA Nancy, 14 juin 2007, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo* : AJDA 2007.1933, note Clamour ; RLC 2007, n° 120, obs ; Clamour.

⁴² Cf. not. CJCE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Data Medical Service SR* : préc. – CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (« aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ») : préc. – CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : Rec. 442 ; BJCP 2001.105 et RFDA 2001, concl. Bergeal ; AJDA 2001.661, note Treppoz.

⁴³ Cf. not. CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau* : Rec. 2533 ; AJDA 1993.865, note Hamon – CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo* : Rec. 483 ; CJEG 1994.623, concl. Darmon, note Figuet ; AJDA 1994.637, note Hamon – CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* : Rec. 155 ; BJCP 2007.283 concl. Séners ; RFDA 2007.812, concl et, obs. Schwartz ; RJEP 2007.273, concl. et note Douence ; AJDA 2007.1020, chron. Lenica et Boucher ; BJCL 2007.558, note Mollion ; ACCP 2007, n° 68, p. 45 et p. 64, note Proot ; CMP juin 2007, n° 151, note Eckert ; DA juin 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; JCP 2007.I.166 chron. Plessix, et II.10132 note Karpenschif ; JCP A 2007.2111, note Karpenschif, 2125, note Linditch, 2128, note Pontier ; RDC

27. Toutefois la différence de statuts entre les entités – publiques ou privées – ne justifie pas que soit faussé le libre jeu de la concurrence. En effet, l’objectif de préservation du marché intérieur implique la stricte application des principes et des règles du traité européen à l’ensemble des opérateurs intervenant sur le marché, notamment par le contrôle de leurs comportements⁴⁴ ou par le contrôle des aides publiques⁴⁵ dont ils peuvent bénéficier. C’est pourquoi – selon les termes du Conseil d’État – les interventions concurrentielles de la personne publique « *ne doivent pas se réaliser suivant des modalités telles qu’en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »⁴⁶.

28. L’égalité concurrence implique donc qu’à la spécificité du statut des personnes publiques – qui en principe n’est pas, en elle-même, un facteur de distorsion de la concurrence – réponde la spécificité de son encadrement. Pour l’heure, il n’existe pas de « *mesures correctrices* »⁴⁷ prévues par le législateur européen ou français propres à éviter d’éventuelles distorsions de concurrence. Toutefois, le contrôle du comportement de l’opérateur public ou du candidat

2007.86, note Brunet ; RDP 2007.1367, note Bui-Xuan – CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique* : Rec. 20 ; RJEP 2007.265, concl. Boulouis ; AJDA 2007.744, note Nicinski.

⁴⁴ En droit européen, le contrôle du comportement des entreprises s’exerce notamment au support des règles de concurrence contenues aux articles 101 et s. du TFUE. En droit français, les règles de concurrence sont contenues dans le Code de Commerce aux articles L. 420-1 et s. Concernant la répartition des rôles entre les autorités et juges de la concurrence, on reprendra la présentation de la Professeure Sophie Nicinski : « *En France, l’autorité de la concurrence est le Conseil de la concurrence (aujourd’hui Autorité de la concurrence), dont les décisions sont susceptibles de recours devant la Cour d’appel de Paris. Au niveau communautaire, c’est la Commission qui est spécialisée dans les questions de concurrence. Ses décisions peuvent faire l’objet d’un recours devant le TPI, puis la CJUE. Les juridictions nationales susceptibles de connaître des affaires de concurrence sont les juridictions de l’ordre judiciaire, mais aussi celle de l’ordre administratif* » : S. Nicinski, *Droit public des affaires, op. cit.*, n° 863.

⁴⁵ Le droit européen « *ne pose pas d’interdiction de principe aux aides publiques, mais prévoit une large incompatibilité assortie de dérogation* » (S. Nicinski, *Droit public des affaires, op. cit.*, n° 418). Ainsi, aux termes de l’art. 107 §1 du TFUE : « *sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d’État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». La procédure de contrôle est prévue aux articles 108 §2 et 108 §3. La Commission européenne est compétente pour exercer ce contrôle. Dans la mesure où seul l’art. 108 §3 a un effet direct, le juge est seulement compétent pour annuler une aide publique non notifiée (cf. not. CE, 6 novembre 1998, *Comité interprofessionnel de l’horticulture florale* : Rec. 187) voire ne pas qualifier une mesure d’aide publique (cf. not. CE, Ass., 18 décembre 1998, n° 197175, *Société générale* : Rec 500 ; AJDA 1999.285 ; CJEG 1999.103, concl. Loloum ; RTD Com. 1999.384, note Orsoni).

⁴⁶ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

⁴⁷ G. Eckert, « *Candidature des personnes publiques : le rappel des règles européennes* », comm. sur CJCE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Data Medical Service SR*, CMP 2015, n° 2, comm. 37.

public à un contrat de la commande publique dans le cadre de la détermination du prix ou de l'offre de prix – qui ne peut pas être un contrôle « particulier »⁴⁸ – commande une attention renforcée des juges et autorités de la concurrence.

29. La problématique s'éclaircit : la situation particulière des prestataires publics de service marchand soulève alors la question de leur capacité à pouvoir respecter le libre jeu de la concurrence.

3) La contestation des prestataires publics de service marchand.

30. Sur ce point, la doctrine et le juge français ont toujours fait montre de précautions quant à la compatibilité du statut des prestataires publics de service marchand avec le droit du marché intérieur. Cette relativisation des avantages « statutaires »⁴⁹ ou « structurels »⁵⁰ dont disposeraient les prestataires publics de service marchand revêt trois principaux aspects.

31. En premier lieu, la doctrine – au support de l'appréciation des juges et autorités de la concurrence – considère que les facilités du statut de droit public sont neutralisées ou compensées par ses contraintes⁵¹. Il est vrai que le Conseil d'État avait pu considérer, par exemple, que le statut social et le statut fiscal d'un établissement public ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de fausser le jeu de concurrence dans la mesure où ils emportent des facilités et des sujétions qui au terme d'une approche compensatoire s'annulent⁵².

32. En second lieu, la doctrine tend à considérer que la contestation des prestataires publics de service marchand par les autorités européennes de la concurrence tient davantage de la

⁴⁸ *Ibid.* : « La Cour de justice de l'Union européenne, même si elle vise “les principes généraux de la libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité” (pt 51) est moins détaillée dans l'encadrement des offres des entités publiques. Pour autant, le soumissionnaire public, à l'instar de tout opérateur économique, devra respecter les règles du droit de la concurrence. Mais il ne saurait faire l'objet d'un contrôle particulier fondé sur sa seule qualité d'entité publique ».

⁴⁹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n° 867.

⁵⁰ M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994. 163 (la Professeure parlait de « privilèges “structurels” ») – G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, n° 943.

⁵¹ Pour une analyse très représentative de cette « relativisation », cf. not. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, n° 949 et s. – Ch. Lemaire, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », RJE 2004, n° 613, p. 404. *Adde infra* n° 56.

⁵² CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

défiance politique que de la crise juridique⁵³. Autrement dit, la pression du droit du marché intérieur sur le statut de droit public tiendrait plus de la « *préférence marquée* »⁵⁴ pour la privatisation que de l'impératif juridique⁵⁵.

33. En troisième lieu, le droit de la concurrence – selon les termes du Conseil d'État – « *est un droit pragmatique qui appelle à porter sur des comportements d'entreprise des appréciations d'espèce* »⁵⁶. Ce pragmatisme serait en quelque sorte la garantie de la pérennité du statut des prestataires publics de service marchand dans la mesure où à la spécificité statutaire peut répondre la spécificité de son encadrement. Cependant, cette analyse contourne la difficulté mais ne la supprime pas.

34. Il est vrai que la position ambivalente des juges et autorités européens de la concurrence crée une ambiance confuse. Ainsi, ces institutions manquent rarement l'occasion de rappeler le principe de neutralité du droit européen. Nombreux sont les textes et les jurisprudences faisant mention de l'article 345 du TFUE qui dispose que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Cependant, le principe de neutralité est difficile à concilier avec l'exigence d'égalité de concurrence qu'implique le marché. En effet, nous avons vu que si l'égalité absolue n'est pas exigée, pour autant, les prestataires publics de service marchand ne doivent pas bénéficier « *de facilités que les autres ne pourraient obtenir [...] d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général* »⁵⁷. Or, concernant les prestataires publics de service marchand, l'intérêt général ne peut pas, par principe, justifier l'octroi de telles facilités dans la mesure où une activité de service marchand

⁵³ Cf. not. J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 105. Toutefois les auteurs s'interrogent : « *La philosophie générale du Traité de Rome (et de ses révisions successives) repose certes sur une neutralité à l'égard des systèmes économiques nationaux mais exige en revanche que, dans la mesure où les entreprises publiques interviennent sur le marché, elles soient tenues à un comportement identique à celui des opérateurs privés. Cette égalité est au cœur de l'intégration européenne. Cette soumission à un traitement formellement égalitaire ne risque-t-elle pas de conduire à une réelle discrimination à l'encontre des entreprises publiques ?* ».

⁵⁴ *Ibid.* n° 416.

⁵⁵ Cf. not. B. Delaunay, « Les limites à la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », RJE 2009, étude 11 – M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaires », RFDA 2002, p. 95.

⁵⁶ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002., p. 269.

⁵⁷ Cons. conc., 17 septembre 1996, avis n° 96-A-12 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

n'est pas une activité de service public⁵⁸. En outre, la « *situation particulière* »⁵⁹ des prestataires publics de service marchand commande que leurs actes et leurs comportements soient passés au filtre de l'égalité concurrence, filtre qui sera adapté à leur spécificité statutaire. Autrement dit, si le statut de droit public est autorisé *in abstracto*, il sera neutralisé *in concreto* par l'application du droit du marché intérieur. Cette spécificité traduit une « *ambiguïté de la situation des opérateurs publics sur le marché en droit français* »⁶⁰ et une méfiance des juges et autorités européens qui « *conduit en pratique à une forte incitation en faveur d'une privatisation des capitaux* »⁶¹.

35. Un exemple flagrant de l'ambivalence de la position des institutions de l'Union européenne est donné dans l'affaire relative à la garantie illimitée de La Poste : il y a là une preuve difficilement discutable de la contestation directe du statut de droit public. Il fallait s'y attendre, le contrôle *in concreto* des actes et des comportements des prestataires publics de service marchand a conduit à la mise en cause de certaines spécificités statutaires des personnes publiques. La plus remarquable est celle relative à la garantie illimitée de l'État à ses établissements publics industriels et commerciaux. Remarquable, car la garantie illimitée est une garantie implicite qui dès lors est intrinsèquement attachée au statut de l'établissement public. Remarquable, car la Cour de justice de l'Union européenne vient dans son arrêt récent du 3 avril 2014, *France c. Commission*, de considérer que cette garantie constitue une aide publique incompatible avec le droit européen. Doit-on y voir une remise en cause du statut même de l'établissement public industriel et commercial – dont la vocation concurrentielle des activités n'est plus à démontrer – ? Avant de répondre à cette question, il convient d'abord de

⁵⁸ Cette logique est d'ailleurs parfaitement employée par le juge dans l'arrêt CE, 30 juin 2004, n° 250124, *Département de la Vendée* : Rec. 277 ; RJEP novembre 2004, p. 487, concl. Collin ; RLC 2004/1, n° 1, p. 50, note Destours ; AJDA 2004.2210, note Nicinski (à propos de l'accès à des infrastructures portuaires). D'ailleurs même une activité de service public économique est soumise aux règles de concurrence « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie et dans la mesure où le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* » (art. 106 §2 du TFUE). Sur l'application de cette disposition, cf. not. CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau* : préc. – CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo* : préc. – CJCE, 23 octobre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République Française* : CJEG février 1998, p. 55 et 71, chron. Lombart et Blanchard et note Combrexelle.

⁵⁹ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; concl. Casas in BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

⁶⁰ M. Lombard, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994 p. 163.

⁶¹ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique, op.cit.*, n° 416.

s'apercevoir qu'il ne s'agit que la petite face visible de la contestation des prestataires publics de service marchand.

36. En réalité, le cœur de la contestation s'exprime plus largement de façon indirecte par le phénomène de banalisation de l'activité des prestataires publics de service marchand. En effet, dans l'objectif de prévenir les atteintes au jeu de la concurrence que sont susceptibles de causer les prestataires publics de service marchand, le législateur et les juges et autorités de la concurrence s'efforcent de les banaliser. Cette banalisation est à la fois une réponse à la contestation des prestataires publics de service marchand mais également sa meilleure expression dans la mesure où les faits sont une preuve tangible de cette contestation.

37. La banalisation – qui peut être définie comme l'action de rendre banal, c'est-à-dire d'« *enlever toute originalité* »⁶², d'ôter toute spécificité à quelque chose – prend quatre principaux aspects.

38. En premier lieu, il s'agit de la « *tendance à soumettre l'administration aux règles qui régissent les relations privées ou à des règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées* »⁶³. Ce premier aspect n'est pas nouveau et ne peut donc pas être totalement imputé à l'immixtion du droit du marché intérieur. En effet, l'apparition des services publics industriels et commerciaux a conclu le « mouvement »⁶⁴ de dissociation entre le droit administratif et la notion de « service public » dans la mesure où ces services publics sont largement soumis au droit privé. Toutefois, le droit du marché intérieur va renouveler et amplifier ce phénomène de banalisation. Le renouveau s'explique par le changement de paradigme qu'emporte l'intervention des prestataires publics de service marchand : d'une part, là où l'application du droit privé aux services publics industriels et commerciaux s'expliquait comme une « sanction » de l'initiative publique dans le secteur d'activité des personnes privées, la « privatisation » du régime des prestataires publics de service marchand manifeste davantage le souci d'assurer le respect de la libre et égale concurrence ; d'autre part, le phénomène contemporain de banalisation⁶⁵ se matérialise davantage dans « l'oblitération des frontières

⁶² CNRTL, *s. v.* « banaliser ».

⁶³ J.-B. Auby, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Etudes offertes à J.-M. Auby*, D. 1992, p. 3.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Cf. not. J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 12 – J.-B. Auby, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001 p. 912 – J. Caillosse, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », *RA*, 2002, n° 328, p. 343 – F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003 p. 1961 – Didier Truchet, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif », *in Clés*

entre le droit public et le droit privé »⁶⁶ : en ce sens les concurrents de droit public ou de droit privé ont tendance à se voir appliquer un socle de règles communes nées de la « rencontre »⁶⁷ du droit administratif et du droit économique⁶⁸.

39. En deuxième lieu, de façon plus remarquable, la banalisation s'incarne dans le contrôle des prestataires publics de service marchand par les juges et autorités de la concurrence. L'emploi du terme « banalisation » pourrait alors paraître douteux. Il s'explique cependant par une raison simple : l'application du droit commun de la concurrence aux prestataires publics de service marchand les contraindra à adapter la spécificité de leurs situations, qui crée des « *risques particuliers générateurs d'entorses à la concurrence* »⁶⁹, à l'exigence d'égalité de concurrence. Cette adaptation, qui finalement répond à l'objectif de banalisation, est particulièrement visible dans le contrôle du prix proposé par les prestataires publics de service marchand⁷⁰.

40. En troisième lieu, la banalisation prend un autre aspect original – notamment sous l'impulsion de l'Autorité de la concurrence – par l'application de mesures pour prévenir les risques de distorsion de la concurrence par les prestataires publics de service marchand⁷¹. Mesures qui consistent à séparer les activités de service marchand des activités de service public des opérateurs publics, dans l'objectif de prévenir les risques de confusion des ressources entre ces activités et notamment d'éviter que les activités de service public ne viennent financer les activités concurrentielles.

41. Enfin, en quatrième lieu, la banalisation s'identifie dans la création de nouvelles personnes publiques « *non assimilables à l'existant* »⁷² – c'est-à-dire distinctes du triptyque traditionnel que constituaient l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics

pour le siècle (Université Paris Panthéon-Assas), Paris, Dalloz, 2000, p. 443 – R. Hertzog, « A-t-on encore besoin d'un droit administratif ? », in *Chemins d'Europe, Mélanges Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010.

⁶⁶ G. Clamour, *Personnes publiques et droit de la consommation*, fasc. 150-10, J.-Cl. Adm., LexisNexis, 2013, n° 2.

⁶⁷ J.-B. Auby, « *Le droit administratif à la rencontre de l'égalité contractuelle* », DA 2001, n° 10.

⁶⁸ Cf. not. G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994 – S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, 2001.

⁶⁹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n° 865.

⁷⁰ Cf. *infra* n° 811 et s.

⁷¹ Cf. *infra* n° 1113 et s. Pour une première approche, cf. not. Aut. de la concurrence, *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projet de textes normatifs*, n° 67 et s. Adde C. Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law Droit de la concurrence », 2012, p. 472 et s. – G. Clamour et S. Destours, *Droit de la concurrence. – Droit de la concurrence publique*, J.-Cl. Coll. terr., n° 193 et s.

⁷² A. Rouyère, « Les personnes publiques spécialisées », in *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », t. 1, 2011, p. 334.

– et dont l'identification – les groupements d'intérêt public, les autorités administratives indépendantes, la Banque de France notamment – permet la création de la nouvelle catégorie des « personnes publiques spécialisées »⁷³. Il s'avère cependant que, concernant la prestation publique de service marchand, l'apparition des groupements d'intérêt public fait une concurrence sérieuse aux établissements publics – et notamment aux établissements publics industriels et commerciaux – dans la mesure où, dans une sorte de concurrence à la banalisation, ils peuvent bénéficier d'un régime encore plus largement soumis au droit commun⁷⁴.

42. Or, « L'assimilation est une nouvelle discrimination »⁷⁵ : l'ampleur de la banalisation des prestataires publics de service marchand est un signe de leur contestation que ne sauraient totalement expliquer des motifs politiques. En effet, la caractéristique de cette banalisation est qu'elle repose autant sur le souci de « privatiser » l'activité publique de service marchand que de l'« égaliser » avec l'activité des concurrents ordinaires. C'est pourquoi, pour « séparer le bon grain de l'ivraie », il est impératif d'analyser les raisons de la contestation.

4) Les raisons de la contestation.

43. Le terme « raison » peut revêtir deux sens⁷⁶. Dans un sens objectif, la « raison » est la cause, l'explication d'un fait ou d'un phénomène. Dans un sens subjectif, la « raison » est un mode de pensée et ce qui s'accorde – c'est-à-dire est justifiée, bien fondée – avec ce mode de pensée : en ce sens on emploie fréquemment le terme « raison » pour qualifier l'aptitude à bien juger.

44. Partant de cette définition, on pourrait être tenté d'affirmer que la cause principale de la contestation des prestataires publics de service marchand est politique et qu'elle incarnerait l'idéologie libérale. Dans ce cadre (la « raison » au sens objectif) on pourrait alors en discuter le bien-fondé (la « raison » au sens subjectif) notamment au regard du principe de neutralité du droit européen.

45. Selon nous, le seul motif idéologique ne saurait totalement expliquer la contestation, même s'il en constitue la racine profonde. La cause politique est essentielle mais insuffisante pour expliquer l'ampleur du phénomène de contestation. Elle est essentielle

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Cf. not. F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », AJDA 2003, p. 711.

⁷⁵ M. Debène « entreprises publiques et marché unique, entre assimilation et suspicion », AJDA 1992, p. 245.

⁷⁶ Cf. CNRTL, s. v. « raison ».

car l'idéologie libérale a largement inspiré la logique et le droit du marché intérieur : les marchés au sein de cet espace économique sont substantiellement imprégnés de cette idéologie dans la mesure où ils en sont la matérialisation. Mais elle est insuffisante car concrètement il semble que la contestation trouve une cause juridique simple qui, pour l'heure, n'a pas été explorée : les prestataires publics de service marchand ne sont pas adaptés au milieu concurrentiel. C'est alors que l'idée émerge selon laquelle le motif de cette contestation est plus juridique qu'il n'y paraît et invite à repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence.

46. Nous formulons donc l'hypothèse selon laquelle les prestataires publics de service marchand ne sont pas adaptés au milieu concurrentiel.

47. Il s'agit d'une inadaptation. L'adaptation peut être définie comme l'action – ou le résultat de l'action – de s'adapter, c'est-à-dire de mettre en accord, d'approprier quelque chose ou quelqu'un à quelque chose ou à quelqu'un d'autre, considéré comme prépondérant ou du moins comme incontestablement réel, de manière à obtenir un ensemble cohérent ou harmonieux⁷⁷. Autrement dit, l'adaptation est l'action de mettre quelqu'un ou quelque chose en état de remplir un emploi, de l'y rendre apte. À revers, l'inadaptation peut donc être définie comme l'absence d'adaptation ou le fait d'être inadapté⁷⁸. L'hypothèse que nous soulevons est simple : les prestataires publics de service marchand ne sont pas adaptés au milieu concurrentiel. Autrement dit, cette inadaptation est la cause juridique de leur contestation. C'est la raison pour laquelle le statut de droit public subit une pression de plus en plus forte du droit du marché – l'entité publique la plus exposée étant l'établissement public industriel et commercial – et le pourquoi de la banalisation croissante des prestataires publics de service marchand.

48. Il s'agit plus précisément d'une inadaptation au milieu concurrentiel. La « *dimension objective du droit de la concurrence* »⁷⁹ a vocation à protéger la concurrence – plus que les concurrents – qui s'exerce sur les marchés, autrement dit à préserver la structure et le fonctionnement des marchés. Or, la protection du marché implique l'égalité de concurrence. L'égalité de concurrence est une condition de l'existence même du marché. Autrement dit, un concurrent qui ne pourrait satisfaire l'exigence d'égalité de concurrence serait inadapté au milieu concurrentiel.

⁷⁷ CNRTL, s. v. « adaptation » et « adapter ».

⁷⁸ CNRTL, s. v. « inadaptation » et « inadapter ».

⁷⁹ Cf. G. Clamour, Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », 2006, p. 134 et s.

Selon l'hypothèse avancée, les prestataires publics de service marchand sont inadaptés au milieu concurrentiel dans la mesure où ils ne peuvent satisfaire l'exigence d'égale concurrence. Cette hypothèse pourrait surprendre dans la mesure où nous avons vu que l'égale concurrence n'implique pas l'égalité absolue des candidats. Toutefois, rappelons également que la différence de situation statutaire ne doit pas entraîner de distorsion de concurrence. C'est pourquoi nous défendons l'idée selon laquelle le statut de droit public implique structurellement une distorsion concurrentielle.

49. On recourra à l'expression de « milieu concurrentiel » dans un souci de clarté, sachant que la notion de « marché » aurait pu tout aussi bien être employée. Ce choix repose sur deux considérations : d'une part, l'expression « milieu concurrentiel » permet de couvrir toutes les situations où un prestataire public de service marchand est soumis à concurrence, y compris dans les cas où un marché peut difficilement être délimité⁸⁰ ; d'autre part, la formule « milieu » concurrentiel est appropriée à une analyse du système que constitue l'administration⁸¹. Plus clairement, les prestataires publics sont des organes d'un ensemble (d'un système) plus large : l'administration. Or, aujourd'hui ce système évolue dans un environnement (un milieu) concurrentiel. Alors, étudier l'adaptation des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel revient à étudier l'adaptation des prestataires publics de service marchand au

⁸⁰ Cette expression est en effet régulièrement utilisée dans le cadre de la commande publique, notamment concernant les contrats de délégation de service public. En effet, « *La procédure dite normale implique des formalités de publicité et une véritable mise en concurrence des candidats potentiels. Elle impose à la collectivité délégante de créer, ce que l'on a pu appeler "un milieu concurrentiel"* » : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, éd. 2014, Paris, Lamy, n° 4061. Pour une référence à cette notion, en matière de délégation de service public, cf. not Ch. Bréchon-Moulènes, « Application du référé précontractuel au contrat de concession », AJDA 1995, p. 147 – Ch. Maugüe, « Les délégations de service public et le juge administratif », AJDA 1996, p. 957 – Ch. Maugüe et Ph. Terneyre., « Les délégations de service public en question », CJEG avril 1997, p. 131. Plus largement les auteurs font appel à cette notion en matière de commande publique : cf. not. S. Braconnier, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs. L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », AJDA 2006, p. 2099 – C. Chamard-Heim, « Attribution des conventions d'occupation du domaine public et règles de la concurrence : la frontière se réduit encore », RJEP 2010, n° 672, comm. 7 – O. Guézou, « Contrats publics et politique de la concurrence ? », RFDA 2014 p. 632. Plus rarement, les auteurs utilisent le terme « milieu concurrentiel » comme synonyme de « marché » : cf. not. H. Pauliat, « L'intérêt public, condition nécessaire à la légalité de la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique », JCP A, n° 6, 9 Février 2015, 2030 – B. Delaunay, « Nouvelles limitations à l'accès aux documents administratifs », AJDA 2013 p. 1920 – Yan Laidié, « La réforme de « Voies navigables de France » : une contribution utile, mais limitée, au développement du service public de la voie d'eau », JCP A 2012, n° 13, 2091 – B. Delaunay, « Nouvelles limitations à l'accès aux documents administratifs », AJDA 2013 p. 1920. D'autres auteurs, à l'instar de la Professeure Sophie Nicinski, emploient la formule « environnement concurrentiel » qui peut être tenue pour synonyme de « milieu concurrentiel » : cf. not. S. Nicinski, « Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel », AJDA 2005 p. 2130 – L. Gard, « Aides d'État et transport maritime : le nouvel environnement concurrentiel rend difficile la restructuration économique des compagnies de ferry », RTD Eur. 2013 p. 370.

⁸¹ En ce sens le milieu peut être défini comme « *ce qui entoure un être ou une chose, ce dans quoi un corps ou un être vivant est placé* » : cf. CNRTL, s. v. « milieu ».

marché, cependant cette formulation a un avantage supplémentaire : elle dévoile discrètement le lien entre les prestataires publics et l'administration.

50. L'inadaptation des prestataires publics de service marchand soulève alors trois principales problématiques.

51. En premier lieu, elle génère une distorsion de concurrence contraire au droit et à la logique du marché intérieur. On pourrait relativiser ce problème par les nombreuses imperfections que connaissent la structure et le fonctionnement des marchés. Toutefois, la présence de prestataires publics entraîne une distinction majeure dans la mesure où, là où les imperfections du marché peuvent être sanctionnées – par le biais du droit de la concurrence – ou compensées – par la régulation –, il semble qu'elles ne peuvent pas l'être quand des prestataires publics en sont la cause.

52. En second lieu, si cette hypothèse de l'inadaptation devait être vérifiée, elle aurait pour conséquence de désavouer l'effort d'adaptation des prestataires publics de service marchand par la banalisation.

53. En troisième lieu, la conséquence finale de la vérification d'une telle hypothèse serait de mettre en cause la faisabilité même de la neutralité du droit européen.

5) La thèse.

54. La méthodologie de notre thèse reposera sur la vérification théorique et expérimentale de l'hypothèse.

55. Concernant la vérification théorique, notre thèse a pour ambition de vérifier l'hypothèse selon laquelle les prestataires publics de service marchand sont inadaptés au milieu concurrentiel.

56. Elle intervient dans un champ d'étude particulièrement exploité par la doctrine. Des thèses, pour n'en citer que quelques-unes, ont déjà épuisé les problématiques du droit administratif et de la commercialité⁸², de l'intérêt général et de la concurrence⁸³, de la recherche de rentabilité des activités publiques⁸⁴, du droit de la concurrence et du secteur public⁸⁵. Il est presque impossible de dénombrer avec exactitude – en plus des ouvrages généraux et spécialisés⁸⁶ – les articles relatifs à l'intervention des personnes publiques sur le marché⁸⁷, à la

⁸² G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994.

⁸³ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2006.

⁸⁴ S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 215, 2001.

⁸⁵ N. Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002.

⁸⁶ Nous invitons le lecteur à se reporter à la bibliographie.

⁸⁷ G. Eckert, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », in *Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2012, p. 207 – S. Nicinski, « La sécurisation des interventions économiques locales », *AJCT* 2012, p. 172 – A. Monpion, « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *AJDA* 2008, p. 232 – G. Clamour, « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP A* n° 44-45, 29 octobre 2007, 2286 – J.-Ph. Kovar, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *DA* décembre 2007, p. 7 – J.-Y. Chérot, « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 87 – Ch. Lemaire, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *RJEP* 2004, n° 613, p. 404 – J.-F. Sestier, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », in *Les collectivités locales, Mélanges Moreau*, Economica, 2003, p. 401 – J.-B. Auby, « La bataille de San Romano – réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001 p. 912 – D. Casas, « Les personnes publiques et les règles de concurrence : vers l'égalité concurrence ? », *Cahiers de la fonction publique* avril 2001, p. 15 – C. Bergeal, concl. sur CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des Instituteurs de France (CAMIF)*, *BCJP* 2001.497 – C. Champalaune, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », in *Rapport de la Cour de Cassation pour l'année 2001*, La doc. fr., 2002, p. 111 – E. Delacour, « La concurrence des personnes publiques aux entreprises privées », *Gaz. Pal.* 1997. Doct. p. 1007 – D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles en droit français de la liberté d'entreprendre ? », *D. aff.*, n° 24, 1996, p. 731 – M. Lombard, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994 p. 163 – A. Winckler, « Public et privé : l'absence des préjugés », in *Le privé et le public*, *APD* 1997, t. 41, p. 301 – M.-C. Boutard-Labarde, « Droit de la concurrence et personnes publiques », *Gaz. Pal.* 1989, doct. p. 747 – J.-P. de La Laurencie, « Les comportements de l'opérateur public sur le marché au regard des règles de la concurrence », *LPA*, 19 août 1988, n° 100 p. 11 – J.-J. Israël, « Les contrôles et les sanctions du comportement des opérateurs publics sur le marché », *LPA* 19 août 1988, n° 100, p. 23 – J.-J. Bienvenu et L. Richer, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? » *RHD* 1984, p. 204 – M. Bazex, « Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence », in *Secteur public et concurrence*, *LPA*, 19 août 1988, n° 100, p. 5 – D.

candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique⁸⁸ ou encore à la situation des établissements publics industriels et commerciaux face à la concurrence⁸⁹.

Loshak, « Les problèmes posés par la concurrence des services publics et des services privés », AJDA 1971, I, p. 270 – M. Bazex, « La concurrence réglée : secteur public et privé », *in Droit public de la concurrence* (dir. J.-M. Raynaud et R. Christini), Economica, 1987, p. 231 – R. Poesy, « Le Conseil de la concurrence et les collectivités territoriales », JCP A 2008, n° 5, p. 15 – J.M. Thouvenon, « Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence », D. aff. 1997, p. 331 – Ch.-L. Vier, « L'opérateur public et l'accès au marché », LPA 1988, n° 100, p. 5.

⁸⁸ G. Eckert, « Candidature des personnes publiques : le rappel des règles européennes », CMP 2015, n° 2, comm. 37 – H. Pauliat, « L'intérêt public, condition nécessaire à la légalité de la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique », JCP A 2015, n° 6, 2030 – J. Lessi, L. Dutheillet de Lamothe, « La collectivité territoriale face à la commande publique : un candidat (presque) comme les autres », AJDA 2015, n° 8 – L. de Fournoux, « Candidature publique à la commande publique : la fin d'un malentendu ? », CMP 2015, n° 2, comm. 36 – M. Dreifuss, « La candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de la commande publique à l'épreuve de l'intérêt public local », ACCP 2015, n° 152 – F. Brenet, « Candidature des collectivités territoriales à un contrat de la commande publique : nécessité et consistance de l'intérêt public local », DA 2015, n° 4, comm. 27 – F. Linditch, « Candidature des personnes publiques, vers une ouverture de leur droit à participer aux consultations ? », JCP A 2015, n° 18, 2124 – C. Roux, « La personne publique, candidate à la commande publique », AJDA 2013, n° 15, p. 853 – E. Royer, « L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique », AJCT 2015, p. 158 – B. Dacosta, « La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique », concl. sur CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC*, RFDA 2015, p. 57 – S. Ziani, « Travaux portuaires : candidature d'une personne publique à un marché public », RLC 2014, n° 39 – Ch. Roux, « La personne publique, candidate à la commande publique », AJDA 2013, p. 853 – G. Clamour, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », RFDA 2010, p. 146. – L. Renouard : « Participation des personnes publiques à un marché public ou une délégation de service public : licéité de la participation, détermination du juste prix de l'offre faite par l'opérateur public », ACCP 2010, n° 97, p. 32 – J.-D. Dreyfus, « Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres », AJDA 2009, p. 2006 – Cabinet Landot, « La personne publique, soumissionnaire ordinaire », BJCL 2006, n° 3, p. 162 – C. Bettinger, « La concurrence loyale entre personnes publiques et entreprises privées dans les procédures d'appel à la concurrence : un rêve d'égalité à l'origine d'une utopie », LPA, 9 juin 2005, 21 novembre 2005, n° 231, p. 4 – J.-F. Brisson, « L'égalité des entreprises. Les offres du secteur public marchand », *in Le nouveau droit des marchés publics* (dir. F. Lichère), L'Hermès, 2004, p. 148 – J.-D. Dreyfus, « Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché », AJDA 2003, p. 790 – B. Heckel, conclusions sous TA Dijon, 20 février 2003, *Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003, p. 790 – G. Eckert, « De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public », CMP février 2001, p. 4 – E. Delacour, « L'attribution d'un marché public ou d'une délégation à une personne publique », JCP 2001, I, p. 537 – D. Vienne et P. El Fadl, « Collectivités publiques : de l'interventionnisme à la concurrence », ACCP 2001, n° 3, p. 7 – Y. Laidié, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », DA 2001, chron. n° 8 – G. Guiavarc'h, « Marchés concurrentiels, l'ouverture des marchés publics et délégations de service public aux opérateurs publics », MTP 19 janvier 2001, p. 86 – L. Richer, « Le champ d'application du nouveau code, des critères en quête d'une notion », MTP suppl., 22 juin 2001, p. 4 – C. Bergeal, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », concl. sur CE, avis contentieux., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, RFDA 2001, p. 112 – P. Collin, M. Guyomar, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p. 987 – G. Le Châtelier, « Marchés publics, les établissements publics en liberté surveillée », DA 2000, comm. n° 249 – Ph. Zavoli, « Les contrats passés entre personnes publiques peuvent-ils fausser les règles de concurrence », Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2000, I – G. Simon, « Marché public entre personnes publiques et transparence communautaire », Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 1998.

⁸⁹ M. Lombard, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », AJDA 2014, n° 22 – G. Eckert, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP A 2014, n° 21 – L. Idot, « Notion d'aide, garantie de l'État et existence d'un avantage », Europe novembre 2012, comm. n° 11, p. 39 – R. Noguellou, « La condamnation du statut d'EPIC », DA novembre 2012, focus n° 54, p. 3 – D. Berlin, « La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée constitutive d'une aide d'État », JCP G 2012, n° 41, p. 1833 – J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit des EPIC », AJDA 2010, p. 2346 – « Les EPIC dans tous les États. Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », Dossier, JCP A 2009, p. 569 – P. Cossalter, « Les

57. Notre thèse aura l'intérêt de reposer sur la vérification d'une hypothèse qui n'a encore jamais été soulevée. Nous nous appuyerons sur les travaux de la doctrine pour procéder à la vérification théorique de l'hypothèse. Cette étude conjuguera les deux aspects suivants.

58. Il s'agira d'une étude de la spécificité des prestataires publics de service marchand. Elle peut être définie comme la qualité de ce qui est spécifique, c'est-à-dire de ce qui est propre à quelqu'un ou quelque chose, qui en est la caractéristique originale et exclusive⁹⁰. Dès lors, l'analyse juridique de la spécificité des prestataires publics de service marchand commandera d'aborder la spécificité des règles qui leur sont applicables. On serait alors tenté d'affirmer intuitivement que cette spécificité est minime dans la mesure où l'on sait que la prise en charge d'une activité économique par l'administration conduit en principe – si l'activité a une nature industrielle et commerciale – à l'application d'un régime fortement emprunt du droit privé. Il conviendra pourtant de recenser les règles exorbitantes (excessivement différentes) du droit commun qui sont applicables aux prestataires publics de service marchand⁹¹ et aussi de jauger de l'effectivité de la banalisation du régime dans la mesure où « *les règles importées ne sont jamais appliquées à l'identique en droit administratif* »⁹². Mais notre analyse ne se réduira pas

EPIC face au droit de la concurrence », JCP A 2009, p. 2221 – S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35 – F. Bérroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA 2008, p. 25 – B. Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », JCP A 2007, n° 13, p. 38 – M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA 2006, p. 79 – D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », RJEP 2006, p. 105 – Ch. Barthelemy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP octobre 2004, p. 423 – M. Poyet, « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », RA 2004, p. 565 – M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RDA 2002, p. 95 – S. Nicinski, « Les établissements publics en quête d'identité sur le marché concurrentiel », ACCP novembre 2001, n° 5, p. 7. *Adde* CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010.

⁹⁰ CNRTL, s. v. « spécificité ».

⁹¹ Cf. not. S. Braconnier, « Exorbitance du droit administratif et droit européen », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 96 et s. – J. Caillosse, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », AJDA 2000, p. 99 – G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994 – P. Idoux, « Droit économique et exorbitance du droit public », in *L'identité du droit public*, Institut Fédératif de recherche « Mutation des normes juridiques », Toulouse I, LGDJ 2011 – S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, 2001. Plus largement, sur la question de l'exorbitance du (et en) droit administratif, cf. E. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 109, 2011 – J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif », Pouvoirs 1988, n° 46, p. 12 – J.-B. Auby, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA 2001 p. 912 – J. Caillosse, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », RA, 2002, n° 328, p. 343 – *L'exorbitance du droit administratif en question(s)* (dir. F. Melleray), LGDJ, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004 – Didier Truchet, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif », in *Clés pour le siècle* (Université Panthéon-Assas), Paris, Dalloz, 2000, p. 443 – R. Hertzog, « A-t-on encore besoin d'un droit administratif ? », in *Chemins d'Europe, Mélanges Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010.

⁹² S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 215, 2001, p. 321.

à ce seul inventaire. En effet, la spécificité des prestataires publics de service marchand tient aussi au lien qu'ils entretiennent avec l'administration. Cette distinction est bien évidemment artificielle dans la mesure où ce lien a une incidence sur la spécificité des règles qui leur sont applicables. Toutefois, elle est utile, car elle nous permettra d'envisager l'État – au sens large – et plus particulièrement l'administration⁹³ en tant que système⁹⁴ complexe⁹⁵ – dont les prestataires publics de service marchand sont des éléments. Autrement dit, d'utiliser le concept de « système » pour ne pas « ignorer le réel »⁹⁶. Enfin, notre étude ne saurait se départir d'une analyse de la spécificité du contrôle des prestataires publics de service marchand par les juges et autorités français et européens de contrôle de la concurrence. Ainsi notre travail consistera à analyser ce qui constitue la spécificité des prestataires publics de service marchand. Le succès d'une telle démarche nécessitera que trois conditions soient satisfaites : d'une part, que l'étude

⁹³ Nous retiendrons ici une définition organique de l'administration, dans la mesure où nous considérerons que les prestataires publics de service marchand sont liés à cet « ensemble [d']organes assurant la fonction administrative, qui, au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif, soit par un lien de subordination directe dans le cadre étatique, soit par la soumission » ; autrement dit, nous apprécierons l'administration comme « un agencement de structures qui ont été conçues et organisées en vue d'accomplir les fonctions administratives de l'État » (J. Caillousse, « Les principes généraux de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif* [dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka], p. 155). On peut toutefois noter, d'ores et déjà, que les prestataires privés peuvent également assurer des fonctions administratives et donc être liés à l'administration au sens matériel : nous expliquerons tout au long de la thèse la différence fondamentale du lien entre les prestataires privés (de service public) et l'administration et les prestataires publics (de service marchand) et l'administration. Dans un autre ordre d'idées, nous considérerons l'administration comme un « espace neutre », c'est-à-dire comme « rejetant la politique hors de son champ » (J. Caillousse, « Les principes généraux de l'organisation administrative », *op. cit.*, p. 159.) et dont les missions, qui ont la caractéristique de n'être « jamais initiales, mais toujours secondes [...] consistent à exécuter les tâches que les organes fondamentaux de l'État lui confient » (*op. cit.*).

⁹⁴ Monsieur Edgar Morin définit la notion de système comme une « l'unité globale organisée d'interrelations entre les éléments, action ou individus » (E. Morin, *La Méthode*, t. 1, *La Nature de la Nature*, Le Seuil, 1977, p. 102. Le Professeur Denys de Béchillon dans son ouvrage *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (Paris, Éd. Odile Jacob, 1997) s'appuie sur cette définition et la précise en expliquant qu'un système peut se comprendre 1) comme un ensemble organisé, présentant par là une unité et une cohérence perceptible de l'« extérieur » ; 2) dont la composition fait intervenir une pluralité d'éléments plus ou moins hétérogènes ; 3) dont l'existence et l'organisation supposent la mise en relation de ces divers éléments. Partant de cette définition, il ne fait donc guère de doute que l'administration peut être saisie comme un système, en effet « par les liens étroits qui lie l'administration centrale aux administrations décentralisées (territoriales spéciales ou spécialisées), on peut soutenir que l'ensemble constitué du réseau État central/ collectivités locales correspond à un État au sens de l'ordre juridique « global » ou « total » dont parle Kelsen » (O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif* [dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka], p. 236).

⁹⁵ Sur la complexité, cf. not. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, février 1997 – D. de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe ? », in *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ? – Autour d'Edgar Morin* (dir. D. de Béchillon), L'Harmattan, 1994 – D. de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in *Les figures de la norme et de l'institution* (dir. E. Serverin), L'Harmattan, 1999 – D. de Béchillon (dir.), *Du cosmos à l'Homme, comprendre la complexité*, L'Harmattan 1991 – F. Burdeau, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in *Clés pour le siècle* (Université Panthéon Assas), Paris, Dalloz, 2000, p. 417.

⁹⁶ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, p. 99. Adde T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Thèses », t. 152, 1987 (et not. la préface du Professeur J. Rivero).

soit centrée sur les spécificités communes à l'ensemble des prestataires publics de service marchand et, le cas échéant, de différencier les particularités propres à chacun ; d'autre part, que l'étude repose sur une comparaison rigoureuse du statut des prestataires publics et des prestataires privés ; enfin, que l'étude détermine les limites de la banalisation, autrement dit, le degré de spécificité minimal des prestataires publics de service marchand.

59. Il s'agira en même temps d'étudier les conséquences de cette spécificité sur le jeu de la concurrence. Le bon fonctionnement de la concurrence « *n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques* »⁹⁷. Dans ce cadre, la spécificité statutaire d'un prestataire public ou privé n'a pas forcément pour conséquence d'engendrer une « *déviaton effective ou potentielle du processus de concurrence* »⁹⁸. Il faudrait qu'elle constitue un avantage susceptible de fausser automatiquement le jeu de la concurrence pour que tel soit le cas. Partant de ce raisonnement la doctrine, et parfois les juges et autorités de la concurrence, réfutent l'avantage statutaire dont bénéficieraient les prestataires publics de service marchand en mettant en doute l'inhérence de cet avantage et en le relativisant par les inconvénients du statut de droit public⁹⁹. Sur cette problématique, notre étude apportera une vision renouvelée. En effet, nous proposons de nous détacher de la distinction entre les avantages et les inconvénients du statut de droit public pour nous concentrer sur son exorbitance. Autrement dit, au-delà de l'avantage ou de l'inconvénient, il nous reviendra de déterminer si la spécificité des prestataires publics de service marchand entraîne une distorsion du jeu de la concurrence et, si tel est le cas, si cette distorsion est inévitable. Ainsi, notre travail consistera à analyser les conséquences de la spécificité des prestataires publics de service marchand sur le jeu de la concurrence. La réussite de cette entreprise appelle la réunion de deux conditions : il s'agira d'abord d'analyser ponctuellement et globalement l'impact concurrentiel des éléments de spécificité du statut des prestataires publics de service marchand et ensuite, le cas échéant, de qualifier rigoureusement cet impact concurrentiel, c'est-à-dire de pas le minorer ou l'exacerber¹⁰⁰.

⁹⁷ Cf. not. Cons. conc., avis n° 96-A-12, relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

⁹⁸ Cons. conc., Rapport annuel 1987, introduction, p. 3. *Adde* Cons. conc., *Objet, effet et intention anticoncurrentiels*, Rapport annuel 2003, p. 55.

⁹⁹ Cf. *supra* n° 30.

¹⁰⁰ Autrement dit de ne pas entrer dans le champ des analyses « minoratives » ou « majoratives » qu'avait jugé insuffisantes le Professeur Guylain Clamour dans sa thèse : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 22 et s.

60. Concernant la vérification expérimentale, « bras armé » de la vérification théorique, nous prendrons soin, dans cette étude, d'éprouver notre hypothèse. Cette approche expérimentale reposera d'une part sur des références constantes à la jurisprudence des juges et autorités et de la concurrence¹⁰¹ et d'autre part sur des données publiques ou privées – brutes ou interprétées –. Ainsi, la théorie entretiendra un dialogue fécond avec les faits.

61. Nous pourrions d'ores et déjà soulever la limite principale à la vérification de l'hypothèse. Elle est périlleuse car elle tient aux fondements mêmes de notre raisonnement. En effet, la vérification de l'hypothèse – l'inadaptation des prestataires publics de service marchand – comporte un risque important : l'approximation. La cause de cette approximation réside dans l'imperfection des marchés. En effet, « *les conditions de la concurrence pure et parfaite ne se réalisent jamais* »¹⁰². Or, on conviendra qu'il est difficile – voire hasardeux – de traiter de l'adaptation d'un opérateur au marché dans la mesure où ce marché – lui-même – est imparfait. Autrement dit, la situation d'un opérateur approximativement adapté au milieu concurrentiel (c'est-à-dire « à peu près » en condition de concurrence « à égalité d'armes ») ne serait donc pas problématique.

62. C'est pourquoi, pour lever cette limite, trois précisions doivent ici être apportées. En premier lieu, notre thèse est une étude juridique de la concurrence publique. Autrement dit, elle n'a pas vocation à investir le champ des concepts économiques. Cette précision est importante car elle permettra de nous concentrer sur la question de savoir si – en droit – la spécificité des prestataires publics de service marchand entraîne une distorsion du jeu de la concurrence, c'est-à-dire si elle conduit automatiquement à des pratiques anticoncurrentielles. Nous verrons que le droit positif a une conception rigoureuse de l'égale concurrence. En second lieu, notre thèse est une étude de l'excessive inadaptation. Fondée sur l'analyse de l'exorbitance des prestataires publics de service marchand, elle tendra à mettre en lumière la disproportion entre la concurrence publique et la concurrence ordinaire. En troisième lieu – et décisivement – nous montrerons que si l'imperfection du marché peut être réduite quand elle trouve son

¹⁰¹ La professeure Sophie Nicinski présente en quelques phrases ramassées l'ensemble de ces institutions : « *En France, l'autorité de la concurrence est le Conseil de la concurrence (Aujourd'hui Autorité de la concurrence), dont les décisions sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris. Au niveau communautaire, c'est la Commission qui est spécialisée dans les questions de concurrence. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le TPI, puis la CJUE. Les juridictions nationales susceptibles de connaître des affaires de concurrence sont les juridictions de l'ordre judiciaire, mais aussi celles de l'ordre administratif* » (S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », p. 473).

¹⁰² G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., n° 45.

explication dans le comportement, voire dans le statut, d'opérateurs privés, elle ne peut pas l'être quand sont en cause des prestataires publics.

63. L'hypothèse et la méthode de travail étant précisées, nous pouvons désormais formuler l'idée générale qui sous-tendra toute la thèse, c'est-à-dire celle consistant à démontrer que les prestataires publics de service marchand sont inadaptés et inadaptables au milieu concurrentiel.

64. Elle sera déclinée en deux parties.

65. Dans un premier temps, nous examinerons l'inadaptation statutaire des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel. Cet examen reposera à la fois sur une analyse de la spécificité du régime juridique applicable aux prestataires publics de service marchand, mais aussi sur une analyse de l'ancrage structurel de ces prestataires au sein de l'administration.

66. Dans un second temps, nous constaterons l'impossible adaptation – l'inadaptabilité – des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel. Nous observerons d'abord que l'égalisation des prestataires publics et des concurrents ordinaires est impossible. Puis nous envisagerons les moyens de dépasser cette impossible adaptation.

Première partie. L'inadaptation des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel

Seconde partie. L'impossible adaptation des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel

PREMIÈRE PARTIE
L'INADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE
MARCHAND
AU MILIEU CONCURRENTIEL

67. Les prestataires publics de service marchand sont inadaptés au milieu concurrentiel dans la mesure où ils ne peuvent pas concurrencer également les entreprises « ordinaires ». Cette hypothèse a vocation à couvrir l'ensemble des activités publiques de service marchand assurées par les personnes publiques, c'est-à-dire autant la concurrence pour le marché – la candidature à des contrats de la commande publique – que la concurrence dans le marché.

68. On parle bien ici de l'activité de service marchand rendue par une personne publique. Nous expliquerons plus tard la différence fondamentale avec l'activité de service marchand rendue par une personne privée – y compris par une entreprise publique sous statut de droit privé¹⁰³ –. Il s'agit donc d'envisager l'effet du statut de droit public sur les activités publiques de service marchand. En principe, le statut n'est pas prohibé *per se*¹⁰⁴. Toutefois, les spécificités statutaires ont un effet sur le comportement des prestataires publics et seront donc appréciées ultérieurement dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, c'est à dessein que nous n'opérerons pas de distinction entre le statut et le comportement des prestataires publics dans la mesure où nous chercherons à vérifier que l'exorbitance du statut conditionne inévitablement l'inadaptation du comportement.

69. Une telle démarche nécessitera de dresser l'inventaire et d'analyser les facteurs statutaires qui différencient (excessivement¹⁰⁵) les prestataires publics des entreprises « ordinaires ». Cette comparaison est utile car c'est bien des entreprises « personnes publiques » dont il est question. Or, si le droit leur impose de se comporter comme des entreprises « ordinaires », la démarche scientifique doit s'adapter à cette exigence pour mieux être à même d'en montrer la stérilité.

¹⁰³ Cf. *infra* n° 1280 et s. et not. n° 1476 et s.

¹⁰⁴ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 867 et s.

¹⁰⁵ Autrement dit les facteurs exorbitants du statut de droit public : cf. *supra* n° 58 et 59.

70. À titre de première précaution, il convient de relever les deux principales critiques qui pourraient être opposées à notre raisonnement. En premier lieu, il pourrait être reproché à l'affirmation selon laquelle le statut des personnes publiques est exorbitant d'être trop systématique et de ne pas prendre en compte l'hétérogénéité des statuts des prestataires publics. Ainsi, la question devrait être posée différemment en fonction du type de personnes publiques concernées (État, collectivités territoriales, établissements publics, groupements d'intérêt public) et en fonction du type d'activités en cause (activité de service public industriel et commercial ou de service public administratif ; offre de biens, de services ou de travaux etc.). Dans cette optique, l'étude des activités concurrentielles d'un établissement public industriel et commercial devrait suffire à démontrer que le caractère marchand de l'activité entraîne l'assujettissement à un régime fortement empreint du droit privé qui, dès lors, n'est pas davantage exorbitant de celui du prestataire « ordinaire ». Si l'on ajoute à cela que le concurrent « ordinaire » peut également être gestionnaire d'un service public¹⁰⁶ et donc bénéficier d'un régime pour partie dérogatoire au droit commun, on en arrive rapidement à la conclusion selon laquelle, dans la situation la plus extrême – mais pas la moins fréquente – le moins exorbitant des établissements publics industriels et commerciaux est dans une situation analogue à la plus exorbitante des sociétés de droit commun en charge d'un service public. En second lieu, il pourrait être affirmé que l'analyse de l'exorbitance des prestataires publics n'est pas appropriée dans la mesure où elle n'est pas forcément révélatrice d'une inadaptation.

71. Si ces deux critiques semblent, à première lecture, difficilement contestables, nous démontrerons qu'elles sont en réalité trompeuses. En effet, l'objet des développements qui vont suivre est de révéler que, quels que soient leurs statuts, les personnes publiques se caractérisent

¹⁰⁶ Par habilitation contractuelle ou unilatérale. Cette dernière hypothèse qui a d'ailleurs été réaffirmée récemment par le Conseil d'État (« *aucun principe ni règle à valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que l'auteur [d'un texte] confie une mission de service public à un organisme privé et l'investisse à cette fin, sous le contrôle de l'État, de prérogatives de puissance publique* ») est celle qui pose le plus de difficultés dans la mesure où elle impose parfois au juge d'identifier la mission de service public dans l'activité des personnes privées quand le législateur n'a pas explicitement dévolu sa gestion. Sur la question de la diversité des conditions dans lesquelles des personnes privées sont chargées d'une mission de service public, cf. not CE, Sect., 22 février 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* : concl. Vérot ; AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP A 2007, note G. Guglielmi et G. Koubi ; RFDA 2007. 803, étude C. Boiteau – CE, 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence* : Rec. 155 ; AJDA 2007.1020, chron. Lenica et Boucher ; D. 2007.2617, chron. Clamour ; RDI 2007.424, obs. Dreyfus ; RFDA 2007.812, concl. Sénérès et 821, note Douence ; RJEP 2007.273, note Douence ; CMP juin 2007, n° 151, note Eckert ; DA juin 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; JCP A, 2007.2111, note Karpenschif, 2125, note Linditch, 2128, note Pontier ; RDP 2007.1367, note Bui-Xuan ; RDC 2007.86, note Brunet. Plus largement concernant les divers modes de gestion des activités de service public, cf. CE, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

par leur exorbitance et que cette spécificité est facteur d'inadaptation quand elles interviennent sur un marché concurrentiel.

72. Ainsi, l'exorbitance est bel et bien caractéristique des personnes publiques. Certes, il est indéniable que le statut des prestataires publics de service marchand est largement soumis au droit privé et, plus globalement, comme le souligne le Professeur Fabrice Melleray, qu'on assiste « à l'éviction progressive du droit administratif ainsi qu'à sa banalisation »¹⁰⁷. D'ailleurs participe de ce mouvement le dépassement de la typologie classique des catégories des personnes publiques – État, collectivités territoriales, établissements publics – avec l'émergence de nouveaux visages institutionnels publics qui font la part (encore plus) belle au droit privé. À ce titre, la « prospérité »¹⁰⁸ des groupements d'intérêt public¹⁰⁹, est l'un des ferments de cette contestation et le symbole de la « nouvelle crise de la notion d'établissement public »¹¹⁰. Alors, c'est en réalité la discussion même de l'État qui est en jeu, celui-là « n'étant plus réputé transcendant [...] voit désormais la contestation de ses prérogatives exorbitantes se développer. Étant considéré comme un entrepreneur presque comme les autres, il est réputé ne pouvoir être géré efficacement qu'en appliquant les règles du droit privé »¹¹¹.

73. Toutefois, l'exorbitance des personnes publiques résiste et résistera, quel que soit le degré de privatisation de leurs statuts. Cette thèse n'a pas prétention à proposer une théorie des fonctions de l'État en milieu concurrentiel. C'est pourquoi notre réflexion portera sur le contenu de la spécificité des prestataires publics de service marchand mais pas sur ses justifications. Ainsi, nous n'aborderons pas les questions essentielles de l'exorbitance des prestataires publics mais nous questionnerons son existence. Par les règles applicables d'abord, mais aussi, et peut être surtout, par l'appartenance des prestataires publics à un système qui les englobe et les

¹⁰⁷ F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », AJDA 2003 p. 1961.

¹⁰⁸ J.-B. Auby, « La prospérité des GIP locaux », DA n° 4, avril 2013, repère 4.

¹⁰⁹ CE, *Les groupements d'intérêt public*, La doc. fr., 1997 – Y.-L. Gegout, *Vers une nouvelles forme de personne morale : les groupements d'intérêt public*, Thèse Paris II, 1985 – C. Moirou-Réchar, *Le groupement d'intérêt public, nouvelles institution publique*, Thèse, Paris I, 1994 – F. Benoit-Rohmer, « L'avenir des groupements d'intérêt public », AJDA 1992, p. 99 – F. Benoit-Rohmer, « Les GIP, une nouvelle catégorie de personnes publiques », AJDA 1986, p. 663 – M. Collin-Delumieux, « Les problèmes juridiques posés par les groupements d'intérêt public », AJDA 2003, p. 481 – P. Demaye, « Une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public : les groupements d'intérêts publics », LPA 24 juillet 2001, p. 9 – M. Guyomar, P. Collin, « Régime juridique applicable aux agents des différentes catégories de personnes publiques », AJDA 2000, p. 410 – B. Jorion, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », AJDA 2004, p. 305 – F. Moderne, « Opinion d'un publiciste à propos d'une nouvelle formule juridique : les groupements d'intérêt public », LPA, 1983, n° 49 – R. Tinière, « Éléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public », AJDA 2007, p. 840 – L. Janicot, *Groupement d'intérêt public*, J.-Cl. Adm., fasc. 148-10, LexisNexis, 2012.

¹¹⁰ F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public : La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », AJDA 2013, p. 711.

¹¹¹ *Ibid.*

dépasse : l'État. La question est donc ontologique. Elle a pour objectif de prouver, qu'au-delà de son régime, une personne publique se caractérise par ce qu'elle est : une organisation de l'État. Il pourrait être rétorqué que cette spécificité est minime et ne suffit pas à caractériser la personne publique. En somme, serait une personne publique celle que l'on aurait choisi de désigner comme telle, quand bien même agirait-elle selon des procédés calqués intégralement sur le droit commun. La démonstration n'a pas pour vocation à s'opposer à cette affirmation mais au contraire la fait sienne. Effectivement, est une personne « publique » celle que le législateur ou l'autorité compétente a choisi de nommer ainsi. Mais cette simple qualification entraîne, d'une part, l'application d'un régime qui pour partie reste spécifique mais aussi, et surtout, l'insertion de la personne publique dans un système public d'une telle spécificité qu'elle rejaillit sur lui.

74. Or, cette exorbitance est facteur d'inadaptation dans la mesure où la dialectique entre le droit de la concurrence et la personne publique, prestataire de service marchand, est impossible. L'un vit inévitablement au détriment de l'autre. Alors, certes, le droit de la concurrence transforme l'intérêt général pour l'adapter aux impératifs concurrentiels et, comme a pu rigoureusement le démontrer le Professeur Guylain Clamour¹¹², l'opposition classique entre l'intérêt général et la concurrence trouve une dialectique possible¹¹³. Cependant, on perçoit une difficulté manifeste de la personne publique à s'adapter. À quoi cela est-il dû ? Il nous semble que la personne publique ne peut surmonter cette mutation pour devenir un opérateur banal parmi d'autres.

75. L'exorbitance des personnes publiques, en tant que facteur d'inadaptation, prend deux aspects que nous analyserons successivement. Premièrement, l'exorbitance du régime juridique applicable aux prestataires publics de service marchand qui est le plus difficile à appréhender dans la mesure où il est la plupart du temps largement soumis au droit commun et est largement réductible (Titre I). Secondement, l'exorbitance du lien entre le prestataire public de service marchand et l'administration, dont le caractère irréductible est selon nous celui qui entraîne définitivement l'inadaptation des personnes publiques au marché concurrentiel (Titre II).

¹¹² G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006.

¹¹³ En ce sens, « si la concurrence n'est qu'un moyen - comme l'est d'ailleurs la notion de puissance publique -, la préservation d'une concurrence non faussée procède également d'une conception de l'intérêt général aussi respectable que peut l'être celle d'assurer un service public. Sans prétendre trancher entre les deux priorités, il s'agit simplement de montrer que l'opposition entre puissance publique et droit de la concurrence ne se pose pas toujours dans les termes où l'on a voulu la circonscrire » : D. Berlin, « Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence », AJDA 1995 p. 259.

TITRE I

LA SPÉCIFICITÉ RÉDUCTIBLE DES RÈGLES APPLICABLES AUX PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND

76. L'exorbitance des règles de droit applicables aux prestataires publics de service marchand pose une difficulté importante car ces règles varient fortement selon le type de personne publique concerné et le type d'activité en cause, autrement dit, il n'existe pas de régime juridique cohérent des prestataires publics de service marchand.

77. Ainsi, on observe des différences notables entre les règles imputables aux diverses personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics, groupements d'intérêt public).

78. En outre, l'activité de service marchand est souvent qualifiée (de façon critiquable¹¹⁴) d'activité de service public. En effet, le juge administratif tend à considérer – en dépit de la terminologie de l'arrêt du Conseil d'État *Ordre des avocats au barreau de Paris*¹¹⁵ – que l'ensemble des activités de l'administration procède du « service public » et fait toujours usage de la distinction entre le service public industriel et commercial et le service public administratif pour déterminer le régime applicable à ces activités¹¹⁶. Ainsi, il n'existe pas de régime propre

¹¹⁴ Cf. *supra* n° 18 et s.

¹¹⁵ CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

¹¹⁶ Sur l'identification et le régime des services publics industriels et commerciaux : Cf. not. TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, *op. cit.* – CE, Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* : D. 1956.759 et S. 1957.38 ; AJDA 1956.II.489, chr. Fournier et Braibant ; JCP 1957.II.9968, note Blavoët – TC 29 décembre 2004, *Epoux Blanckeman c. Voies navigables de France* : Rec. 526 ; DA mai 2005, p. 32, note Naud – TC, 16 octobre 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c. Mutuelle des architectes français* : Rec. 640 ; concl. Stahl BJCP 2006.419 ; AJDA 2006.2382, chron. Landais et Lenica ; RFDA 2007. 284, concl. Stahl et 290, note B. Delaunay ; RTD com. 2007.37, obs. Orsoni ; RDC 2007.457, note Brunet. Nous reviendrons largement sur la question du régime, moins sur celle de l'identification. Toutefois, pour une étude de ces questions : cf. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 36 – B. Seiller, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », AJDA 2005, p. 420 – B. Seiller, « L'évolution de la conception française du service public et de son dualisme », JCP Adm. 2007, comm. 2097 – J. F. Auby, « Le déclin de la spécificité juridique des services publics industriels et commerciaux locaux », AJDA 1981.508 – B. Plagnet, *Évolution récente de la notion de service public industriel*

au service marchand ou au service non marchand. D'ailleurs, l'ancrage de la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux en droit public français est si fort que, même quand le juge ne qualifie pas expressément une activité d'une personne publique de « service public », on retrouve toujours des éléments du régime du service public administratif ou du service public industriel et commercial comme nous aurons l'occasion de le constater tout au long des développements. Cette attractivité de la distinction classique service public administratif / service public industriel et commercial s'explique par la persistance de la dimension organique du service public : « *le service public est [alors] une partie, une composante, de l'appareil administratif de l'État ou des collectivités territoriales et c'est ce sens que l'on retrouve lorsqu'on fait, par exemple, référence au service public de l'éducation en considérant ses agents, ses moyens matériels, ses ramifications à travers le pays* »¹¹⁷.

79. Or le régime juridique est radicalement différent selon le type de service public en cause (service public industriel ou commercial ou service public administratif). Sur ce point, on pourrait penser que la distinction entre le régime juridique des services publics industriels et commerciaux et celui des services publics administratifs est suffisante pour régler le problème de l'exorbitance de l'action concurrentielle des personnes publiques. En effet, les services publics industriels et commerciaux sont largement soumis au droit privé et ont principalement vocation à être exercé en milieu concurrentiel.

80. Il convient cependant de modérer cette affirmation. D'une part, même s'il existe effectivement une banalisation du régime juridique des services publics industriels et commerciaux, qui peut être résumée par la formule du Professeur Chevallier selon laquelle « *le*

et commercial, Thèse, Paris II, 1972 – P. Sandevor, « Les vicissitudes de la notion de SPIC », in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, 317 et s. – J.-L. de Corail, « La crise de la notion juridique de service public », RTD com. 1955. 79 – C. Buron, *La distinction entre les SPA et les SPIC*, Thèse, Poitiers, 1971 – S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, t. 218 – J. Lemasurier, « A propos du service des PTT. Réflexions sur la distinction des services publics administratifs et industriels », AJDA 1969, p. 369 – M. Chavanon, *Essai sur la notion et le régime juridique des SPIC*, Thèse Bordeaux, 1939 – R.-E. Charlier, « La notion juridique de service public industriel et commercial », JCP 1955.I.1210. Plus généralement, les ouvrages de droit administratif, mais également les ouvrages plus spécialisés de droit des services publics ou de droit public économique comprennent des développements relatifs à l'identification des services publics industriels et commerciaux. Nous invitons donc le lecteur à se reporter à la bibliographie de la thèse.

¹¹⁷ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, Cl. Boiteau et Cl. Deffigier, *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2012, n° 4. Cette dimension doit être distinguée de la dimension matérielle du service public : « *le service public n'est plus défini à partir d'une organisation mais en fonction d'un critère matériel : il s'analyse en une mission – donc une activité – d'intérêt général relevant de façon plus ou moins étroite d'une personne publique* » (*loc.cit.*).

droit public s'applique en général à l'activité de service public et à la partie administrative de l'organisation et du fonctionnement; le droit privé s'applique au fonctionnement interne de l'organisme (gestion du patrimoine, rapport avec le personnel) »¹¹⁸, il n'en demeure pas moins que ce régime reste en partie dérogatoire au droit commun. D'autre part, la distinction entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs est loin d'être satisfaisante car, d'une part, l'intervention des services publics administratifs en milieu concurrentiel n'est pas un cas d'école¹¹⁹ – d'autre part, l'émergence de nouvelles personnes publiques spécialisées – à l'instar des groupements d'intérêt public – ne repose théoriquement pas sur cette distinction, même si le juge tend, par commodité, à appliquer sa jurisprudence classique de 1956¹²⁰ : ainsi, le régime du personnel des groupements d'intérêt public sera fixé dans la convention constitutive et, quelle que soit la nature de l'activité exercée par le groupement, le personnel sera soumis aux règles du droit public ou aux règles du droit privé¹²¹.

81. Quoi qu'il en soit, quels que soient le type de personnes publiques ou le type d'activités en cause, les prestataires publics de service marchand restent assujettis à un certain nombre de

¹¹⁸ J. Chevallier, « La place de l'établissement public en droit administratif français », Publication n° 3 de la Faculté de droit et d'économie d'Amiens, 1972, p. 26.

¹¹⁹ Ainsi même si « *un service public administratif est généralement considéré comme ne constituant pas une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, qui détermine le champ d'application des règles de concurrence* » (Cons. conc., avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma), il n'est pas rare qu'il intervienne dans le secteur marchand et donc que lui soient appliquées les règles de concurrence : ainsi concernant un cinéma communal (Cons. conc., avis n° 08-A-13 préc.) – concernant la régie municipale des pompes funèbres de Marseille (Cons. conc., 97-D-92 Décision du 16 décembre 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille). D'ailleurs l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* était relatif aux conditions de candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public (CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié). De la même manière, les activités de service hospitalier sont considérées comme des activités économiques par le juge européen : CJCE, 15 juillet 2001, aff. C-157/99, *BSM Smits* : Rec. I-05473 ; DA 2001, comm. 126.

¹²⁰ Cf. not. TC, 14 février 2000, n° 3170, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c. Mme Verdier* : GAJA 19^{ème} ed. n° 102 ; AJDA 2000.465 chron. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP 2000.13, comm. Mekhantar ; LPA 4 janvier 2001, note Gégout et 24 juillet 2001, note Demaye ; RTD com. 2000.602, obs. Orson. Le Conseil d'État a cependant une approche originale de ces personnes publiques en admettant aisément le double visage de leurs activités : « *les activités du groupement d'intérêt public pour le cinéma présentent à titre principal, un caractère administratif, et à titre subsidiaire seulement, un caractère industriel et commercial* » (CE, 1^{er} avril 2005, *Syndicat national des affaires culturelles* : Rec. 799 ; JCP A 2005, n° 1321, note Jorion ; AJDA 2005, p. 1415 et 2182).

¹²¹ Art. 99 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011 p. 8537) et art. 4 du D. n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public (JO n° 23 du 27 janvier 2012 p. 1523).

règles juridiques exorbitantes du droit commun. Nous verrons toutefois que cette spécificité persistante peut encore être réduite.

82. L'objectif est de donner un aperçu précis de cette spécificité et de son impact concurrentiel sans toutefois prétendre à l'exhaustivité. Afin de ne pas perdre le lecteur dans un fourmillement de détails révélant la variété des divers régimes juridiques applicables aux personnes publiques, nous nous concentrerons sur les règles juridiques communes à toutes les personnes publiques, en mettant particulièrement en avant le statut des établissements publics industriels et commerciaux et des groupements d'intérêt public dans la mesure où leurs statuts ont été conçus pour déroger au droit public et que la concurrence institutionnelle entre ces deux personnes publiques spécialisées illustre parfaitement le caractère réductible de l'exorbitance des règles juridiques applicables aux prestataires publics de service marchand¹²². À cet égard, nous analyserons chacun des éléments exorbitants de leurs régimes juridiques à travers l'unique prisme de leur incidence concurrentielle. Classiquement, la doctrine démontre que le statut de droit public a des spécificités qui peuvent tantôt constituer des handicaps pour les prestataires publics (qui, assujettis à certaines règles plus contraignantes que celles des entreprises privées, sont désavantagés sur le marché) tantôt des avantages (en ce sens que certains privilèges dont ils bénéficient, peuvent être mis au service de leur action concurrentielle). La balance de ces avantages et de ces inconvénients fait alors conclure au Conseil d'État que « *le régime juridique des personnes publiques ne leur confère pas, par lui-même, un avantage anticoncurrentiel* »¹²³.

83. Nous montrerons, que par-delà l'avantage ou l'inconvénient, ces éléments exorbitants du régime des personnes publiques, sont les premiers marqueurs de leur inadaptation au marché, dans la mesure où ils contribuent à rendre plus difficile l'égale concurrence des prestataires publics de service marchand.

¹²² Nous rappelons au lecteur que dans cette étude nous n'envisagerons pas spécifiquement les institutions particulières que constituent notamment la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations et l'Institut de France. De la même manière, les « personnes publiques innommées », tels que les « agences » ou les « offices publics » ne feront pas l'objet de développements distinctifs (sur cette question, cf. L. Richer, « Les personnes publiques innommées », in AFDA, *La personnalité publique*, Litec, 2007). Ce choix est motivé par le souci d'établir une analyse générale des activités concurrentielles des personnes publiques. Toutefois, en dehors du cas très spécifique des autorités administratives ou publiques indépendantes, les conclusions de cette étude auront vocation à embrasser l'ensemble des personnes publiques. Dans un autre ordre d'idées, nous n'aborderons qu'incidemment le cas des autorités administratives ou publiques indépendantes dans la mesure où elles n'ont pas en principe vocation à intervenir sur le marché mais au contraire à le réguler. Cependant, nous nous interrogerons sur la question de savoir si ce modèle pourrait permettre d'adapter l'activité publique marchande au milieu concurrentiel : cf. *infra* n° 791 et s.

¹²³ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 268.

84. Pour mener à bien cette démonstration nous opérerons une distinction des plus classiques entre les moyens (chapitre 1) et l'activité des prestataires publics de service marchand (chapitre 2).

Chapitre 1 Le caractère exorbitant des règles relatives aux moyens des prestataires publics de service marchand

85. Seront successivement envisagées les règles relatives aux trois principaux moyens dont disposent les personnes publiques pour accomplir leurs activités publiques de service marchand : les personnels (section 1), les biens (section 2) et les actes (section 3).

Section 1 LES PERSONNELS

86. L'incidence des personnels¹²⁴ sur les interventions concurrentielles des personnes publiques pose assurément une des questions les plus épineuses et sensibles qui soit¹²⁵.

87. Épineuse, car une lecture sommaire du droit positif pourrait laisser penser que la question ne se pose pas. En effet, en vertu d'une jurisprudence classique la distinction est bien établie entre les personnels des personnes publiques exerçant un service public administratif qui relèvent du droit public, qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels¹²⁶, et les personnels des personnes publiques exerçant un service public industriel et commercial qui relèvent du droit privé, à l'exception notable du directeur¹²⁷ et du chef de la comptabilité¹²⁸. L'attractivité du

¹²⁴ Nous employons le terme de « personnels » et pas de « personnel » pour bien insister sur la disparité des règles applicables : en effet, il existe plusieurs catégories de personnel employé par les personnes publiques.

¹²⁵ Sur ce sujet, cf. not., L. Lamblin, *La fonction publique de l'État confrontée à la concurrence*, Thèse, Paris II, 2007, p. 662 – J.-L. Duprilot, « les modifications de statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels », AJDA 1972, p. 603 – G. Dumont, *Application du droit de la concurrence aux activités publiques*, JCP A, Lexis-Nexis, fasc. 292, n° 23 et s. – M. Juan, *Continuité de l'emploi et évolution des activités publiques*, Thèse, Pau, 2012.

¹²⁶ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c. Conseil de prud'hommes de Lyon* (dite jurisprudence *Berkani*) : Rec. 535 ; RFDA 1996.819, concl. Martin ; AJDA 1996. 355, chron. Stahl et Chauvaux ; D.1996.598, note Saint-Jours ; Dr. soc. 1996.735, obs. Prétot ; CJEG 1997.35, note Lachaume ; Gaz. Pal. 10-11 juillet 1996, note Petit ; JCP 1996.II.22664, note Moudoudou ; RJJ 1997.745, note Monjat. Selon le Tribunal des conflits : « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi ». Le juge précisera par la suite que cette jurisprudence s'applique aux « personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique » : TC, 9 décembre 1996, *Mme Hamon c. Greta Sud Haute-Marne* : AJFP 1996, p. 4, et, AJFP 1997, p. 15, obs. P. Boutelet – CE, 26 juin 1996, *Commune de Cereste* : AJDA 1996, p. 808.

¹²⁷ Cf. CE, 26 janvier 1923, *Robert de Lafrégeyre* : Rec. 67 ; RDP 1923. 237, concl. Rivet ; GAJA 19^{ème} éd. n° 38. Sur les difficultés d'appréciation de la notion de directeur, cf. not TC, 13 décembre 1976, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille* : Rec. 705 (qui fait référence au « plus haut emploi ») – TC 13 février 1984, *Pomarédès* : Rec. 523 (qui fait référence à « celui qui occupe le plus haut emploi »).

¹²⁸ Cf. CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* : Rec. 158 ; S. 1957.276, concl. Mosset ; D. 1957. 378, concl. et note de Laubadère ; JCP 1957.II.9987, note Dufau ; AJDA 1957.II.184, chron. Fournier et Braibant.

droit privé est d'ailleurs forte car la solution s'applique même si l'agent est soumis à un statut identique à celui des fonctionnaires¹²⁹ ou, dans le même ordre d'idées, au fonctionnaire mis à disposition¹³⁰ ou détaché¹³¹ dans un établissement public industriel et commercial¹³².

88. La pratique n'est pourtant pas si simple.

89. Tout d'abord, la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial ne correspond pas à la distinction entre les activités non économiques et les activités économiques qui préside à l'application des règles du marché intérieur, ce qui signifie qu'un service public administratif peut constituer une activité économique et, le cas échéant, une activité de service marchand. Par conséquent un personnel de droit public peut être utilisé à des fins concurrentielles.

90. Par ailleurs, des agents publics, en plus du directeur et de l'agent comptable, peuvent être employés dans un établissement public industriel et commercial¹³³. C'est le cas des établissements publics industriels et commerciaux pour lesquels la loi prévoit un régime dérogatoire. Ce type de situation s'explique par la libéralisation des anciens monopoles publics qui a souvent conduit à la modification de leurs statuts (transformation en établissements publics industriels et commerciaux). Aujourd'hui, cette situation est rare¹³⁴ car la grande majorité de ces établissements publics industriels et commerciaux ont été transformés en sociétés commerciales. Toutefois, il n'est pas rare qu'un corps de fonctionnaires au sein de ces sociétés commerciales ait été maintenu dans le souci d'un climat social apaisé et afin de faire

¹²⁹ CE, 15 décembre 1967, *Level* : Rec. 501 ; AJDA 1968, 228, chron. Dewost et Massot, 230, concl. Braibant, D. 1968.387, note Leclerc.

¹³⁰ CE, 18 mars 2005, n° 265143, *M. Gombert* : AJDA 2005. 964

¹³¹ TC, 20 juin 1994, *Barlaud* : Rec. 854. (« *Considérant que M BARLAUD, professeur agrégé, fonctionnaire du ministère de l'éducation nationale, a été détaché par arrêté ministériel du 28 juillet 1983 auprès de l'Agence Française pour la Maîtrise de l'Énergie (AFME) où il a occupé un emploi d'ingénieur au service "solaire et géothermie" ; qu'en position de détachement, il était soumis aux règles régissant la fonction exercée par l'effet du détachement* »).

¹³² Sur cette question, cf. not. B. Plessix, *Établissements publics. – Statut. Structures*, J.-Cl. adm., fasc. 136, LexisNexis, 2014, n° 73 et s.

¹³³ Sur cette question, cf. not. J.-P. Markus, *Régimes législatifs de répartition des compétences*, Rép. cont. adm., Paris, Dalloz, n° 134 et s.

¹³⁴ Sur ce sujet, cf. J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. sociétés, Paris, Dalloz, n° 193 et s. : « *certain agents des services publics industriels et commerciaux ont la qualité de fonctionnaire par détermination de la loi* ». L'auteur donne plusieurs exemples, not. L. n° 64-1278 du 23 décembre 1964 (JO du 24 décembre 1964, p. 11503) qui « *soumet tous les agents titulaires de l'Office national des forêts au statut général de la fonction publique* » – L. n° 47-1497 du 13 août 1947 (JO du 14 août 1947, p. 8006) qui « *avait reconnu la qualité de fonctionnaire au personnel de la Caisse nationale des marchés de l'État, établissement public administratif* », sachant que « *le Conseil d'État a jugé que la transformation de cet établissement en établissement public industriel et commercial par décret ne modifiait pas cette situation* » (CE, Ass., 29 janvier 1965, *L'Herbier* : Rec. 60, AJDA 1965. II. 103, concl. Rigaud).

accepter le processus de privatisation¹³⁵. Ainsi, le législateur a multiplié les dérogations, même si la situation a vocation à être transitoire¹³⁶, soit qu'une partie du personnel conserve un statut de droit public¹³⁷, soit que l'entreprise privée conserve la prérogative de pouvoir recruter des agents publics¹³⁸. Au demeurant, la réciproque est vraie et de plus en plus de personnes publiques en charge d'un service public administratif accueillent ou peuvent accueillir du personnel de droit privé soit que la loi qualifie expressément ces contrats comme étant de droit

¹³⁵ C'est pourquoi « *les services publics nationaux [...] portent la marque des décennies 30 et 40. Ils sont gérés par des organismes de droit public : des monopoles nationaux, dont le personnel bénéficie d'un statut particulier. Dans certains cas, ce statut remonte à des périodes antérieures, mais le compromis social de la Libération en consacre la légitimité* » : R. Denoix de Saint Marc (dir.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 1996, p. 22.

¹³⁶ Par exemple, France Télécom, cf. not. L. n° 96-660 du 26 juillet 1996, art. 5 et L. n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 ; le Service de l'Imprimerie nationale, cf. not. L. n° 93-1419 du 31 décembre 1993, art. 3 ; la DCN, cf. not. L. n° 2001-1276 du 28 décembre 2001, art. 78 ; l'entreprise La Poste, cf. not. L. 2005-516 du 20 mai 2006, art. 16 ; la SEITA, cf. not. L. n° 80-495 du 2 juillet 1980, art. 5 ; la Caisse nationale du crédit agricole, cf. not. L. n° 88-50 du 18 janvier 1988, art. 10 ; le GIAT, cf. not. L. n° 89-924 du 23 décembre 1989, art. 2 ; la Caisse nationale de prévoyance, cf. not. L. n° 92-665 du 16 juillet 1992, art. 5. Il faut également rappeler que le Conseil d'État a dégagé des conditions permettant de maintenir un corps de fonctionnaires auprès d'une société de droit privé : cf. CE, avis, 18 novembre 1993, n° 355255 : *Grands avis*, Paris, Dalloz, comm. Richer. La Professeur Nicinski rappelle ainsi les conditions posées par le juge « *le Président de la société anonyme doit être une autorité subordonnée afin de pouvoir gérer le corps de fonctionnaires, ce qui implique que le gouvernement dispose d'un pouvoir entier de nomination et de révocation avec une entière liberté d'appréciation. Doit également être respecté le principe constitutionnel selon lequel un corps de fonctionnaires ne peut servir qu'à exécuter une mission de service public, ce qui implique que la loi portant création de la société définisse les missions de service public confiées à la société, que le capital demeure majoritairement public, que des obligations garantissant la bonne exécution du service public soient imposées par un cahier des charges, et que le législateur s'assure qu'il n'y ait pas d'atteinte au principe de continuité* » : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 695. Toutefois, précise la Professeure, le Conseil constitutionnel « *n'a pas suivi le Conseil d'État sur cette question. Par une décision QPC du 12 octobre 2012, il décide qu'aucun principe constitutionnel ne s'oppose à ce que des corps de fonctionnaires soient maintenus auprès d'une entreprise privée qui n'est plus chargée d'une mission de service public (France Télécom en l'espèce). Le lien entre fonction publique et service public est ainsi totalement rompu* » (*loc.cit.*). Adde concernant France Télécom, cf. not. F. Melleray, « *Fonction publique et service public : le cas de France Télécom* », AJDA 2003, p. 2078 – L. Richer, « *Le statut des agents de France Télécom* », AJDA 1994, p. 463.

¹³⁷ C'est notamment « *le cas de la SEITA, de la Caisse nationale de crédit agricole, du GIAT, de la CNP, de la Société Nationale DCN, la CDC Finances et des aéroports concédés à des sociétés commerciales. Toutefois, pour ces cas, c'est la solution du détachement de fonctionnaires ou de mise à disposition de la société qui a été retenue* » : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op.cit.*, n° 695. Adde J.-P. Duprilot, « *Les modifications de statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels* », AJDA 1972, p. 603.

¹³⁸ Par exemple, concernant France Télécom, cf. not. H. Courivaud, *Droit de la concurrence et entreprises publiques*, J.-Cl. conc.-cons., fasc. 122, n° 15. Toutefois, le « *recrutement de fonctionnaires a cessé au 1^{er} janvier 2002* » – F. Melleray, « *Fonction publique et service public : le cas de France Télécom* », AJDA 2003, p. 2078 – D. Jean-Pierre, « *La loi France Télécom et la fonction publique* », JCP A 2004, n° 14, p. 490 – L. Rapp, « *France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid* », AJDA 2004, p. 579.

privé¹³⁹, soit que la loi fixe un régime spécial à certains établissements publics administratifs¹⁴⁰. Il existe enfin des établissements publics « à double visage » qui entraînent l'application de régimes distincts et donc la différenciation des personnels en fonction de l'activité à laquelle ils participent¹⁴¹. C'est par exemple le cas de certaines chambres consulaires qui sont des établissements publics administratifs dont le personnel est régi par un statut spécifique de droit public, pris en application de la loi n° 52-1311 du 10 décembre 1952¹⁴², mais dont le fonctionnement a conduit le juge à considérer qu'elles prenaient également en charge des services publics industriels et commerciaux¹⁴³.

91. En outre, la réforme du régime du personnel des groupements d'intérêt public, telle que définie par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité

¹³⁹ Par exemple, les contrats emploi-solidarité, cf. L. n° 89-905 du 19 décembre 1989 (JO du 20 décembre 1989, p. 15783) ; les contrats emplois consolidés, cf. L. n° 92-722 du 29 juillet 1992 (JO n° 175 du 30 juillet 1992 p. 10215) ; les emplois jeune, cf. L. n° 97-940 du 16 octobre 1997 (JO n° 242 du 17 octobre 1997 p. 15076) ; les emplois d'avenir, cf. L. n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 (JO n° 0251 du 27 octobre 2012 p. 16688). Sur ce sujet cf. not. Y. Saint-jours, « Les personnels non statutaires des services publics administratifs soumis au droit privé », D. 2000, chron. p. 47.

¹⁴⁰ Le Professeur Jacky Chorin explique que « l'hypothèse est rare, mais on connaît depuis longtemps le cas des trois caisses nationales de sécurité sociale ; l'ordonnance du 21 août 1967 (actuel art. L. 224-7 du Code de la sécurité sociale) faisant cohabiter dans ces EPA des fonctionnaires, en nombre réduit, avec des personnels de droit privé, majoritairement sous convention collective et, dans le cas des médecins-conseils, sous statut réglementaire de droit privé. Plus récemment, et pour des justifications diverses, différents textes ont permis à des EPA, particulièrement dans le domaine de la santé publique, de recruter du personnel de droit privé en complément de celui de droit public ou encore la situation "plus complexe" de la Caisse des dépôts et Consignations » : in « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », AJDA 2000 p. 382.

¹⁴¹ Sur ce point on reprendra l'analyse très pédagogique retenue par le Professeur Jacques Chevallier : « la doctrine voit même dans la différence de condition des agents une des conséquences essentielles de la distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial. Là encore, il faut recourir aux hypothèses dans lesquelles la qualité de l'établissement et la nature du service ne coïncident pas pour voir ce qu'il en est réellement. Lorsqu'un établissement public "à double visage", gérant des services de deux natures différentes, est en cause, l'analyse est simple et probante : si le statut du personnel dépend de la qualification donnée à l'établissement l'ensemble du personnel de l'établissement doit être soumis au même régime juridique, malgré la diversité des tâches assurées. Or, c'est exactement la solution inverse qui prévaut : dans une hypothèse de ce genre, la jurisprudence affirme qu'il faut distinguer dans le personnel les agents employés pour l'exécution d'une mission administrative, qui ont en principe la qualité d'agents publics, et les agents affectés au service industriel et commercial, qui ont en principe le statut de salariés de droit privé. Et l'établissement public ne pourrait pas, sur le plan juridique, négliger cette distinction et soumettre l'ensemble de son personnel au même régime de droit public » : in « La place de l'établissement public en droit administratif français », Publication n° 3 de la Faculté de droit et d'économie d'Amiens, 1972, p. 35. Adde not. TC, 13 décembre 1976, *Époux Zaoui* : AJDA 1977, p. 438, note Dufau (à propos d'Aéroport de Paris, quand il était un établissement public) – CE, 21 mai 2013, n° 346876, 346945 ; JCP A 2013, act. 497. (A propos de l'ONF) – CE, n° 233612, 3 décembre 2003, *Houté* : Rec. t. 716 ; CJEG 2004, p. 204, concl. M. Guyomar ; JCP A 2004, 1146, note J. Moreau (à propos de Voies navigables de France).

¹⁴² L. n° 52-1311 du 10 décembre 1952 relative à l'établissement obligatoire d'un statut du personnel administratif des chambres d'agriculture, des chambres de commerce et des chambres de métiers (JO du 11 décembre 1952 p. 11412).

¹⁴³ Par exemple, pour les chambres de commerce et d'industrie, cf. not. TC, 3 juin 1996, *M. Raux c. Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Malo* : Bull. cass. n° 8, p. 10 ; pour les chambres d'agriculture TC 19 février 1996, *Mme Pirrolo* : Rec. 956 ; JCP 1996.IV. 1099.

du droit¹⁴⁴ et par le décret n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public¹⁴⁵, est venue porter une innovation tout à fait remarquable en revenant sur une jurisprudence du Tribunal des conflits du 14 février 2000¹⁴⁶ qui étendait la solution de la jurisprudence *Berkani*¹⁴⁷ au personnel des groupements d'intérêt public. Le législateur fixe trois principes. Premièrement, le groupement peut accueillir trois types de personnel. Tout d'abord les personnels mis à disposition du groupement par ses membres de droit public ou de droit privé (fonctionnaires, agents non titulaires et salariés de droit privé) ; mise à disposition qui ne doit pas s'entendre dans un sens statutaire et couvre donc à la fois la mise à disposition d'agents publics au sens du statut général des fonctionnaires mais également le détachement de fonctionnaires (bien que la mise à disposition semble « *l'outil statutaire le mieux adapté à l'objectif de mutualisation des ressources* »¹⁴⁸). Ensuite, la mise à disposition d'agents publics par des personnes morales de droit public non membre du groupement. Enfin, les personnels propres recrutés directement par le groupement à titre complémentaire. Deuxièmement, le groupement a le choix d'appliquer à l'ensemble du personnel contractuel, c'est-à-dire aux fonctionnaires civils et militaires détachés sur contrat et aux agents contractuels recrutés à titre complémentaire, les dispositions du Code du travail ou un régime de droit public spécifique, quelle que soit la nature de l'activité exercée. Autrement dit, peu importe que les activités du groupement soient principalement de nature administrative ou industrielle et commerciale, le groupement dispose d'un droit d'option, choix qui devra être tranché dans la convention constitutive. Toutefois la circulaire du 17 septembre 2013, relative à la mise en œuvre du décret n° 2013-292, invite au discernement en disposant que « *dans un souci de cohérence, le choix du régime juridique applicable aux personnels des GIP à vocation à correspondre à l'activité effectivement exercée par le groupement* »¹⁴⁹. Quoi qu'il en soit,

¹⁴⁴ L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

¹⁴⁵ D. n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public (JO n° 0082 du 7 avril 2013, texte n° 16).

¹⁴⁶ TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c. Mme Verdier*, req. n° 3170 : GAJA 19^{ème} ed. n° 102 ; AJDA 2000.465 chron. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP 2000.13, comm. Mekhantar ; LPA 4 janvier 2001, note Gégout et 24 juillet 2001, note Demaye ; RTD com. 2000.602, obs. Orsoni.

¹⁴⁷ TC, 25 mars 1996, *Berkani* : Rec. 535, concl. Martin ; RFDA 1999.819, concl. ; AJDA 1996.354, chron. Stalh et Chavaux ; D. 1996.598, note Saint-Jours ; Dr. Soc. 1996.735, obs. Prétot ; CJEG 1997.35, note Lachaume ; Gaz. Pal. 10-11 juillet 1996, note Petit ; JCP 1996.II.22664, note Moudoudou ; RJJ 1997.745 note Monjat.

¹⁴⁸ Circ. du 17 septembre 2013 relative à la mise en œuvre du D. n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public (NOR:RFDD1323112C), p. 6.

¹⁴⁹ Circ. du 17 septembre 2013 relative à la mise en œuvre du D. n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public (NOR:RFDD1323112C) : la circulaire que « *par exemple, dans la mesure où un GIP exerce, à titre principal, une activité de service public administratif, il paraît opportun de prévoir l'application à ses personnels du régime de droit public prévu par les dispositions*

dans la mesure où les groupements d'intérêt public ont principalement vocation à être un espace de mutualisation des moyens, le cas des mises à disposition d'agents publics sera fréquent (que cette mise à disposition soit ou non faite au titre de la contribution des ressources au groupement)¹⁵⁰ : dès lors du personnel de droit public pourra être utilisé dans le cadre des activités du groupement d'intérêt public.

92. Enfin, au-delà même du personnel de droit public, le personnel de droit commun employé dans le cadre d'un service public industriel et commercial n'est pas exempt de tout particularisme. C'est le cas des entreprises publiques dites « à statut », bien qu'elles soient « *incontestablement en voie de régression* »¹⁵¹ – comme par exemple pour les établissements publics SNCF, RFF et la RATP ou pour les sociétés nationales ADP et GDF – dans lesquelles les agents peuvent être soumis à des statuts unilatéralement édictés sous forme de décret par la puissance publique¹⁵². Or, si ces statuts n'ont pas pour effet de placer les agents dans une situation légale et réglementaire¹⁵³, ils sont néanmoins des actes administratifs qui relèvent de la compétence du juge administratif dans la mesure où ils touchent à l'organisation du service public¹⁵⁴. Dans le même ordre d'idée on constate que la négociation des conventions collectives au sein des entreprises publiques est souvent plus bénéfique pour le personnel que dans les entreprises ordinaires. De la même manière « *les agents d'un SPIC local sont souvent soumis, dans la pratique, à un statut analogue à celui des agents publics fonctionnels des SPA*

du décret du 5 avril 2013, afin que les principes de gestion applicables se rapprochent le plus possible des règles du statut général des fonctionnaires » (p. 2).

¹⁵⁰ Cf. art. 109 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

¹⁵¹ Ch.-A. Garbar, *Personnel des entreprises publiques à statut*, J.-Cl. fonct. publ., fasc. 850, LexisNexis, 2009, n° 6.

¹⁵² S. Nicinski, *Droit public des affaires*, op. cit., n° 681.

¹⁵³ CE, avis, 30 octobre 1950 (« le statut n'exclut pas l'existence de contrats individuels de travail conclus dans son cadre ») cité par J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. sociétés, Paris, Dalloz, 2012, n° 203.

¹⁵⁴ Admise facilement pour les personnes publiques, cette solution a été étendue aux personnes privées par le Tribunal des conflits (TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. époux Barbier* : Rec. 789 ; Dr. ouvr. 1969. 177, concl. Kahn, note Boitel ; RDP 1968.893, note Waline et 1969.142, concl. Kahn ; AJDA 1968.225, chr. Massot et Dewost ; CJEG 1969.J.525, note A.C. ; D. 1969.202, note J.-M. Auby ; Dr. soc. 1969.51, note Savatier). Toutefois, deux arrêts du tribunal des conflits du 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP* ; *Kim c. Établissement français du sang* (Rec. 563 ; RJEP mars 2009, p. 33, concl. De Silva ; AJDA 2009.365, chron. Liéber et Botteghi) sont venus restreindre le champ de compétence du juge administratif à propos des conventions collectives ou des accords d'entreprise conclus par des établissements publics industriels et commerciaux en application des articles L. 2233-1 et 2 du Code du travail : leur contestation « *relève, sauf loi contraire, de la compétence judiciaire, hormis le cas où la contestation concerne des dispositions [...] qui régissent l'organisation du service public* ». Selon les commentateurs des GAJA « *celles-ci ne donnent pas à ces conventions ou accords dans leur ensemble un caractère administratif : elles constituent un îlot qui seul relève du contentieux administratif* » : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, GAJA, Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., p. 574.

locaux »¹⁵⁵. Dès lors, quelle que soit la personne publique, il faut bien admettre que le régime des personnels « *s'avère plus favorable aux agents que ne le seraient les dispositions du Code du travail applicables aux salariés du secteur privé, notamment en matière : d'avantages immatériels, d'énumération limitative des sanctions, de procédure disciplinaire, de protection contre le licenciement, de politique sociale, de représentation du personnel, etc.* »¹⁵⁶.

93. En résumé, quel que soit le prestataire public concerné, la question est sensible car, d'une part, il n'est pas rare que des prestataires publics utilisent du personnel de droit public et, d'autre part, en tout état de cause, la spécificité de l'ensemble du personnel est persistante. Or, ces deux constats ne sont pas neutres concernant l'activité concurrentielle des prestataires publics. Deux principales difficultés se détachent, en premier lieu, en matière de gestion des ressources humaines (§1), en second lieu, en matière de détermination du coût du personnel de droit public (§2).

§1. LE PROBLÈME DU CADRE JURIDIQUE DE LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES

94. La gestion des ressources humaines¹⁵⁷ est une « *fonction de l'entreprise qui vise à obtenir une adéquation efficace et maintenue dans le temps entre ses salariés et ses emplois, en terme d'effectif, de qualifications et de motivation. Elle a pour objet l'optimisation continue des compétences au service de la stratégie de l'entreprise, dans la définition de laquelle elle intervient* »¹⁵⁸. Elle concerne ainsi des domaines aussi variés que le recrutement, la rémunération, l'évaluation ou appréciation, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et des carrières, la formation, la négociation avec l'ensemble des acteurs de l'entreprise, la mobilité etc.

¹⁵⁵ J.-F. Lachaume H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, n° 1237.

¹⁵⁶ J.-F. Lachaume H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, n° 1237. Adde V. Durupty, *Les entreprises publiques*, PUF, coll. « Thémis », 1986, vol. 2, n° 118 et s., Y. Saint-Jours, *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1986, n° 349 et s.

¹⁵⁷ Sur ce vaste sujet, cf. not. J.-M. Le Gall, *La gestion des ressources humaines*, 9^{ème} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2015 – J.-M. Peretti, *Gestion des ressources humaines*, 13^{ème} éd., Vuibert, 2013 – L. Cadin, F. Guérin, F. Pigeyre, J. Pralong, *Gestion des ressources humaines*, Paris, Dunod, 2012, 4^{ème} éd. – D. Weiss, *Ressources humaines*, Éditions d'Organisation, 2005, 3^{ème} éd. – J. Allouche (dir.), *Encyclopédie des Ressources humaines*, 3^{ème} éd., Paris, Vuibert, 2012 – A. Dietrich et F. Pigeyre, « La gestion des ressources humaines », 2^{ème} éd., Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2011.

¹⁵⁸ J.-M. Le Gall, *La gestion des ressources humaines*, *op. cit.*, p. 7.

95. La gestion publique des ressources humaines est teintée d'une spécificité certaine sur laquelle il paraît utile de s'arrêter. En effet, l'enjeu d'une gestion efficace des ressources humaines est un élément essentiel de l'action concurrentielle de toute entreprise. Or, on constate que cette recherche d'efficacité est loin d'être aboutie en ce qui concerne les prestataires publics de service marchand. Nous dresserons donc une analyse de ce problème (B) après en avoir identifié les causes (A).

A. Les causes du problème

96. On pourrait penser que les prestataires publics de service marchand, dans la mesure où ils assurent la plupart du temps un service public industriel et commercial, ne sont pas soumis aux contraintes posées par le régime des personnels de droit public et peuvent donc, à l'instar de toute entreprise, mener une stratégie de gestion des ressources humaines plus ou moins adaptée au jeu de la concurrence, mais, quoi qu'il en soit, soumise aux règles du droit privé. Nous avons cependant préalablement mis en lumière une réalité bien plus complexe car, d'une part, des services publics administratifs peuvent intervenir sur le secteur marchand, d'autre part, des services publics industriels et commerciaux peuvent accueillir (et parfois recruter) des agents de droit public et, plus largement, les agents des régies ou des établissements publics industriels et commerciaux bénéficient de statuts ou de conventions collectives comparables au régime de la fonction publique.

97. A vrai dire, l'erreur souvent commise par le législateur est de ne pas apprécier l'emploi public (qu'il soit de droit public ou de droit privé) dans son ensemble. En effet, les problématiques sont souvent les mêmes quel que soit le régime des personnes publiques et la difficulté à opérer une réforme de la fonction publique (1) a des conséquences sur l'ensemble de l'emploi public dans la mesure où se multiplient des régimes disparates, ce dont souffrent particulièrement les établissements publics industriels et commerciaux (2).

1. La délicate réforme de la fonction publique

98. On pressent immédiatement la difficulté qui existe à tendre vers une gestion publique des ressources humaines, tant la particularité de la fonction publique – fonction publique d'État, fonction publique territoriale et fonction publique hospitalière – est forte.

99. L'exorbitance du statut de la fonction publique n'est cependant pas une particularité française car, comme le note Monsieur Bernard Pêcheur, dans le Rapport relatif à la fonction

publique de 2013, « *le choix d'un régime d'emploi fixé unilatéralement par le législateur ou l'autorité réglementaire n'est pas un archaïsme (il est prédominant en Europe : 21 pays sur 28) et le choix d'une fonction publique de carrière n'est pas davantage une exception française : c'est même le cas de la majorité des pays (12 États sur 28 ont un régime de carrière, 9 un régime combinant carrière et emploi, 7 un régime d'emploi)* »¹⁵⁹.

100. Le législateur s'emploie cependant – depuis une vingtaine d'années – à réformer la fonction publique en s'inspirant principalement des techniques de gestion employées dans le secteur privé. Ainsi, concernant la fonction publique de l'État, le statut de la fonction publique a évolué dans le sens de la rénovation des corps, de l'augmentation des possibilités de mobilité et de détachement¹⁶⁰. Cette évolution a cependant rencontré de multiples obstacles et le constat selon lequel « *la gestion de la fonction publique de l'État reste encore trop une "gestion statutaire", une "gestion des corps", bien plus qu'une "gestion des ressources humaines" ou une "gestion des personnes"* »¹⁶¹ est encore aujourd'hui valable. C'est pourquoi selon Monsieur Bernard Pêcheur le *statu quo* n'est pas possible face aux difficultés qui s'accumulent : « *nombre d'agents s'interrogent sur le sens de leur action. La gestion des fonctionnaires de l'État reste marquée par des insuffisances structurelles (centralisation et gestion trop uniformes). Les politiques salariales ont été conduites depuis une dizaine d'années sans perspective d'ensemble, privilégiant les revalorisations catégorielles, comme le recours aux leviers indemnitaires. Par ailleurs, les contraintes budgétaires, au demeurant indispensables, ont conduit à une progressive érosion de la grille des rémunérations (tassement des carrières; resserrement des écarts hiérarchiques ; part croissante de l'indemnitare ; fortes inégalités entre corps et plus encore entre ministères). Enfin les contraintes budgétaires induites par les nouveaux schémas d'emploi, qui sont venus s'ajouter aux outils classiques de pilotage, ont réduit l'horizon et les marges de manœuvre des gestionnaires. L'entropie du système de gestion est de plus en plus forte* »¹⁶².

¹⁵⁹ B. Pêcheur, *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 2013, p. 2. Il en va de même du « *choix d'une fonction publique unitaire et nationale englobant les agents territoriaux, c'est également celui de nombre de pays, y compris celui d'un État fédéral comme l'Allemagne* » (*loc. cit.*).

¹⁶⁰ Pour un aperçu complet et une analyse de ces réformes, cf. F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, première étape d'une réforme profonde », AJDA 2010, p. 2045. Adde, évidemment, B. Pêcheur, *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, préc. – J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, Paris, La doc. fr., 2008 – CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, EDCE n° 54, Paris, La doc. fr. Pour une période d'analyse plus restreinte, mais que n'ont pas manqué de mettre en perspective les auteurs, cf. « Cinq années de réforme de la fonction publique » (Dossier), AJDA 2011, n° 42, p. 2388 et s.

¹⁶¹ B. Pêcheur, *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 2013, p. 2.

¹⁶² *Ibid.*, p. 3.

101. Ces différents constats peuvent être élargis à l'ensemble des fonctions publiques, c'est-à-dire, outre la fonction publique d'État à la fonction publique territoriale et hospitalière : la difficulté à mettre en place un cadre juridique favorable à une gestion publique des ressources humaines s'explique par la force des soubassements idéologiques (A) qui bride les réformes nécessaires au déploiement des personnes publiques sur le marché concurrentiel (B).

a. Des soubassements idéologiques

102. La réforme de la fonction publique n'est pas chose facile. L'enjeu social fort, les représentations faussées, les idéologies qui s'affrontent sont autant d'ingrédients qui illustrent cette difficulté.

103. Le premier danger est celui des représentations erronées que suscite la fonction publique. Le sujet est sensible. Le Professeur Jacques Caillosse avertit immédiatement le juriste qu'il « ne peut ignorer que ce discours critique mobilise de fausses représentations du droit contesté. Voyez cette habitude tenace consistant à faire entrer dans la catégorie, fort accueillante, de fonctionnaire, quantité d'agents publics dont la situation est pourtant définie par le seul droit privé ! »¹⁶³. Le voici désormais prévenu de la difficulté de la mission, il « corrigera les représentations erronées. Il ne les empêchera pas d'agir »¹⁶⁴. Monsieur Bernard Pêcheur dresse le même constat « il n'est jamais aisé de parler de la fonction publique et des fonctionnaires : ils n'ont jamais eu bonne presse et il peut être tentant d'opposer au fonctionnaire, selon le cas, et pour les besoins de la démonstration, le citoyen, l'utilisateur ou le contribuable. Il est encore plus difficile d'évoquer les questions de fonction publique après cinq années d'une crise bancaire, financière et économique d'une ampleur exceptionnelle, crise qui a fait croître le chômage, jeté le doute dans l'esprit de nombre de salariés ou de non salariés quant à la pérennité de leur emploi, affecté le pouvoir d'achat de beaucoup de Français, et mis en péril nos finances publiques »¹⁶⁵. Les fonctionnaires et l'administration sont des coupables tout désignés dans le procès de l'immobilisme.

104. Le débat sur l'inadaptation du statut de la fonction publique repose malheureusement sur de forts considérants idéologiques. Pour Monsieur Marcel Pochard, « nous n'en sommes plus à la revendication libérale d'une éradication du statut. Mais, si l'on s'accommode de ce dernier, ce n'est pas sans mises en cause de tout ce qui, dans le modèle juridique français, est

¹⁶³ J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », AJDA 1999, p. 195.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 14.

jugé compromettant pour une gestion publique performante »¹⁶⁶. Dès lors, chacun y va de sa recette et, régulièrement, le statut de la fonction publique est contesté pour son inadaptation au « monde moderne »¹⁶⁷. Cette critique participe d'une réflexion d'ensemble sur la « *logique bureaucratique* »¹⁶⁸ de ce droit et est notamment questionnée par le prisme de deux mouvements¹⁶⁹ : le premier issu des théories de la dérégulation s'incarne singulièrement dans les techniques issues du « *new public management* » ; le second découle de l'intégration européenne qui conduit à repenser les moyens de l'action publique.

105. À ces mouvements de contestation viennent s'affronter les défenseurs du modèle de la fonction publique hérité de la Libération. Selon Monsieur Marcel Pochard, cette défense repose sur un postulat idéologique « *porté par des forces socio-politiques désireuses de promouvoir et de reproduire, jusque dans l'organisation et la gestion des rapports de travail, leurs conceptions de la société idéale* »¹⁷⁰, et ce serait ces mêmes forces qui souligneraient comme « *autant d'obstacles juridiques à l'introduction d'un véritable management de la fonction publique : la sécurité de l'emploi, la valorisation de l'ancienneté dans le déroulement des carrières, le régime disciplinaire inadapté aux exigences d'une gestion dynamique des ressources humaines, le système de la notation indifférent à la nécessaire rétribution des mérites, le droit de grève qui encourage la reproduction des rituels propres à une communauté où l'introduction de la concurrence est ressentie comme attentatoire à l'identité même du service public, etc.* »¹⁷¹.

106. Le Conseil d'État pose les termes de ce débat passionné dans ses réflexions sur la fonction publique contenues dans son Rapport de 2003¹⁷². Pour la Haute instance, « *la question de savoir si le statut de la fonction publique, qui a maintenant plus de 55 ans si l'on se réfère*

¹⁶⁶ M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », AJDA 2000, p. 3.

¹⁶⁷ Cf. not. J.-M. Rebière, J.-P. Weiss, *La stratégie d'organisation à 5 ans de l'administration territoriale de l'État*, Rapport au premier ministre, juin 2013 ; J. Caillosse et J. Hardy, *Droit et modernisation administrative*, La doc. fr., 2000 ; Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public annuel, La doc. fr., 2003. J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La doc. fr., 2008.

¹⁶⁸ J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », préc.

¹⁶⁹ B. Pêcheur, *La fonction publique*, p. 1.

¹⁷⁰ M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », préc.

¹⁷¹ *Ibid.* C'est donc en toute logique que « *la question mérite d'autant plus d'être posée que ce système est accusé, à bonne ou mauvaise raison, d'être à l'origine des dysfonctionnements bien connus de l'appareil administratif français et même d'avoir permis à cette fonction publique de s'exonérer de l'effort d'adaptation, et d'abord de productivité, auquel le reste de la société a dû s'astreindre au cours des vingt dernières années* ». Marcel Pochard dresse ainsi un certain nombre de reproches à l'administration qui exerce une gestion « *administrative et centralisée, davantage qu'une gestion personnalisée ou par objectifs et de proximité* », « *à court terme* », « *égalitariste et empreinte de relâchement* », « *friande de particularismes et d'opacité* ».

¹⁷² Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, La doc. fr., 2003.

à la loi du 19 octobre 1946 et une centaine d'années si l'on se réfère à la plupart des grands principes qui le fondent, reste adapté, fait l'objet d'appréciations très contrastées et souvent passionnées. Pour les uns, il est le dernier avatar d'un modèle de société bureaucratique, dépassé de toutes parts, mais qui refuse d'évoluer, au risque de scléroser l'appareil politico administratif et de compromettre la compétitivité de la France. Pour d'autres, il est au contraire le garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public, qui sont les conditions de la cohésion sociale, de telle sorte que proposer de revoir le statut, sous quelque forme que ce soit et en quelque élément que ce soit, revient à s'en prendre à tout un modèle de société »¹⁷³. La Haute juridiction note d'ailleurs que cette confrontation de la fonction publique à la logique de performance et de concurrence tend également à envahir les secteurs non marchands prenant l'exemple de l'éducation, où un marché mondial « est en train de se développer à un rythme rapide, portant à la fois sur l'accueil d'étudiants étrangers, l'offre de produits en ligne, le téléenseignement, la vente de programmes éducatifs ou de cours, la présentation de campus numériques... Dans un tel cas, la fonction publique est, en fait, au cœur de la compétition et elle ne pourra y faire face que si elle s'acclimate, sans rien abandonner des valeurs dont elle est porteuse, aux méthodes du monde de la concurrence, comme elle le fait d'ailleurs, lorsqu'elle pratique directement des activités marchandes, en étant alors soumise pleinement au droit de la concurrence »¹⁷⁴.

107. Partant de ces constats, une approche qui se voudrait, si ce n'est impartiale à tout le moins objective, doit donc se dégager de ce substrat idéologique pour procéder à une analyse attentive des forces et des faiblesses du régime de la fonction publique dans un environnement concurrentiel avec lequel les personnes publiques sont en constante interaction.

b. Des réformes législatives importantes mais disparates

108. Depuis une vingtaine d'années, les gouvernements successifs se sont attelés à travailler sur la performance de la fonction publique. Certes la question n'est pas nouvelle mais de 1947, quand le Professeur Jean Rivero la soulevait déjà (« vers la fin du droit de la fonction publique »)¹⁷⁵, à nos jours elle a assurément gagné en ampleur. Et les réformes se sont faites aussi nombreuses que disparates. Dans son Rapport sur la fonction publique Bernard Pêcheur

¹⁷³ *Ibid.*, p. 239.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 250.

¹⁷⁵ J. Rivero, « Vers la fin de la fonction publique », D. 1947, chron. 38.

en fait un recensement intéressant, citant par exemple : la formation continue¹⁷⁶ ; l'aménagement et le contrôle du travail¹⁷⁷ ; le traitement indemnitaire¹⁷⁸ ; le dialogue social¹⁷⁹. Si les gouvernants n'ont pas souhaité opérer « le grand soir » de la fonction publique c'est pour d'évidentes questions de rapports sociaux.

109. Selon le Professeur Jacques Bourdon ces réformes ont plutôt eu tendance à prendre le chemin de la banalisation de deux manières principales¹⁸⁰.

110. En premier lieu, celle de « *l'extension du champ d'application d'un droit du travail uniforme* »¹⁸¹ par le biais de l'application de règles de l'Union européenne n'opérant pas de distinction selon la nature juridique de l'employeur. Selon lui, « *la transposition en droit national des directives concernées conduit à effacer la différence entre droit de la fonction publique et droit du travail selon quatre techniques : le statut général renvoie au Code du travail, les mêmes dispositions sont introduites dans le Code du travail et le statut général par la loi de transposition, les discriminations positives existant dans le droit de la fonction publique sont gommées ramenant les agents publics au même régime que les agents privés, un régime unique est établi pour tous les travailleurs qu'ils soient agents publics ou salariés de droit privé* »¹⁸².

¹⁷⁶ Selon le rapporteur, « *la formation continue, dans le sillage de la loi sur la formation professionnelle tout au long de la vie, a connu en 2007 et en 2008 de nouveaux développements dans les trois fonctions publiques. Elle a bénéficié de prolongements particulièrement novateurs dans la fonction publique territoriale, avec le décret n° 2008-512 du 29 mai 2008 relatif à la formation statutaire obligatoire, qui prend en compte quatre volets : les formations d'intégration ; les formations de professionnalisation au premier emploi ; les formations tout au long de la carrière ; les formations à la suite de l'affectation à un poste de responsabilité* » (B. Pêcheur, *La fonction publique*, op.cit., p. 29).

¹⁷⁷ Le rapporteur explique ainsi qu'« *introduite en avril 2002 (décret n° 2002-682 du 29 avril 2002), la procédure de l'entretien d'évaluation a reçu un nouvel élan à partir de 2007. Une expérimentation conduite entre 2007 et 2011 a débouché (décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010) sur la substitution de l'entretien professionnel à la notation sauf disposition contraire de certains statuts particuliers* » (ibid., p. 29).

¹⁷⁸ Le rapporteur souligne ainsi la « *régularisation des indemnités en 2002* » et un travail constant sur l'intéressement, ainsi « *une prime de fonctions et de résultat (PFR) a été créée pour les corps et emplois de la filière administrative. Une prime d'intéressement à la performance collective a été introduite dans certains services et ministères, tandis qu'un fort accent était mis sur l'accompagnement des mobilités : indemnité temporaire de mobilité (2008), indemnité de départ volontaire (2008), complément indemnitaire en cas de restructuration (2008), prime de restructuration de service et allocation d'aide à la mobilité du conjoint (2008), indemnité d'accompagnement à la mobilité (2011)* » (ibid., p. 29).

¹⁷⁹ Le rapporteur relève en ce sens la « *réforme des critères de représentativité des organisations syndicales, à l'instar de la réforme intervenue en 2008 dans le Code du travail ; recul du paritarisme ; élection directe des instances représentatives ; extension du champ des accords et définition de règles de validité ; création du Conseil commun de la fonction publique* » (ibid., p. 30).

¹⁸⁰ J. Bourdon, « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », AJFP 2005 p. 284.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

111. En second lieu, par « *l'introduction de l'emploi dans le système de la carrière* »¹⁸³. Participent de ce mouvement, d'abord, la contractualisation de la fonction publique, avec notamment l'adoption du contrat à durée indéterminée (entériné par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique¹⁸⁴) ou, concernant la fonction publique territoriale, par la promulgation de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 favorisant le recours à la contractualisation pour les agents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics¹⁸⁵, ensuite, la politique active de fusion des corps à partir de 2005¹⁸⁶, enfin, le travail tout à fait remarquable sur la mobilité, à l'exemple de la loi mobilité de 2009¹⁸⁷.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (JO n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12183).

¹⁸⁵ L. n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique (JO n° 0062 du 13 mars 2012, p. 4498) : AJFP 2013.137, chron. Fitte-Duval ; AJFP 2013 p. 143 chron. Barraud (selon l'auteur cette loi « *suscite évidemment le plus grand engouement de la part des agents non-titulaires, lesquels représentent en 2012 16,5 % de la fonction publique. Selon le regard avec lequel il est examiné, ce texte est tantôt synonyme de progrès social, tantôt de couperet tombant sur la fonction publique "à la française"* »).

¹⁸⁶ Selon M. Bernard Pêcheur « *il est à noter que s'agissant de l'architecture statutaire de la fonction publique de l'État, le Gouvernement, tout en renonçant à donner suite aux recommandations visant à créer de grands cadres de fonctions, a préféré privilégier la voie de la fusion des corps. Lancé en 2005, ce mouvement de restructuration a été conduit avec une grande constance. Alors qu'il restait encore 700 corps vivants en 2005, il n'en demeure aujourd'hui que 342 : 519 corps ont été concernés par des fusions ; 358 corps ont été supprimés, dont 47 corps de catégories A, 47 corps de catégorie B, 264 corps de catégorie C* ». En outre « *cette politique s'est attachée à rationaliser l'organisation des corps à l'intérieur des ministères (disparition des distinctions entre corps d'administration centrale et corps des services déconcentrés), à faciliter les réformes statutaires en catégorie C (restructuration des "échelles de rémunération") et, s'agissant de la catégorie B, à rapprocher les caractéristiques des corps, dans le cadre d'un "nouvel espace statutaire"* ». Enfin, « *Une impulsion supplémentaire a été donnée après qu'a été rendu un avis du Conseil d'État en date des 28 et 29 mai 2009, permettant de mettre en place, novation très importante, des corps interministériels à gestion ministérielle, entités regroupées mais bénéficiant d'une gestion par ministère ou établissement public* ». Le rapporteur rappelle ainsi que, depuis lors, quatre corps interministériels ou bi-ministériels à gestion ministérielle ont été créés : le corps interministériel des attachés d'administration de l'État par le D. n° 2011- 1137 du 17 octobre 2011 ; le corps interministériel des assistants de service social des administrations de l'État par le D. n° 2012-1098 du 28 septembre 2012 ; le corps interministériel des conseillers techniques de service social des administrations de l'État par le D. n° 2012-1099 du 28 septembre 2012 et, enfin, le corps des techniciens sanitaires et de sécurité sanitaire par le D. n° 2013-176 du 27 février 2013. (B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 30 et 31).

¹⁸⁷ L. n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (JO n° 0180 du 6 août 2009, p. 13116). Ainsi, M. Bernard Pêcheur rappelle que « *dans la fonction publique de l'État, a été reconnue la possibilité pour tout fonctionnaire de l'État de servir en position normale d'activité dans tous les services de l'État, ce régime transversal visant à surmonter les obstacles tenant aux barrières statutaires entre les corps. (Décret n° 2008-371 du 18 avril 2008). Pour les trois fonctions publiques, le législateur est intervenu, par la loi du 3 août 2009, pour rendre tous les corps ou cadres d'emploi accessibles aux fonctionnaires et aux militaires par la voie du détachement ou de l'intégration directe. Il s'est agi, là encore, de jeter de nouvelles passerelles entre les trois fonctions publiques et au sein de chacune de celles-ci* » (B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 30 et 31).

112. S'il est incontestable que le travail de modernisation de la fonction publique est d'une ampleur importante, pour autant les problèmes persistent. La raison est simple, si point par point des avancées concrètes sont perceptibles, dans l'ensemble, la multiplicité des régimes pose de véritables difficultés aux personnes publiques dans la gestion quotidienne de leurs personnels.

2. *La disparité des régimes juridiques*

113. Les difficultés à réformer la fonction publique ont une répercussion sur l'ensemble de l'emploi public dans la mesure où (par prudence ?) le législateur a tendance à multiplier les règles applicables. Dès lors, il n'existe pas une mais de multiples catégories de personnels.

114. Les établissements publics sont particulièrement victimes de cette disparité du cadre juridique relatif aux personnels, le Conseil d'État rappelle ainsi que « *les années récentes ont montré une tendance, lors de la création de nouveaux établissements publics, à multiplier de façon parfois excessive, les catégories de personnels auxquelles ces établissements peuvent recourir. L'idée est sans doute de doter les structures de la 'boîte à outils' la plus complète, afin de lui conférer le plus de souplesse possible. On constate toutefois que dans la pratique, la bigarrure des statuts est moins un facteur de souplesse que de lourdeur et de rigidité* »¹⁸⁸. Cette situation s'explique parfois pour des raisons historiques – comme dans le cas des anciens monopoles nationaux¹⁸⁹, mais, la plupart du temps, est justifiée par la diversité des missions que doivent prendre en charge les établissements publics. C'est pourquoi, selon le Conseil d'État, il « *n'apparaît [...] ni souhaitable, ni véritablement possible, d'éviter une telle diversité, qui est aussi la conséquence de la très grande souplesse inhérente à la formule de l'établissement public* »¹⁹⁰. Pour autant, on rejoint largement la critique formulée par le Professeur Jean-Pierre Thérond selon laquelle « *l'inflation du nombre des établissements publics, l'indétermination des frontières, la diversité des statuts, expliquent largement la difficulté à saisir l'existence de traits communs se manifestant avec une permanence suffisante pour fournir une base solide à la notion* »¹⁹¹. Or, de telles incertitudes ne sont pas à l'avantage des établissements publics

¹⁸⁸ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 54 : selon le Conseil d'État « *Il est surtout nécessaire qu'existe, au sein d'un établissement, la plus grande cohérence possible entre ses missions, les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent être assurées, et les possibilités qui s'offrent à ses gestionnaires en termes de recrutement et de gestion du personnel* ».

¹⁸⁹ Cf. *supra* n° 90.

¹⁹⁰ CE, *Les établissements publics*, préc., p. 53.

¹⁹¹ J.-P. Thérond, *Établissements publics*, J.-Cl. adm., ancien fasc. 135, LexisNexis, n° 1.

intervenant sur un marché concurrentiel dans la mesure où mettre en œuvre une politique de gestion des ressources humaine à l'appui de régimes aussi bigarrés est d'un exercice très délicat.

115. Sur ce point, la réforme relative aux groupements d'intérêt public issue de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹⁹² et le décret n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public¹⁹³ ouvrent des perspectives intéressantes. Ainsi, les groupements disposent d'un droit d'option entre l'application des règles du Code du travail ou du droit public à leur personnel¹⁹⁴. Il y a là la marque d'une volonté affichée de clarifier le régime de l'action publique. Si ce principe est louable, la pratique sera plus complexe dans la mesure où les groupements d'intérêt public ayant notamment vocation à accueillir du personnel mis à disposition par les institutions membres, utiliseront largement du personnel de droit public.

116. Quoi qu'il en soit, un tel volontarisme sera nécessaire pour réformer en profondeur les régimes des personnels des personnes publiques, une telle réforme ne pouvant être cantonnée à la fonction publique. En effet, le problème de gestion publique des ressources humaines doit être apprécié dans son ensemble et il faut bien admettre que les remèdes ponctuels bien loin de régler le problème, l'aggravent. La technique du « coup par coup » n'est pas une méthode de traitement pertinent et ne sera pas de nature à améliorer la gestion publique, notamment quand elle officie sur un marché concurrentiel.

B. L'analyse du problème

117. Le problème du cadre juridique relatif aux personnels des personnes publiques tient moins dans la spécificité des règles applicables que dans la très grande disparité de ces dernières.

118. Pour autant, existe-t-il une véritable différence avec les règles applicables aux organismes privés chargés d'une mission de service public ? On sait que ces organismes sont en principe liés à leurs agents par des contrats de droit privé, y compris si l'agent est un

¹⁹² L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537), articles 109 et 110.

¹⁹³ D. n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public (JO n° 0082 du 7 avril 2013, texte n° 16).

¹⁹⁴ Cf. Circ. n° R DFF1323112C du 17 septembre 2013 relative à la mise en œuvre du D. n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public.

fonctionnaire en position de détachement¹⁹⁵ ou s'il est mis à disposition¹⁹⁶. En théorie, il serait tout à fait envisageable que les mêmes causes produisent les mêmes effets. C'est-à-dire que le législateur puisse prévoir des régimes d'exception applicables à ce type d'organisme. Il le fait parfois, notamment pour les anciens monopoles nationaux, cependant, en pratique, dans la grande majorité des cas, les seules règles du droit privé sont applicables aux personnels de ce type d'organisme. Dès lors, il y a bien une spécificité de la situation des prestataires publics de service marchand dont la gestion des ressources humaines connaît deux limites principales : un manque d'attractivité d'autant plus problématique que les besoins en recrutement seront de plus en plus forts dans les années à venir (1) et un déficit de performance (2).

1. La question de l'attractivité

119. Un enjeu fort de la gestion des ressources humaines est la politique de recrutement qui doit non seulement être adaptée au besoin réel de l'entreprise mais aussi permettre d'attirer les meilleurs talents et compétences.

120. La France, à l'instar de nombreux États¹⁹⁷, est en passe d'être confrontée à une problématique de recrutement particulièrement forte dans les années qui viennent dans la mesure où les collectivités publiques connaissent de nombreux départs dont il faudra assurer le remplacement : il y a donc nécessité pour ces collectivités « *d'offrir des carrières attractives pour attirer vers elles des candidats de qualité* »¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cf. not. TC 24 juin 1996, n° 03031, *Préfet du Lot-et-Garonne*.

¹⁹⁶ Cf. not. TC 10 mars 1997, n° 03065, *Préfet de la région Alsace*. Il faut noter, toutefois, l'exception constituée par les enseignants des établissements privés sous contrat, qui sont désormais uniquement des agents de droit public et ne sont plus également liés par un contrat de droit privé avec l'établissement privé employeur : L. n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat (JO n° 4 du 6 janvier 2005, p. 272).

¹⁹⁷ M. Jean-Ludovic Silicani prend ainsi l'exemple du Canada où « *depuis le début des années 1990, la fonction publique a été confrontée à des changements importants. Dès 1994, en effet, le gouvernement canadien a décidé de faire de la réduction du nombre des agents publics l'un des leviers du rétablissement de l'équilibre des finances publiques. À partir de 1997, des programmes de départ volontaire ont été mis en œuvre, ce qui a abouti à la suppression d'environ 60 000 postes dans la fonction publique fédérale, soit 16 % des effectifs. Un gel des salaires a également été mis en place, ce qui a entraîné le décrochage des rémunérations des agents publics par rapport à celles du secteur privé. Si cette politique a permis le retour à l'équilibre budgétaire et contribué au dynamisme du taux de croissance canadien, il a eu pour conséquences néfastes une perte de compétences dans le secteur public du fait des réductions d'effectifs, une forte diminution de l'attractivité de la fonction publique en raison notamment de la dégradation des conditions de rémunération et une certaine démotivation des fonctionnaires liée au ternissement de l'image de la fonction publique* » (J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La doc. fr., 2008, p. 44).

¹⁹⁸ B. Pêcheur, *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2013, Paris, La doc. fr., p. 3. Ainsi « *les besoins de recrutement sont [...] importants : en 2011 près de 22 000 agents ont été recrutés dans la fonction publique de l'État (dont plus de 14 000 dans l'éducation, l'enseignement supérieur et la recherche et 2 000 au ministère de la justice) ; la même année la fonction publique territoriale a recruté près de 36 500 agents et la fonction publique*

121. Cet enjeu est rendu d'autant plus épineux qu'il doit être concilié avec les difficultés budgétaires que connaît l'ensemble des personnes publiques. C'est la raison pour laquelle, un équilibre subtil doit être trouvé entre la préservation d'un effectif adapté à la poursuite des missions de service public que mettent en œuvre les personnes publiques et la « stabilisation » des dépenses du personnel dont la Cour des comptes a récemment fait recommandation¹⁹⁹.

122. Au-delà du contexte budgétaire difficile, les contraintes sont nombreuses pour les personnes publiques, notamment concernant le régime de la fonction publique – bien que de nombreux personnels de droit privé soient soumis à des statuts ou des conventions collectives assez comparables –. Tout d'abord, les procédures de recrutement font l'objet de critiques sévères : ainsi « *le critère du niveau de recrutement académique est très souvent jugé à la fois réducteur (il a détourné les administrations d'une analyse plus fine des fonctions, de leurs évolutions et des compétences attendues), inflationniste (il a poussé à un relèvement du niveau de diplôme exigé des flux de recrutement) et inéquitable (les mêmes exigences de diplôme ne sont pas requises pour les agents en fonction, pourtant eux-mêmes revalorisés à l'occasion du relèvement des exigences de diplôme aux concours d'entrée)* »²⁰⁰. De la même manière, la carrière dans la fonction publique apparaît cloisonnée. Ces critiques sont toutefois exagérées. En effet, le législateur a multiplié depuis une vingtaine d'années les réformes pour « décroiser » les carrières. La logique de corps a ainsi été progressivement assouplie, tant par la mise en œuvre d'une politique de fusion, que par la création de corps interministériels à gestion ministérielle²⁰¹. Cependant, la « perte de sens » de la fonction publique est une réalité qui tient tant à « *la succession des modes managériaux, des schémas, des plans, des politiques, globales ou non, qui se proposent (contrairement aux schémas, plans, ou politiques précédents ...) de réformer, réviser, restructurer, moderniser* », qu'à « *la progressive perte de sens du classement en catégorie* »²⁰². Le problème se pose ainsi du système de classification fondé sur

hospitalière environ 20 000 agents. Les armées, de leur côté, malgré la déflation des effectifs, ont recruté en 2012 près de 12 000 militaires du rang et volontaires et plus de 3000 sous-officiers et officiers [et] dans les dix prochaines les collectivités publiques devront chaque année remplacer plusieurs dizaines de milliers d'agents, tous statuts confondus » (ibid., p. 61).

¹⁹⁹ Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, p. 134 : dans sa septième recommandation, la Cour des comptes conseille, concernant le « bloc communal », de procéder à « *des réductions d'effectif, une pause des mesures de revalorisation indemnitaire, une meilleure maîtrise des déroulements de carrière et le respect de la durée légale du travail* ».

²⁰⁰ B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 39.

²⁰¹ Cf. *supra* n° 111.

²⁰² B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 37

le diplôme qui fait l'objet de critiques²⁰³ et du niveau de responsabilité qui n'est pas forcément en lien avec la fonction²⁰⁴. Un autre problème d'attractivité réside dans la barrière qui sépare le monde de l'emploi public de celui de l'emploi privé : est ainsi vécue comme un frein l'interdiction faite aux agents, ayant temporairement ou définitivement cessé leur fonction, d'exercer des activités professionnelles ou lucratives dans les entreprises publiques qu'ils surveillaient ou contrôlaient lorsque ces entreprises exercent leurs activités dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé, bien que le délai de cette interdiction ait été raccourci de cinq à trois ans²⁰⁵. Plus largement, il paraît nécessaire « *dans la durée, de répondre aux aspirations des fonctionnaires [...] et d'offrir des parcours professionnels diversifiés et plus ouverts vers l'extérieur. Il s'agit là d'un enjeu de motivation et d'une garantie d'attractivité de la fonction publique* »²⁰⁶.

123. Les difficultés que connaît la fonction publique ont un impact sur l'ensemble de l'emploi public. L'opinion s'est ainsi forgée sur une triple représentation : d'une part, l'emploi public serait synonyme de « *vitrine sociale* », ce que permettait précisément le statut d'EPIC, statut d'exception, assorti d'un statut du personnel dérogeant largement au droit commun du travail »²⁰⁷ ; d'autre part, l'emploi public empêcherait de « faire carrière » ; enfin, l'emploi public offrirait des rémunérations inférieures à celles du secteur privé.

124. Si ces critiques puisent leurs sources dans des faits palpables, il convient toutefois d'en relativiser la teneur. Au fond, les objectifs et les missions-mêmes des personnes publiques, n'étant pas identiques à ceux des personnes privées, expliquent ces différences. Autrement dit, les perspectives de carrière et les niveaux de rémunération particuliers ne seront jamais les mêmes sans pour autant être ni avantageux, ni désavantageux. Dès lors, la concurrence pour

²⁰³ *Ibid.*, p. 38 : « certaines organisations syndicales relèvent que la classification des corps et cadres ne correspond pas à la réalité des diplômes effectivement détenus par les agents, dont beaucoup sont "surdiplômés", et tirent un argument en faveur d'un relèvement du niveau indiciaire du corps ».

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 38 et s.

²⁰⁵ D. n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie ; art. 1 (JO n° 99 du 27 avril 2007, p. 7505). Comp. D. n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions instituées par l'article 4 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 (JO n° 43 du 19 février 1995, p. 2717). Pour une application jurisprudentielle : cf. not., CE, Ass., 6 déc. 1996, *Sté Lambda* : Rec. 466, concl. Piveteau ; GAJA 19^{ème} éd., n° 97 ; RFDA 1997.173, concl. ; AJDA 1997.152, chron. Chauvaux et Girardot ; D. 1997.57, note Dobkine ; JCP 1997.II.22752, note Hérisson ; RA 1997.27, note Lemoyne de Forges, et 155, note Degoffe ; RD pub. 1997.567, note J.-M. Auby.

²⁰⁶ B. Pêcheur, *La fonction publique*, préc., p. 60 et s.

²⁰⁷ H. Courivaud, *Droit de la concurrence et entreprises publiques*, J.-Cl. conc.-cons., fasc. 122, 2009, n° 35.

attirer les talents et compétences entre les personnes publiques et les personnes privées sera complexe dans la mesure où reposera sur l'attractivité de chacune d'elles.

125. A cet égard, la difficulté sera d'autant plus importante pour les personnes publiques qu'elles devront améliorer leur image pour recruter. Cependant elles ne sont pas dénuées d'atouts, mais devront les faire valoir, ainsi « *l'envie de servir aussi bien qu'une vocation professionnelle affirmée, la garantie de l'emploi comme les perspectives de carrière ou de mobilité constitueront autant de raisons valables qui, demain comme hier, pourront conduire à un engagement dans la fonction publique. Dans tous les cas, cependant, et demain mieux qu'hier, les employeurs publics devront savoir recruter, former, fidéliser, motiver et au besoin reconvertir leurs ressources humaines. Le défi ne sera pas aisé à relever car il leur faudra dans le même temps tirer les conséquences de l'allongement de la vie professionnelle et revoir à cet égard les schémas de carrière qui ont été conçus pour des durées de vie professionnelle plus courtes d'au moins cinq ans* »²⁰⁸.

126. Quoi qu'il en soit, il semble que l'enjeu soit davantage à gommer les frontières entre l'emploi public et l'emploi privé à mesure que ces deux mondes seront « *à l'avenir moins cloisonnés, que des passages de l'un à l'autre, et pas seulement du public vers le privé, seront plus fréquent et plus désirés* »²⁰⁹.

2. La question de la performance

127. La « performance » est communément définie comme la conjonction réussie de trois facteurs de l'entreprise : les moyens (dont le personnel), l'objectif et les résultats²¹⁰. On compare souvent la performance des entreprises publiques à celle des entreprises privées bien que cette comparaison rencontre une limite importante dans la mesure où leurs objectifs divergent : ainsi, les objectifs des entreprises publiques sont plus souvent politiques qu'entrepreneuriaux²¹¹.

²⁰⁸ B. Pêcheur, *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2013, Paris, La doc. fr., p. 62.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 62.

²¹⁰ Sur la notion, cf. not. IGPDE, *Performance de la fonction ressources humaines : définitions et cadre d'analyse*, Ministère du budget, des comptes publics et de la Fonction publique, 31 mars 2008 (<http://www.fonction-publique.gouv.fr>).

²¹¹ *Ibid.* Adde A. Taillefait, « Sélectivité et performance dans la Fonction publique », in *Performance et droit administratif* (dir. Albert N.), Paris, Litec, Lexis Nexis, p. 174 – E. Aubin, « Flexibilité et performance dans le déroulement de carrière des fonctionnaires, Performance et droit administratif », *Ibid.*, p. 200 – H. Pauliat, « La gestion publique : une performance subie ? », REAP, n° 1, octobre 2009, p. 19.

128. De ce point de vue, on reproche fréquemment au personnel de l'administration son manque de « sens commercial ». Par exemple, l'autorité de la concurrence dans son avis 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste rappelait les reproches des clients de l'établissement public aux nombres desquels notamment la « *lourdeur de fonctionnement [...] le manque de sens commercial de son personnel [...], le manque de confidentialité des locaux, les files d'attente aux guichets* »²¹². Cette observation est cependant à recevoir avec précaution. D'une part, aucune étude sérieuse n'a jamais prouvé le moins bon sens commercial des personnels publics, ni d'ailleurs le meilleur sens commercial des personnels privés²¹³. D'autre part, s'il est vrai que l'intervention des personnes publiques sur le marché concurrentiel nécessite de renforcer la formation économique du personnel, ce constat est largement reproductible aux personnels des entreprises privées. Ainsi, est assez édifiante la conclusion du Rapport d'information de l'Assemblée Nationale sur la gouvernance des entreprises qui rappelait que : « *s'agissant des pratiques, il convient d'étoffer la formation économique des salariés, a fortiori de ceux d'entre eux qui exercent des fonctions d'administrateurs représentant les salariés dans les conseils d'administration [...]. Il faut en effet maîtriser et partager des concepts et des données en commun pour évaluer et répondre aux positions affirmées par les autres parties prenantes de l'entreprise et se prononcer avec pertinence sur des options stratégiques. Dialoguer suppose d'abord de pouvoir se comprendre* »²¹⁴.

129. Au contraire, vouloir transformer le sens de l'action publique pour en faire une entreprise ordinaire n'a pas grande pertinence dans la mesure où sa finalité est (ou devrait être) l'intérêt général. À cet égard, nous rejoignons la recommandation contenue dans le Rapport de Monsieur Denoix de Saint Marc qui invitait à « *éviter deux écueils : les agents ne doivent pas être déchargés des devoirs inhérents au service public par des dispositions abusivement protectrices ; ils ne doivent pas non plus être conduits à négliger ces devoirs par des*

²¹² Cons. Conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, p. 15.

²¹³ On peut cependant renvoyer aux travaux de la doctrine relative à la motivation des agents publics : cf. sur ce sujet Y. Emery, « La diversité des motivations des employés publics. Recherche exploiratoire dans un contexte post-bureaucratique en Suisse », RFAP, 2012/2, n° 142, p. 491, et les auteurs – principalement américains – cité par le Professeur.

²¹⁴ J.-M. Clément et Ph. Houillon, *La transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, Rapport d'information n° 737, Paris, Assemblée nationale, XIVe législature, 20 février 2013, p. 60 : c'est pourquoi le rapport préconise « *d'ajouter le bénéfice d'une formation économique spécifique destinée aux délégués du personnel, aux membres du comité d'entreprise et aux administrateurs représentant les salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance* ».

mécanismes d'intéressement qui les conduiraient à prendre exclusivement en considération les objectifs commerciaux de l'exploitant. Les méthodes d'évaluation et d'incitation doivent être conçues en tenant le plus grand compte des tâches d'intérêt général assumées par chaque catégorie de personnel »²¹⁵.

130. L'emploi public peut également être vécu pour les prestataires publics comme un frein à la mise en œuvre de leurs objectifs. Les contraintes budgétaires réduisent les marges de manœuvre de l'administration d'autant plus fortement que la masse du personnel est importante. Or, pour les anciens monopoles publics transformés en établissements publics industriels et commerciaux, le problème se pose de manière accrue. Ainsi, EDF s'est régulièrement plaint de sa difficulté à gérer la masse du personnel hérité du passé. L'autorité de la concurrence rappelle d'ailleurs que l'établissement public s'en servait de justification à ses demandes de diversification de ses activités²¹⁶. Plus largement, c'est la question de la connaissance précise des besoins en emploi et compétence qui est posée. À cet égard, on constate que la mise en place de dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est peu développée au sein des collectivités territoriales et dans les établissements publics²¹⁷. Cette lacune est regrettable car de tels dispositifs permettraient d'anticiper les besoins de recrutement à venir et de mettre en place des mécanismes de formation interne à l'administration afin de pourvoir les besoins en emplois et compétences.

131. On peut d'ailleurs regretter que la réforme territoriale n'entraîne pas une réflexion plus approfondie sur la question de la gestion des ressources humaines : les profondes mutations territoriales qu'impliquent le développement de l'intercommunalité et donc le renforcement des

²¹⁵ R. Denoix de Saint Marc (dir.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 1996, p. 66.

²¹⁶ Ainsi, le Conseil de la concurrence rappelle que « la diversification est également considérée comme la "contrepartie" normale de l'ouverture à la concurrence : "Dans tous les cas, une évolution qui conduirait EDF à être soumis à la concurrence en matière de production ou de distribution ou à accorder un droit d'accès des tiers au réseau devrait, selon l'établissement, avoir pour contrepartie de permettre à EDF de se diversifier" (avis 94-A-15). Lorsqu'une entreprise publique se trouve confrontée à des surcapacités où à des sureffectifs, qui sont hérités du passé et ne sont pas nécessairement liés à la libéralisation du secteur, il peut lui apparaître optimal d'utiliser ses capacités de production disponibles (capital et travail) au lieu de les laisser inemployées. En 1988, la direction d'EDF annonça, pour la première fois, une stratégie de diversification. Depuis cette date, cinq types de motivations ont pu être avancés : le ralentissement de la croissance de la consommation d'électricité en France rend nécessaire le redéploiement du personnel de l'entreprise ; l'excès de capacité de production pousse l'établissement à valoriser ses surplus ; la demande de la clientèle pour des services plus élaborés oblige EDF à adapter son offre ; le partenariat imposé avec les collectivités locales ouvre des marchés voisins de l'activité principale ; l'éventuelle ouverture à d'autres opérateurs des marchés captifs d'EDF incite à développer, dès aujourd'hui, un esprit de concurrence au sein de l'établissement public » : in *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport public, études thématiques, 2003, p. 104.

²¹⁷ Cf. not. Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, Ministère de la décentralisation et de la fonction publique, éd. 2014, p. 21 et s.

mécanismes de mutualisation²¹⁸ et de coopération risquent d'entraîner des difficultés qui n'ont pas été anticipées.

132. Pour résumer, la question de la performance en matière de gestion publique des ressources humaines doit être réfléchie, mais pas en comparaison de la gestion privée des ressources humaines. En effet, la banalisation à marche forcée du régime paraît ne pas être la solution la plus efficace pour accroître la performance de la gestion publique. Ainsi, Monsieur Bernard Pêcheur rappelle l'exemple de l'Italie « où une réforme de privatisation de la fonction publique a été conduite à partir de 1993 et où seuls 5% des emplois demeurent, en principe, régis par des rapports de droit public, ne suffit pas, loin s'en faut, à convaincre du bien-fondé d'une rupture. Les efforts attendus en termes d'efficacité, de simplicité et de performance n'ont pas encore été démontrés »²¹⁹. C'est au contraire des réponses spécifiques qui doivent être apportées aux questions spécifiques que pose la performance des personnes publiques.

133. Par conséquent, on ne peut pas conclure que la performance des prestataires publics de service marchand soit moins importante que celle de leurs homologues privés. En réalité, il existe des problématiques propres à l'administration « employeur » révélatrices du « déséquilibre entre les prérogatives et les sujétions exorbitantes de l'administration »²²⁰ qui doivent être traitées au regard de cette exorbitance.

§2. LE PROBLÈME DE LA DÉTERMINATION DU COÛT DU PERSONNEL DE DROIT PUBLIC

134. Les concurrents privés sont méfiants à l'égard du personnel des prestataires publics de service marchand et dénoncent parfois l'avantage concurrentiel prodigué par le statut social du personnel public qui permettrait de diminuer les coûts globaux de l'activité marchande et donc le prix final. Le prestataire public trouverait là un moyen efficace d'accroître abusivement sa compétitivité en dépit de la règle d'égale concurrence.

135. L'utilisation d'un personnel de droit public à des fins concurrentielles ne cesse d'interroger. Les juges et autorités de la concurrence sont mal à l'aise sur ce sujet, particulièrement sensible : si le principe semble clairement fixé que l'emploi d'un personnel

²¹⁸ Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, éd. 2014, La doc. fr., p. 103 : la mutualisation devient « un vecteur de rationalisation de l'administration décentralisée d'autant plus nécessaire que l'intercommunalité couvre désormais la quasi-totalité du territoire ».

²¹⁹ *Ibid.*, p. 68.

²²⁰ F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2013, n° 35.

public ne procure pas un avantage concurrentiel à la personne publique, la réalité contentieuse est bien plus subtile. Il est vrai qu'admettre le contraire serait « socialement » périlleux et à n'en pas douter le caractère « explosif » du dossier incite les juges et autorités de la concurrence à cette prudence. Leur position oscille ainsi entre une bienveillance avouée (A) et un contrôle discret de l'imputation du coût du personnel public dans le prix du service marchand (B).

A. La bienveillance de principe des autorités et juges de la concurrence

136. Si la position des juges et autorités de la concurrence semblent sur le principe fixé, on perçoit cependant une fine mais intéressante différence entre la position française (1) et la position européenne (2).

1. La position des autorités et juges français de la concurrence

137. La question de savoir si le coût global du personnel employé par les personnes publiques est un avantage ou un désavantage concurrentiel n'a pas été tranchée avec certitude. Ainsi l'Autorité de la concurrence dresse un constat révélateur dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 aux termes duquel « aucune étude ne permet actuellement de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que salarié de droit privé représente un avantage ou un handicap du point de vue des coûts globaux »²²¹.

138. La complexité est d'autant plus grande que, comme le note le Conseil d'État dans son Rapport public de 2002, la diversité des régimes rend l'analyse très épineuse « *puisque selon les cas, le personnel employé par la personne publique a le statut de fonctionnaire, de contractuel, de droit public ou de droit privé, seul le personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial étant – sous réserve d'ailleurs d'exceptions non négligeables – soumis en matière de droit du travail et de droit social au même régime que les entreprises privées* »²²².

139. Le doute va alors profiter aux prestataires publics car tant l'Autorité de la concurrence que le Conseil d'État vont faire preuve de précaution en considérant que le statut de droit public

²²¹ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le financement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence, p. 25.

²²² CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 268.

n'est pas en lui-même constitutif d'un avantage concurrentiel. Ainsi, dans sa décision n° 04-D-02 concernant l'Office national des forêts, l'Autorité de la concurrence précise que « *le fait [...] de disposer d'un personnel régi par un statut de droit public ne peut être considéré, en soi, comme un avantage concurrentiel* »²²³. Elle a pu affirmer cette position dans sa décision n° 04-D-52 en disposant que « *s'agissant des établissements publics administratifs (EPA), les règles, différentes de celles applicables aux entreprises privées auxquelles ils sont soumis en matière d'emploi de personnel et de droit du travail, n'ont ni pour objet ni nécessairement pour effet de les placer dans une situation plus avantageuse et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence* »²²⁴. Le Conseil d'État, dans son avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants*²²⁵ ou en formation contentieuse²²⁶, a confirmé cette position et considère que si « *les agents des établissements publics administratifs qui, lorsqu'ils sont, comme c'est le cas en principe, des agents publics, sont soumis, en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, à une législation pour partie différente de celle applicable aux salariés de droit privé [toutefois] les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public* »²²⁷.

140. Cette précaution s'explique par la mise en balance des avantages et inconvénients que procure le statut public. Ainsi, la Haute juridiction administrative dispose que les spécificités

²²³ Cons. conc., déc. n° 04-D-02 du 10 février 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office National des Forêts, pt 21 : DA, n° 4, avril 2004, comm. 58, comm. Bazex et Blazy. On peut noter l'inutilité de la précision selon laquelle « *De surcroît, l'ensemble du personnel des ateliers bois ne bénéficie pas du statut de la fonction publique. En effet, l'ONF emploie également 5 000 ouvriers forestiers, dont une partie travaille dans les ateliers bois pendant les saisons creuses pour fabriquer les équipements et le mobilier des parcs et forêts. Comme l'indique le compte d'exploitation des ateliers bois, le personnel de statut public est minoritaire par rapport aux ouvriers forestiers* » (pt 22). Cette précision n'était pas utile et pour le moins étrange, en effet elle pourrait être interprétée a contrario comme le fait que si le personnel de droit public avait été majoritaire, la réponse de l'Autorité aurait été différente.

²²⁴ Cons. conc., déc. n° 04-D-52 du 9 novembre 2004, relative à une saisine du cabinet d'ingénierie Dupouy concernant des pratiques mises en œuvre par le laboratoire des ponts et chaussées de Clermont-Ferrand, rattaché au Centre d'études techniques de Lyon et par la direction départementale de l'équipement de Dordogne, pt 17.

²²⁵ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

²²⁶ CE, 5 septembre 2001, n° 225473, *Guiavarc'h* : ACCP 2001, n° 5, p. 16 – TA Amiens, 21 novembre 2002, *Compagnie générale des eaux* : CMP 2003, comm. 105, note G. Eckert ; AJDA 2001.73, obs. L. Richer – TA Dijon, 29 février 2003, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003.790, concl. Heckel et note Dreyfus ; DA 2003, comm. 102, note M. Bazex et S. Blazy.

²²⁷ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.

qu'implique le statut public « peuvent jouer dans les deux sens : en faveur des établissements publics administratifs (charges moins lourdes en matière d'assurance vieillesse des fonctionnaires par exemple) comme à leurs dépens (impossibilité de bénéficier de certaines exonérations sociales liées à l'emploi de certaines catégories de salariés notamment) »²²⁸. Dès lors, « le statut [...] social des établissements publics n'est pas de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence »²²⁹. Cette analyse est confirmée dans le cas de la candidature d'une personne publique à un marché public. Le Professeur Gabriel Eckert rappelle ainsi le raisonnement de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 15 juillet 2008 *Société Merceron TP*²³⁰, selon lequel « le fait que la régie emploie un personnel de droit public ne saurait, en lui-même, constituer un avantage concurrentiel. En effet, même si la personne publique est exonérée de certaines charges sociales (comme la contribution à l'assurance de garantie des salaires), le statut de la fonction publique entraîne également des coûts supplémentaires (comme l'organisation des concours de recrutement) »²³¹. De la même manière l'Autorité de la concurrence a pu souligner dans un avis n° 98-A-05 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché électrique que « si EDF estime qu'elle subirait un désavantage dans la concurrence du fait du statut de son personnel, il est aussi évident qu'EDF dispose par ailleurs d'avantages, du fait de son statut d'EPIC qui ne la soumet pas aux mêmes contraintes financières que celles auxquelles doivent faire face ses concurrents »²³².

2. Le pragmatisme des institutions européennes de contrôle de la concurrence

141. La position des autorités européennes de contrôle de la concurrence diffère légèrement de celles des autorités françaises. De prime abord, elle semble plutôt guidée par une appréciation bienveillante du statut du personnel de droit public dans la mesure où les institutions de l'Union européenne l'analysent comme un « désavantage structurel »²³³. Ainsi, la Commission européenne a pu considérer, dans le cadre d'une analyse de l'ensemble des

²²⁸ M. Guyomar, P. Collin, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000, p. 987.

²²⁹ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.

²³⁰ CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, n° 07BX00373, *Société Merceron TP* : CMP, octobre 2008, n° 10, comm. 227, comm. Eckert.

²³¹ G. Eckert, *Conditions de la candidature d'une personne publique*, CMP, octobre 2008, n° 10, comm. 227.

²³² Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE.

²³³ TPICE, 16 mars 2004, aff. T-157/01, *Danske Busvognmænd*, pt 57.

avantages structurels d'un prestataire public allemand (Deutsche Post AG) que le statut du personnel public impliquait des coûts exceptionnels qui entravaient son action commerciale et l'empêchaient d'intervenir dans des conditions normales de marché. Elle recensait ainsi des : « *traitements de base plus élevés que le niveau habituel du marché, [des] prêts à la construction accordés au personnel à des taux d'intérêt inférieurs au niveau habituel du marché, [des] indemnités de licenciement, [des] sureffectifs (rémunération de fonctionnaires sans véritables attributions), etc.* »²³⁴. Le juge de l'Union européenne retient une analyse semblable. Ainsi, dans un arrêt du Tribunal des Communautés européennes, *Danske Busvognmænd*²³⁵, était en cause un versement de l'État Danois qui permettait à l'entreprise Combus, société de droit privée à capitaux majoritairement public mais employant des fonctionnaires, de mettre en place une politique d'incitation du personnel à changer de statut (par le biais de bonification). Le juge communautaire considère que ce versement ne constituait pas une aide d'État, au sens de l'article 87 §1 du TCE au terme d'une analyse intéressante. Le Tribunal des Communautés européennes explique en effet que « *la mesure en question visait à remplacer le statut privilégié et coûteux des fonctionnaires employés par Combus par un statut d'agent contractuel comparable à celui des employés d'autres entreprises de transport par autobus se trouvant en concurrence avec Combus. Il s'agissait donc de libérer Combus d'un désavantage structurel par rapport à ses concurrents privés* »²³⁶.

142. Cette indulgence ne doit cependant pas leurrer car les juges et autorités européens font en réalité preuve d'un bien grand pragmatisme en analysant la situation concrète de l'entreprise publique. Ainsi, dans chacune de ces affaires ils vérifient *in concreto* l'existence d'un « désavantage structurel » qui peut notamment s'expliquer par « *les missions d'intérêt général qui leur sont confiées [et qui peuvent] avoir placé les entreprises publiques dans une situation structurelle de surinvestissement : au-delà du service public, ces entreprises doivent souvent faire face à des charges héritées du passé : des charges liées au statut spécifique du personnel*

²³⁴ Com. eur., 19 juin 2002, déc. n° 2002/753/CE concernant des mesures prises par la République fédérale d'Allemagne en faveur de Deutsche Post AG.

²³⁵ TPICE, 16 mars 2004, aff. T-157/01, *Danske Busvognmænd*.

²³⁶ *Ibid.*, cons. 57. Or, selon le juge communautaire : « *l'article 87, paragraphe 1, CE a pour seul objet d'interdire des avantages qui favorisent certaines entreprises, la notion d'aide ne recouvrant que des interventions qui allègent les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (...). Par ailleurs, l'État danois aurait pu, au lieu de verser la somme de 100 millions de DKK directement aux fonctionnaires employés par Combus, obtenir le même résultat par la réaffectation desdits fonctionnaires au sein de l'administration publique, sans versement de bonification spécifique, ce qui aurait permis à Combus d'employer immédiatement des agents contractuels relevant d'un statut de droit privé* ».

de l'entreprise [ou par des] charges liées aux "coûts échoués", c'est-à-dire des investissements rendus inutiles du fait de l'introduction de la concurrence dans les activités principales des entreprises publiques »²³⁷. Autrement dit, ils n'excluent pas de sanctionner, sur le fondement de l'interdiction des aides d'État illégales, l'édiction ou l'existence de règles plus favorables applicables aux prestataires publics et susceptibles de fausser le jeu concurrentiel.

B. La neutralisation incidente des juges et autorités de la concurrence

143. Si en principe, l'utilisation d'un personnel de droit public n'est pas considérée comme étant en soi un avantage concurrentiel, en pratique, les juges et autorités de la concurrence neutralise son incidence en contrôlant attentivement qu'elle n'est pas constitutive d'une aide d'État illégale (1) ou qu'elle n'a pas servi à la proposition d'une offre anormalement basse en matière de commande publique (2).

1. Par le contrôle des aides d'État : l'exemple du statut social du personnel

144. Le mécanisme de contrôle des aides d'État peut utilement servir à compenser l'exorbitance du statut social du personnel public. Ainsi, s'agissant du système de financement des retraites du personnel des établissements publics industriels et commerciaux – à l'instar de la RATP²³⁸, de La Poste²³⁹ ou de France Télécom²⁴⁰ – la Commission européenne a pu avertir qu'il pouvait, le cas échéant, constituer une aide d'État illégale. Par exemple, dans le cadre de la procédure d'enquête ouverte à l'encontre de France Télécom, la Commission européenne a pu conclure que *« jusqu'à présent le mécanisme de financement des retraites du personnel fonctionnaire de France Télécom est compatible avec les règles de l'UE relatives aux aides d'État du fait que les contributions réduites ont été compensées par le paiement d'une soulte de 5,7 milliards d'euros par France Télécom à l'État français en 1997. Cette décision est, néanmoins, subordonnée à l'alignement complet, à partir de juillet 2012, du calcul de la contribution annuelle de France Télécom sur celui de ses concurrents. La décision n'affecte en*

²³⁷ H. Courivaud, *Droit de la concurrence et entreprises publiques*, J.-Cl. conc.-cons., fasc. 122, 2009, n° 69.

²³⁸ Cf. not. Com. eur., communiqué IP/07/1477 du 10 octobre 2007.

²³⁹ Cf. not. Com. eur., communiqué IP/07/1465 du 10 octobre 2007.

²⁴⁰ Cf. not. Com. eur., communiqué IP/08/765 du 20 mai 2008.

*rien les contributions des salariés, ni le montant de leur retraite »²⁴¹. Autrement dit, la Commission européenne vérifie *in concreto* que « le niveau des contributions sociales et fiscales obligatoires payées par La Poste soit équivalent à celui supporté par les entreprises concurrentes. [...] Le basculement de ces régimes vers le régime général, moyennant une soule versée par l'EPIC, est donc surveillé »²⁴².*

2. *Par le contrôle des offres de la personne publique, candidate à un contrat de la commande publique*

145. Le juge administratif contrôle que les offres soumises par les personnes publiques dans le cadre d'un contrat de la commande publique respectent le principe d'égalité de concurrence. En effet, comme le rappelle Mme Catherine Bergeal « *le respect de l'égalité des conditions de concurrence doit se juger sur pièces, c'est-à-dire sur offres* »²⁴³. Ainsi, il vérifie notamment que le calcul des coûts du personnel n'a pas été « *manifestement sous-évalué* »²⁴⁴ pour diminuer fictivement le prix de l'offre.

146. On constate que le juge administratif fait preuve d'une particulière attention dans l'analyse de la structure du prix de l'offre et n'hésite pas à procéder à un calcul des coûts notamment du personnel. Par exemple, le raisonnement employé par le Tribunal administratif de Dijon est particulièrement instructif et mérite, à ce titre, d'être reproduit dans son intégralité²⁴⁵ : « *l'IGN a remis au district de l'agglomération dijonnaise une offre d'un montant de 217 000 francs hors taxes ; si l'écart de prix, même important, entre l'offre du candidat retenu et celles de ses concurrents n'est pas en soi constitutif d'un manquement au principe de libre concurrence, il appartient en revanche au tribunal d'examiner les modalités de fixation de ce prix ; l'IGN a produit un document, établi à partir de sa comptabilité analytique, par lequel il expose les conditions de détermination de son prix ; il en ressort que la nature de la prestation objet du marché justifiait l'affectation d'un ingénieur des travaux géographiques ; le coût d'un ingénieur des travaux géographiques, dont le taux horaire catégoriel était statutairement fixé pour l'année 1998 à 195 francs, s'élevait pour une journée à 1 560 francs hors taxes ; l'IGN a évalué à 74 le nombre de journées de travail nécessaire pour exécuter la*

²⁴¹ Com. eur., communiqué IP/11/1577 du 20 décembre 2011.

²⁴² ENA, *Opérateurs publics et concurrence*, Direction des études, février 2008, annexes, p. 16 et 17.

²⁴³ C. Bergeal, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », Conclusions sur Conseil d'État, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, RFDA 2001, p. 106.

²⁴⁴ B. Heckel, « Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché », concl. sur TA Dijon 29 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003, p. 790.

²⁴⁵ TA Dijon 29 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003, p. 790, concl. Heckel et note Dreyfus ; DA 2003, comm. 102, note M. Bazex et S. Blazy.

mission ; ainsi, les frais de personnel induits par la prestation s'élevaient, au total, à 115 440 francs hors taxes ; l'IGN a, par ailleurs, estimé à 26 600 francs hors taxes les frais divers occasionnés par les déplacements au siège du district à Dijon et à 9 800 francs hors taxes les frais exposés pour soumissionner ; une part des frais généraux, calculée par référence au montant total des frais de structure et des recettes d'activité de l'IGN pour l'année 1998 et fixée à 52 870 francs hors taxes a été prise en compte dans l'offre de prix remise au district ; enfin la marge bénéficiaire s'établit à 12 500 francs hors taxes environ »²⁴⁶.

147. Cet exemple illustre bien le contrôle discret de l'imputation du personnel public dans le prix du service marchand qu'exerce le juge administratif. Pour autant l'analyse de la jurisprudence relative aux contentieux des offres anormalement basses ne permet pas de conclure qu'un personnel de droit public aurait automatiquement pour effet d'avantager le prestataire public.

148. Pour conclure, on ne peut déduire des développements précédents que les régimes des personnels des prestataires publics seraient, à eux seuls, facteur d'inadaptation de l'action concurrentielle des personnes publiques, bien qu'ils se distinguent, sur de nombreux aspects du droit commun.

Section 2 **LES BIENS**

149. L'incidence du régime des biens publics – immobiliers et mobiliers – sur les interventions concurrentielles des prestataires publics se décline en deux principales branches²⁴⁷ qui puisent leur racine commune dans le souci de protection du patrimoine public.

150. La première branche concerne les biens relevant du domaine public.

²⁴⁶ *Ibid.* Cette analyse minutieuse permet ensuite au tribunal de considérer qu'« il n'est pas établi que le nombre de journées de travail prévu pour assurer la prestation dans les conditions ci-dessus décrites serait insuffisant, qu'un ingénieur des travaux géographiques serait insuffisamment qualifié pour exécuter la mission, que le coût de la journée ingénieur, qui, à la différence du barème public des prix de l'IGN cité par le requérant n'intègre pas les coûts indirects, serait sous-évalué ou que la part des frais de structure imputée dans le prix aurait été sous-estimée ».

²⁴⁷ Nous n'aborderons pas la question des pouvoirs particuliers de la personne publique en matière domaniale. En effet, les personnes publiques peuvent, pour la constitution de leur patrimoine immobilier, recourir à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Sur ce sujet, cf. not. P. Bon, « D'un Code de l'expropriation à l'autre », RFDA 2015, p. 293 ; article qui, évidemment, doit être lu au regard de celui qui le précède : P. Bon, « Vers un nouveau Code de l'expropriation », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 25.

151. Il est tout d'abord important de préciser que tous les biens des personnes publiques ne relèvent pas du domaine public, c'est leur affectation qui compte. Appartiennent au domaine public les biens des personnes publiques qui sont soit affecté à l'usage du public soit affecté à une ou plusieurs missions de service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ces missions²⁴⁸. En principe, toutes les personnes publiques peuvent avoir un domaine public, y compris les établissements publics²⁴⁹ « *qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux* »²⁵⁰ ; cependant, aucun texte ne précise le régime des biens des groupements d'intérêt public. De cet oubli (ou de cette omission) naît une question formulée par le Professeur Guylain Clamour : « *Le droit des biens publics serait-il à ce point insignifiant qu'on ne daigne en préciser le régime pour l'ensemble des GIP ?* »²⁵¹. Toutefois, même sans fondement textuel, on peut raisonnablement penser que les groupements d'intérêt public relèvent de l'article L. 2 du CGPPP au terme duquel le Code « *s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent* ». En outre, il faut à nouveau rappeler que ces groupements ont notamment vocation à fonctionner sur la base de la mise à dispositions de moyens par les entités qui en sont membres. Par conséquent, leurs patrimoines seront principalement composés des biens mis à disposition par leurs membres et dont ces derniers demeureront propriétaires. Ces biens relèveront du domaine public s'ils en remplissent les critères.

²⁴⁸ Ainsi aux termes de l'article L. 2111-1 du CGPPP, les biens immobiliers qui appartiennent aux personnes publiques font partie du domaine public lorsqu'ils sont « *soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public* » : sur le critère de l'aménagement indispensable, cf. par ex. CAA Lyon, 29 avril 2008, *Société Boucherie André c. RFF* : AJDA 2008.2338. Adde not. F. Melleray, « *La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique* », AJDA 2004, p. 490. Les biens mobiliers, par contre, ne doivent pas être affectés à un service public mais doivent répondre à un « *intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* » aux termes de l'article L. 2112-1 : sur cette question, cf. not. J.-G. Sorbara, « *Le domaine public mobilier au regard du Code général de la propriété des personnes publiques* », AJDA 2007, p. 619.

²⁴⁹ Cf. not. CE, 6 février 1981, *Epp* : Rec. 745 ; RA 1982. 36 note Moderne – 21 mars 1984, *Mansuy* : Rec. 606 ; CJEG 1984.258, note Sablière et 274, concl. Dondoux ; D. 1984.510, note Moderne ; JCP G 1985.II.20393 note Hervouet ; RDP 1984.1059, note Y. Gaudemet – 26 juin 1986, *Thomas* : Rec. 167 ; AJDA 1986.550, chron. Azibert et de Boisdeffre ; RFDA 1987.194, concl. Stirn.

²⁵⁰ CE, Ass., 23 octobre 1998, *EDF* : Rec. 364 ; AJDA 1998.1017, concl. Arrighi de Casanova ; CJEG 1998.490, concl. et note Delpirou ; D.1999.484, note Amadéi ; RFDA 1999.578, note Lavialle. Sur le débat concernant les biens des établissements publics industriels et commerciaux, cf. not. : Y. Gaudemet, « *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité)* », in *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 259 – A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 15^{ème} éd., 1999, n° 417.

²⁵¹ G. Clamour, « *Marchés publics des groupements d'intérêt public* », CMP, n° 3, mars 2012, comm. 68.

152. On comprend des développements qui précèdent qu'un prestataire public peut être propriétaire de biens relevant du domaine public et au support desquels il pourra exercer son activité concurrentielle. Or, les biens relevant du domaine public sont particulièrement protégés par des principes et règles découlant du principe d'inaliénabilité. À cet égard, l'interdiction de constituer sur le domaine public des droits réels principaux ou accessoires a un impact concurrentiel certain sur l'activité marchande des prestataires publics (§1).

153. La seconde branche intéresse, quant à elle, l'ensemble des biens public. Ils sont protégés par deux principes, révélés par le Professeur Philippe Yolka dans sa thèse²⁵² : l'insaisissabilité et l'incessibilité à vil prix. Concernant le principe d'incessibilité à vil prix, le juge constitutionnel considère que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* »²⁵³. Ce principe est notamment rattachable à l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités²⁵⁴, ce qui n'est pas le cas pour les personnes privées au regard de la jurisprudence judiciaire²⁵⁵. Cependant, l'incessibilité à vil prix « *ne saurait être analysée comme un avantage structurel, dans la concurrence que mènent les opérateurs publics* »²⁵⁶, d'ailleurs, l'interdiction de consentir des libéralités est plutôt un gage de respect de la concurrence. À l'inverse, le principe d'insaisissabilité a un impact important sur l'activité concurrentielle des prestataires publics dans la mesure où il induit l'inapplicabilité des voies d'exécution et des procédures civiles du droit commun à l'ensemble des biens publics (§2).

²⁵² Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1997.

²⁵³ Cons. const., déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Lois de privatisation : AJDA 1986, note Rivero – Adde Cons. const., déc. n° 86-217 du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, pt 47 : Rec. 141 ; AJDA 1987.102, note Wachsmann – Cons. const., déc. n° 94-346 du 21 juillet 1994, pt 3 : Rec. 141 – Cons. const., déc. n° 96-380 du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom.

²⁵⁴ En effet, les personnes morales de droit public ne peuvent payer ou être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas : cf. not. CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui* : Rec. 235, concl. Rougevin-Baville.

²⁵⁵ Toutefois le Professeur Guylain Clamour précise que « *si le fondement consistant en la préservation des deniers publics est bien spécifique à ces dernières, il faut relever que la jurisprudence de la Cour de cassation opère un rigoureux contrôle sur les libéralités des personnes privées conduisant à le requalifier en donations déguisées si aucune contrepartie n'est démontrée* » : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 951.

²⁵⁶ *Ibid.*, n° 957.

§1. L'INTERDICTION RELATIVE DES DROITS RÉELS CONSTITUÉS SUR LE DOMAINE PUBLIC

154. Le régime de la domanialité publique a une double incidence sur les activités marchandes des personnes publiques. Tout d'abord, le prestataire public peut être propriétaire de biens du domaine public, or, le régime spécifique applicable à ces biens peut être un frein important à leur valorisation économique et donc avoir une répercussion sur la compétitivité²⁵⁷ de l'activité marchande. Le prestataire public peut également, à l'instar des personnes privées, établir sur le domaine public le siège de ses activités commerciales²⁵⁸. Là encore, la spécificité du régime de la domanialité publique aura des conséquences sur l'activité marchande car « *l'occupation du domaine public ne confère pas de privilèges particuliers au commerçant, personne publique* »²⁵⁹.

155. Dans ces deux hypothèses, la personne publique sera confrontée à l'interdiction de constituer des droits réels sur les biens du domaine public (A). Ce frein remarquable à l'action concurrentiel des personnes publiques est toutefois tempéré par des exceptions limitées (B).

A. Un principe sévère

156. L'interdiction de constituer des droits réels²⁶⁰ sur le domaine public a été formulée tardivement par la jurisprudence²⁶¹. Elle constitue une limite importante à l'action commerciale ou industrielle des personnes publiques dans la mesure où ces biens, contrairement à ceux relevant du domaine privé, ne peuvent pas être cédés, engagés, valorisés selon les mécanismes

²⁵⁷ « *Qui est susceptible d'affronter la compétition* » : CNRTL, s. v. « compétitivité ».

²⁵⁸ Le domaine public peut en effet être le siège d'activité commerciale : cf. not. CE, Sect., 5 mai 1944, n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* : Rec. 129, D. 1944.164, concl. Chenot ; RDP 1944.236, concl. Chenot et note Jèze ; Penant, 1947.101, note Waline – CE, 19 octobre 1956, *Société "Le Béton"* : Rec. 375 ; D. 1956.681, concl. Long ; RDP 1957.310, concl. ; AJDA 1956.II.472, concl. et 488, chr. Fournier et Braibant ; JCP 1957.II.9765, note Blaevoet ; RA 1956.617, et 1957.131, note Liet-Veaux et Morice.

²⁵⁹ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 6027.

²⁶⁰ « *Les droits réels sont les droits que leur titulaire détient directement sur une chose, sans intermédiaire, et qui lui procurent tout ou partie de son utilité économique. Ils mettent en jeu deux éléments : la personne du titulaire du droit qui en est le sujet actif, et la chose, objet de ce droit. Le titulaire d'un droit réel exerce directement des prérogatives sur le bien qui en est l'objet, sans l'entremise de quiconque. Ainsi, le propriétaire d'une maison l'habite, la vend... Les droits réels s'opposent aux droits personnels ou droits de créance, c'est-à-dire aux droits d'une personne, le créancier, d'exiger une prestation d'une autre personne, le débiteur* » : J.-L. Bergel, I. Carsin, J.-J. Eyrolles, J.-J. Liard, C. Jeanne (dir), *Le Lamy droit immobilier*, n° 1.

²⁶¹ CE, 6 mai 1985, n° 41.589 et 41.699, *Association Eurolat Crédit Foncier de France* : Rec. 141 ; RFDA 1986.21 concl. Genevois ; AJDA 1985.620 note Fatôme et Moreau ; LPA 23 octobre 1985, p. 4, note Llorens.

du droit commun (démembrements de la propriété, crédit-bail, sûretés réelles, cession et échange etc.). Cette interdiction a deux principales conséquences.

157. Premièrement, elle soustrait les commerçants publics, au même titre que les commerçants privés, du bénéfice de la législation sur la propriété commerciale. L'occupant du domaine public n'était pas considéré, jusqu'à une réforme récente²⁶², comme propriétaire d'un fonds de commerce²⁶³ ou comme propriétaire d'une clientèle²⁶⁴.

158. Deuxièmement, elle interdit la constitution de sûretés réelles sur le domaine public étant donné que celles-ci ne peuvent porter que sur des biens susceptibles d'être vendus ou saisis. Sont ainsi prohibées, les techniques d'hypothèques et d'antichrèses sur les biens immobiliers et les techniques de nantissement et de gage sur les biens mobiliers. Or, de telles interdictions paralysent le recours au crédit bancaire et limitent corrélativement l'investissement sur le domaine public. Dans le même ordre d'idées, est en principe exclu le recours aux contrats complexes qui appellent des montages financiers nécessitant l'institution de droits réels (bail emphytéotique administratif, crédit-bail, bail à construction par exemple). Ce cadre juridique freine le développement d'actions partenariales entre le secteur public et le secteur privé et

²⁶² L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (JO 19 Juin 2014, texte n° 1). Pour une application, cf. not. CE, 24 novembre 2014, n° 352402, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*. Sur cette réforme et son application jurisprudentielle, cf. not. G. Clamour, « L'instauration législative du fonds de commerce sur le domaine public », CMP 2014, n° 8-9, comm. 123 – C. Chamard-Heim et Ph. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641 – M.-C. Rouault, « Domaine public : droit au bail, non ; fonds de commerce, demain peut-être », AJCT 2015, p. 93 – G. Eveillard, « Le maintien de l'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public et ses conséquences », DA n° 3, mars 2015, comm. 21 – P. Devillers, « Fonds de commerce sur le domaine public : la loi Pinel n'est applicable qu'aux nouveaux entrants », CMP 2015, n° 1, comm. 12 – E. Langelier, « Le bail commercial et le domaine public : nouvelles d'un couple tumultueux », JCP A 2015, n° 16, p. 2106.

²⁶³ Pour des études doctrinales postérieures à la réforme précitée, cf. not. D. Ezentel, « Le fonds de commerce et la domanialité publique », Quot. jur. 22 décembre 1987, p. 2 – O. de David Beauregard-Berthier, « Fonds de commerce et domaine public », AJDA 2002, p. 790. Pour des jurisprudences postérieures à la réforme, cf. égal. CE, 28 avril 1965, *Association T.* : AJDA 1965. 655, note Lamarque ; D. 1965. Jurispr. 766 ; Dr. fisc. 1965, n° 45, concl. Poussière ; RTD com. 1966. 62, obs. Jauffret – CE, 6 décembre 1985, n° 44716, *Mlle Boin-Favre* : Rec. 353 ; RFDA 1986. 382, note Terneyre – CE, 31 juillet 2009, n° 316534, *Société Jonathan loisirs* : Rec. 739 ; AJDA 2010. 1515, étude Alhama ; RDI 2010. 158, obs. Caille ; Ann. voirie 2009.15, note Mondou ; BJCP 2009. 482, concl. Boulouis, et 487, obs. Maugué ; CMP 2009, comm. n° 332, note Eckert ; CMP 2010, chron. 1, n° 13, obs. Levoyer ; GDDAB, Paris, Dalloz, 2013, 1^{ère} éd., n° 57 ; JCP 2009, n° 41, p. 42, chron. Plessix ; RJEP 2010.17, note C. Chamard-Heim – CE, 19 janvier 2011, n° 323924, *Commune de Limoges* : Rec. 923 ; AJDA 2011.616, note Dreyfus ; JCP Adm. 2012, n° 3, p. 13, chron. Chamard-Heim ; CMP 2011, comm. 87, note Eckert ; DA 2011, comm. 38, note Brenet ; JCP A 2011, 2101, note Vila ; BJCP 2011, p. 105, concl. Dacosta ; RLCT 2011/69. 45, obs. Glaser.

²⁶⁴ Cf. not M. Waline, note sous T. civ. Seine, 10 juin 1929, Chemin de fer du Nord, D. 1929, II. 35 – note sous Civ. 24 juillet 1941, D. 1943, jurispr. 29. *Adde* TA Dijon, 2 février 2006, n° 0402428, AJDA 2006.1437, note O. Rousset.

augmente significativement le prix des contrats relatifs à des biens du domaine public en comparaison des contrats relatifs à des biens du domaine privé²⁶⁵.

159. Il y a bien ici deux barrières importantes pour les prestataires publics, l'une relative à la valorisation économique du domaine public, qui est pourtant un objectif clair du temps juridique contemporain²⁶⁶, l'autre relative à la gestion commerciale des personnes publiques sur le domaine public, dans le cadre de leur utilisation privative du domaine public²⁶⁷, que le législateur et le juge ont ponctuellement commencé à lever²⁶⁸.

B. Un assouplissement limité

160. Constatant l'inadaptation du régime de la domanialité publique à la réalité commerciale, le juge et le législateur sont progressivement venus – depuis le début des années quatre-vingt – assouplir l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public. En ce sens, a été élaboré un régime d'indemnisation de l'occupant en cas de retrait de son autorisation d'occupation du domaine public²⁶⁹, notamment dans le souci de sécuriser son activité

²⁶⁵ « La libre disposition des attributs de la propriété et des éléments de valorisation qu'elle comporte constitue un avantage contractuel important pour le cocontractant de la personne publique et diminue d'autant le prix du contrat à la charge de cette dernière » : Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats (<http://www.economie.gouv.fr>).

²⁶⁶ CE, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, La doc. fr., 2012 – J.-Ph. Brouant, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse, Paris I, 1995 – CGPPP commenté, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, bibl. p. 1-14 – Cour des Comptes, *L'immobilier des collectivités territoriales, vers une gestion plus dynamique*, Rapport public 2013, p. 279 et s. – A. Gauthier, « La valorisation des propriétés publiques », AJDA 2012, p. 990 – Gaudemet Y., « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RDP 2012, p. 1223 – C. Maugüe, « Le patrimoine des personnes publiques - Qu'apporte le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques ? », Droit et patrimoine 2009, n° 179, p. 58 – D. Mandelkern, Y. Gaudemet et L. Deruy, Rapport du groupe de travail sur la valorisation des propriétés publiques, LPA, 23 juillet 2004, n° 147, p. 44 – C. Manson, « Valorisation économique du domaine public et performance », in *Performance et droit administratif* (dir. N. Albert), Paris, Litec, LexisNexis, p. 174.

²⁶⁷ Sur la distinction entre « utilisation privative » et « utilisation collective » et l'analyse des principales questions juridiques soulevées par l'utilisation privative, cf. not. F. Melleray, « L'utilisation privative du domaine public, De quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », AJDA 2013, p. 992.

²⁶⁸ L'ensemble de ces limites a fait l'objet de vives critiques de la doctrine. C'est pourquoi, « certains auteurs ont proposé qu'une réforme soit apportée à ces dispositions pour imposer une égalité stricte entre les commerçants travaillant sur le domaine public et leurs homologues installés sur le domaine privé. Cette égalité pourrait fonctionner dans les deux sens, aussi bien pour réduire les avantages exorbitants dont peuvent éventuellement se prévaloir les commerçants installés sur le domaine public par rapport à leurs concurrents que pour obtenir une banalisation de leur statut juridique, incluant la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce et de principes inspirés du droit de la propriété commerciale » : L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2014, n° 62. Les auteurs citent not. J.-J. Israël, *l'activité commerciale sur le domaine public*, LPA 1993, n° 54, p.6. Adde J. Tardieu, « L'occupation du domaine public par les commerçants », CCI Paris, octobre 2005.

²⁶⁹ Cette indemnisation couvre la perte des bénéfices et des dépenses exposées au titre de la convention d'occupation domaniale : cf. not. CE, 31 juillet 2009, n° 316543, *Société Jonathan Loisirs* : CMP 2009, comm. 332, note eckert ; RD immob. 2010.158, note Caille ; BJCP 2009, p. 482, concl. Bouis ; RJEP 2010, comm. 17, note Chamard Heim.

commerciale, et consacré l'existence de droits réels sur les immeubles construits à titre privatif sur le domaine public au prix d'un intense débat doctrinal²⁷⁰ et d'un long cheminement jurisprudentiel²⁷¹ et législatif²⁷².

161. Cette évolution, poursuivie et codifiée dans le Code général de la propriété des personnes publiques, a permis l'émergence d'une « *valorisation construction* »²⁷³ du domaine public par l'autorisation faite aux personnes publiques d'accorder des titres attributifs de droits réels nationaux²⁷⁴ et locaux²⁷⁵, de passer des baux emphytéotiques sectoriels²⁷⁶ et des baux emphytéotiques administratifs²⁷⁷ mais aussi d'avoir recours à une nouvelle technique

²⁷⁰ Sur ce sujet cf. not. Ch. Combe, « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », DA 2001, chron. n° 22 – Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *Mélanges Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 309 – Y. Gaudemet, « Hypothèques et domaine des personnes publiques », D. aff. 1996, p. 33 – A. Fournier et H. Jacquot, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », AJDA 1994, p. 759 – E. Fatôme et Ph. Terneyre, « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », AJDA 1994, p. 780 – Ch. Lavalie, « La constitution de droits réels dans le domaine public », RFDA 1994, p. 1106 – M.-J. Aglaé, « Loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », LPA 1994, n° 155, p. 4 – O. de David-Beauregard, « Domaine public et droits réels, Commentaire de la loi du 25 juillet 1994 », JCP G 1994.I.542 – P. Godfrin, « Une prudente audace : la loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », CJEG janvier 1995, p. 1 – G. Pietri et C. de Bernis, « Les quelques réflexions complémentaires sur la réforme des droits réels, et de son incidence sur la gestion du domaine public », LPA 1995, n° 17, p. 16 – M.-C. Rouault, « La constitution de droits réels sur le domaine public », RD imm. 1995, p. 27.

²⁷¹ Cf. not. CE, 6 mai 1985, n° 41589 et 41699, *Association Eurolat* : Rec. 1985, p. 141 – Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1994, n° 87-16.932 : Bull. civ. I, n° 85 ; DA 1994, n° 530 – Cons. const., déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 : AJDA 1994.786, note Gondouin ; RFD const. 1994. 814, note Bon (« *Considérant, d'une part, qu'il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté ; Considérant, d'autre part, que les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ; qu'il revient au législateur d'y veiller, dès lors qu'il est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ainsi que pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels* ») – Cons. const., déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002 – Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

²⁷² Cf. not. L. n° 88-13 du 5 janvier 1988 (JO du 6 janvier 1988, p. 208) – L. n° 94-631 du 25 juillet 1994 (JO n° 171 du 26 juillet 1994, p. 10749) – L. n° 2003-591 du 2 juillet 2003 (JO n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11192) – Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 2003 (JO n° 206 du 6 septembre 2003, p. 15391) – art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (JO du 10 septembre 2002, p. 14934) – art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (JO du 30 août 2002, p. 14398) – Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 (JO n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994).

²⁷³ C. Chamard-Heim, Ph. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641.

²⁷⁴ CGPPP, art. L. 2122-6 et s.

²⁷⁵ CGCT, art. L. 1311-5 et s.

²⁷⁶ Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 2003 (JO n° 206 du 6 septembre 2003 p. 15391) : bail emphytéotique hospitalier (BEH) – art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (JO du 10 septembre 2002 p. 14934) : bail emphytéotique administratif (BEA) « justice » – art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (JO du 30 août 2002 p. 14398) : BEA « Police et gendarmerie nationale ».

²⁷⁷ Pour l'État et à certains de ses établissements publics : cf. art. CGPPP, art. L. 2341-1. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics : cf. CGCT, art. L. 1311-2 et s.

contractuelle inspirée du *Private Financial initiative* mis en œuvre par le gouvernement britannique depuis 1992, le contrat de partenariat²⁷⁸, qui confère, sauf clauses contraires, des droits réels au cocontractant sur les ouvrages et équipements réalisés sur le domaine public²⁷⁹.

162. Le point positif de ces réformes tient à ce qu'elles permettent à l'occupant de bénéficier d'un droit de superficie²⁸⁰ sur le domaine public, de vendre son titre domanial et par conséquent de recourir aux techniques de l'hypothèque et du crédit-bail pour financer les ouvrages et bâtiments. Cependant, cette succession de réformes n'est pas exempte de toutes critiques. En premier lieu, ces réformes, et notamment celle relative au contrat de partenariat a eu pour « effet pervers » d'inciter certaines personnes publiques (la plupart du temps des collectivités territoriales) à satisfaire leurs besoins de financements immédiats par un étalement de l'investissement à long terme, investissement qui *in fine* n'a pas toujours été très heureux. En effet, le coût final de l'investissement s'est souvent avéré élevé pour une qualité de service (entretien, maintenance, exploitation ou gestion) peu satisfaisante. Si l'on ajoute à cela que jusqu'en 2010, les loyers versés par la personne publique au cocontractant n'étaient pas traduits dans les comptes de la personne publique, on comprend que le bilan des contrats de partenariat est plus que mitigé. D'autant qu'en second lieu, l'accumulation des réformes rend la « valorisation construction » du domaine public obscure et donc peu attractive pour les personnes publiques, d'autant plus pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux qu'ils ne bénéficient pas des mêmes facilités que l'État pour accorder des titres attributifs de droits réels. On peut, à ce titre, regretter que le législateur n'ait pas encore clarifié un domaine aussi crucial pour l'investissement public. Sur ce point, le Code général de propriété des personnes publiques intègre sans modifications ni éclaircissements les diverses réformes,

²⁷⁸ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JO n° 141 du 19 juin 2004 p. 10994). *Adde* Cons. const., déc. n° 2003-473 DC relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : le Conseil constitutionnel avait dressé des limites au recours aux contrats de partenariat : « *le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général* ».

²⁷⁹ Art. 13-I de l'Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004, préc. (modifiée par l'art. 14 de la L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008).

²⁸⁰ « *Nom donné au droit de propriété portant sur les constructions (édifices), plantations et autres superficies dans les cas où la propriété de ces choses est dissociée de la propriété du sol (not. dans le bail à domaine congéable)* » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} éd., s. v. « superficie ».

or « *ce foisonnement aboutit non seulement à une mise en concurrence des titres et des procédures eux-mêmes, mais à une inutile complexité du droit* »²⁸¹.

163. Dans un autre ordre d'idées, le droit de la domanialité publique vient de connaître une « *une petite révolution juridique* »²⁸² qui marque la consolidation d'une « valorisation commerciale » du domaine public. En effet, l'article 72 de la loi n° 2014-462 du 18 juin 2014²⁸³ vient d'ajouter à la lettre du Code général de la propriété des personnes publiques l'article L. 2124-32-1 qui dispose qu' « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* »²⁸⁴.

164. S'il est toujours surprenant de constater qu'une réforme, somme toute majeure, fasse « cavalier seul » dans une loi qui n'avait pas spécialement vocation à traiter du domaine public, il conviendra toutefois d'en analyser la teneur et d'en souligner les difficultés. Tout d'abord, cette réforme semble confirmer que le fonds de commerce est disjoint du bail commercial, et donc du droit au bail en accord avec la jurisprudence judiciaire²⁸⁵. Ensuite, la propriété du fonds de commerce est valable quel que soit le titre d'occupation, contractuel ou unilatéral. Les conséquences pour le commerçant sont appréciables, l'exploitation d'un fonds de commerce devrait leur permettre d'avoir accès aux moyens financiers correspondant aux sûretés qu'ils pourront constituer sur ce fonds (nantissement²⁸⁶, crédit-bail etc.), de recourir à la location gérance ou encore de céder leurs fonds. Toutefois, les commerçants publics, titulaires d'une autorisation d'occupation du domaine public, seront quelques peu défavorisés dans la mesure où « *l'article L. 144-3, concernant la location-gérance de fonds de commerce par les personnes morales, est ainsi inapplicable - aux termes de l'article L. 144-5 - à l'État, aux collectivités territoriales et à l'établissement public d'aménagement et de restructuration des espaces*

²⁸¹ N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, 2011, n° 812.

²⁸² S. Braconnier, L. Deleye, « L'article 72 de la loi Pinel ou la consécration tempérée du fonds de commerce sur le domaine public », CMP n° 1, Janvier 2015, 1.

²⁸³ Art. 72 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : CMP 2014, comm. 213, obs. Clamour ; DA août-septembre 2014, p. 3, focus Noguellou ; JCP E 2014, n° 1371, comm. Legrix de la Salle ; JCP N 2014, n° 1246, comm. A. Reygrobellet ; AJDA 2014.1641, comm. Chamard-Heim et Yolka.

²⁸⁴ C. Chamard-Heim, Ph. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », préc. : ainsi, selon les auteurs seront notamment concernés les commerçants exerçant leurs activités dans « *les halles et les marchés (ainsi que les marchés d'intérêt national, qui bénéficiaient déjà - on l'a vu - d'un régime spécifique), les abattoirs municipaux, les gares, les stations de métro, les ports et aéroports, les aires d'autoroute, les parcs et les promenades publics, les hôpitaux, les universités, les stades et enceintes sportives assimilées ainsi que les musées et certains monuments publics (châteaux, Tour Eiffel, notamment)* ».

²⁸⁵ Com. 27 avril 1993, n° 91-10.819 : Bull. civ. IV, n° 156 ; RTD com. 1993. 488, obs. J. Derruppé - Com. 1^{er} février 1966 : Bull. civ. IV, n° 69 – Com., 4 février 2014, n° 12-25.258 : D., 6 mars 2014, act. Delpech (activité de marchand ambulant sur des marchés).

²⁸⁶ Cf. art. L. 142-1 et s du Code de commerce.

commerciaux et artisanaux »²⁸⁷. Les conséquences pour l'administration sont également importantes. Ainsi, si le commerçant souhaite céder son fonds de commerce « *la cession du fonds de commerce sera réalisée sous condition suspensive de la délivrance au profit du cessionnaire d'une nouvelle AOT par la collectivité publique* ». Mais si l'administration souhaite mettre un terme à l'autorisation d'occupation domaniale, qui reste précaire et révocable, elle devra certainement indemniser le commerçant de la perte de son fonds de commerce. Il reviendra donc au juge administratif d'« *articuler l'indemnisation de la perte du fonds de commerce avec le principe selon lequel la révocation d'un titre unilatéral n'ouvre pas droit à indemnisation* »²⁸⁸. Cette nouvelle protection de l'activité commerciale exercée sur le domaine public devrait avoir pour effet d'entraîner une hausse généralisée des redevances domaniales. Fort heureusement, et bien logiquement, le juge administratif a d'ores et déjà précisé dans un arrêt du 24 novembre 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, que le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi ne bénéficiera pas d'un fonds de commerce et ne pourra pas être indemnisé à ce titre²⁸⁹.

165. La question de la composition du fonds de commerce exploitée sur le domaine public présente une difficulté relative à la notion de « clientèle ». On sait en effet, que le fonds de commerce qui peut être défini comme « *un ensemble de biens mobiliers affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale* »²⁹⁰ est composé d'éléments corporels et incorporels au nombre desquels participe la clientèle, élément essentiel « *sans lequel un fonds ne saurait exister* »²⁹¹. À cet égard, le commerçant doit disposer d'une clientèle réelle et certaine²⁹², personnelle²⁹³,

²⁸⁷ C. Chamard-Heim, Ph. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ CE, 24 novembre 2014, n° 35402, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais* : CMP n° 1, janvier 2015, comm. 12, note Devillers ; AJCT 2015.93, note Rouault ; DA n° 3, mars 2015, comm. 21, note Eveillard ; JCP A n° 16, 20 avril 2015, p. 2106, note Langelier.

²⁹⁰ J.-B. Blaise, *Droit des affaires*, Paris, LGDJ, 2009, n° 443.

²⁹¹ Cf not. Cass. req., 15 février 1937 : DP 1938.1.13, note Cordonnier ; S. 1937.1.169, note Rousseau ; RGD 1938, comm. 164, note Lagarde – Com., 31 mai 1988 : RTD com. 1988, p. 609, obs. Deruppé – Civ. 3^{ème}, 18 mai 1978 : RTD com. 1978, obs. Deruppé.

²⁹² Cf. not. Civ. 3^{ème}, 18 mai 1978 : JCP 1978, IV, 220 – Com., 21 mars 1995 : Def. 1995.650, obs. Le Cannu – Com., 27 février 1973 : D. 1974.283, obs. Deruppé.

²⁹³ Cf. not. Civ. 3^{ème}, 19 mars 2003, n° 01-17.679 : D. 2003.973, note Rouquet ; RTD com. 2003. 275, note Monéger ; D. 2003. 2749, note Kenfack – Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2005 : D. 2005.491, note Rouquet ; AJDI 2005.556, note Boulogne-Yang-Ting ; AJDI 2005. 476, note Blatter ; D. 2006.925, chron. Rozès – Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002 : D. 2002.2400, note Kenfack ; AJDI 2002. 376, note Blatter ; RTD com. 2003. 273, note Monéger ; RTD com. 2002. 457, note Saintourens ; D. 2002. 1487, note Chevrier ; D. 2002. 3006, note Ferrier – Com., 12 juin 2007 : D., 26 juin 2007, actu. Delpech.

rattachable aux éléments essentiels du fonds de commerce²⁹⁴. S'exercera inévitablement une complication relative à la distinction entre l'usager du service public et le client²⁹⁵. Sur ce point, le juge administratif pourra s'appuyer sur la prolifique jurisprudence judiciaire relative à la clientèle des commerçants²⁹⁶.

166. Si les réformes relatives à la valorisation du domaine public sont nombreuses, elles s'intéressent peu à la question de l'intervention concurrentielle des personnes publiques et les contraintes persistent. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs, à l'instar du Professeur René Chapus, ont pu proposer une solution plus radicale pour libérer le potentiel commercial des biens relevant du domaine public et appartenant aux établissements publics industriels et commerciaux. Pour le Professeur René Chapus, « *on aurait pu concevoir que le Conseil d'État, à l'occasion du réexamen de sa jurisprudence, exclut purement et simplement les établissements publics industriels et commerciaux de la possibilité d'avoir un domaine public, et cela en raison de la difficile (ou même à certains égards impossible) coexistence entre gestion commerciale et domanialité publique. L'exclusion n'aurait pas été sans justification* »²⁹⁷. En l'occurrence, c'est l'existence même du domaine public qui est contestée. Le Professeur Jean-David Dreyfus, à cet égard, pose la question de savoir « *si le statut de la domanialité publique est véritablement adapté à la gestion commerciale qui caractérise l'entreprise publique, même lorsqu'elle revêt la forme d'un EPIC* »²⁹⁸.

167. Si la proposition de soustraire certaines personnes publiques au régime de la domanialité publique ne manque pas de charme, au fond, elle pose d'épineux problèmes. Une telle soustraction reviendrait à dégager les biens des établissements publics industriels et commerciaux des règles protectrices de la domanialité publique. Mais de telles règles ne sont pas issues du néant et trouvent de puissants fondements à leur existence dans le principe de

²⁹⁴ Cf. not. Civ., 8 mars 1938 : DH 1938.225. Adde J.-B. Blaise, *Droits des affaires*, op. cit., n° 458 et 459.

²⁹⁵ En effet « *pour qu'il y ait clientèle propre, il faudra que les clients du commerçant ne passent sur le domaine public que parce qu'ils souhaitent se rendre chez lui. S'ils vont s'y fournir en tant qu'usagers du domaine public - c'est-à-dire parce que leur intention originelle et principale consiste à utiliser le domaine public ou à profiter du service public auquel celui-ci est affecté -, ils ne sauraient être considérés comme faisant partie de la clientèle propre du commerçant (puisqu'ils se rattachent en quelque sorte au domaine public et non à une clientèle commerciale distincte)* » : C. Chamard-Heim, Ph. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », préc.

²⁹⁶ Cf. jur. préc. et not. Civ. 3^{ème}, 19 mars 2003, n° 01-17.679 : selon le juge judiciaire, le commerçant doit « *disposer d'une clientèle distincte et personnelle du centre commercial, sans toutefois que cette clientèle présente un caractère prépondérant par rapport à celle de l'établissement principal* ».

²⁹⁷ René Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 2, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », p. 382 et 383. Adde CE, Ass., Électricité de France : Rec. 364 ; AJDA 1998, p. 1017, concl. Arrighi de Casanova ; CJEG 1998.490, concl. et note Delpirou ; D. 1999.484, note Amadei ; JCP 1999.I.169, chron Petit ; RFDA 1999.578, note Laviale.

²⁹⁸ J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. sociétés, Paris, Dalloz, 2012, n° 246.

continuité du service public. Alors on pourrait envisager de procéder de la même manière que celle employée pour la transformation des établissements publics en sociétés commerciales en dotant les biens nécessaires, voire indispensables, à la continuité du service à un régime spécifique de protection. Mais, *in fine*, les mêmes causes produiraient les mêmes effets. Car il est bien illusoire de croire que les activités des prestataires publics puissent être scindées en fonction de leur caractère marchand ou non marchand. En effet, en théorie, on pourrait penser que l'activité publique de service marchand n'a pas vocation à utiliser des biens relevant du domaine public, cependant, en pratique, le fait que l'activité publique de service marchand soit liée à une activité de service public conduit à ce que ces biens servent indistinctement aux deux activités. Dès lors, le prestataire public de service marchand utilisera des biens relevant du domaine public ou d'un régime spécifique mais quoi qu'il en soit sera soumis à des contraintes exorbitantes du droit commun.

168. C'est pourquoi nous rejoignons davantage la proposition, plus prudente, formulée par le Conseil d'État qui suggérerait de « *rendre les établissements publics affectataires du domaine public qui s'attache nécessairement à l'exercice de leur activité, et [de] leur permettre de valoriser ce domaine* »²⁹⁹. Elle s'accorde mieux avec la spécificité inhérente à l'action publique qui trouve d'ailleurs à s'exprimer non seulement pour les biens relevant du domaine public mais également pour l'ensemble des biens publics.

§2. L'INAPPLICABILITÉ DES VOIES D'EXÉCUTION DU DROIT COMMUN ET DES PROCÉDURES COLLECTIVES À L'ÉGARD DE L'ENSEMBLE DES BIENS PUBLICS

169. Le principe d'insaisissabilité, érigé en principe général du droit par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 décembre 1987 *BRGM* et consacré à l'article L. 2311-1 du CG3P, s'applique à tous les biens publics (c'est-à-dire autant aux biens du domaine public qu'aux biens du domaine privé)³⁰⁰.

²⁹⁹ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 63.

³⁰⁰ Sachant qu'à cette protection spécifique s'ajoute la protection du droit de propriété au même titre que pour les personnes privées, par ex. concernant les voies de fait d'une autre administration que celle qui est propriétaire : cf. Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, n° 04-19134 : Bull. civ. I, n° 529. *Adde* Cons. Const., déc. n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008 – Cons. const., déc. n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986 : le droit de propriété « *ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques* ».

170. L'« *acception organique* »³⁰¹ de ce principe – qui incite certains auteurs à parler d'« *immunité d'exécution* »³⁰² – a pour conséquence l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit privé et des procédures collectives à l'égard de l'ensemble des biens des personnes publiques. Cette spécificité est assurément l'une des plus contestables au regard du droit de la concurrence (A), même s'il convient d'en relativiser l'importance dans la mesure où il existe des voies d'exécution administratives (B).

A. Le principe

171. La consécration de l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun³⁰³ est issue du fameux arrêt de la Cour de cassation *BRGM*³⁰⁴ qui sur le fondement de l'article 537 du Code civil – qui remonte au Consulat³⁰⁵ – et du principe général du droit d'insaisissabilité, a jugé « *que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé ; qu'il appartient seulement au créancier bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et condamnant une personne publique au paiement, même à titre de*

³⁰¹ F. Blanc, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », RDP 2009, n° 6, p. 1553.

³⁰² C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 610-80 : selon les auteurs, « *la distinction est importante car, alors que l'immunité d'exécution interdit toute mesure de contrainte à l'encontre du débiteur qui en bénéficie, l'insaisissabilité empêche seulement le créancier d'aller jusqu'au bout de son droit contre le débiteur. Dans cette hypothèse, le débiteur peut faire l'objet d'une voie d'exécution, la procédure de saisie se déroule normalement, mais l'assiette de la saisie est nulle, car il n'y a pas de biens saisissables constituant le gage des créanciers. En outre, en cas d'insaisissabilité, seuls certains biens du patrimoine du débiteur sont protégés de l'exercice des saisies. Cette distinction s'explique par le fait que les procédures d'exécution sont, en tout premier lieu, dirigées contre la personne, avant de frapper ses biens* ». Il est vrai qu'« *il existe traditionnellement une liaison intime entre l'impossibilité de saisir les biens et les deniers publics (dans l'ordre interne) et l'immunité d'exécution (dans l'ordre international) qui constituent les deux faces d'une même médaille* » (Ph. Yolka, « L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit », JCP A 2012, n° 7, act., n° 104).

³⁰³ Qu'il s'agisse de commandements de payer, de saisies-attributions, de saisies mobilières ou de saisies immobilières : cf. C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, op. cit., n° 610-10.

³⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, n° 86-14167, *Bureau recherches géologiques et minières* : Bull. civ. 1987, I, n° 348, p. 249 ; RFDA 1988.771, concl. Charbonnier, note Pacteur ; CJEG 1988.J. note Richer ; JCP 1989.II.21189, note Nicod ; RTD civ. 1989.145, obs. Perrot. Adde Y. Gaudemet, « La saisie des biens des établissements publics, nouveaux développements de la question », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 2, doct. 565.

³⁰⁵ Créé par L. 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804 : « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* ».

provision, d'une somme d'argent, de mettre en œuvre les règles particulières issues de la loi du 16 juillet 1980 »³⁰⁶.

172. Cet arrêt vient trancher un long débat juridique. En effet, si concernant l'État et les collectivités territoriales il est depuis longtemps admis que les voies d'exécution du droit commun ne peuvent être utilisées³⁰⁷, la question s'est cependant posée de savoir si cette solution était adoptée aux cas très spécifiques des établissements publics industriels et commerciaux dans la mesure où leur régime était fortement calqué sur le droit commun.

173. Le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Canal de Gignac* du 8 décembre 1899, semblait confirmer l'extension de cette solution aux établissements publics en jugeant que les associations syndicales de propriétaires « *présentent les caractères essentiels d'établissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur les particuliers* »³⁰⁸. Cette jurisprudence, toutefois tempérée par l'autorisation faite à l'autorité de tutelle de pouvoir procéder à l'inscription d'office des dépenses obligatoires au budget des établissements concernés « *était d'application peu pratique à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux soustraits au régime du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique ne disposant pas d'un véritable budget mais d'un état prévisionnel des recettes et dépenses à caractère indicatif et dont le chef des services financiers n'a pas la qualité de comptable public* »³⁰⁹.

174. Cette problématique a donné lieu à une divergence d'appréciation entre les juridictions du fond, plutôt favorables à la reconnaissance de la possibilité d'exercer les voies d'exécution

³⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, n° 86-14167, *Bureau recherches géologiques et minières*, préc.

³⁰⁷ Pour l'État (tous les services centraux et déconcentrés), cf. not. Tribunal de Cassation, 16 thermidor an X, Metz : S. 1791 – TC, 19 mars 2007, n° C3497, *Préfet de la Haute-Vienne* – CE, avis, 12 août 1807 – CE, avis, 26 mai 1813 – Cass., 31 mars 1819, *Enregistrement c. Jouselin* : S. 1819-1821.51 ; pour les Collectivités locales, cf. not. Civ. 2^{ème}, 16 décembre 1965, *Commune d'Azay-le-Rideau c. Lepert* : Bull. Civ. II, n° 1038, p.734 – Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1965 : Bull. Civ. I, n° 14 – Cass. req., 15 février 1938 : D. 1938.1.126.

³⁰⁸ TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* : Rec. 731 ; S. 1900.3.49, note Hauriou – CE, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes* : S. 1910.3.17.

³⁰⁹ J.-D. Dreyfus, *Entreprises du secteur public*, Rep. dr. soc., Paris, Dalloz, 2012, n° 254.

de droit commun à l'encontre des établissements publics industriels et commerciaux³¹⁰, et les hautes juridictions administratives³¹¹ et judiciaires³¹², opposées à cette solution.

175. La Cour de cassation dans son arrêt *BRGM* vient clairement trancher le conflit³¹³ en étendant le principe de l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun à l'ensemble des personnes publiques. Ce principe a donc vocation à s'appliquer également aux groupements d'intérêt public, même si la jurisprudence, à notre connaissance, n'a jamais eu à se prononcer sur un tel cas³¹⁴.

176. Dans le même ordre d'idées, les personnes publiques ne sont pas concernées par les procédures collectives (le régime de la faillite autrefois, celui du redressement et de la liquidation judiciaire aujourd'hui)³¹⁵. Cette exclusion est notamment issue de la lettre même de l'article L. 620-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, qui prévoit que « *le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* »³¹⁶.

³¹⁰ Cf. not. CA Aix-en-Provence, 30 novembre 1949 : JCP 1950.II.5245, note Lavau (à propos de la SNEP) – CA Paris, 11 juillet 1984 : AJDA 1984.615, note Bazex ; D. 1985.174, note Denoix de Saint Marc ; Gaz. Pal. 1984.2, doct. 565, note Gaudemet - (à propos de la SNCF) – CA Paris, 18 mars 1986 (à propos du BRGM) : Gaz. Pal. 14-15 décembre 1984.

³¹¹ Cf. not. CE, avis, 6 février 1979, *relatif aux offices publics HLM et aux offices publics d'aménagement et de construction*, (EDCE 1979-1980, n° 31, p. 216).

³¹² Civ., 9 juillet 1951, *SNEP* : D. 1952.141, note Blaevoet, S. 1952.1.125, note R. Drago.

³¹³ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, n° 86-14167, *Bureau recherches géologiques et minières*, préc. L'importance de cette solution est considérable et comme le souligne justement le Professeur Guylain Clamour, le fait qu'il « ait été hissé au fronton des Grands arrêts de la jurisprudence administrative n'est pas anodin, d'autant qu'ils ne sont que deux, parmi toute la jurisprudence judiciaire, à avoir connu une telle consécration publiciste » : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 944.

³¹⁴ La doctrine s'accorde largement sur ce point : cf. S. Guinchard et T. Moussa (dir), *Droit et pratiques des voies d'exécution*, Paris, Dalloz Action, 2013/2014, n° 1641.21 et s – L. Janicot, *Groupements d'intérêt public*, J.-C. adm., fasc. 148-10, LexisNexis, 2012, n° 133 – Ph. Yolka, *Protection des propriétés publiques*, J.-Cl. contrats et marchés publics, fasc. 500, LexisNexis, 2010, n° 33 – C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 610-10. En sens inverse, toutefois, cf. H. de Gaudemar, « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », JCP A 2006, n° 28 : « on peut considérer, en attendant l'éventuelle rédaction d'un statut des GIP mentionnant le contraire, que les biens de ces groupements ne sont pas, en l'état du droit, insaisissables ».

³¹⁵ CA Paris 15 février 1991, *Centre national des bureaux régionaux de fret* : AJDA 1991.568, note Broussole ; Bull. Jol. 1991.427, note J.B. Auby – CA Paris, 15 février 1991, *Société PDG* : Gaz. Pal. 1991, 1, p. 365, note Marchi ; Bull. Joly 1991, p. 427, note Auby.

³¹⁶ L. n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises (JO du 26 janvier 1985, p. 1097), cod. art. L. 620-5 du Code de Commerce. La responsabilité de l'État peut être engagée s'il ne s'oppose pas à la mise en redressement judiciaire d'un établissement public : TA Paris, 8 juillet 1997, *Groupement ASSEDIC de la région parisienne*, cité par C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée, op. cit.*, n° 610-90.

177. À première vue, on pourrait penser que l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun et des procédures collectives à l'égard de l'ensemble des biens publics est un avantage concurrentiel considérable pour les prestataires publics de service marchand ; en effet, la prépondérance du critère organique fait qu'aucun texte, ni aucune jurisprudence ne proclame l'insaisissabilité des biens des personnes privées, y compris en charge d'un service public³¹⁷, y compris si elles constituent des entreprises publiques³¹⁸. D'autant, comme a pu le noter la Professeure Martine Lombard, qu'il y a déjà un bénéfice financier immédiat dans la mesure où les personnes publiques ne sont pas assujetties à l'assurance « insolvabilité » instituée par la loi du 27 décembre 1973³¹⁹ et ne sont donc pas tenues de cotiser auprès de l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés³²⁰.

178. Pourtant, « *L'avantage d'hier s'est transformé en inconvénient dans un environnement où la concurrence entre personnes publiques et personnes privées s'est intensifiée* »³²¹ et il « *n'est pas évident que cela soit toujours un privilège, car un établissement public en état de cessation de paiements pourrait trouver un intérêt à obtenir la suspension des actions de ses créanciers mais il ne le pourrait pas, même s'il demandait lui-même à bénéficier de ces dispositions* »³²². D'autant que l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun et des procédures collectives connaît des brèches.

B. Les exceptions

179. Le Conseil d'État souligne qu'« *il ne saurait [...] être admis que les personnes publiques puissent ne pas honorer leurs dettes* »³²³. C'est pourquoi il existe des « voies d'exécution administratives » comme l'inscription par l'autorité de tutelle de la créance au

³¹⁷ Cass., 2^{ème} civ., 15 novembre 1995, n° 93-13.262 : Bull. Civ. II, n° 284, JCP G 1996, IV, 33. Toutefois, le législateur a pu prévoir des régimes spécifiques concernant la transformation d'établissements publics en sociétés : par ex., cf. art. L. 251-3 du Code de l'aviation (concernant Aéroport de Paris). *Adde*, art. L. 451-10 du Code du patrimoine pour les biens des collections des musées de France appartenant aux personnes morales de droit privé.

³¹⁸ Cf. not., à propos des sociétés d'économie mixte locales, CA Versailles, 2 juin 1986, *Ricard c. Samava*, D. 1987.86 – TGI Bourges, 20 avril 1989, *SCTB c. SEMIC*.

³¹⁹ L. modifiée n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (JO du 30 décembre 1973, p. 14139).

³²⁰ Sur ce point, cf. M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994 p. 163.

³²¹ S. Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDA 2000, p. 767.

³²² M. Lombard, « L'établissement public est-il condamné ? », AJDA 2006, p. 79.

³²³ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 270.

budget et le mandatement (l'ordonnancement) d'office des sommes correspondantes³²⁴ – ou encore la possibilité reconnue aux préfets de procéder à la vente forcée des biens des collectivités territoriales défaillantes³²⁵. Les créanciers peuvent également rechercher l'annulation des décisions de refus de l'ordonnateur ou de l'autorité de tutelle et la condamnation pécuniaire avec astreinte de la personne publique débitrice³²⁶.

180. L'avantage concurrentiel semble donc contestable, *a fortiori* car « *comme en cas de dépôt de bilan dans le privé, l'indemnisation se ferait dans tous les cas après une procédure longue et incertaine pour les créanciers* »³²⁷ et que la plupart du temps « *sachant qu'ils ne pourront organiser de saisie en cas d'impayés, les fournisseurs de l'État intègrent une prime de risque dans leurs prix (ou intérêt de retard)* »³²⁸.

181. Bien au contraire, le Conseil d'État, dans son Rapport relatif aux établissements publics, considère que l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun tend à désavantager les prestataires publics dans la mesure où « *la règle de l'insaisissabilité des biens des établissements publics a pour conséquence et contrepartie de priver ceux-ci de la possibilité d'offrir ces biens en garantie des emprunts qu'ils souscrivent auprès des établissements financiers pour la réalisation de leurs missions, ce qui se traduit par une majoration du coût de ces emprunts* »³²⁹.

182. Une partie de la doctrine continue néanmoins de s'interroger sur la pertinence du maintien du principe d'insaisissabilité, notamment à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux³³⁰. Cette contestation repose principalement sur deux arguments

³²⁴ Cette procédure est admise depuis longtemps, même en l'absence de texte (CE, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes* : Rec. 941.), y compris pour les établissements publics (CE, avis, 6 février 1979, n° 323.971), sauf si la décision juridictionnelle est passée en force de chose jugée (CE, 23 décembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c. Ville de Moumans-sur-Isère* : Rec. 471). *Adde* CE, avis, 5 janvier 1989, n° 344769 : RFDA 1990, p. 513.

³²⁵ Cf. CE, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro* : JCP A 2005, p. 1738, concl. Boulouis ; AJDA 2006, p. 137, chron. Landais et Lenica ; AJDA 2007, p. 1218, étude Cassia ; RFDA 2006, p. 341, note Bon ; DA mars 2006.33, note Guettier ; JCP 2006.II.10044, note Moustier et Béatrix.

³²⁶ Cf. L. n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO du 17 juillet 1980, p. 1799).

³²⁷ *Opérateurs publics et concurrence*, ENA, Direction des études, février 2008, annexes, p. 16.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 25.

³³⁰ Cf. not. S. Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des personnes publiques », AJDA 2000, p.767 – Ch. Maugue et G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété », AJDA 2006, p. 1085 et 1086 – Y. Gaudemet, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 259 – A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 15^{ème} éd., 1999, n° 417. – Y. Gaudemet, « Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques », RJEP 2007, repère 2. – Y. Gaudemet, « Revenir

contradictaires. Le principe d'insaisissabilité est tout d'abord discuté comme étant un frein à l'activité commerciale des établissements publics industriels et commerciaux qui ne peuvent pas constituer de sûretés réelles sur leurs biens et sont donc désavantagés par rapport à leurs concurrents privés quant aux coûts des emprunts³³¹. À l'inverse, d'autres auteurs, confortés sur ce point par les institutions de l'Union européenne, reprochent aux établissements publics industriels et commerciaux de bénéficier *de jure* d'une garantie illimitée de l'État en tant qu'il serait inévitablement garant des dettes de ces institutions et par conséquent que cette position favorable permettrait aux établissements publics industriels et commerciaux de jouir *de facto* de conditions d'emprunts plus favorables que leurs homologues privés³³². Cette surprenante contradiction aurait de quoi faire sourire si elle n'avait pas des conséquences dramatiques pour le statut même de l'établissement public industriel et commercial comme nous aurons l'occasion de l'observer dans la seconde partie de cette étude.

183. Quoi qu'il en soit « *un fort courant doctrinal, mobilisant à l'occasion le droit comparé (ou plutôt les références étrangères les plus favorables à cette thèse)* »³³³ milite en faveur de l'aménagement du principe d'insaisissabilité³³⁴. Au-delà de l'argument concurrentiel, les auteurs s'appuient notamment sur la faisabilité juridique d'un tel aménagement : la valeur

sur le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », JCP G 2007, n° hors série, cahier 2, p. 32. – Ph. Yolka, « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », JCP A 2006, act. 452 – F. Blanc, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », RDP 2009, p. 1559.

³³¹ Cf. not. Ch. Maugüe et G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété », AJDA 2006, p. 1085 et 1086 : « *le maintien sans nuance du principe d'insaisissabilité prive les établissements publics de la possibilité de bénéficier, le cas échéant, de conditions de crédit plus favorables de la part des organismes de financement à raison des garanties supplémentaires dont ceux-ci disposeraient et d'avoir accès à certains types de crédit tel le crédit hypothécaire* »

³³² Nous développerons largement ce point dans la seconde partie de la thèse : cf. *infra* not. n° 992 et s.

³³³ F. Melleray et F. Hourquebie, comm. sous art. L. 2311-1 du CGPPP, CGPPP, Paris, Dalloz, éd. 2012, p. 309.

³³⁴ Dossier du participant au Colloque du Conseil d'État du 6 juillet 2011 relatif à la valorisation économique des propriétés des personnes publiques : « *Le principe historique d'insaisissabilité apparaît vielli d'une part, face aux récentes évolutions du droit international public et privé des saisies et d'autre part, par rapport aux droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'Homme et aux impératifs spécifiques des établissements publics industriels et commerciaux. Une évolution de ce principe semble dès lors légitime et doit être discutée à la lumière des autres droits, tels le droit communautaire et le droit comparé* ». Notons toutefois que certains soutiennent fortement le maintien du principe : cf. not. C. Chamard, « La distinction des biens publics et des biens privés », D. 2004, p. 496 et s. (« *L'exécution directe sur les personnes publiques, et particulièrement sur l'État, n'a jamais pu avoir lieu, parce que l'admettre serait revenu à remettre en cause leur existence même. L'exécution forcée sur la personne est un moyen de la nier et de l'anéantir pour satisfaire le droit d'un créancier, il en résulte que la personne publique, parce qu'elle représente l'intérêt général et la puissance publique, ne peut pas être dépouillée contre son gré de ses biens qui servent d'assise à son pouvoir. Vendre des biens publics à l'initiative et au bénéfice des créanciers reviendrait à disséquer une personne publique, à vendre des parcelles d'intérêt général [...]. La préservation des personnes publiques est la garantie de la survie des sociétés ; elles ne peuvent donc faire l'objet d'aucune atteinte dans leur intégrité ; leurs biens sont, parce qu'ils représentent la personne, pareillement protégés* »).

législative du principe d'insaisissabilité³³⁵, les modèles de droit comparé³³⁶, l'exemple de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public étranger qui se limite aux propriétés non affectées à l'activité économique et commerciale³³⁷ et l'existence de régime de protection spécifique des biens affectés au service public de certaines sociétés anonymes³³⁸ servent ainsi de justifications à cette faisabilité.

184. À ce titre, une proposition revient de manière régulière selon laquelle « *il paraît souhaitable d'étendre le bénéfice de l'insaisissabilité à tous les actifs indispensables à la continuité du service public, tout en revenant, pour les EPIC, sur le principe de l'insaisissabilité des biens publics* »³³⁹. Cette solution, d'ailleurs initiée par la Cour d'appel de Paris en 1984, « *s'étendrait par exemple aux matériels roulants des concessionnaires des services locaux de transport, sans risque de discrimination. Il s'agirait de protéger certains actifs (bus, tramways, etc.) de toute saisie par des créanciers et de prévenir les risques de paralysie du service public* »³⁴⁰. Autrement dit, une telle réforme consisterait à faire échapper les biens des personnes publiques utilisés dans le champ de la concurrence à la protection du principe d'insaisissabilité³⁴¹

185. Si cette proposition est à première vue satisfaisante, elle pose toutefois de sérieux problèmes. En premier lieu, il faudrait admettre que tous les biens privés indispensables à la continuité du service public sont soumis au principe d'insaisissabilité, ce qui s'entend parfaitement pour des activités de service public dont la continuité même du fonctionnement est rendue indispensable pour des motifs de sécurité nationale ou de santé publique, par exemple, mais moins pour des activités de service public dont la continuité du fonctionnement

³³⁵ Ainsi, l'art. L. 111-2, 1° du CGPPP précise « *ne peuvent être saisis [...] les biens que la loi déclare insaisissable* ». C'est à ce titre que l'art. L. 2311-1 du CGPPP dispose que « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables* », sachant que l'art. L. 1 du CGPPP prévoit que « *le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics* ». Tout au plus, le Conseil constitutionnel fait référence aux « *exigences constitutionnelles inhérentes [...] à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* » (Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003).

³³⁶ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, op.cit., n° 610-30 : « *Les partisans d'une restriction du champ de l'insaisissabilité à certaines propriétés publiques mettent en avant des dispositifs de ce type existant dans d'autres pays. En Italie, en Suisse, aux Pays-Bas, en Allemagne, en Grèce, au Portugal et en Belgique l'insaisissabilité ne joue que pour les biens affectés à l'intérêt général* ».

³³⁷ Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, n° 82-12.462 : Bull. Civ. I, n° 98, JCP G 1984, II, n° 20205.

³³⁸ Cependant, l'art. 6 de la L. n° 2005-537 du 20 avril 2005 prohibe la saisissabilité des ouvrages ou terrain appartenant à Aéroport de Paris quand ils sont situés dans le domaine aéroportuaire et sont nécessaires à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci.

³³⁹ *Opérateurs publics et concurrence*, ENA, Direction des études, février 2008, p. 36.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ S. Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDA 2000, n° 10, chr., p. 767-772 – Y. Gaudemet, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitralité) », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Economica, p. 259.

n'est pas indispensable. En second lieu, la distinction des biens indispensables et de ceux qui ne le sont pas laisse songeur. Cela voudrait-il dire qu'un service public peut continuer à fonctionner avec ses seuls actifs indispensables ? Le scénario devient rapidement ridicule si l'on conçoit, par exemple, un service public de transport dont seuls les bus resteraient mais où les employés n'auraient ni table, ni chaise, ni ordinateur pour pouvoir assurer la logistique pourtant nécessaire à la continuité du service public. Autrement dit, cela reviendrait à conclure que tous les biens d'un service public ne sont pas indispensables à sa continuité, ce qui est en soi parfaitement concevable, pour autant, un tel « tri » entre biens indispensables et biens non indispensables donnerait assurément lieu à un étonnant et éprouvant inventaire dont la raison nous oblige à contester le bien-fondé.

186. Pour l'heure, si la question de l'aménagement du principe d'insaisissabilité n'a pas connu sa réforme – peut-être pour la raison inavouable que « *la société massive des grands EPIC a certainement rendu moins nécessaire, aux yeux du Gouvernement, l'assouplissement du statut de leurs biens* »³⁴² – elle devra nécessairement être rediscutée à l'aune de la jurisprudence de l'Union européenne relative à la garantie illimitée des établissements publics industriels et commerciaux.

Section 3 LES ACTES

187. Dans le cadre de leurs activités publiques de service marchand, les personnes publiques sont en principe soumises au droit commun. Pourtant, deux exceptions non négligeables existent et peuvent avoir un impact concurrentiel important : elles peuvent parfois prendre des actes administratifs unilatéraux (§1) ou passer des contrats administratifs (§2).

§1. LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX

188. Les actes administratifs unilatéraux sont la manifestation la plus évidente de l'exorbitance de l'action des personnes publiques. Ainsi, « *pour exercer ses missions d'intérêt*

³⁴² Ph. Yolka, « L'insaisissabilité des biens publics », JCP A 2007, n° 48, p. 2307.

général, l'administration détient le pouvoir d'agir unilatéralement, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent par sa seule volonté »³⁴³.

189. En principe, les actes de gestion d'une activité publique de service marchand relève du droit privé, du moins s'ils sont soumis aux règles relatives aux services publics industriels et commerciaux, même si l'auteur est une personne publique³⁴⁴.

190. Toutefois, il existe deux atténuations à ce principe.

191. D'une part, la jurisprudence prévoit que les actes relatifs à l'organisation des activités de service public sont toujours de nature administrative quelle que soit la nature du service public (industriel et commercial ou administratif) et de leurs auteurs (personne publique ou privée)³⁴⁵. Or, une activité de service marchand peut être liée à une activité de service public et la personne publique pourrait abuser de ce privilège pour favoriser son activité concurrentielle³⁴⁶.

192. D'autre part, la loi investit les personnes publiques du privilège exorbitant du droit commun de pouvoir donner force exécutoire aux actes exigeant le paiement des créances non fiscales, autrement dit, de recourir au procédé de l'état exécutoire. Cette technique « *permet à l'ordonnateur (le directeur de l'établissement) de procéder à la mise en recouvrement d'office, par le comptable public, des créances émises sous forme d'états exécutoires. Les poursuites deviennent possibles dès l'émission de la créance, sans validation judiciaire préalable* »³⁴⁷.

193. L'émission de titres exécutoires participe de ces privilèges exorbitants du droit commun que le Conseil d'État présente comme « *de simples facultés auxquelles les personnes publiques*

³⁴³ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 223.

³⁴⁴ Concernant les agents des services publics industriels et commerciaux : cf. not. CE, Sect., 15 février 1967, *Level* : Rec. 101 ; AJDA 1968.228, chr. Massot et Dewost et 230 concl. Braibant ; D. 1968.387, note Leclercq – TC, 7 juin 1982, *Préfet de Paris c. Conseil de prud'hommes de Paris* : Rec. 562. Concernant les usagers des services publics industriels et commerciaux : cf. not. CE, 21 avril 1961, *Dame Veuve Agnesi* : Rec. 253 ; D. 1962.535, note F.B. – CE, 20 janvier 1988, *SCI La Colline* : Rec. 21 ; RFDA 1988.880, concl. de la Verpillière ; AJDA 1988.407, note Auby.

³⁴⁵ CE, 10 novembre 1961, *Missa* : Rec. 636, AJDA 1962.40, concl. Ordonneau – TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier* : Rec. 789 ; Dr. Ouvr. 1969.177, concl. Kahn, note Boitel ; RDP 1968.893, note Waline et 1969.142, concl. Kahn ; AJDA 1968.225, chr. Massot et Dewost ; CJEG 1969.J.525, note A.C. ; D. 1969.202, note Auby ; Dr. Soc. 1969.51, note Savatier – CE, 26 juin 1989, *Association "Etudes et consommation CFDT"* : Rec. 544 ; CJEG 1990.180, note Lachaume – CE, 14 janvier 1998, *Commune de Toulon* : Rec. 8 ; CJEG 1998.148, note Maytsen – Com., 26 février 2002, *Commune de Breurey c. Mme Hervo* : Bull. civ. IV, n° 45, p. 45 ; AJDA 2002.922, note Petit.

³⁴⁶ Cf. *infra* n° 631 et s. et not. n° 647 et s.

³⁴⁷ *Opérateurs publics et concurrence*, ENA, Direction des études, février 2008, annexes, p. 36.

ne recourent pas habituellement »³⁴⁸, mais dont elles sont, quels que soient leurs statuts, investies³⁴⁹.

194. Il est puisé dans le principe de séparation des pouvoirs et notamment, d'une part, dans le privilège du préalable en vertu duquel la décision de l'administration a force exécutoire à l'égard des administrés concernés qui doivent s'y conformer même s'ils l'estiment contestable et doivent saisir le juge pour en demander l'annulation³⁵⁰, d'autre part, dans le privilège de l'exécution d'office ou forcée en vertu duquel l'administration, confrontée à une résistance, peut se substituer à l'administré pour procéder aux opérations matérielles nécessaires ou le contraindre par la force à adopter le comportement voulu³⁵¹. Toutefois ce recours à la contrainte est strictement limité et, en principe, « *l'administration française n'a pas le droit d'exécuter directement par la force ses décisions* »³⁵² sauf dans deux hypothèses révélées par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*³⁵³, qui constitue une sorte de «

³⁴⁸ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 270.

³⁴⁹ Un historique remarquable des privilèges de l'exécution d'office et du préalable a été dressé par les auteurs de l'ouvrage *Lamy droit de l'exécution forcée* : C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 617-10.

³⁵⁰ Cf. not. CE, 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann* : S. 1905.3.17. note Hauriou – CE, 23 janvier 1925, *Anduran* : Rec. 82, D. 1925.3.43, concl. Josse – CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo* : Rec. 257. Mais, si la collectivité territoriale commence par utiliser l'état exécutoire, elle ne peut ensuite recourir au juge (CAA Lyon 11 juillet 1994, *SARL France Chauffage Service* : Rev. Trésor 1995. 720). Toutefois « *la référence au privilège du préalable ne démontre pas l'exorbitance de l'acte administratif unilatéral : soit il s'agit d'évoquer une prérogative de la seule personne publique créancière, soit il est question d'un corrolaire de l'acte unilatéral tout court* » : P. Gonod. F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 183. En effet, les actes unilatéraux de droit privé s'imposent tant qu'ils n'ont pas été annulés : cf. not Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010, *Epoux Lucot* : Bull. civ. III, n° 117 (à propos des décisions d'assemblées générales de copropriété).

³⁵¹ TC, 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just* : Rec. 713, D. 1903.3.41, concl. Romieu ; S. 1904. 3. 17, concl. Romieu, note Hauriou. Sur ce sujet, cf. not. G. Dupuis, *Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962, p. 301 : l'auteur propose une distinction intéressante entre l'exécution d'office (quand l'administration remplace l'administré) et l'exécution forcée (quand l'administration force l'administré à adopter un comportement – N. Ferreira, « La notion d'exécution d'office », AJDA 1999 p. 41 – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, PUF, 12^{ème} éd., 1992, p. 322 : « *ce serait une erreur de croire que, par définition, une décision exécutoire peut être exécutée par la force. Ce qui est vrai, c'est qu'elle a force exécutoire par elle-même, mais ceci n'équivaut nullement à dire qu'elle peut en tous les cas faire l'objet d'une exécution forcée* ».

³⁵² P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2008, n° 542.

³⁵³ TC, 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just* : préc.

Code de l'exécution forcée »³⁵⁴ : la situation d'urgence³⁵⁵ ou les dispositions de la loi³⁵⁶ peuvent ainsi justifier un tel exercice.

195. Dans ce cadre, la loi ouvre aux personnes publiques la possibilité de recouvrer leurs créances non fiscales selon la procédure de l'état exécutoire. Ainsi, l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution dresse une liste limitative des titres exécutoires dont « [...] 6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions de justice auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ». Dans ce cadre, l'article L. 252 A du livre des procédures fiscales dispose que « constituent des titres exécutoires les arrêtés, états, rôles, avis de mise en recouvrement, titres de perception ou de recettes que l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics dotés d'un comptable public délivrent pour le recouvrement des recettes de toute nature qu'ils sont habilités à recevoir ».

196. La technique de l'état exécutoire bénéficie donc à l'ensemble des personnes publiques dotés d'un comptable public à savoir l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics administratifs, les établissements publics industriels et commerciaux et les groupements d'intérêt public quand ils sont soumis à la comptabilité publique³⁵⁷, quelle que soit la nature des activités assurées par ces personnes publiques, c'est-à-dire y compris pour leurs activités marchandes³⁵⁸.

³⁵⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, n° 1358, p. 1179.

³⁵⁵ Cf. not. TC, 1^{er} février 1951, *Consorts Bonduel* : Rec. 627 – CE, Ass., 22 novembre 1946, *Mathian* : Rec. 278 ; S. 1947.3.41, note Mestre ; JCP 1947.II.3377, concl. Célier – TC 8 avril 1935, *Action française* : Rec. 1226 ; S. 1935.3.76, concl. Josse ; D. 1935.3.25, concl. Josse, note Waline ; RDP 1935.309, concl. Josse, note Jèze – TC, 19 mai 1954, *Office publicitaire de France* : Rec. 703 ; JCP 1954.II.8382, note Rivero – TC, 21 juin 1993, *Préfet de la Corse, Préfet de la Corse du sud* : Rec. 402 ; D. 1994. 36, note Muscatelli et Pastorel.

³⁵⁶ Cf. not. art. L. 2221-10 du Code de la défense (à propos des réquisitions militaires) – art. L. 514-1 et L. 581-29 du Code de l'environnement (à propos de l'environnement) – art. L. 325-1 (à propos de la sécurité routière) – art. L. 523-1 et art. L.531-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (à propos de l'entrée et du séjour des étrangers).

³⁵⁷ Avec toutefois une spécificité pour les groupements d'intérêt public car en vertu du I de l'article 55 de la L. n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 « le comptable public d'un groupement d'intérêt public recouvre les recettes de celui-ci conformément à la procédure décrite à l'article L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales si des collectivités territoriales et leurs établissements publics détiennent la majorité du capital du groupement ou des voix à l'assemblée générale des membres du groupement ». La condition de la détention de la majorité du capital ou des voix n'est d'ailleurs pas sans rappeler la définition de l'entreprise publique. Cette spécificité tout à fait étonnante, car difficilement argumentable, devrait également trouver à s'appliquer aux GIP nationaux.

³⁵⁸ Cf. not. Civ. 1^{ère}, 9 mai 1996, n° 94-14.514, *M. Liance* : DA 1996, n° 412 et Rev. Trésor 1996. 195 « le pouvoir de délivrer un titre exécutoire est attribué aux établissements publics communaux en tant que tels, sans distinction selon les activités pour lesquelles ils sont effectivement habilités » (à propos d'une caisse de crédit municipal).

197. L'émission de titres exécutoires permet à l'administration de constater, liquider et rendre exigible la dette de son débiteur sans autorisation préalable d'un juge. Bien sûr, cela ne signifie pas que l'autorité qui émet le titre soit celle qui assure l'exécution forcée. Au contraire, l'État étant seul détenteur de ce pouvoir, une distinction est opérée entre l'ordonnateur qui a le choix d'émettre un titre exécutoire et le comptable public qui procède à son recouvrement (c'est d'ailleurs l'une des justifications de la séparation entre le rôle d'ordonnateur et de comptable). Le recouvrement des titres exécutoires se déroule en deux phases, avec des spécificités selon la personne publique auteure du titre. Une phase d'exécution « amiable » (lettre de relance, phase comminatoire), puis une phase d'exécution « forcée » qui débute avec la mise en demeure de l'administré et se poursuit et s'achève avec la mise en œuvre éventuelle de mesures d'exécution forcée du droit commun (saisie) ou de droit public (opposition à tiers détenteur par exemple³⁵⁹).

198. La technique de l'état exécutoire est donc potentiellement un fort avantage concurrentiel à disposition des personnes publiques, d'autant qu'elle ne bénéficie pas aux personnes privées même concessionnaires de service public³⁶⁰. Les personnes publiques sont ainsi dispensées, du coût et du temps procédural pour récupérer leurs créances, ce qui peut s'avérer, notamment en période de conjoncture économique difficile (donc avec des délais de paiement qui s'allongent), un atout non négligeable³⁶¹.

199. Cependant cet avantage doit être relativisé. D'une part, contrairement au jugement passé en force de chose jugée, le titre exécutoire n'a pas de valeur absolue et pourra être contesté devant le juge administratif. D'autre part, il existe une exception importante au principe selon lequel la personne publique ne peut pas cumuler les modes de recouvrement de sa créance. En effet, on sait que le juge administratif considère que l'administration ne peut recourir qu'à l'état exécutoire pour recouvrer ses créances et ne peut donc pas saisir le juge³⁶². Pourtant, en matière

³⁵⁹ CGCT, art. L. 1617-5, 7°.

³⁶⁰ Cf. not. CAA Marseille, 15 octobre 2009, n° 08MA02726, *Alain X.* : CMP n° 1, Janvier 2010, comm. 40, note F. Llorens.

³⁶¹ Bien sûr, un tel pouvoir n'autorise pas l'arbitraire et son utilisation abusive est sanctionnable pénalement : « *le fait, par une personne publique dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due ou excéder ce qui est dû, est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* » : art. 432-10 du Code pénal. *Adde J. Lesserre-Capdeville*, « Le délit de concussion », AJCT 2012, p. 30.

³⁶² CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure* : Rec. 583 ; S. 1915.39, note Hauriou – CE, 13 juillet 1956, *Office public d'HLM du département de la Seine*, 13 juillet 1956 : Rec. 338, concl. Chardeau ; AJDA 1956.II.312, concl. Chardeau et 398, chron. Fournier et Braibant ; RDP 1957.296, note Waline – CE, 13 juin 1980, *Commune d'Entrange* : RDP 1981.1134 – CAA Marseille, 4 février 1999, *Commune de Rochefort du Gard* : CJEG 2000. 129, note R. S. – CAA Nancy, 30 septembre 2004, n° 98NC01510, *M. X.* : JCP A 2005. 415, note Tifine.

contractuelle, le juge administratif admet que les personnes publiques aient le choix d'émettre un titre exécutoire ou de recourir au juge³⁶³. Or, comme le notait le Conseil d'État dans le Rapport relatif aux établissements publics, le recouvrement selon les usages du commerce est « *le seul régime effectivement pratiqué* » par les établissements publics industriels et commerciaux³⁶⁴, ce constat pouvant d'ailleurs être élargi à l'ensemble des créances de droit privé des personnes publiques³⁶⁵.

§2. LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

200. L'autorité de la concurrence a pu remarquablement révéler les liens étroits qu'entretiennent le contrat et la concurrence : « *en tant qu'organisation économique libérale, la concurrence entretient une certaine proximité avec le contrat. Les deux reposent sur l'idée de liberté individuelle et de priorité laissée à l'initiative privée [...]. Le contrat, cellule de l'organisation économique, participe ainsi pour partie à l'ordonnancement économique. Il apparaît, en effet, comme l'outil de mise en œuvre de la concurrence, grâce auquel la rencontre de l'offre et de la demande peut être formalisée et, surtout, sécurisée : la volonté exprimée dans le contrat est expression de la liberté contractuelle, mais aussi du respect de la parole donnée. Or, la sécurité des transactions est un élément indispensable à l'initiative individuelle. En définitive, le contrat dans son principe sert les objectifs concurrentiels, à la condition que son contenu ne soit pas contraire à ces objectifs* »³⁶⁶.

201. Cette dernière affirmation trouve une résonance toute particulière quand sont concernés des contrats administratifs, ces derniers, ayant pour trait caractéristique d'être exorbitants du droit commun, peuvent perturber le fonctionnement du marché.

³⁶³ Cf. not. CE, 7 avril 1978, n° 5559, *Blum et Société Procédés Jacques Michel* – CE, 30 janvier 1980, *Boniface* : Rec. 633 – CE, Sect., 10 novembre 1982, *Société Propétrol* : Rec. 381 ; AJDA 1983.259, concl. Labetoulle ; D. 1983.245, note Dubois ; JCP 1984.II.20168, note Paillet.

³⁶⁴ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 270. Selon la Haute instance : « *les établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent s'abstenir d'y recourir pour le recouvrement des créances, conformément aux dispositions de l'article 201 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique qui fait du recouvrement selon les usages du commerce, le régime de droit commun et le seul régime effectivement pratiqué* » (p. 272).

³⁶⁵ En effet « *pour les créances régies par le droit privé (en particulier les contrats de droit privé, notamment ceux d'emprunt et les litiges concernant les services industriels et commerciaux), la collectivité locale peut choisir de recourir au juge judiciaire plutôt qu'à l'état exécutoire* » : L. Saïdj, « Les opérations d'exécution du budget communal : la recette », *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 3, folio n° 7127, Paris, Dalloz, 2006, n° 55. *Adde Civ. 1^{ère}*, 8 juin 2004, n° 02-13.313, *Martin c. commune de Brageac* : JCP A 2004. 982, note Renard-Payen.

³⁶⁶ Aut. Conc., *Concurrence et contrat*, Rapport annuel 2009, Paris, La doc. fr., p. 60.

202. Toutefois ce risque est limité car les prestataires publics de service concurrentiel sont en principe soumis au droit commun des contrats – le Tribunal des conflits l’a rappelé à plusieurs reprises à propos des établissements publics industriels et commerciaux³⁶⁷ – et ne peuvent qu’exceptionnellement passer des contrats administratifs. En effet, nous rappellerons brièvement que les contrats administratifs peuvent être qualifiés comme tels de deux manières. D’une part, par le biais d’une qualification jurisprudentielle (contrat administratif par application des critères jurisprudentiels) qui s’appuie sur deux critères cumulatifs. Un critère organique, lié à la qualité des parties au contrat, qui impose qu’au moins une d’entre elles soit une personne publique³⁶⁸ à l’exception du cas où l’une des parties agit en vertu d’un mandat administratif³⁶⁹ ou est transparente vis-à-vis d’une personne publique³⁷⁰. Un critère matériel, ensuite, reposant sur trois branches considérées comme alternatives : soit le contrat est lié à

³⁶⁷ « Sauf disposition législative contraire, lorsqu’un établissement public tient de la loi la qualité d’établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l’exception de ceux comportant des clauses exorbitantes du droit commun ou relevant d’un régime exorbitant du droit commun ainsi que de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique » : TC, 16 octobre 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c. Mutuelle des architectes français* : Rec. 640 ; concl. Stahl BJCP 2006.419 ; AJDA 2006.2382, chron. Landais et Lenica ; RFDA 2007.284, concl. Stahl, et 290, note B. Delaunay ; RTD com. 2007.37, obs. G. Orsoni ; RDC 2007.457, note Brunet – TC, 28 mars 2011, n° 3787, *Groupement forestier de Beaume-Haie c. Office national des forêts* – TC, 7 avril 2014, n° 3949, *Société “Services d’édition et de ventes publicitaires” (SEVP) contre Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic* : AJDA 2014. 766 ; AJCT 2014.394, obs. Royer.

³⁶⁸ Ainsi, les contrats conclus entre personnes privées n’ont pas, par principe, un caractère administratif : cf. not. CE, 9 février 1994, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône* : Rec. 63, D. 1995.SC.121, obs. Terneyre – TC 2 mars 1987, *Commissaire de la République de Tarn-et-Garonne* : Rec. 445. À l’inverse, les contrats conclus entre personnes publiques jouissent d’une présomption d’administrativité : TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris (UAP)* : Rec. 537 ; AJDA 1983.356, concl. Labetoulle ; D. 1984.33, note Auby et Hubrecht. Adde J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L’Harmattan, 1997 ; F. Rollin, *Accord de volonté et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1996.

³⁶⁹ Soit en vertu d’un contrat de mandat administratif, cf. not. CE, 30 janvier 1951, *Société Brossette et fils* : Rec. 123 – CE, 18 décembre 1936, *Prade* : S. 1938.3.59, note Alibert ; DP 1938.3.70, note Josse – CE, 24 février 1954, *Secrétaire d’État à la production industrielle c. Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* : Rec. 125 – CE, 17 mai 1957, *Artaud* : Rec. 351. Soit en vertu d’un mandat tacite, cf. not. CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d’équipement de la région Montpellieraine* : Rec 326, AJDA 1975.345, chron. Franc et Boyon ; D. 1976.3, note Moderne – TC, 7 juillet 1975, *Commune d’Agde* : Rec. 798 ; D. 1977.8, note Bettinger ; JCP 1975.II.1871, note Moderne. Il faut noter que la jurisprudence en vertu de laquelle entraient dans le champ du mandat tacite les contrats passés entre les personnes publiques et les entreprises relevant « par nature » de l’État – qui concernait principalement les travaux routiers ou autoroutiers – vient d’être récemment abandonnée par le Tribunal des conflits : TC 9 mars 2015, n° 3984, *Rispal c. Société Autoroutes du Sud de la France* : AJDA 2015. 481 ; AJDA 2015, note Clamour ; JCP A 2015, n° 15, act. J. Martin ; RFDA 2015, n° 1, note Canedo-Paris. Comp. TC 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot* : Rec. 787, D. 1963.534, concl. Lasry, note Josse ; RDP 1963.776, concl. Lasry ; S. 1963.273, concl. Lasry ; AJDA 1963.463, chron. Gentot et Fourré ; AJDA 1966.474, chron. Collin ; Gaz. Pal. 1964.2.58, note Blaevoet ; JCP 1963.II.13375, note J.-M. Auby ; RDP 1964.767, note Fabre et Morin.

³⁷⁰ Cf. not. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* : Rec. 130 ; BJCP 2007.230, concl. Boulouis ; AJDA 2007.915, note J.-D. Dreyfuss ; ACCP 2007, n° 68, p. 58, note Brenet ; CMP 2007, comm. Eckert n° 137 et étude Lichère n° 14 ; D. 2007.1937, note M. Dreiffus ; JCP 2007.I.166, chr. Plessix ; RJEP 2007.270, note N.E.

l'exécution d'une mission de service public³⁷¹ ou d'un travail public³⁷² (critère de l'objet du contrat) ; soit le contrat comporte une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun³⁷³ dont le Tribunal des conflits a donné récemment une définition renouvelée considérant que constituait une telle clause celle qui, « *notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* »³⁷⁴ (critère du contenu du contrat) ; soit, enfin – mais ce cas est devenu rarissime – le contrat relève d'un régime exorbitant du droit commun³⁷⁵. D'autre part, par le biais de qualification législative (contrat administratif par détermination de la loi), c'est-à-dire le cas où le législateur est venu expressément qualifier

³⁷¹ Soit si l'objet du contrat est de confier l'exécution même d'une mission de service public au cocontractant ; Cf. not. CE, 4 mars 1910, *Thérond* : Rec. 193, GAJA 19^{ème} éd, n° 20 ; D. 1912.3.57, concl. Pichat ; S. 1919.3.17, concl. Pichat, note Hauriou ; RDP 1910.249, note Jèze – CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin* : Rec. 167 et 168 ; GAJA 19^{ème} éd, n° 70 ; AJ. 1956.II.272, concl. Long et 221, chr. Fournier et Braibant ; RDP 1956.869, concl. Long, note M. Waline ; D. 1956.433, note de Laubadère ; RA 1956.496, note Liet-Veaux. Soit si le contrat consitue lui même une modalité d'exécution du service public : CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard* : Rec. 168. Soit si le contrat emporte une participation, une collaboration au service public, même si ce critère a été largement affaibli par l'attribution d'un bloc de compétence au juge administratif pour l'ensemble du personnel des services publics administratifs : TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c. Conseil de prud'hommes de Lyon* (dite jurisprudence *Berkani*) ; AJDA 1996. 355, chron. Stahl et Chauvaux ; AJFP 1996. 4, note ; ibid 1996. 5, note Boutelet ; GADT, 4^{ème} éd. 2008. 33 ; RFDA 1996. 819, concl. Martin (Comp. TC 25 novembre 1963, *Dame Veuve Mazerand* : Rec. 792 ; JCP. 1964.II.13466, note R.L.)

³⁷² Qui sont des contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels depuis l'abrogation accidentelle de la L. du 28 pluviôse an VIII. Cette erreur a peu d'incidence car « *en l'absence de disposition législative, ces contrats auraient été déclarés administratifs par le juge en raison de leur objet* » : R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, p. 557. Tel est le cas aujourd'hui : cf. not. TC 17 janvier 1972, *SNCF c. Entreprise Solon et Barrault* : Rec. 944 ; RDP 1972.465, concl. Braibant ; AJDA 1972.353, note Dufau ; CJEG 1973.J.29, note Caron ; JCP 1973.II.17312, note Moderne.

³⁷³ Fondée sur l'arrêt du CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (Rec. 909 ; D. 1916.3.35 concl. Blum ; S. 1917.3.15, concl. Blum ; RDP 1914.145, note Jéze ; AJDA 2013.1489 comm. M. Gros), le critère de la clause exorbitante a été très largement utilisé par les différentes juridictions et discuté par la doctrine. La jurisprudence est si dense que nous ne prendrons qu'un seul exemple – en matière de gestion du domaine privé – : cf. CE, 19 novembre 2010, n° 331837, *Office national des forêts c. Girard-Mille* : Rec. 448 ; BJCP 2011.64 ; JCP A 2011.2020, note J. Moreau ; RJEP mars 2011.9, concl. Dacosta ; AJDA 2011.281, note J.-D. Dreyfus ; AJCT 2011. 141, obs. G. Clamour ; CMP février 2011.36, note Devillers.

³⁷⁴ TC, 13 octobre 2014, n° 3963, *Société Axa France IARD* : AJDA 2014.2031 et 2180, chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe ; D. 2014. 2115, obs. de Montecler ; CMP 2014, n° 12, comm. 232, comm. Eckert ; DA 2015, n° 1, comm. 3, comm. Brenet ; JCP A, 2015.2010, comm. Pauliat. *Adde* l'analyse antérieure de F. Fardet, « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », AJDA 2000, p. 115.

³⁷⁵ Cf. CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* : Rec.48 ; CJEG 1973.239, concl. Rougevin-Baville, note Carron ; AJDA 1973.358, chron. Léger et Boyon ; JCP 1974.II.17629, note Pellet ; RA 1973.633, note Amselek. Sur ce sujet, cf not. M. Garrigue-Vieuville, « Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? », DA 2009, chron. 5.

certains contrats d'administratifs³⁷⁶, ou au contraire de droit privé³⁷⁷. Dans ce cas, la qualification s'impose au juge.

203. Dès lors, les simples contrats de fourniture, de travaux ou de service conclus dans le cadre de l'activité concurrentielle d'une personne publique devraient relever principalement du droit privé.

204. Pourtant, le développement du droit de la commande publique, justifié par le souci d'éviter tout risque d'atteinte à la libre et égale concurrence, a conduit à bouleverser le processus contractuel des personnes publiques : partant du constat que les personnes publiques peuvent « *se laisser guider par des considérations autres qu'économiques et perturber le bon fonctionnement du marché* »³⁷⁸, il s'agissait d'encadrer leur comportement pour préserver le jeu de la concurrence. C'est pourquoi les législateurs européens et français sont progressivement venus règlementer la passation des marchés publics, contrats qualifiés par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (MURCEF) de contrats administratifs.

205. Or, les règles relatives à la passation des marchés publics, définies par les directives n° 2014/24/UE et 2014/25/UE pour les secteurs spéciaux³⁷⁹ s'appliquent aux entités publiques ou privées susceptibles d'être qualifiées de « pouvoirs adjudicateurs » ou d'« entités adjudicatrices ». La directive 2014/24/CE, telle qu'interprétée par la CJUE, donne une définition particulièrement large de la notion de « pouvoir adjudicateur » : sont ainsi concernés l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit publics³⁸⁰ et les associations formées

³⁷⁶ C'est par ex. – de manière non exhaustive – le cas des marchés publics (art. 1^{er} de la L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001), des contrats de partenariat (art. 1^{er} de l'Ord. n° 2004-559 17 juin 2004 et art. L1414-2 CGCT), des concessions de travaux publics (art. 11 de l'Ord. N° 2009-864 du 15 juillet 2009 et art. L. 1415-1 CGCT), des baux emphytéotiques administratifs (art. L. 1311-2 et L. 2122-20 du CGPPP – BEA local – art. L. 6148-2 du Code de la santé publique et art. L. 2122-21 CGPPP – BEA hospitalier – art. 7-1 de la L. n° 2009-179 du 17 février 2009 – BEA logement social –). Parfois, le législateur confie les litiges relatifs à certains contrats au juge administratif, c'est par ex. le cas des conventions d'occupation du domaine public (art. L. 2331-1 CGPPP).

³⁷⁷ C'est par ex. – de manière non exhaustive – le cas des contrats emplois-jeunes (art. L. 5134-9 du Code du travail), des contrats d'accompagnement (art. L. 5134-24 du Code du travail), des contrats emploi-solidarité (art. L. 322-4-8 du Code du travail).

³⁷⁸ G. Eckert, J.-Ph. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, LexisNexis, 2015, n° 168.

³⁷⁹ Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (JO n° L 94, 28 mars 2014, p. 65) – Dir. 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Dir. 2004/17/CE (JO n° L 94, 28 mars 2014, p. 243).

³⁸⁰ Que la directive définit comme « *tout organisme [...] créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [...] ; doté de la personnalité juridique [...] ; financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public* » (art. 1^{er}).

par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public aux procédures des marchés publics. La question se pose donc de savoir si les règles de la commande publique s'appliquent à l'ensemble des prestataires publics de service marchand qui, pour mener à bien leurs activités concurrentielles, doivent passer un certain nombre de contrats avec des fournisseurs pour satisfaire leurs besoins en travaux, fournitures et services³⁸¹ ; question d'autant plus épineuse que les directives, pour trouver à s'appliquer, renvoient aux organismes de droit public créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère « autre qu'industriel et commercial » (qui seraient donc situés en dehors du champ de la concurrence).

206. La législation française a donné une large interprétation de cette dernière disposition. Sont ainsi soumis au code des marchés publics, en vertu de son article 2, l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, c'est-à-dire, y compris ceux ayant un caractère industriel ou commercial. De la même manière, de nombreux établissements publics industriels et commerciaux nationaux sont soumis à l'application des règles de la commande publique par le biais des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Il s'agit d'établissements publics industriels et commerciaux « *gérant de manière effective des activités de nature administrative et remplissant les critères posés par la définition communautaire d'organisme de droit public. C'est notamment le cas des établissements publics qui gèrent à la fois un service public administratif et un service public à caractère industriel ou commercial ou le cas des 'faux-EPIC' qui ne gèrent pas de service public industriel ou commercial mais pour lesquels cette qualification d'EPIC a été retenue par le législateur afin qu'il bénéficie d'un mode de gestion privée. Seuls les EPIC gérant un service exclusivement industriel ou commercial échapperont à la qualification d'organisme de droit public au sens communautaire, et par-delà aux règles fixées par l'ordonnance* »³⁸². La question s'est posée de savoir si les groupements d'intérêt public avaient également la qualité de pouvoirs adjudicateurs. En principe, ces groupements n'entrent pas directement dans le champ d'application du Code des marchés publics mais peuvent toutefois décider de s'y soumettre volontairement pour tout ou partie de leurs contrats en l'inscrivant dans leurs

³⁸¹ Nous ne traiterons pas dans ces développements des concessions de services publics dans la mesure où, dans le cadre de son activité concurrentielle, il est en principe impossible qu'une personne publique délègue une activité de service public.

³⁸² DAJ, *Les pouvoirs adjudicateurs*, fiches techniques, p. 8 (<http://www.economie.gouv.fr>).

conventions constitutives. L'article 8 du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 clarifie davantage la situation en précisant que « *les achats de fournitures, de services et de travaux des groupements d'intérêt public sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 lorsque ces groupements sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 3 de cette ordonnance* », c'est-à-dire dans les mêmes conditions que celles décrites précédemment à propos des établissements publics industriels et commerciaux.

207. Il est vrai que cette interprétation extensive trouve un fondement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui tend à apprécier largement la notion de pouvoir adjudicateur. Pourtant l'arrêt *Agora* du 10 mai 2001³⁸³ aurait pu laisser penser le contraire : en effet la Haute instance de l'Union européenne avait considéré qu'une entité, qui a pour objet d'exercer des activités d'intérêt général, qui n'a pas de but lucratif, mais dont la gestion repose sur des critères de rendement et d'efficacité ainsi que de rentabilité et qui opère dans un environnement concurrentiel, n'est pas un organisme de droit public. Toutefois, l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence de l'Union européenne révèle que le caractère marchand des activités d'une personne publique (et même privée) est loin d'empêcher la soumission aux règles de la commande publique. Ainsi, la Cour de justice considère que les besoins d'intérêt général sont des besoins « *satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché [et que], pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »³⁸⁴. Dans cette même optique, « *la Cour de justice estime que cette condition est remplie lorsque l'organisme en cause n'assume pas le risque financier de son exploitation et la charge des pertes éventuelles pouvant en résulter* »³⁸⁵.

208. La notion d'« entité adjudicatrice » admet une définition encore plus large que la précédente car elle recouvre non seulement les « pouvoirs adjudicateurs » mais également les

³⁸³ CJCE, 10 mai 2001, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, *Agora SRL*, pt 26 : Rec. I-3605, ACCP 2001, n° 2, p. 66, note Richer L., CMP 2001, comm. 132, note Soler-Couteaux P., BJCP 2001, n° 18, p. 386, concl. Alber S.

³⁸⁴ CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *BFI Holding*, pts 50 et 51 : BJCP 1999. 155, concl. La Pergola, obs. Maugüé. *Adde* CJCE, 22 mai 2003, aff. C-18/01, *Riitta Korkhonen Oy*, pt 47 : AJDA 2003. 1558, obs. Gliozzo ; CMP 2003, n° 168, obs. Eckert ; Dr. adm. 2003, n° 167, obs. Noguellou – CJCE, 16 octobre 2003, aff. C-214/00, *Commission c. Espagne*, pt 80 : BJCP 2004.143 ; CMP. 2003, n° 224, obs. Eckert ; Dr. adm. 2003, n° 237, obs. Noguellou.

³⁸⁵ G. Eckert, J.-Ph. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 172. *Adde*, CJCE, 22 mai 2003, *Riitta Korkhonen Oy*, pt 51 : préc. – CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, pt 81 : préc. – CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, pts 43 et s. : préc. – CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, aff. C-300/07 : AJDA 2009. 1544, chron. Broussy, Donnat et Lambert ; BJCP 2009.497.

« entreprises publiques » et « les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs » qui exercent une activité d'opérateur de réseaux³⁸⁶.

209. Pour conclure, la plupart des personnes publiques sont soumises aux règles de la commande publique, y compris dans le cadre de leurs activités de service marchand. Ce vaste champ d'application est sans commune mesure avec celui des personnes privées. En effet, même si, comme le souligne le Conseil d'État, « *la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice n'est pas liée au statut juridique de l'entité en cause, et qu'elle peut donc concerner un établissement public comme une société anonyme* »³⁸⁷, on peut toutefois difficilement contester qu'elle concerne davantage les prestataires publics de service marchand, l'exemple des établissements publics locaux en étant une preuve manifeste

210. Pour autant, la soumission à un tel régime a-t-elle un impact sur l'activité concurrentielle des personnes publiques ? Il est évident que la soumission aux règles de la commande publique limite leur liberté contractuelle³⁸⁸, ceci étant dit, il s'agit maintenant de mesurer l'importance et l'incidence de cette limitation tant du point de vue de la passation (A) que du point de vue de l'exécution du contrat (B).

A. Au stade de la passation

211. La soumission des personnes publiques aux règles de la commande publique entraîne un certain nombre de sujétions qui rendent plus difficile l'exercice de leurs activités marchandes.

212. En premier lieu, les incertitudes tenant à la qualification du contrat qu'elles doivent passer – délégations de service public, marchés publics (de travaux, de services, de fournitures), convention d'occupation du domaine public, contrat de partenariat etc. – sont problématiques dans la mesure où la procédure de passation de ces contrats n'est pas la même. Or, « *l'important contentieux qui s'est développé à la suite de l'instauration du référé précontractuel, et posant*

³⁸⁶ C'est-à-dire les personnes publiques exerçant des activités d'opérateurs de réseau énumérées à l'art. 135 du Code des marchés publics : L. Richer, « Les personnes publiques soumises au Code des marchés publics entités adjudicatrices », AJDA 2006, p. 1773 – L. Richer, « Entités adjudicatrices : une innovation à deux temps », ACCP 2006, n° 58, p. 17

³⁸⁷ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 19.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 19 : « *Les établissements publics sont également soumis à des règles de passation des marchés limitant leur liberté contractuelle* ». Sur ce sujet, cf. not. A. Antoine, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », RFDA 2011, p. 879.

notamment la question de savoir si les contrats en cause devaient être qualifiés de marchés publics ou de délégations de service public, suffit à montrer la difficulté de cet exercice de qualification, au point que l'on a pu parler à propos de ce référé, de « machine à classer les contrats »³⁸⁹.

213. En deuxième lieu, les exigences procédurales inhérentes aux règles de commande publique peuvent être un frein au fonctionnement de l'activité concurrentielle de la personne publique³⁹⁰. Cette sujétion est d'autant plus importante que, par le truchement de la jurisprudence *Telaustria*, la Cour de justice de l'Union européenne pose une exigence minimale de transparence et de non-discrimination pour l'ensemble des contrats de commande publique, c'est-à-dire l'ensemble des contrats passés par un pouvoir adjudicateur, ce qui consiste principalement « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »³⁹¹. Il existe ainsi un corps de principes et de règles applicables à la passation de l'ensemble des contrats publics au nombre desquels : la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence. Pour les marchés publics, ces exigences s'accroîtront à mesure que le montant du marché public sera important (des marchés

³⁸⁹ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 200 et s. Toutefois ce constat dressé par le Conseil d'État en 2002 ne semble pas poser de difficulté concernant la répartition des contentieux entre les deux ordres de juridictions : « on n'aura pas d'hésitation à affirmer, tout d'abord, que les critères présidant à la répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative ne sont ni mystérieux, ni imprévisibles. Pour de grandes catégories de contrats à objet économique, la qualification est particulièrement simple : les contrats de délégation de service public ont le caractère de contrats administratifs parce qu'ils sont l'exemple même du contrat passé pour l'exécution du service public ; les marchés passés en application du code des marchés publics sont des contrats administratifs par détermination de la loi (L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, art. 2), idem pour les contrats relatifs à l'exécution de travaux publics, ceux emportant occupation du domaine public, les partenariats public-privé ou les baux emphytéotiques administratifs. Pour les autres, les critères de qualification sont fixés depuis plusieurs décennies. Il est un peu facile de présumer, comme le font les critiques du rapport, l'incertitude des parties au contrat et la divergence des juges : au contraire, la pratique démontre le faible nombre de conflits tranchés chaque année en matière contractuelle par le Tribunal des conflits (une dizaine d'occurrences en 2007, hors les litiges relatifs aux contrats de travail), preuve que les critères jurisprudentiels sont compris et correctement appliqués. » : Ph. Terneyre et C. Vérot, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA 2008 p. 905 (à propos du projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques).

³⁹⁰ Cette sujétion est d'ailleurs relevée par le Conseil d'État qui considère comme autant de contraintes les « obligations pesant sur elles en matière de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services (...). Ainsi, un établissement public industriel et commercial, tel que la SNCF, ne peut, en application de la directive communautaire dite "secteurs spéciaux" n° 93/98 du 14 juin 1993, passer un marché de services avec une filiale, pour un montant dépassant un certain seuil, sans respect préalable d'une procédure d'appel d'offres et sans que cette filiale ne soit le mieux disant. Cela limite singulièrement la possibilité pour un tel établissement d'avoir une stratégie de groupe efficace » : CE, *Collectivités publiques et concurrence*, préc., p. 272. Sauf, à ce que la filiale soit considérée comme une entité *in house* : cf. *infra* n° 1448 et s.

³⁹¹ CJCE, 7 janvier 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, pt 62 : Rec. I-10745 ; AJDA 2001, p. 106, note Richer L ; BJCP 2001, n° 15, p. 112, concl. Fennelly ; CMP 2001, comm. 50, note Llorens.

de faibles montants aux marchés passés selon une procédure formalisée en passant par les marchés passés selon une procédure adaptée).

214. En troisième lieu, la responsabilité du pouvoir adjudicateur est importante car au-delà du respect des exigences précédemment énoncées, il « *appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées* »³⁹², autrement dit, la personne publique devra veiller à ce que la passation du contrat n'influe pas sur le fonctionnement du marché et donc s'assurer de ne pas mettre son cocontractant en situation de fausser le jeu concurrentiel³⁹³.

215. Pourtant, la soumission aux règles de la commande publique n'est pas forcément qu'un inconvénient. Ainsi, la Commission européenne a pu relever dans sa décision relative à l'Institut français du Pétrole que l'obligation de mise en concurrence des contrats passés par les établissements publics pouvait être un avantage dans la mesure où il entraîne une baisse des prix de l'achat public liée aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence, baisse de prix renforcée par l'appréciation favorable qu'ont les cocontractants du risque de défaut d'une entité dont ils savent qu'elle est protégée des procédures de redressement et de liquidation judiciaires par son statut d'établissement public³⁹⁴.

B. Au stade de l'exécution

216. Le régime du contrat administratif confère au pouvoir adjudicateur un certain nombre de pouvoirs exorbitants du droit commun dont l'usage pourrait théoriquement constituer une pratique anticoncurrentielle sanctionnée par le juge de l'Union européenne, notamment sur le fondement de l'abus de position dominante. Ainsi, les pouvoirs de direction et de contrôle, de

³⁹² CE, 28 avril 2013, n° 233360, *Fédération nationale des experts géomètres* : CMP 2003, n° 119, note Delelis ; DA 2003, n° 143, note Ménéménis ; BJCP 2003, n° 29, p. 286, concl. Piveteau.

³⁹³ En effet, comme le rappelle la Professeure Sophie Nicinski, « *Les décisions des personnes publiques peuvent aussi comporter à la fois des effets sur l'accès au marché concurrentiel et sur son fonctionnement, car non seulement elles conditionnent l'accès au marché, mais elles peuvent également déterminer le comportement des opérateurs ayant eu accès au marché. On pense ici principalement aux commandes publiques* » : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 86.

³⁹⁴ Cf. Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 relative à l'Institut français de Pétrole (JO L 14 du 17 janvier 2012, p. 1).

modification unilatérale³⁹⁵, de sanction³⁹⁶ et de résiliation unilatérale³⁹⁷ sont autant de prérogatives dont l'administration dispose, même dans le silence ou en cas de mention contraire du contrat³⁹⁸, et qu'elle pourrait utiliser à des fins anticoncurrentielles. Dans le cadre d'une activité publique de service marchand, cette question pourrait notamment se poser à propos des contrats conclus par les personnes publiques avec leurs fournisseurs ou leurs sous-traitants.

217. Pour autant, trois éléments viennent atténuer cet avantage concurrentiel. D'une part, cette situation est largement théorique dans la mesure où le prestataire public de service marchand a peu d'intérêt financier à user de telles prérogatives. D'autre part, le juge administratif encadre strictement l'exercice de ces pouvoirs qui doit être justifiée par l'intérêt général ou la faute du cocontractant et peut, dans certains cas, ouvrir un droit à indemnisation au cocontractant³⁹⁹. Enfin, à notre connaissance, le juge n'a jamais sanctionné un comportement anticoncurrentiel réalisé au support des prérogatives exorbitantes de l'administration contractante. Au contraire, dans son arrêt *ATMMP*⁴⁰⁰, relatif à des requêtes dirigées contre les dispositions nouvelles du Code des marchés publics de 2004⁴⁰¹, le Conseil d'État a pu juger que « *les personnes publiques dans leur fonction de pouvoir adjudicateur ne sauraient être considérées comme détenant en soi une position dominante* »⁴⁰². Sur ce point, les conclusions

³⁹⁵ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* : Rec. 5 ; S. 1902.3.17, note Hauriou – CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways* : Rec. 216, concl. Blum ; S. 1911.3.1, concl. Blum et note Hauriou ; RDP 1910.270, note Jèze – CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux* : Rec. 33 ; RDP 1984.212, note Auby ; RFDA 1984, n° 0, p. 45, note Llorens – CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet* : Rec. 116 ; RFDA 2009.449, concl. Geffray ; RFDA 2009.449, concl. ; AJDA 2009.1090, note Melleray ; JCP A 2147 note Linditch, 2157, note Bonnet ; RJEP octobre 2009.16, note Plessix.

³⁹⁶ CE, 31 mai 1907, *Deplanque* : Rec. 514, concl. Romieu, S. 1907. 3.113, note Hauriou – CE, 9 janvier 1957, n° 23954, *Daval* : AJDA 1957, II, p. 9, concl.

³⁹⁷ CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. 246, AJDA 1958.II.282, concl. Kahn ; D. 1958.730, note de Laubadère.

³⁹⁸ En ce sens, concernant le pouvoir de modification unilatérale, cf. not. CE, 3 mai 1974, *Société concessionnaire du garage parking Saint Honoré c. Ville de Paris* : Rec. 262. Concernant le pouvoir de résiliation unilatérale, cf. not. CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6* : Rec. 29, RFDA 1987.29, concl. Fornaciari ; AJDA 1987.314, chron. Azibert et de Boisdeffre. Concernant le pouvoir de sanction, cf. not. CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, préc.

³⁹⁹ Dans le cadre des « *principes jurisprudentiels de l'équilibre financier des contrats* » : CE, Section des travaux publics, avis, 24 septembre 1998 : EDCE 1999, n° 50, p. 218. Par ex. dans le cas du pouvoir de modification unilatérale, cf. not. CE, Sect., 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo* : Rec. 401 ; D. 1979.366, note D. Joly ; dans le cas du pouvoir de résiliation unilatérale, cf. not. CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc* : Rec. 334 ; JCP 1997.II.22790, concl. Delarue ; AJDA 1996.788, note Gilli.

⁴⁰⁰ CE, 23 février 2005, n° 264712, 265248, 265281 et 265343, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)* : BJCP 2005, n° 40, p. 187, concl. Casas.

⁴⁰¹ D. n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics (JO n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37003, texte n° 2).

⁴⁰² L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014. Aux termes de l'arrêt : « *les mêmes dispositions du code des marchés publics n'ont ni pour objet ni pour effet de placer ces personnes publiques dans une position dominante ; qu'ainsi l'insertion d'une stipulation prévoyant sa*

du Rapporteur public Didier Casas sont particulièrement éclairantes : « vous écarterez également le moyen tiré de ce que les dispositions litigieuses du code auraient pour effet de placer les personnes publiques dans la situation d'abuser d'une position dominante. Nous pensons qu'en tout état de cause, les personnes publiques qui concluent ces contrats ne sont pas dans une position dominante. Elles ne peuvent donc, a fortiori, être en situation d'en abuser »⁴⁰³.

reconduction dans un marché passé par l'une de ces personnes ne saurait être constitutive d'un abus de position dominante » (préc.).

⁴⁰³ D. Casas, « L'annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences », concl. sur CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres* (préc.), RFDA 2005 p. 483.

Chapitre 2 Le caractère exorbitant des règles relatives à l'activité des prestataires publics de service marchand

218. Nous envisagerons successivement le régime applicable au moment de la création (Section 1) et lors du déroulement de l'activité publique de service marchand (Section 2).

Section 1 AU STADE DE LA CRÉATION DE L'ACTIVITÉ DE SERVICE MARCHAND

219. L'une des limites les plus saisissantes auxquelles sont confrontés les prestataires publics de service marchand tient au régime exorbitant de la création de leurs activités concurrentielles.

220. Cet encadrement renvoie à la notion de « compétence » des personnes publiques⁴⁰⁴. L'administration doit agir en vertu et dans les limites de cette « compétence ». Cette notion *« est l'une des clefs d'explication du fonctionnement des structures administratives qui ne sont, d'une certaine manière, qu'une organisation des compétences. [...] [Elle] relève principalement du droit public : en droit privé on connaît l'aptitude, la capacité, mais la compétence est d'abord celle d'une autorité administrative, d'une personne publique »*⁴⁰⁵.

221. La compétence des personnes publiques a connu deux principales évolutions. En premier lieu, l'État a progressivement transféré certaines compétences à des autorités administratives décentralisées (les collectivités territoriales dans le cadre d'une décentralisation dite « territoriale », les personnes publiques spécialisées dans le cadre d'une décentralisation dite « sectorielle »)⁴⁰⁶. En deuxième lieu, la compétence de l'administration à intervenir sur le

⁴⁰⁴ Cf. not. F.-X. Fort, « Observations sur la notion de compétence locale », JCP A 2014, n° 26, 2200 – Travaux de l'AFDA, *La compétence*, Lexis Nexis, coll. « Colloques et débats », 2008 – J.-M. Pontier, « La loi de réforme des collectivités territoriales, une autre façon de penser l'action publique locale ? La nouvelle répartition des compétences : entre rupture et continuité », RLCT, n° 77 – J.-M. Pontier, « Requiem pour une clause générale de compétence ? », JCP A 2011, n° 2, 2015 – J.-M. Pontier, « Compétence locale et politiques publiques », RFAP, avril 2012, n° 141, p. 139 – J.-J. de Peretti, *La liberté de s'organiser pour agir*, Rapport au Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales, La doc. fr., 2011.

⁴⁰⁵ J.-M. Pontier, « Requiem pour une clause générale de compétence ? », JCP A 2011, n° 2, 2015.

⁴⁰⁶ Cf. not. B. Faure, M. Verpeaux, G. Marcou, L. Janicot, M. Conan, « Trente ans de décentralisation », AJDA, 2012, p. 738 – Y. Jégouzo, « La réforme des collectivités territoriales : entre continuités et rupture », AJDA, 2009, p. 2137 – E. Fatôme, « Établissements publics et service public », AJDA 1997, p. 96.

marché concurrentiel a connu des mutations profondes. La conception libérale issue de la révolution française de 1789 reposait sur l'idée que l'administration, hors le cas où la loi l'y autorisait, n'avait pas vocation à intervenir dans la sphère marchande. Pourtant, les impératifs conjoncturels de redressement de l'économie d'après-guerre, le formidable développement technologique et industriel, l'accroissement des besoins sociaux et l'idéologie du socialisme municipal qu'a connu la société ces deux derniers siècles ont fait évoluer l'interdiction de principe. Le législateur a ponctuellement confié à l'administration le soin d'assurer ou d'assumer des activités économiques notamment sous forme de monopole dans des secteurs stratégiques et la jurisprudence l'a progressivement autorisée à prendre en charge des missions de service public dans des secteurs économiques relevant « naturellement » du secteur privé, quand ce dernier était défaillant ou inexistant. Mais, quoi qu'il en soit, l'intervention concurrentielle des personnes publiques restait l'exception.

222. La construction de l'Union européenne renverse ce paradigme. La sphère marchande ayant investi des activités économiques toujours plus nombreuses, la conception même de la compétence des personnes publiques a évolué. L'intérêt général n'a plus vocation à être déconnecté du marché ou à en compenser les imperfections, au contraire, concurrence et intérêt général sont désormais intrinsèquement liés⁴⁰⁷. Dans ce nouveau cadre, le rôle des personnes publiques est double. En premier lieu, elles doivent ou peuvent prendre en charge des activités de service public (économique ou non économique) : en ce sens, elles veillent à ne pas porter atteinte au libre jeu de la concurrence et assurent la régulation du marché afin que ce dernier vive et fonctionne bien. En second lieu, elles peuvent prendre en charge des activités de service marchand à la condition toutefois de se comporter comme des concurrents ordinaires.

223. Mais être concurrent ordinaire n'est pas chose facile quand la création même des activités que l'on souhaite prendre en charge connaît des limites. C'est ce que nous analyserons, d'une part, dans le cadre des activités concurrentielles classiques (§1), d'autre part, dans le cadre plus spécifique de la candidature des personnes publiques à la commande publique (§2).

§1. LES LIMITES À LA CRÉATION D'ACTIVITÉS CONCURRENTIELLES

224. Par héritage du passé, les personnes publiques ne sont pas libres de pouvoir créer et prendre en charge des activités concurrentielles, en dehors du cas où la loi les y autorise

⁴⁰⁷ Sur ce sujet, cf. not. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 51, 2006.

explicitement. Elles sont ainsi soumises à des limites qui sont incontestablement un frein à leurs interventions sur le marché.

225. Pour autant, il est indéniable que ces limites pèsent moins lourdement sur les personnes publiques que par le passé, dans la mesure où elles sont appréciées beaucoup plus soupagement par le juge administratif, qui en fut le principal instigateur. Il en va ainsi des collectivités territoriales qui, bénéficiant de la clause de compétence générale, ont progressivement été autorisées à créer des services publics industriels et commerciaux, cette autorisation étant soumise à la démonstration d'un intérêt public apprécié de plus en plus soupagement par le juge. Dans le même sens, la jurisprudence administrative a progressivement permis aux établissements publics, normalement soumis à un principe de spécialité rigoureux, de diversifier leurs activités. Ces derniers, au premier rang desquels les établissements publics industriels et commerciaux, s'étaient effectivement plaints de la rigidité du principe de spécialité qui était un frein à leurs activités commerciales.

226. Le Conseil d'État a ainsi progressivement rééquilibré son appréciation de l'intervention des personnes publiques sur le marché à l'aune des évolutions de l'économie et des bouleversements juridiques issus du droit de l'Union européenne. L'arrêt du Conseil d'État *Ordre des avocats au barreau de Paris* du 31 mai 2006 édicte ainsi un considérant de principe novateur selon lequel « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* »⁴⁰⁸.

227. Ce considérant de principe révèle un nouvel équilibre jurisprudentiel qui, s'il n'interdit plus aux personnes publiques de pouvoir créer des activités marchandes, encadre toutefois cette possibilité de limites persistantes (A). La subtilité de ce considérant jurisprudentiel manque

⁴⁰⁸ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

cependant de clarté et peut être facteur d'insécurité pour les prestataires publics de service marchand. C'est pourquoi l'on doit s'interroger sur la pertinence de ses limites et sur la question de savoir s'il n'est pas temps d'instituer un véritable principe de libre et égale concurrence pour les personnes publiques (B).

A. Typologie des limites à la création d'activités concurrentielles

228. On peut distinguer deux principaux types de limites à la création d'activités concurrentielles par des personnes publiques : des limites intrinsèques (1) et des limites extrinsèques (2).

1. Les limites intrinsèques

229. Les personnes publiques ne doivent pas agir au-delà de leur compétence. Cette limite importante renvoie au principe de spécialité. Cette notion, bien qu'elle soit particulièrement employée à propos des établissements publics, est en réalité applicable à l'ensemble des personnes publiques et des personnes privées – dans ce dernier cas elle ne revêt pas le même degré de contrainte⁴⁰⁹.

230. Seul l'État n'est pas soumis à cette sujétion dans la mesure où, étant détenteur de la compétence de sa compétence, il peut, dans le respect des exigences constitutionnelles qu'il s'est lui-même fixé, investir le champ concurrentiel.

231. *A contrario*, tant les collectivités territoriales et leurs groupements que les personnes publiques spécialisées doivent « agir dans la limite de leurs compétences »⁴¹⁰ et trouvent là un frein à leur capacité d'intervention sur le marché. La compétence renvoie à deux aspects : la

⁴⁰⁹ Cf. not. Ph. Deléris, « Principe de spécialité et droit de la concurrence : à propos de l'arrêt syndicat CGT de la société Clemessy », DA 2002, chron. 8 : « *Le principe de spécialité, en droit privé comme en droit public énonce qu'une personne morale ne peut intervenir au-delà de la compétence qui lui a été conférée par ses statuts* ». Sur ce sujet, cf. not. F. Becque, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, Thèse, Grenoble 1908 – C. Manson, « La filialisation des entreprises publiques et le principe de spécialité », Droit des sociétés, n° 8, août 2004, étude 12 – A. Baldous, *Le principe de spécialité des personnes morales*, Thèse Grenoble, 1908 – H. Ripert, *Le principe de spécialité chez les personnes morales de droit administratif*, Thèse, 1906 – J. Ferstenbert, *Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976 – J.-C. Douence, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », RDP 1972.753 – G. Timsit, « La spécialité des entreprises publiques », in *Etudes de droit public*, Cujas, 1964.

⁴¹⁰ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : préc. Dans l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, le juge administratif rappelle en effet que « pour intervenir sur un marché, [les personnes publiques] doivent, [...] agir dans la limite de leurs compétences ».

compétence matérielle (a) et la compétence territoriale (b). À l'usage, ces deux aspects s'imbriquent.

a. La compétence matérielle – rationae materiae

232. Nous analyserons successivement la compétence matérielle des collectivités territoriales (i), des établissements publics nationaux et locaux (ii), de la catégorie « hybride » des établissements publics de coopération intercommunale (iii), et, enfin, des groupements d'intérêt public (iv).

i. Les collectivités territoriales

233. Les collectivités territoriales (communes, départements et régions) posent assurément les problèmes les plus complexes car elles sont liées aux processus de décentralisation. Dans ce cadre, les transferts de compétence de l'État aux collectivités territoriales relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution qui dispose que « *la loi détermine les principes fondamentaux [...] de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* » et de l'article 72 aux termes duquel « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* »

234. Les collectivités territoriales bénéficient d'un statut spécifique en ce sens qu'elles sont à la fois destinataires de compétences particulières mais également de la « clause générale de compétence »⁴¹¹ qui consiste à ce qu'elles puissent régler « *par leurs délibérations les affaires de leur compétence* »⁴¹².

235. Les compétences particulières doivent être appréciées à la lumière de l'« *acte III* » de la décentralisation⁴¹³. C'est pourquoi sans tenter un « inventaire à la Prévert » des compétences

⁴¹¹ Qu'il aurait été préférable de dénommer « clause de compétence générale » : sur ce point, cf. J.-M. Pontier, « Requiem pour une clause générale de compétence », JCP A 2011, n° 2, 2015.

⁴¹² Cf. art. L. 1111-2 du CGCT : « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* » – art. L. 2121-29 du CGCT : « *Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* » – art. L. 3211-1 du CGCT : « *Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département* » – art. L. 4221 du CGCT : « *Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région* ». La commune a été le premier échelon à bénéficier de la clause générale de compétence dès la fin du XIX^{ème} siècle : cf. art. 61 de la L. du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale (JO du 6 avril 1884, p. 1557).

⁴¹³ L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (JO n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8242) et Cons. const., déc. n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 – L. n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (JO n° 0023 du 28 janvier 2014 p. 1562) et Cons. const., déc. n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014 – L. n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (JO n° 0014 du 17 janvier 2015 p. 777)

de chaque collectivité, exercice qui n'aurait pas de grande utilité dans le cadre de notre étude, il convient cependant de faire émerger certains principes directeurs qui régissent le processus de décentralisation.

236. En premier lieu la décentralisation se caractérise par le transfert de compétence de l'État aux collectivités territoriales. À ce titre, il convient de noter la « *place renforcée des régions* »⁴¹⁴ dans la nouvelle réforme territoriale⁴¹⁵. La nouvelle délimitation de leur périmètre territorial⁴¹⁶, la confirmation législative de leur pouvoir règlementaire⁴¹⁷, la consécration de leur compétence économique et surtout le transfert et l'attribution de compétences supplémentaires – développement économique, tourisme, planification régionale, transport, ports maritimes et intérieurs, transfert des collèges et autres compétences scolaires du département – confirme la place primordiale que jouera la région dans l'organisation territoriale française.

237. En deuxième lieu, le processus de décentralisation se caractérise par le souci de collaboration entre les divers organes de l'État. L'article L. 1111-2 du CGCT dispose ainsi que les collectivités territoriales « *concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie* ». Ce partenariat⁴¹⁸ ne doit toutefois pas révéler un pouvoir de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre⁴¹⁹ et ne saurait

et Cons. const., déc. n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 - L. n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (JO n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705) et Cons. const., déc. n° 2015-717 DC du 6 août 2015. Sur l'ensemble de cette réforme, cf. not. G. Marcou, « L'État et les collectivités territoriales : où va la décentralisation ? », AJDA, 29 juillet 2013, p. 1556-1563 – Dossier « Réforme territoriale : la parole aux acteurs », AJCT, p. 182 et s. – Dossier « Big bang territorial : suite... et fin ? », AJCT, p. 412 et s. – F. Hourquebie, « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », AJDA 2015 p. 626. – J.-M. Pastor, « Premiers pas vers la France aux quatorze régions », AJDA 2014. 1124. – M. Degoffe, « L'organisation des métropoles », RFDA 2014. 481.

⁴¹⁴ M. Verpeaux, « Acte III, scène finale ? », JCP A 2014, n° 42, 2287.

⁴¹⁵ Cette place avait déjà été progressivement renforcée par les réformes territoriales précédentes : cf. not. P. Martinat, *Les régions, clefs de la décentralisation*, LGDJ, 2010 – F. Hulbert, *Le pouvoir aux régions. La reconstruction géopolitique du territoire français*, L'Harmattan, 2010.

⁴¹⁶ M. Verpeaux, « Les nouvelles régions sont constitutionnelles », JCP A 2015, n° 12, 2074 – F. Hourquebie, « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », préc.

⁴¹⁷ Ce pouvoir « *s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi* » : CGCT, art. L. 4221-1 et L. 4433-1, al. 4 nouveaux. Toutefois ce pouvoir règlementaire est plus une confirmation qu'une novation dans la mesure où l'art. 72 al. 3 de la Constitution modifiée par la L. const. n° 2003-276 du 28 mars 2003 prévoit que les collectivités territoriales « *disposent d'un pouvoir règlementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Il s'agit donc « *en l'état du projet de loi, que de réaffirmer ce que la Constitution énonce déjà, et ce sera à la loi de préciser chaque fois ce que la Région pourra décider ou non* » : M. Verpeaux, « Acte III, scène finale ? », préc. Adde E. Maulin, « La décentralisation du pouvoir normatif », AJCT 2014.309.

⁴¹⁸ J.-M. Pontier, « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », AJDA 2014.1694.

⁴¹⁹ En effet, aux termes de l'article L. 1111-3 du CGCT, « *la répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque*

faire oublier que l'objectif est de confier des compétences intégrales aux collectivités territoriales⁴²⁰.

238. En troisième lieu, le processus de décentralisation se caractérise par une volonté de clarification et de rationalisation de l'action publique. Le renforcement de l'intercommunalité⁴²¹ et l'affirmation des métropoles⁴²² concrétisent cette volonté. L'objectif est simple : faire coïncider les périmètres institutionnels à la réalité des bassins de vie et des bassins économiques. En outre, cette intention se décline dans la recherche d'une juste répartition des compétences et dans le souci de compenser les charges transférées aux collectivités territoriales.

239. La rationalisation de l'action publique est toutefois en proie à une grande difficulté : l'enchevêtrement des compétences⁴²³.

240. Cette difficulté s'explique notamment par l'attribution d'une clause de compétence générale aux collectivités territoriales. Cette clause est l'une des spécificités de l'organisation territoriale française⁴²⁴. Elle fut, dans un premier temps attribuée aux communes dès la fin du XIX^{ème} siècle, puis consacrée à l'endroit des départements et des régions.

forme que ce soit, sur une autre d'entre elles ». Sur ce sujet, cf. not. J.-B. Auby, « Tutelle d'une collectivité sur une autre ? », DA n° 1, Janvier 2015, repère 1.

⁴²⁰ Article L. 1111-4 du CGCT : « *La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'État s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'État et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'État, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions* ».

⁴²¹ E. Kerrouche, « Bilan de l'intercommunalité à la française dans une perspective européenne : une réforme territoriale incomplète », RFAP, avril 2012, n° 141, p. 37 - J.-M. Pontier et Ph. Neveu, « L'intercommunalité au cœur de la réforme des collectivités territoriales », JCPA 2010, p. 11 - A. Aveline, « Intercommunalité : la réforme continue », AJCT 2014. 426 - S. Pintre, « Il faut aller vers la réduction du nombre de communes », AJDA 2014 p. 2028.

⁴²² E. Négrier, « Métropolisation et réforme territoriale », RFAP, avril 2012, n° 141, p. 73 - J.-C. Douence, « Les métropoles », 2011, n° 2, p. 258 - J. Caillosse, « La « métropole » impossible », pouvoirs locaux, octobre 2010, n° 86, p. 41 - G. Marcou, « Les métropoles ont-elles une chance ? », JCP A, 2010, n° 58 - M. Degoffe, « L'organisation des métropoles », RFDA 2014. 481 - Nelly Ferreira, « Les métropoles de droit commun », AJCT 2014. 249.

⁴²³ J.-M. Pontier, « L'enchevêtrement des compétences », in *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?* (dir. J.-C. Nemery), L'Harmattan, 2010, p. 108 - Sur ce sujet, cf. not. J.-J. de Peretti, *La liberté de s'organiser pour agir*, Rapport à M. le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales, Paris, La doc. fr., septembre 2011 - A. Lefevre, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la clarification de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, Paris, Sénat, février 2011 - J.-L. Warsmann (prés.), Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales, n° 1153, Paris, Assemblée nationale, 2008.

⁴²⁴ Sur ce sujet, cf. not. J.-M. Pontier, « La clause générale de compétence », JCP A 2011, n° 2 - B. Fleury, « «Libertés, libertés locales chéries» (Autour de la clause générale de compétence) », JCP A 2010, n° 22, p. 20 -

241. D'abord louée comme l'incarnation de la libre administration des collectivités territoriales, elle est aujourd'hui présentée comme la cause de l'enchevêtrement des compétences (qui « *pénalise l'action publique locale, nuit à la lisibilité des choix publics et empêche le citoyen d'identifier clairement les responsabilités* »⁴²⁵) et de la multiplication des financements croisés.

242. C'est la raison pour laquelle le législateur est d'abord venu la supprimer pour les départements et les régions par le truchement de l'article 73 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010⁴²⁶. On aurait pu penser que cette abrogation constituait une révolution du cadre de l'action publique territoriale, pourtant, elle ne changeait pas grand-chose dans la mesure où cette « *fausse suppression* »⁴²⁷ ne rendait pas incompétents les régions et les départements à traiter de toute affaire en lien avec leurs territoires car les unes comme les autres pouvait « *par délibération spécialement motivée, se saisir de tout objet d'intérêt (régional ou départemental) pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique* »⁴²⁸.

243. Le changement de majorité issu des élections présidentielles et législatives de mai et juin 2012 a non seulement conduit au rétablissement de cette clause par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 mais également à un ajout pour le moins surprenant (car assez inutile) en vertu duquel les départements et les régions étaient compétents pour statuer « *sur tous les objets sur lesquels elle est appelée à délibérer par les lois et règlements et sur tous les objets d'intérêt (départemental ou régional) dont elle est saisie* »⁴²⁹.

G. Le Chatellier, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile », AJDA, 2009, p. 186 – M. Verpeaux, « La clause générale de compétence, consécration ou remise en cause », RLCT 2009, n° 42, p. 66 – M. Verpeaux, « Pavane pour une notion défunte – La clause générale de compétence », RFDA 2014, 457 – B. Dreyfus, « A propos de la clause de compétence générale », AJDA 2009.337 – M.-C. de Montecler, « Clause générale de compétence, acte III », AJDA 2014, p. 884 – B. Faure, « La nouvelle compétence générale des départements et des régions », RFDA 2011, p. 240 – P. Heinz, « Clarification des compétences territoriales entre départements et régions : « de l'autre côté du miroir » », AJCT 2012, p. 408 – J.-M. Pontier, « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », JCP A 2014, n° 8, p. 2047.

⁴²⁵ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 69.

⁴²⁶ L. n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (JO n° 0292 du 17 décembre 2010, p. 22146).

⁴²⁷ N. Dantonel-Cor, « La clause générale de compétence depuis la réforme du 16 décembre 2010 : le changement dans la continuité », DA n° 12, décembre 2011, étude 23.

⁴²⁸ Art. 73 de la L. n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (JO n° 0292 du 17 décembre 2010, p. 22146).

⁴²⁹ L. n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (JO n° 0023 du 28 janvier 2014, p.1562).

244. La saga ne s'arrête pas car la loi portant nouvelle organisation territoriale de la république supprime à nouveau la clause pour les départements⁴³⁰.

245. Au-delà de l'analyse de la très grande versatilité du Parlement que faut-il penser d'une telle suppression ? Cette question revient à s'interroger sur le fondement de cette clause de compétence générale. Selon le Professeur Jean-Claude Douence la réponse est claire : « *la vocation générale des collectivités territoriales repose [...] sur un fondement législatif* »⁴³¹. Cependant, sur ce point, les avis divergent et pour d'autres « *il n'est pas faux de soutenir que cette clause générale de compétence est une composante du principe de libre administration, puisqu'il est possible d'affirmer que le domaine de la libre administration est formé par deux éléments : le premier est général et de nature constitutionnel, le second est de nature législative conféré par les compétences énumérées par le législateur* »⁴³². Le Conseil constitutionnel n'a, quant à lui, pas donné de réponse définitive dans le cadre du recours relatif à la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales⁴³³. La question qui lui était soumise était celle de savoir s'il existait un ancrage constitutionnel à l'habilitation générale des collectivités territoriales notamment par l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la république, en l'espèce les lois de 1871 et de 1884, ou par le truchement du principe constitutionnel de libre administration. Le Conseil constitutionnel rejette ces deux fondements et dispose d'une part que les dispositions de « *la loi du 10 août 1871 [...] n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une "clause générale" rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence* »⁴³⁴ et, d'autre part, que « *les dispositions critiquées permettent au conseil*

⁴³⁰ Art. 94 de la L. n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (JO n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705) : le texte finalement promulgué ne fait plus référence à la suppression de la clause de compétence générale des régions – contrairement au texte adopté en première lecture par le Sénat le 27 janvier 2015 – mais conserve la suppression de la clause de compétence générale des départements.

⁴³¹ J.-C. Douence, « Création et suppression des services publics locaux », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 3, folio n° 6042, 2012, n° 110.

⁴³² F.-X. Fort, « Observations sur la notion de compétence locale », JCP A 2014, n° 26, p. 2200. Dans le même ordre d'idées, cf. J.-M. Pontier, « l'enchevêtrement des compétences », in *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?* (dir. J.-C. Nemery) l'Harmattan, 2010, p. 108 – J.-M. Pontier, « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local, Mélanges Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 385.

⁴³³ Cons. const., déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 relative à la loi n° 2010-1563 de réforme des collectivités territoriales : AJDA 2011, n° 2, p. 99, note Verpeaux ; LPA 2011, n° 14, p. 5, note Bousta ; AJDA 2011, n° 3, p. 129, note Marcou ; JCP A 2011, n° 2, p. 16, note Rouault ; JCP A 2010, n° 2, p. 47, note Pontier ; JCP A 2011, n° 2, p. 47, note Ponte ; RFDC 2011, n° 88, p. 789, note Marceau, Anne ; RFDC 2012, n° 89, p. 83, note Lamouroux.

⁴³⁴ *Ibid.*, cons. n° 54.

général ou au conseil régional, par délibération spécialement motivée, de se saisir respectivement de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ; que, par suite, doit être écarté le grief tiré de ce que les dispositions critiquées seraient contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales »⁴³⁵. Doit-on en conclure que le principe de libre administration implique, *a minima*, que les collectivités territoriales puissent se saisir de tout objet d'intérêt local ?

246. En réalité, nous pensons que toute cette histoire relève d'un faux débat. Nous rejoignons en cela le constat dressé par le Professeur Jean-Claude Douence pour qui « *la doctrine classique a longtemps valorisé à l'excès la "clause générale de compétence" dans laquelle elle voyait un élément essentiel de la décentralisation et, inversement, elle s'est peu attachée à l'analyse des attributions légales de compétence dont l'intérêt théorique paraissait moindre* ». Selon le Professeur, « *depuis un quart de siècle, la réflexion est devenue moins formelle et plus sociologique. La "clause générale de compétence" a fait la preuve de son incapacité à protéger les collectivités territoriales contre les empiètements légaux d'un État centralisateur et les transferts de compétences se sont affirmés comme un moyen privilégié de concrétiser la libre administration locale* »⁴³⁶. Dès lors, peut-être faudrait-il moins interroger la pertinence du maintien de la clause de compétence générale à destination des départements et des régions que questionner sa suppression pure et simple pour l'ensemble des collectivités territoriales, c'est-à-dire communes y compris, (maintien qui n'a d'ailleurs plus grand sens à l'heure du renforcement de l'échelon intercommunal)⁴³⁷.

247. La libre administration ne doit en pas être ennemie de la bonne organisation. L'idée même de la décentralisation repose sur le principe que des compétences doivent être exercées à l'échelon qui paraît le plus pertinent⁴³⁸ et les besoins du temps – au premier rang desquels

⁴³⁵ *Ibid.*, cons. n° 55.

⁴³⁶ J.-C. Douence, *Création et suppression des services publics locaux*, préc., n° 11.

⁴³⁷ Nous nous accordons également avec Mme Nadine Dantonel-Cor selon laquelle « *ce qui est plus préoccupant, c'est de continuer de doter les communes de la clause sans limitation alors que le souhait du législateur est justement de renforcer les compétences des intercommunalités* » : N. Dantonel-Cor, « La clause générale de compétence depuis la réforme du 16 décembre 2010 : le changement dans la continuité », DA 2011 n° 12, étude 23.

⁴³⁸ Cf. art. 72 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent être le mieux mises en œuvre à leur échelon* ». Toutefois, le Professeur J.-C. Douence notait à propos de l'introduction de cet alinéa dans la Constitution que « *le Conseil constitutionnel, qui a toujours affirmé ne pas avoir le même pouvoir d'appréciation que le législateur, n'exerce qu'un contrôle restreint [...] Au vu de cette jurisprudence l'innovation constitutionnelle ne paraît pas promise à un grand avenir* » : J.-C. Douence, *Création et suppression des services publics locaux*, op.cit., n° 9. Adde Cons.

l'amélioration des finances publiques et la performance de l'action publique – imposent une clarification des compétences. C'est pourquoi, la volonté du législateur de confier aux collectivités territoriales des compétences claires mais bien délimitées nous paraît non seulement satisfaisante mais bel et bien juridiquement fondée et mériterait donc, à ce double titre, d'être renforcée. Ainsi, la suppression de la clause de compétence générale permettrait aux collectivités territoriales de se concentrer sur leur cœur de métiers (et ceux-ci nous semblent suffisamment nombreux et importants pour s'y atteler avec force) sans pour autant porter atteinte à la libre administration des collectivités territoriales (qui semblent bien plus fragilisées par le manque de ressources financières)⁴³⁹. Certes, la clause de compétence générale est la concrétisation d'un « *lent dépôt des siècles* »⁴⁴⁰ mais la répartition des compétences et l'octroi des ressources financières pour les exercer sont les véritables garanties de la libre administration des collectivités territoriales car ils permettent à l'administration de s'adapter aux nécessités du temps⁴⁴¹.

248. Et il ne faut pas s'y tromper. Une telle adaptation ne remettrait pas en cause les capacités d'intervention des personnes publiques sur le marché. Certes, elles ne pourraient pas intervenir en tout domaine pour un motif d'intérêt public (par exemple pour compenser l'absence ou la carence de l'initiative privée) mais pourraient continuer à le faire dans les domaines relevant de leurs compétences. En outre, elles seraient toujours admises à exercer des activités accessoires à leurs missions de service public à la condition qu'elles en soient le complément nécessaire « *sans que ni le principe de spécialité, ni l'absence d'autorisation législative expresse, ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne puissent y faire obstacle* »⁴⁴².

ii. Les établissements publics nationaux et locaux

249. Le principe de spécialité applicable aux établissements publics est particulièrement rigoureux. Les établissements publics ne sont en principe compétents que pour prendre en

const., déc. n° 05-516 DC du 7 juillet 2005 relative à la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique : Rec. 102 ; AJDA 2005. 1487 ; DA 2005, n° 114, obs. Fraisse ; RFDA 2005. 930, note Sabete – Cons. const., déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 relative à la loi de réforme des collectivités territoriales : préc.

⁴³⁹ Sur ce sujet, cf. not. M. Cabannes, « La nouvelle stratégie financière locale de l'État », Pouvoirs locaux 2010, n° 86, p. 13 – Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématiques, Paris, La doc. fr., 2014.

⁴⁴⁰ J.-M. Pontier, « Requiem pour une clause de compétence générale », JCP A, n° 2, 10 janvier 2011, 2015.

⁴⁴¹ C'est ce que J.-M. Pontier appelle la « modularité » in « Requiem pour une clause de compétence générale », JCP A, n° 2, 10 janvier 2011, 2015.

⁴⁴² CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 257.

charge les missions fixées dans leur statut (leur objet social)⁴⁴³, quel que soit le lieu de la prestation (y compris pour les activités à l'étranger)⁴⁴⁴, quel que soit la méthode de diversification retenue : « *par l'établissement lui-même, par une filiale à contrôle majoritaire de l'établissement ou par une participation minoritaire* »⁴⁴⁵. Le conseil d'État a notamment pu rappeler cette exigence dans son avis *Société Jean-Louis Bernard consultants* qui encadre la candidature des établissements publics – et plus largement la candidature l'ensemble des personnes publiques – aux contrats de la commande publique.

250. Le principe de spécialité pose notamment problème concernant les établissements publics industriels et commerciaux dans la mesure où ces derniers ont vocation à investir le champ concurrentiel : cette limite est vécue comme un frein au développement d'activité sur le marché et donc au fonctionnement même de l'établissement⁴⁴⁶.

251. C'est la raison pour laquelle le législateur ou le gouvernement sont venus aménager, au cas par cas, le principe de spécialité applicable aux établissements publics industriels et commerciaux de l'État⁴⁴⁷. Le juge administratif a également progressivement autorisé, tant dans

⁴⁴³ Cf. par ex. TA Paris, 25 mai 1994, n° 9204850/3 : Enerpresse 1994, n° 6091, p. 3 et 4 (« *Considérant que les établissements publics constituent des démembrements de la collectivité publique qui les crée auxquels la personnalité civile n'est conférée que parce qu'un objet spécial leur est attribué ; que par suite il est de la nature même des établissements publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, de n'avoir d'autre objet que celui qui leur a été spécialement attribué par leurs règles constitutives ; qu'ils ne peuvent avoir d'activités que s'inscrivant dans les limites que définit ledit objet* » – TA Paris, Sect. A, Ch. A, n° 00PA00870, 9 août 2000, EPAD – CAA Paris, 9 août 2000, EPAD, n° 00PA00870 : DA n° 5, Mai 2001, comm. 112 (« *la CAA de Paris confirme un jugement du TA de Paris qui avait considéré comme nul un contrat par lequel l'EPAD avait concédé des réseaux optiques de télécommunications dans le quartier de la Défense* »).

⁴⁴⁴ En effet, EDF avait pu considérer que le principe de spécialité ne s'appliquait pas à ses activités réalisées à l'étranger (notamment pour ses interventions en Amérique Latine et en Afrique). Cependant, comme le note le Professeur Laurent Richer en dehors du cas où une loi prévoit le contraire – par ex., L. n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JO n° 35 du 11 février 2000 p. 2143) – « *on ne peut qu'être très réservé sur une telle restriction du champ d'application du principe de spécialité à raison d'un élément d'extranéité. En effet la participation de l'établissement public est soumise à autorisation ministérielle en application du décret n° 53-707 du 9 août 1953 et cela même si la société de droit français opère à l'étranger et même si c'est une société de droit étranger. Le droit français sera applicable à la constitution de société, et il est probable que ce droit serait également appliqué par les juridictions étrangères compte tenu de ce que la constitution des sociétés est normalement régie par la loi du siège et de ce que la capacité d'agir des sociétés dépend de la loi nationale* » : L. Richer, « Les EPIC et la tentative de filialisation de leurs activités », JCP A 2009, n° 31-35, 2201

⁴⁴⁵ S. Rodriguez, « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques. À propos de la diversification d'Électricité de France », RFDA 1994, p. 1146.

⁴⁴⁶ Pour une approche générale du principe de spécialité des établissements publics, cf. not. G. Timsit, « La spécialité des entreprises publiques », in *Études de droit public*, Cujas 1964 – D. Lochak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », AJDA 1971, p. 273 – S. Rodriguez, « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques. À propos de la diversification d'Électricité », préc. – Y. Durmarque, « Vicissitudes du principe de spécialité des EPIC », in *Mélanges Sandevour*, L'Harmattan, 2000, p. 112.

⁴⁴⁷ Cf., par ex., D. n° 20-878 du 29 septembre 1970 (JO du 1 octobre 1970, p. 9116) par lequel le gouvernement autorise le Commissariat à l'énergie atomique à prolonger certaines de ses activités de recherche et de

sa formation consultative⁴⁴⁸ qu'au contentieux, la diversification des activités des établissements publics assurés dans le prolongement de leurs missions statutaires⁴⁴⁹ avant d'instituer un véritable cadre juridique de la diversification dans un avis du 7 juillet 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF/GDF⁴⁵⁰. Ainsi, la Haute juridiction, après avoir rappelé le principe de spécialité qui « *signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission* »⁴⁵¹ en tempère toutefois la rigueur en admettant qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, puisse diversifier ses activités.

252. Il soumet toutefois cette dérogation au principe de spécialité à une double condition.

253. D'une part, l'activité doit être complémentaire ou connexe à la mission de service public, c'est-à-dire qu'elle doit être « *techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale* ». Le caractère complémentaire est « *le caractère de ce qui s'ajoute à une chose pour qu'elle soit complète* »⁴⁵² quand le caractère connexe est « *le caractère de ce qui a des rapports étroits avec autre chose* »⁴⁵³, les deux se distinguent donc de l'analogie ou de la comparabilité. Ce lien de complémentarité ou de connexité trouve sa justification dans l'utilisation optimale des moyens du service public, ainsi, comme le rappelle l'Autorité de la concurrence « *l'utilisation des moyens du service public pour répondre à des*

développement dans des domaines non nucléaires, soit à des fins économiques, soit en vue de participer à des programmes d'intérêt général – L. n° 80-531 du 15 juillet 1980 sur les économies d'énergie (JO du 16 juillet 1980 p. 1783 : D. 1980. 280, rect. 319) qui élargit la mission d'Électricité de France pour lui permettre de contribuer au développement de la production combinée d'électricité et de chaleur – L. n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (à propos de la SNCF) et L. n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (à propos de la SNCF) qui autorisent ces établissements à exercer « *toutes les activités qui se rattachent directement ou indirectement à [leur] objet* ».

⁴⁴⁸ CE, avis, Sect., 15 juillet 1992 : EDCE 1992-1993, p. 435.

⁴⁴⁹ CA Paris, 17 mai 1967 : JCP 1967.II.15157, concl. Souleau (à propos de l'ORTF : autorisation à diffuser des films du commerce) – CA, 25 février 1972 : D. 1973.285, concl. Cabannes (à propos de Gaz de France : autorisation de commercialiser les sous-produits de ses exploitations gazières correspondant à des activités antérieures aux nationalisations) – CE, 23 juin 1965, *Société aérienne de recherches minières* : Rec. 380 (à propos de l'Institut géographique national : autorisation de procéder à la location des appareils de sa flotte aérienne à des sociétés de prospection magnétique aéroportée).

⁴⁵⁰ CE, Sect. des travaux publics, avis, 7 juillet 1994, n° 356089, *Diversification des activités d'EDF/GDF* : RFDA 1994, act. Rodriguez ; CJEG avril 1995, p. 164 ; Enerpresse, n° 6118, 18 juillet 1994, p. 3 et n° 6133, 8 août 1994 : « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'Électricité de France et Gaz de France signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* ».

⁴⁵¹ Et donc qu'« *il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* » (préc.)

⁴⁵² F. Lichère, « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », AJDA 1998, p. 619.

⁴⁵³ *Ibid.*

besoins autres que ceux en vue desquels ils ont été constitués, et qui pourraient également être pourvus par le secteur privé, s'appuie sur la notion de prolongement de l'activité du service public. Il n'est ainsi pas illégitime qu'ils cherchent à obtenir des marchés auprès de tiers pour améliorer la rentabilité des investissements et la productivité des services »⁴⁵⁴.

254. D'autre part, il est attendu que l'activité soit d'« intérêt général » et que l'établissement public en retire une « utilité directe », « notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, [par] le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal »⁴⁵⁵ –.

255. Cette solution trouve un appui dans la jurisprudence de l'Union européenne selon laquelle l'extension d'un service d'intérêt général ne saurait être justifiée que si « l'activité accessoire, ouverte alors à la concurrence, constitue un service spécifique à valeur ajoutée, ne répondant à des besoins particuliers que pour certains utilisateurs et non nécessaire à son équilibre économique [...] si cette extension n'entraîne pas un coût plus important que les avantages que comporterait son ouverture à la concurrence, pour le développement des échanges au sein de l'Union (application du principe de proportionnalité) »⁴⁵⁶.

256. Pour conclure, si l'aménagement du principe de spécialité, par les textes ou la jurisprudence, a contribué à élargir le potentiel commercial du statut de l'établissement public, toutefois, les constats dressés par les Professeurs René Chapus et Martine Lombard sont toujours d'actualité : d'une part le principe de spécialité est encore assez rigoureux pour brider les interventions concurrentielles des établissements publics sans rapport avec leur « raison

⁴⁵⁴ Cons. conc., avis n° 97-A-10, 25 février 1997, relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine – Cons. conc., avis n° 99-A-21, 8 décembre 1999, relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers.

⁴⁵⁵ CE, Sect. des travaux publics, avis, 7 juillet 1994, n° 35608, *Diversification des activités d'EDF/GDF* : préc.

⁴⁵⁶ CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau* : AJDA 1993. 865, note Hamon ; 1993. IR. 169. Le juge considère que « l'exclusion de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, telles que la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution ou encore la possibilité de modifier la destination en cours d'acheminement, et dans la mesure où ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts, telles que le secteur géographique dans lequel ils interviennent, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif » (pt. 19).

d'être »⁴⁵⁷ – comme le confirme la jurisprudence récente – ; d'autre part, le risque contentieux qu'il sous-tend « *peut être difficilement supportable lorsque les frontières du licite et l'illicite laissent place au doute* »⁴⁵⁸.

iii. Les groupements d'intérêt public

257. La compétence des groupements d'intérêt public a largement évolué depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011⁴⁵⁹. Avant cette réforme, la création des groupements d'intérêt public n'était possible que sur le fondement d'une loi qui l'y autorisait et qui définissait le domaine et le cadre d'intervention précis de ces institutions publiques. Le législateur a largement modifié cette situation en autorisant, d'une part, la création de tels groupements sur son seul fondement et, d'autre part, en posant le principe que leur objet social est librement défini dans la convention constitutive, à la seule condition que les activités prises en charge par les groupements d'intérêt public soient d'intérêt général et à but non lucratif⁴⁶⁰. Il a, par ailleurs, procédé au grand « toilettage » des catégories de groupements d'intérêt public préexistantes et, à ce titre, en a supprimés beaucoup et conservé certaines, principalement pour des raisons liées à la spécificité des activités prises en charge par les groupements concernés⁴⁶¹.

258. Les groupements d'intérêt public sont soumis au principe de spécialité au même titre que les autres personnes publiques. Ils ne sont donc compétents que pour prendre en charge les activités prévues dans leur convention constitutive.

259. Ils ont toutefois deux spécificités intéressantes.

260. En premier lieu, il est interdit aux collectivités territoriales ou à leurs groupements de constituer entre eux des groupements d'intérêt public pour prendre en charge des activités qui peuvent être confiées à un organisme public de coopération intercommunale⁴⁶².

⁴⁵⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, n° 520 b : selon le Professeur René Chapus le principe de spécialité fait obstacle « à ce que les entreprises publiques s'engagent dans des activités sans rapport avec leur raison d'être ».

⁴⁵⁸ M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA 2006 p. 79.

⁴⁵⁹ L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, art. 98 : « ces personnes (morales de droit public et, le cas échéant, de droit privé) y exercent ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice ».

⁴⁶¹ Sur ce point, nous recommandons vivement la lecture de l'article – complet – de la Professeure Laetitia Janicot : « La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public », AJDA 2011, p. 1194.

⁴⁶² Sur ce point, cf. not. Instruction n° 2012-11-1624 du 27 février 2013 relative à la création d'un statut commun des groupements d'intérêt public, p. 6.

261. En second lieu, l'encadrement de l'objet social des groupements d'intérêt public par la loi aurait pu faire penser que, d'une part, ils ne pouvaient pas prendre en charge des activités concurrentielles, d'autre part, corrélativement, ne pouvaient pas bénéficier de la jurisprudence relative à la diversification des activités des établissements publics. En effet, la notion d'« intérêt général à but non lucratif » pouvait être interprétée de deux manières : soit elle interdisait à l'institution d'exercer des activités lucratives, soit elle interdisait aux personnes membres du groupement, et notamment aux personnes privées, de pouvoir tirer profit de leur participation. C'est cette seconde interprétation que retient le juge administratif dans son arrêt *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement* du 10 novembre 2010⁴⁶³. La Haute juridiction fournit trois précisions importantes. Tout d'abord, les groupements d'intérêt public peuvent prendre en charge des activités concurrentielles (dont les bénéfices seront réinvestis dans l'activité du groupement) et pourront donc, par conséquent, diversifier leurs activités dans les mêmes conditions que les établissements publics. Ensuite, la reprise des activités de service public, jusque-là assurée par une des personnes publiques membre du groupement n'est pas soumise aux obligations de mise en concurrence et de transparence s'il s'agit seulement d'un service public facultatif et, dès lors, la personne publique ne doit pas non plus justifier d'un intérêt public à agir sur le marché⁴⁶⁴. Par contre, s'il s'agit d'une activité de service public obligatoire, en toute logique, l'activité devra être confiée par voie contractuelle – contrat qui sera soumis aux principes et aux règles de la commande publique – et la personne publique responsable de ce service devra justifier, le cas échéant, d'un intérêt public à agir sur le marché. Enfin, la prise en charge d'une activité concurrentielle par le groupement d'intérêt public sera soumise aux conditions classiques formulées dans l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*⁴⁶⁵ et notamment à la démonstration d'un intérêt public.

⁴⁶³ CE, 10 novembre 2010, n° 319239 et 319109, *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement* : Rec. 845 ; RLC 2011/26, note Clamour ; RJEP, n° 686, mai 2011, comm. 24, comm. Bernard.

⁴⁶⁴ Contrairement, comme le notent les Professeurs Guylain Clamour et Sébastien Bernard, à la mutualisation classique des équipements des services par le biais d'une structure dédiée (cf. not. CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Syndicat National des industries d'information de santé* : CMP 2009, comm. 120, obs. Soler-Couteaux ; RJEP 2009, comm. 46, Trouilly ; DA 2009, comm. 71, note Hoepffner ; RFDA 2009, p. 759, note Apollis) : G. Clamour, « Prise en charge d'une activité économique par un GIP », RLC 2011, p. 26 – S. Bernard, « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », RJEP 2011, n° 686, comm. 24.

⁴⁶⁵ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.15584, chron. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm ? Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP Adm. 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre décembre 2006, note Clamour.

iv. Les groupements de collectivités territoriales

262. Les groupements de collectivités territoriales sont des personnes publiques particulières dans la mesure où ils constituent des regroupements de personnes publiques qui souhaitent exercer en commun certaines de leurs compétences⁴⁶⁶. Dès lors, les compétences de ces organismes publics de coopération sont encadrées par la loi mais leur sont déléguées par les personnes publiques qui en sont membres.

263. Ces groupements se répartissent en différentes catégories. L'article L. 5111 du Code général des collectivités territoriales dispose ainsi que « *forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales* ». À cela, s'ajoute le cas des métropoles – créées par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales et entérinées par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles – dont l'appellation commune masque la diversité et la singularité de leurs statuts⁴⁶⁷.

264. Dans la mesure où les groupements de collectivités territoriales sont soumis au principe de spécialité, ils ne devraient pas poser de difficultés particulières.

265. Toutefois, ils ont des spécificités qui méritent d'être soulignées.

266. En premier lieu, la catégorie des établissements publics de coopération intercommunale a suscité de nombreux débats, notamment concernant ceux dotés d'une fiscalité propre. En effet, s'ils entrent dans la catégorie des établissements publics, ils constituent toutefois des établissements publics originaux : ils disposent ainsi d'un territoire⁴⁶⁸, de compétences

⁴⁶⁶ Aux termes de l'art. L. 5111-1 du CGCT les « *collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération* ».

⁴⁶⁷ Ainsi la métropole de Lyon est une collectivité à statut particulier au sens de l'art. 72 de la Constitution. Les métropoles du Grand Paris, d'Aix-Marseille-Provence, de Strasbourg et de Lille prendront la forme d'établissements publics de coopération intercommunale mais seront dotés de statuts particuliers. Sur ce sujet, cf. not. J.-C. Douence, « Les métropoles », RFDA 2011, n° 2 – G. Marcou, « Les métropoles ont-elles une chance », JCP A, n° 30-34.

⁴⁶⁸ Ainsi, selon le Professeur Jean-Marie Pontier l'établissement public de coopération intercommunale est « *tellement particulier qu'il ne peut être rangé dans la catégorie des établissements publics. Car il présente avec ses derniers une différence radicale, l'existence d'un territoire. Cette différence est si importante qu'elle remet en question la distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public. Car si un établissement public dispose d'un territoire, qu'est-ce qui le différencie de la collectivité territoriale ? Un établissement public traditionnel, quel qu'il soit, et même s'il déroge largement au "modèle" de l'établissement public, n'a pas de*

élargies⁴⁶⁹, d'un mode d'organisation et de fonctionnement qui les rapprochent fortement des collectivités territoriales⁴⁷⁰. De plus, le succès grandissant de l'intercommunalité en France, mais également en Europe, soulève immédiatement la question de leur légitimité démocratique⁴⁷¹. Sur ce point l'instauration, par la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013, de l'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires est un pas de plus dans la transformation de ces institutions de nature corporative⁴⁷² en collectivités territoriales.

267. En second lieu, les groupements de collectivités territoriales sont soumis à un principe de spécialité rigoureux dans la mesure où ils ne sont pas destinataires d'une clause de compétence générale⁴⁷³. Le juge administratif a ainsi une appréciation stricte de leurs compétences statutaires⁴⁷⁴ et n'admet pas qu'un groupement de collectivités territoriales s'engage « *dans une opération étrangère à son objet* »⁴⁷⁵.

territoire, il est rattaché à une collectivité territoriale » : J.-M. Pontier, « La personnalité publique, notion anisotrope », RFDA 2007, p. 979.

⁴⁶⁹ Car ici, comme le dit fort justement le Professeur René Chapus, « *ce n'est pas le principe de spécialité qui est largement entendu, c'est la spécialité qui est largement définie* » : R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, n° 521.

⁴⁷⁰ Cf. not. J.-F. Joye, « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », LPA, 16 mai 2003, n° 98, p. 4 – A. de Laubadère, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 447.

⁴⁷¹ J. Caillosse, P. le Lidec, R. Le Saout, « Le procès en légitimité démocratique des EPCI », *Pouvoirs locaux* 2001, n° 48, I, p. 91 – P. Heumel, « Élections au suffrage universel : oui mais comment ? », *Intercommunalités* 2001, n° 46, p. 1. Pour une approche radicale et stimulante de cette question, cf. G. Pinson, « Des métropoles ingouvernables aux métropoles oligarchiques », *Datar, territoires 2040*, n° 1, Paris, La doc. fr., 2010, p. 65.

⁴⁷² La nature corporative de l'établissement public est en effet aujourd'hui largement admise par la doctrine. Toutefois, en sens inverse cf. J.-P. Théron, *Recherches sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 123, 1976.

⁴⁷³ Selon le Professeur Bertrand Faure « *assigné à son principe de spécialité, un établissement public, même territorial, ne peut outrepasser sa mission d'origine. Et ses compétences statutaires sont d'interprétation d'autant plus stricte qu'il apparaît nécessaire de ménager la liberté d'initiative résiduelle des communes membres de la communauté, institutions démocratiques disposant de la compétence générale pour administrer toute question d'intérêt local* » : B. Faure, « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », RFDA, 2004, p. 299.

⁴⁷⁴ CE, 19 octobre 1975, n° 94791, *Commune de Thaon-les-Vosges* : Rec. 577 – CE, 11 mai 1977, *Ville de Lyon* : DA 1977, n° 214 – CE, 4 mai 1984, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c. Commune des Aubiers* : Rec. 527 – CE, 10 mai 1989, *District de Reims c. Commune de Cormontreuil* : Rec. 121, AJDA 1989.638, note Auby, RFDA 1990.188, concl. Stirn – CE, 20 janvier 1989, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de l'agglomération rouennaise* : Rec. 28 ; AJDA 1989, p. 397, obs. J. Moreau – TA Montpellier, 7 décembre 1978, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de Maugio-Perols* : Rec. 631.

⁴⁷⁵ CE, 20 janvier 1989, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de l'agglomération rouennaise* : préc.

268. Cependant, en troisième lieu, les organismes de coopération intercommunale pourront exercer des activités marchandes accessoires à leurs missions de service public dans les mêmes conditions que les établissements publics et les collectivités territoriales⁴⁷⁶.

b. La compétence territoriale – rationae loci

269. Cette deuxième limite est en réalité très proche de celle de la compétence matérielle. Le principe est simple, les personnes publiques exercent leurs compétences sur un territoire délimité.

270. On sait que l'État lui-même exerce sa souveraineté jusqu'à la frontière de son territoire. La difficulté de son champ de compétence ne pose donc pas d'autre problème que celui de la délimitation de ses frontières.

271. Au contraire, la question est plus délicate quand sont concernées les limites territoriales de l'activité des collectivités territoriales et des personnes publiques spécialisées (notamment les établissements publics et les groupements d'intérêt public).

272. Les personnes publiques spécialisées (à l'exception du cas spécifique des groupements de collectivités territoriales) ne disposent pas, à proprement parler, d'un territoire. Elles exercent leurs activités sur un espace géographique – souvent appelé le « ressort territorial » – délimité par leur statut ou leur convention constitutive qui ne doit pas dépasser le territoire des personnes publiques qui les ont constituées⁴⁷⁷. Par exemple, les établissements publics nationaux n'ont pas toujours vocation à exercer leurs activités sur l'ensemble du territoire étatique. Certains sont cantonnés à un périmètre territorial délimité – comme les hôpitaux, les universités par exemple – et ce sont en réalité leurs compétences matérielles, attribuées par l'État, qui leur confèrent la qualité d'établissements publics nationaux ; d'autres, notamment les établissements publics industriels et commerciaux, exercent leur compétence matérielle sur l'ensemble du territoire national. Les groupements d'intérêt public ont, quant à eux, une spécificité supplémentaire car, depuis le 1^{er} janvier 2013, la distinction entre les groupements d'intérêt public « nationaux » et « locaux » n'a pas d'incidence sur leur périmètre territorial⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ CE, 12 janvier 1977, n° 99493, *Commune de Langeais* : Rec. 13 – TA Nancy, 18 avril 1974, *Commune d'Aydoilles* : Rec. 695 – CE, 23 octobre 1985, n° 46612, *Commune de Blaye-les-Mines* : Rec. 297, AJDA 1986.48, note Moreau – CE, 19 novembre 1975, n° 94791, *Commune de Thaon-les-Vosges* : préc. ; TA Montpellier, 7 décembre 1978, *Syndicat intercommunal de Mauguio-Pérols* : préc.

⁴⁷⁷ Sur ce point, cf. Guide de légistique, « Créer, modifier ou supprimer un établissement public », pt 5.2.3., 2007 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁴⁷⁸ Ainsi, aux termes de l'instruction de service n° 2012-11-1164 du 27 février 2013 de la DGFIP : « est dorénavant considéré comme "local" un GIP dont les collectivités locales, leurs établissements publics, les établissements

Ainsi, un groupement d'intérêt public local pourra intervenir sur l'ensemble du territoire national si l'État est membre du groupement (même si l'état est minoritaire au capital ou en voix).

273. Bien plus complexe est la question de la délimitation du champ de compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements⁴⁷⁹. Tout d'abord, parce que la « carte territoriale » est régulièrement débattue et modifiée, comme le prouve l'« acte III » de la décentralisation. Ensuite, car le juge a dû déterminer le degré de souplesse avec lequel devait être apprécié le principe de compétence territoriale.

274. Il peut en effet relever de l'intérêt des collectivités territoriales ou de leurs groupements d'agir en dehors de ce périmètre. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence fait référence pour juger de la légitimité de l'intervention extraterritoriale à la notion d'intérêt public « local », « départemental » ou « régional ». L'idée est la suivante : peu importe l'endroit où est mis en œuvre l'activité de service public pourvu que cette activité satisfasse les besoins, voire serve les intérêts de la population qu'administre la personne publique⁴⁸⁰. Le Conseil d'État a cependant une approche sévère de la possibilité pour les collectivités territoriales d'agir en dehors de leur périmètre territorial. Ainsi, dans son Rapport public de 2002, il affirmait qu'« *il ne paraît [...] pas légitime, sans circonstances particulières, qu'une commune gère le service public d'une autre commune même si une telle intervention est susceptible d'avoir des conséquences financières favorables sur ses deniers publics. Il en va de même pour les établissements de coopération intercommunale dont on voit mal en quoi il pourrait être justifié qu'ils développent des prestations au bénéfice des tiers* »⁴⁸¹. Dans cette logique, le Conseil d'État, dans son arrêt du 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la*

publics locaux d'enseignement, les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles, les établissements publics locaux d'enseignement maritimes et aquacole détiennent conjointement plus de la moitié du capital ou des voix au sein de l'organe délibérant. Le GIP sera 'national' dans les autres cas » (p. 8).

⁴⁷⁹ Sur ce sujet, cf. not. J.-M. Pontier, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », AJDA 1997 p. 723.

⁴⁸⁰ Ainsi, le Conseil d'État a pu juger que les travaux de consolidation d'une voie nécessaire à la desserte de la commune, bien qu'elle ne soit pas sa propriété, revêtent un intérêt communal : CE, 21 décembre 1994, n° 119135, *Commune de Théoule-sur-Mer* : Rec. 825. De la même façon, l'octroi de bourses à des étudiants issus d'une ville étrangère jumelée à la commune revêt un intérêt local : CE, 28 juillet 1995, 129838, *Commune de Villeneuve-d'Ascq* : Rec. 324. Par contre, l'acquisition d'une quote-part d'un terrain en indivision situé dans une autre commune dans le but de retarder la réalisation de la construction d'une autoroute, est « étrangère aux intérêts publics communaux dont le conseil municipal a la charge » : CE, 24 mai 1993, n° 118414, *Commune du Vésinet* : Rec.163.

⁴⁸¹ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., p. 265.

*vallée de l'Orne*⁴⁸², considère, par principe, qu'un syndicat de communes ne peut pas intervenir sur le territoire d'une commune non membre pour fournir de l'eau potable mais que cette interdiction peut être exceptionnellement levée quand elle est littéralement prévue dans ses statuts et respecte les principes posés par la loi du 2 mars 1982⁴⁸³ notamment le principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁸⁴, il donc désormais clair que « la *jurisprudence administrative se réfère [...] expressément à la rédaction des statuts* »⁴⁸⁵.

275. Toutefois, la coopération entre les personnes publiques ouvre encore un large champ d'action extraterritorial. En effet, une interprétation trop stricte de la compétence territoriale conduirait à limiter la coopération, même si cette dernière a davantage pour objet l'œuvre commune que la prestation d'une personne publique à une autre.

276. On le voit bien, dans ces deux hypothèses (prestation ou coopération), il y a une interpénétration des questions de compétence matérielle et territoriale. Cette problématique a une résonance particulière en matière de prestations de service marchand car le marché n'a pas, dans la grande majorité des cas, la même dimension que les périmètres territoriaux des personnes publiques. Or, les juges et autorités de la concurrence sont vigilants à ce que les initiatives publiques ne portent pas atteinte au principe de compétence territoriale. Autrement dit, les collectivités territoriales et les personnes publiques spécialisées ont vocation à exercer leur fonction sur un territoire délimité et cette exigence est une limite importante pour le développement de leur activité concurrentielle dans la mesure où elles ont vocation à s'insérer sur des marchés dont le périmètre est parfois local, mais le plus souvent national, européen, voire international.

277. Cette limite est le témoin d'une conception sur laquelle s'est forgé tout le processus d'organisation de l'administration en France⁴⁸⁶. Tout d'abord, la décentralisation territoriale et

⁴⁸² CE, 25 mai 1994, n° 106876, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne* : DA 1994, n° 435.

⁴⁸³ L. n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (JO du 3 mars 1982, p. 730).

⁴⁸⁴ Cf. not. TA Clermont-Ferrand, 10 janvier 1985, n° 84-1035, *COREP Puy-de-Dôme c. SIVOM de Randan* : Vie communale et départementale, février 1985, p. 41 – CAA Paris, 23 novembre 2004, n° 00PA03920, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication* : AJDA 2005. 451 – CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA000341, *Commune de Quiévrechain*.

⁴⁸⁵ S. Nicinski, « La sécurisation des interventions économiques locales », AJCT 2012 p. 172.

⁴⁸⁶ Selon le Professeur Jacques Caillosse, « *Les réformes de décentralisation et de déconcentration n'empêchent pas l'actuelle topographie administrative de toujours porter les marques d'une histoire devenue compromettante. Si notre découpage territorial fait plus que jamais problème, c'est parce qu'il n'a pas été conçu pour favoriser la rentabilité de l'action publique* » : J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », AJDA 1999, p. 195.

sectorielle est encore marquée par une relation verticale entre l'État, d'une part, et les collectivités territoriales et les personnes publiques spécialisées, d'autre part. Or, la logique même du marché impose une autre culture d'organisation : l'adaptation de la structure de décision aux réalités des bassins économiques et industriels – nécessité de plus en plus prise en compte – et l'adaptation de la sphère d'intervention des personnes publiques aux réalités des dimensions du marché – impératif qui n'est pas ou peu pris en compte.

278. Limiter l'action concurrentielle des personnes publiques à leur seul périmètre de compétence territoriale n'a pas grand sens. C'est pourquoi, il semble utile de repenser ce cadre d'action⁴⁸⁷. Il n'y aurait rien d'illogique à assouplir le principe de compétence territoriale pour permettre aux personnes publiques, d'une part, d'assurer des prestations de service marchand au bénéfice d'autres personnes publiques, ce qui permettrait utilement de transmettre des savoir-faire et de bonnes pratiques et, d'autre part, d'investir le marché concurrentiel, ce qui impose nécessairement de revisiter leur champ de compétence territoriale.

2. Les limites extrinsèques

279. Traditionnellement, le juge administratif considérait que l'intervention des personnes publiques sur le champ économique pouvait porter atteinte à certains droits et libertés des personnes privées. Le juge administratif, notamment, a élaboré une jurisprudence bien construite sur le fondement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette jurisprudence a cependant connu des évolutions importantes en moins d'un demi-siècle (a). Le Conseil constitutionnel n'a, pour sa part, jamais formulé de principe très explicite sur l'interventionnisme public. Sa jurisprudence en matière de liberté d'entreprendre peut toutefois y être rattachée (b).

⁴⁸⁷ Du moins, concernant les limites applicables aux sociétés publiques : cf. *infra* n° 1440 et s.

a. Le juge administratif et la liberté du commerce et de l'industrie

280. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'a pas de valeur constitutionnelle⁴⁸⁸ mais a été consacré au rang de liberté publique⁴⁸⁹ et de principe général du droit au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁴⁹⁰.

281. La jurisprudence relative au principe de liberté du commerce et de l'industrie est assurément l'une des constructions jurisprudentielles les plus abouties qu'aura mise à l'œuvre le Conseil d'État. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui le pousse à ne pas en changer. Pourtant, le temps est loin où le juge administratif n'admettait pas l'intervention des personnes publiques sur le champ d'activité des personnes privées.

282. Deux mouvements successifs ont contribué à cette évolution. D'une part, la mise en œuvre de l'idéologie du « socialisme municipal » qui a multiplié les initiatives publiques dans des secteurs où l'offre privée était insuffisante ou inexistante. D'autre part, la construction de l'Union européenne qui a progressivement lié la notion de concurrence à celle d'intérêt général, contribuant à légitimer les initiatives publiques sur le marché concurrentiel.

283. L'histoire de la jurisprudence révèle le changement de paradigme qui s'est produit en un peu plus d'un siècle. Initialement, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie interdisait aux personnes publiques d'investir le champ d'activité des personnes privées. C'est l'arrêt *Casanova*⁴⁹¹ du Conseil d'État qui est venu poser en premier la règle selon laquelle les initiatives publiques étaient interdites en principe et exceptionnellement admises en cas de « *circonstances exceptionnelles* »⁴⁹². Puis, les personnes publiques ont progressivement été autorisées à intervenir sur le marché par le biais de services publics industriels et

⁴⁸⁸ Si le Conseil constitutionnel n'a jamais attribué une valeur constitutionnelle à ce principe, il y a toutefois été récemment « invité » par la Cour administrative d'appel de Bordeaux selon laquelle « *Les dispositions du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 [...] ont donné naissance au principe à valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie* » : CAA Bordeaux, 14 octobre 2013, n° 12BX02069, *M. Refalo* (RLC 2014, p. 38. note Brameret). Sur le sujet, cf. not. M. Kamal et L. Pérez, « La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité », RLC 2012/31, n° 2041 et S. Brameret, « A propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie », RLC 2014, p. 38.

⁴⁸⁹ CE, Sect., n° 48293, 28 octobre 1960, *Martial de Laboulay* : Rec.570.

⁴⁹⁰ CE, ord., 8 juin 2005, n° 281084, *Commune de Houilles* : Rec. 1036 ; CE, ord., 28 octobre 2011, n° 353553, *SARL PCRL Exploitation* : JCP A 2012, n° 2012, note Pontier, RLC 2012/30, n° 1984, obs. Clamour.

⁴⁹¹ CE, 29 mars 1901, *Casanova* : Rec. 333, S. 1901.3.73, note Hauriou ; GAJA, 19^{ème} éd., n° 8.

⁴⁹² En l'espèce, le Conseil municipal d'Olmeto, en Corse, avait décidé de créer un poste de médecin communal, rémunéré sur le budget de la commune, ce médecin étant chargé de soigner gratuitement tous les habitants. Le Conseil d'État considéra qu'aucune circonstance de nature exceptionnelle ne justifiait l'initiative publique.

commerciaux⁴⁹³. Ainsi, en 1930, la Haute juridiction, dans un arrêt fondateur, *Chambre syndicale du Commerce en détails de Nevers*⁴⁹⁴, est venue poser un principe sous l'égide duquel elle fait encore reposer son appréciation. La personne publique, selon cette jurisprudence, ne peut ériger un service public, dans un domaine relevant normalement de l'initiative privée, par la voie d'un acte administratif « *que si, en raison de circonstance de temps et de lieu, un intérêt public justifie son intervention en cette matière* », qu'elle exerce ensuite ce service directement ou indirectement⁴⁹⁵. Ce principe, assez sévère à l'époque de sa formulation, a en réalité été considérablement assoupli par le juge administratif, qui, sous l'effet cumulé de l'accroissement des besoins de la population et de l'intensification de la volonté d'intervention publique (le « *socialisme municipal* »), a permis de nombreuses immixtions des personnes publiques sur le champ des activités industrielles et commerciales en appréciant souplement⁴⁹⁶ les conditions de l'« *intérêt public* »⁴⁹⁷ et des « *circonstances particulières de temps et de lieu* »⁴⁹⁸.

⁴⁹³ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain* : Rec. 91 ; D. 1921.3.1, concl. Matter ; S. 1924.3.4, concl. Matter.

⁴⁹⁴ CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : Rec. 583., RDP 1930.530, concl. Josse ; S. 1931.3.73, concl. Josse, note Alibert ; RJEP février 2011.1, comm. Lombard ; GAJA, 19^{ème} éd., n° 42.

⁴⁹⁵ Par ex. la création d'une société d'économie mixte par une personne publique est soumise au respect de la liberté du commerce et de l'industrie : CE, 23 décembre 1994, n° 97449, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron* : Rec 582 ; AJDA 1995.351 ; RTD com. 1996.489, obs. Alfandari et Jeantin.

⁴⁹⁶ Sur ce sujet, cf. les études et ouvrages desquels les exemples que nous allons donner sont extraits : M. Lombard, « 80 ans après l'arrêt chambre syndicale du commerce en détails de Nevers : pavane pour une infante défunte », RJEP, n° 683, février 2011, repère 2 – G. Clamour, « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », JCP A 2007, 2286 – S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 449 et s. – J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 190 et s – M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n° 42.

⁴⁹⁷ Par ex., concernant des activités dont l'intérêt est lié à l'ordre public : cf. not. CE, 2 février 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris* : S. 1907, III, p. 1, note Hauriou – CE, 22 novembre 1935, *Chouard* : Rec. 1020, S. 1936, III, p. 9, note Bonnard – CE, 19 février 1943, *Ricordel* : Rec. 43. – CE, 4 juillet 1984, *Département de la Meuse* : DA 1984, n° 359 ; RFDA 1985.58, note Douence. Concernant des activités dont l'intérêt est culturel, artistique, touristique ou sportif : cf. not. CE, 21 janvier 1944, *Léoni* : Rec. 26 – CE, Sect., 12 janvier 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie* : Rec. 363 ; AJDA 1960.85, concl. Mayras ; D. 1960.J.402, note Robert – CE, Sect., 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville* : Rec. 251 ; AJDA 1964.288, chron. Fourrée et Puybasset ; RA 1965.31, note Liet-Veaux – CE, Sect., 23 juin 1972, *Société La Plage de la Forêt* : Rec. 477, AJDA 1972.462, n° 53, obs. Labetoulle et Cabannes, RDP 1972, concl. Bernard – CE, 7 juillet 2004, *Commune de Celoux* : Rec. 319 ; JCP A 2004, 1904, chron. Glaser et Séners ; BJCL 2004, n° 9, p. 625, concl. Séners ; LPA 13 mai 2005, n° 95, p. 15, note Nicoud – CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* : AJDA 2007.1903, CMP novembre 2007, n° 308, note Eckert. Concernant des activités dont l'intérêt est économique ou financier : cf. not. CE, 23 juin 1933, *Planche* : S. 1933.III.81, concl. Rivet, note Alibert - CE, 19 mai 1933, *Blanc* : S. 1933.III.81 – CE, 23 juin 1933, *Lavabre* : Rec. 677 ; S.1933.81, concl. Rivet, note Alibert – CE, Ass., 24 novembre 1933, *Zénard* : S. 1934.105, concl. Detton, note Mestre – CE, Ass. 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne* : Rec. 478 ; D. 1940.III.1, note Josse – 24 juin 1954, *Dame Berthod* : Rec.335 – CE, 18 décembre 1959, *Delansorme* : AJDA 1960.2.213, concl. Mayras – CE, 10 mai 1985, *SA Boussac Saint-Frères* : Rec. 145 ; AJDA 1985.434, concl. Cazin d'Honincthun ; RFDA1986.74, note G. Hubrecht et G. Melleray.

⁴⁹⁸ Cf. not. CE, 2 février 1949, *Demoiselles Bresnard* : Rec. 45 – CE, 20 octobre 1965, *Grimes et Syndicat des médecins libres et patentés de Madagascar* : Rec. 531 – CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre* : Rec. 563 ; AJDA 1964.686, chr. Puybasset et Puissochet ; RA 1965.31, note Liet-Veaux – CE, Sect., 23 décembre 1970,

284. La logique européenne devrait porter le « coup de grâce » à cette jurisprudence. En effet, la considération selon laquelle le statut de l'opérateur économique importe peu et que seul compte l'encadrement de son comportement sur le marché prend l'exact contrepied de la jurisprudence française. La question se posait donc de savoir si la jurisprudence *Chambre syndicale du Commerce en détails de Nevers* était encore adaptée à la réalité des faits et du droit. Ne fallait-il pas admettre la légitimité des personnes publiques à investir le champ concurrentiel et, parallèlement, à encadrer davantage leurs modalités d'intervention pour qu'elles respectent les règles de concurrence ? D'autant que pouvait difficilement être démenti le constat selon lequel « *aujourd'hui, sous la pression sociale et les nécessités locales, les collectivités publiques sont amenées à intervenir dans de nombreux secteurs sans trop se soucier de l'éventuelle atteinte à la libre concurrence que leur décision engendre. D'ailleurs, comparées à la foultitude de ces interventions, les contentieux sont peu abondants et lorsqu'ils aboutissent, rares sont les jugements censurant les initiatives locales dans le domaine industriel et commercial* »⁴⁹⁹. L'« *aggiornamento* »⁵⁰⁰ paraissait d'ailleurs d'autant plus nécessaire que « *par un paradoxe que l'on serait tenté de qualifier d'effet pervers, la pénétration du droit de la concurrence dans l'action administrative a eu pour conséquence d'encourager le développement de la concurrence faite par les personnes publiques au secteur privé dans certains secteurs, comme celui de l'eau potable et de l'assainissement. En particulier, des syndicats intercommunaux et des syndicats mixtes se portent candidats à des délégations de service public pour gérer les services de collectivités locales non membres de l'EPCI* »⁵⁰¹.

285. Mais la révolution n'a pas encore eu lieu. Le Conseil d'État dans son arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* de 2006⁵⁰², tente, au contraire, de concilier l'impératif concurrentiel avec sa jurisprudence traditionnelle en matière de liberté du commerce et de l'industrie. Il distingue deux sortes d'interventions de la personne publique. Celles-ci sont, d'une part, « *chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* »

Commune de Montmagny : Rec. 788 ; RDP 1971.249, concl. Khan ; DA 1971, n° 38 ; AJDA 1971.153, chron. Labetoulle et Cabanes – CE, 25 juillet 1986, *Commune de Mercœur* : DA 1986, n° 489.

⁴⁹⁹ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 378.

⁵⁰⁰ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 997.

⁵⁰¹ L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2004 p. 73.

⁵⁰² CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.15584, chron. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm ? Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP Adm. 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre décembre 2006, note Clamour.

; d'autre part, peuvent « *indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique* » à condition que cette intervention se fasse « *dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

286. Ce considérant de principe, très pédagogique, appelle des commentaires et des réserves. Tout d'abord, il existerait un domaine « *sanctuaire* »⁵⁰³ voire « *naturel* »⁵⁰⁴ de l'initiative publique, qui correspondrait aux missions de service public dont les personnes publiques sont investies et un domaine de l'activité économique. Si Madame Claire Landais et Monsieur Frédéric Lénica ont pu tenter une classification assez audacieuse⁵⁰⁵, en réalité, il semble que cette recherche soit un peu vaine. En effet, la séparation d'un domaine des activités de service public et d'un domaine des activités économiques est en elle-même fortement critiquable. Tout d'abord, car elle ne rend pas compte des « *activités "à cheval" entre ces deux catégories, comme les services publics industriels et commerciaux* »⁵⁰⁶ ; ensuite, car elle ne répond pas aux canons du juge de l'Union européenne qui, certes, exclut du champ concurrentiel les activités de puissance publique et les activités « *purement* » sociale, mais le fait au support d'une méthode casuistique et donc évite les exclusions d'ensemble ; enfin, car le Conseil d'État mêle deux plans qui devraient être distincts, celui relatif à la distinction entre activité économique et activité non économique et celui concernant la distinction entre activité d'intérêt général et

⁵⁰³ C. Landais et F. Lenica, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », AJDA 2006, p. 1595.

⁵⁰⁴ *Ibid.* et S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 843 et s.

⁵⁰⁵ C. Landais et F. Lenica, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », préc. : « *on pourrait classer aujourd'hui dans ce domaine naturel plusieurs catégories d'activités. Il y aurait tout d'abord les activités à objet social et les activités se rattachant à une mission de police, qui correspondraient au cœur de mission des personnes publiques. Y seraient incluses également les activités marchandes par nature mais créées dans un but social. On retient ici le critère du but et on s'appuie sur l'évolution antérieure de la jurisprudence, laquelle, face à des activités économiques mais créées dans un but social, opérait une appréciation extrêmement souple des conditions (il y a carence qualitative d'initiative privée lorsque celle-ci ne satisfaisait pas les besoins des plus démunis). L'évolution logique serait donc un passage vers le domaine naturel d'intervention. Ensuite, les activités marchandes par nature mais nécessaires au bon accomplissement d'une politique publique, comme celle d'aménagement du territoire pour des lignes de transport, par exemple, semblaient déjà exonérées du respect des anciennes conditions. Enfin, on y rangerait les activités marchandes par nature mais dont les modalités de fonctionnement répondent à des exigences particulières (exigence de continuité, d'universalité de l'offre, etc. et les activités permettant à l'administration de subvenir à ses propres besoins* ».

⁵⁰⁶ *Ibid.*

activité qui n'est pas revêtue de cette qualité. Or, ce n'est pas la position du juge de l'Union européenne qui distingue les deux questions. Ainsi, une activité économique peut être d'intérêt général et *a contrario* une activité non économique peut ne pas être d'intérêt général. Autrement dit, il peut exister des activités de service économique (c'est-à-dire des activités de service marchand), des activités de service non économique, des activités de service public économique et enfin des activités de service public non économique.

287. La jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* semble ouvrir la voie à un champ, hors service public, purement économique, où la personne publique pourrait intervenir. Mais ce raisonnement est critiquable pour deux raisons. Tout d'abord, par son manque de clarté. Le juge greffe-t-il à ces « activités économiques » les services publics industriels et commerciaux ? Si tel est le cas pourquoi avoir omis le terme de « service public » et n'avoir semblé l'admettre que pour la première catégorie d'intervention ? Si tel n'est pas le cas, les personnes publiques seraient donc autorisées à prendre en charge des activités économiques, qui, tout en satisfaisant un intérêt public n'auraient pas la qualification de service public industriel et commercial, ni de service public tout court d'ailleurs⁵⁰⁷.

288. Selon nous, la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* est une esquisse tout à fait prometteuse si deux éclaircissements sont apportés.

289. En premier lieu, le juge opère une confusion entre les notions d'activité économique et d'activité marchande (activité concurrentielle si l'on préfère). Or, une activité économique n'intervient pas forcément sur le secteur marchand. Ainsi, pour les activités de service public économique bénéficiant de droits exclusifs voire de monopole sur un marché, le marché n'existe que si les personnes publiques décident de les externaliser. En réalité, le juge devrait distinguer les activités de service marchand (les activités concurrentielles) des activités de service public.

290. En second lieu, la limite de la démonstration d'un intérêt public à la création d'activité « économique » (nous préférons « concurrentielles ») peut susciter une confusion. Tout le problème vient de la volonté du juge administratif de conserver la jurisprudence relative au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Les écrits du Commissaire du gouvernement Didier Casas sont, à cet égard, criants de vérité, il le plaide « *on a parfois voulu déduire qu'en affirmant votre contrôle sur l'égalité des conditions de la concurrence, vous aviez*

⁵⁰⁷ Cf. *supra* n° 18 et s.

entendu abandonner votre jurisprudence traditionnelle sur le principe de la liberté de l'industrie et du commerce. Nous croyons qu'une telle interprétation est erronée et qu'il serait très opportun de profiter de cette affaire où l'ensemble des principes sont invoqués pour le dire nettement. [...] En réalité, nous espérons vous avoir montré que si le principe de la liberté de l'industrie et du commerce n'a pas été remplacé dans la jurisprudence par les règles de la concurrence, c'est simplement que les deux questions ne se situent pas sur le même plan. L'une est au niveau des principes, l'autre des modalités. Ces deux dimensions, nous en avons la conviction, doivent être combinées et non substituées l'une à l'autre. Cela ne signifie nullement que vous auriez définitivement abandonné la jurisprudence sur la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle pourrait toujours trouver l'occasion de s'exprimer ». À cette lecture on comprend que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a encore de beaux jours devant lui et la nécessité de la démonstration d'un intérêt public est toujours requise.

291. Le maintien du principe de liberté du commerce et de l'industrie n'est pas un problème (son contenu est évolutif) mais nécessite toutefois une redéfinition de la notion d'intérêt public.

292. On sait que l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* avait assoupli l'exigence. Ainsi, le juge ne fait plus référence au critère de l'absence ou de la carence de l'initiative privée, tout au plus, l'absence ou la carence de l'initiative privée pourra servir à prouver l'intérêt public à agir des personnes publiques. D'ailleurs, la présence d'opérateur privé sur le champ d'activités investi par les personnes publiques est de moins en moins problématique⁵⁰⁸.

293. On sait également que le critère de l'intérêt public est « *naturellement très subjectif et contingent : il a évolué dans le temps à la mesure de l'évolution des mœurs et des idéologies, des attentes sociales et de l'interventionnisme croissant des collectivités publiques dans la vie économique et sociale des individus ; il dépend de l'état des forces politiques au pouvoir (national ou local) dans la mesure où "est" une mission de service public ce que les "politiques" décident – certes sous le contrôle du juge – être une telle activité ; il varie enfin, en fonction de l'évolution des mœurs, des idéologies et des besoins publics, ainsi qu'en fonction*

⁵⁰⁸ Par ex., le Conseil d'État considère, concernant un service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par le département dans le cadre de son action en matière d'aide sociale, que « *même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; que, par suite, cette création n'a pas porté atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie* » : CE, 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze* : AJDA 2010. 469, et 957, concl. Boulouis, et 1246, étude Nicinski, Jeanneney et Glaser ; RDSS 2010. 341, note Koubi et Guglielmi ; RLC 2010, n° 24, note Clamour ; CMP 2010, comm. 146, note Eckert ; JCP A 2010, n° 2203, note Idoux ; RJEP 2010. Comm. 44, note Pellissier.

des attentes sociales qui, à un moment donné, vont considérer – voire exiger – que la satisfaction de tel besoin collectif soit assurée par la collectivité publique »⁵⁰⁹.

294. Il nous semble que ces deux constats conduisent à une conclusion : c'est parce que le critère de l'intérêt public est à la fois évolutif et actuellement apprécié avec souplesse que la question se pose de savoir s'il ne faudrait en redéfinir le contenu.

295. Dans cette perspective, deux voies sont ouvertes.

296. Soit le Conseil d'État opte pour une définition stricte du critère de l'intérêt public à agir sur le marché concurrentiel et, à ce titre, s'appuie sur son arrêt du 30 décembre 2014 *Société Armor SNC*⁵¹⁰ par lequel il a jugé que les personnes publiques peuvent candidater à des contrats de la commande publique si cette candidature satisfait un intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission. Autrement dit, la Haute juridiction, si elle devait généraliser cette solution, s'inscrirait dans le cadre de sa jurisprudence administrative et judiciaire relative à la mise en œuvre d'activités marchandes accessoires aux activités de service public quand elles en sont le « *complément normal* »⁵¹¹. En effet, le Conseil d'État avait d'abord autorisé la création d'activités concurrentielles temporaires pour rétablir l'équilibre financier d'un service existant⁵¹², puis permis ensuite « *un prolongement permanent pour des activités s'ajoutant utilement à celles dont l'exploitation par les personnes publiques est justifiée à titre principal* »⁵¹³. Cette jurisprudence avait d'ailleurs utilement servi de socle à

⁵⁰⁹ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 370.

⁵¹⁰ CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC* : RFDA 2015. 57, Concl. Dacosta ; AJCT 2015. 158, note Royer ; AJDA 2015 p. 449, note Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015.2030, comm. Pauliat ; JCP A 2015.2124, obs. Linditch ; DA, avril 2015, n° 4, comm. 27, comm. Brenet, CMP, février 2015, n° 2, comm. 36, comm. de Fournoux ; ACCP 2015, n° 152, note Dreifuss.

⁵¹¹ Sur ce sujet, cf. not. G. Clamour, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », RFDA 2010, p. 146.

⁵¹² CE, Ass., 23 juin 1933, *Lavabre* : Rec. 677 ; RDP 1934.280 et S. 1933.3.81 concl. Rivet et note Alibert (maintien des boucheries municipales à Millau) – CE, Ass., 24 novembre 1933, *Zénard* : Rec. 1100 ; S. 1934.3.105, concl. Detton et note Mestre ; D. 1936.3.33, note P.L.J. (le juge a admis le maintien du service le temps que l'amortissement des investissements soit opéré).

⁵¹³ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Paris Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, p. 269. *Adde* CE, Sect. 10 février 1988, *Mézy* : Rec. 53 ; D. 1988.SC. 263, obs. Llorens (prestations funéraires complémentaires à un monopole de pompes funèbres) – CE, Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme* : Rec. 692 ; AJDA 1960.II.213, concl. Mayras ; D. 1960.371, note Lesage (station-service accolée à un parc de stationnement) – CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys* : Rec. 234 ; BJCL 2003, n° 10, p. 753, concl. Collin ; DA octobre 2003, n° 208, note Lombard ; RFDA 2004.299, note Faure (service facultatif d'entretien et de réhabilitation des installations

l'encadrement de la diversification des activités des établissements publics. La généralisation de la définition du critère de l'intérêt public donné par l'arrêt *Société Armor SNC* à l'ensemble des activités marchandes de l'ensemble des personnes publiques aurait selon nous trois avantages. Tout d'abord, elle permettrait de redonner un cadre à des interventions parfois hasardeuses des personnes publiques, elle s'inscrirait donc dans l'objectif de rationalisation des compétences territoriales. Ensuite (et l'enjeu n'est pas que symbolique), elle harmoniserait utilement les règles applicables à l'ensemble des personnes publiques. Enfin, elle permettrait éventuellement de soustraire les personnes publiques à la démonstration d'un intérêt public « local » (le cas échéant).

297. Soit le Conseil d'État opte pour une définition souple du critère de l'intérêt public, en accompagnant la possibilité préalablement mentionnée (d'exercer des activités marchandes dans le prolongement des missions de service public) d'une faculté, plus large, de pouvoir créer des activités concurrentielles, indépendamment des activités de service public, si tant est qu'elles entrent dans le domaine de compétence des personnes publiques. Une telle définition aurait le mérite d'ouvrir un plus large champ d'intervention aux personnes publiques mais le désavantage de ne pas y mettre de cadre et, pour tout dire, de susciter le double risque d'atteinte au jeu de la concurrence et d'inefficacité de l'action concurrentielle des personnes publiques.

b. Le juge constitutionnel et la liberté d'entreprendre

298. La liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie entretiennent des rapports étroits. Certains considèrent qu'elles « *ont une signification et une portée sensiblement équivalentes mais qu'elles n'ont pas la même valeur dans la hiérarchie des normes* »⁵¹⁴. D'autres, estiment que la liberté du commerce et de l'industrie englobe à la fois la liberté d'entreprendre et la liberté de concurrence⁵¹⁵.

299. Le juge constitutionnel ne s'est jamais prononcé clairement sur l'existence d'un principe de libre concurrence des personnes publiques. Il a d'ailleurs éludé la question dans ses décisions

d'assainissement autonome en complément d'un service d'assainissement collectif) - Civ., 13 juin 1906 : D. 1909.1.63 (activité d'hôtellerie dans les gares) – CA Lyon, 5 novembre 1930, *Compagnie des Omnibus et Tramways de Lyon c. Bon* : Gaz Pal. 1931.2.367 (activité de transport en autobus connexe à une activité de transport ferroviaire) – CE, 12 avril 1935, *Société Anonyme des Glacières Toulousaines* : Rec. 511. (Activité de fabrication de glace complémentaire au service public de l'abattoir de Toulouse)

⁵¹⁴ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 52.

⁵¹⁵ J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 185 et s.

relatives aux lois de nationalisation⁵¹⁶ puis de privatisations⁵¹⁷ et y a fait, tout au plus, une référence très indirecte (car il s'appuyait sur les demandes des parties) dans certaines de ces décisions⁵¹⁸.

300. Le juge constitutionnel n'a également jamais tranché la question de savoir si la liberté d'entreprendre, à laquelle il reconnaît valeur constitutionnelle⁵¹⁹, embrasse la liberté du commerce et de l'industrie dans la double acception que lui donne le Conseil d'État, c'est-à-dire comme interdisant, d'une part, aux personnes publiques d'entraver ou de restreindre les activités marchandes des personnes privées par leurs décisions⁵²⁰ et comme permettant, d'autre part, aux personnes publiques d'investir exceptionnellement le marché concurrentiel à certaines conditions⁵²¹. Selon la Professeure Martine Lombard cette hypothèse est exclue. Elle rappelle en effet que si le Conseil constitutionnel accorde une valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre, celle-ci doit être entendue « *dans sa signification originaires de liberté d'accès aux métiers du commerce et de l'industrie, et non dans la signification singulièrement élargie que lui donne par exemple l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* »⁵²², ce qui est d'ailleurs conforme à la jurisprudence constitutionnelle en vertu de laquelle les libertés économiques ne sont « *ni générales, ni absolues* » et s'exercent « *dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* »⁵²³ et à la jurisprudence administrative qui conçoit le principe de la liberté du commerce et de l'industrie « *comme un principe de non-intervention des collectivités publiques [qui] s'efface devant une disposition législative contraire* »⁵²⁴.

⁵¹⁶ Cons. const., déc. n° 81-132 du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation : Rec. 18 ; AJDA 1982.377, note Rivero ; D. 1983.169, note Hamon ; JCP 1982.II.1978, note Nguyen Quoc Vinh et Franck ; GDCC n° 30 – Cons. const., déc. n° 82-139 du 11 février 1982 relative à la loi de nationalisation : GDCC n° 31.

⁵¹⁷ Cons. const., déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 relative aux lois de privatisations : Rec. 61.

⁵¹⁸ Cons. const., déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, cons. 3 à 8 : Rec. 198 – Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 2 à 6 – Cons. const., déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, cons. 26 à 30.

⁵¹⁹ Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, cons. 16. Cette valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre est fondée que l'article 4 de la Déclaration de 1789. Le Conseil d'État parle également du « *principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre* » : CE, 10 juin 2009, *Société L'oasis du désert, Syndicat union des professionnels du narguilé* : Rec. 610.

⁵²⁰ Cf. *infra* n° 568 et s.

⁵²¹ Cf. *supra* n° 280 et s.

⁵²² M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994. 163.

⁵²³ Cf. not. Cons. const, déc. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, cons. n° 13.

⁵²⁴ M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », préc.

301. Sur ce point, on peut toutefois souligner l'« *hasardeuse* »⁵²⁵ invitation de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, qui, dans un arrêt du 14 octobre 2013, *M. Refalo*, avait attribué une valeur constitutionnelle au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui comprendrait deux aspects : « *une liberté d'établissement au profit des agents économiques (qui peut être rapprochée de la liberté d'entreprendre au sens de la jurisprudence constitutionnelle) mais également – et surtout – un encadrement de la concurrence entre les agents privés et publics* »⁵²⁶.

302. Il n'est pas sûr que cette invitation fasse sortir le Conseil constitutionnel de son « mutisme ». En réalité, il a davantage porté sa jurisprudence sur les modalités d'intervention des entreprises publiques, et notamment sur l'octroi de droits exclusifs, que sur le principe même de cette intervention. Quoi qu'il en soit, en la matière, « qui ne dit mot, consent » et le silence du Conseil Constitutionnel implique la légalité des interventions concurrentielles des personnes publiques et plus largement des entreprises publiques.

303. Le renforcement de la « Constitution économique »⁵²⁷ serait le seul moyen d'encadrer constitutionnellement les interventions de l'État sur le marché au support d'entreprises publiques. Mais cela est-il souhaitable ? Nous en doutons : la légitimité de l'État à intervenir sur le marché n'étant pas moins grande que celle des acteurs privés, et la nécessité de laisser une marge de manœuvre au Parlement pour décider des secteurs dans lesquels l'État a vocation à venir porter concurrence, étant primordiale.

B. Interrogations sur les limites à la création d'activités marchandes. Les deux lectures possibles de l'article 345 du TFUE

304. Le principe traditionnel de la liberté du commerce et de l'industrie est bel et bien maintenu par le juge administratif. Les possibilités d'intervention concurrentielle des personnes publiques sont donc toujours limitées par la démonstration d'un intérêt public et au respect des

⁵²⁵ S. Brameret, « À propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie », RLC, 2014, p. 38.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ Sur ce sujet, cf. G. Eckert, « Quelle place pour la libre concurrence ? », RJEP 2014, n° 718, comm. 18

règles de compétences comme l'a rappelé le Conseil d'État dans ses arrêts *Ordre des avocats au barreau de Paris*⁵²⁸ et *Société Armor SNC*⁵²⁹.

305. Ce maintien des limites traditionnelles à l'intervention publique sur le secteur marchand ne va cependant pas de soi. La doctrine a ainsi pu se poser la question de savoir s'il n'y avait pas là, la marque d'une incompatibilité avec le droit de l'Union européenne et notamment avec l'article 345 du TFUE qui pose le principe de neutralité à partir duquel le juge de l'Union européenne considère que toute entité peut intervenir sur le secteur concurrentiel, quel que soit son statut juridique.

306. En réalité deux lectures peuvent être faites de l'article 345 du TFUE. La première interdirait toute limite à l'exercice d'une activité économique par un opérateur, *a fortiori* public (1). Il sera préféré toutefois la seconde lecture, selon laquelle le traité européen laisse le soin aux États membres d'organiser l'intervention des personnes publiques et donc la liberté de poser des interdictions ou de fixer des contraintes (2).

1. Première lecture : l'article 345 du TFUE interdit toutes limites aux interventions concurrentielles des personnes publiques

307. C'est la position que défendait déjà la Professeure Martine Lombard en 1994 quand elle s'interrogeait sur « *la question de la compatibilité des limitations d'accès au marché pesant sur les opérateurs publics avec les dispositions du Traité de Rome* »⁵³⁰. En effet, le droit français fixe des limites à l'intervention des personnes publiques sur le marché, notamment à travers le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, or, ce principe devrait être revisité, voire supprimé, sur le fondement des dispositions du droit de l'Union européenne.

308. Selon cette lecture, les dispositions de l'article 345 du TFUE selon lesquelles « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres* » impliqueraient

⁵²⁸ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

⁵²⁹ CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC* : RFDA 2015. 57, Concl. Dacosta ; AJCT 2015. 158, note Royer ; AJDA 2015 p. 449, note Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015.2030, comm. Pauliat ; JCP A 2015.2124, obs. Linditch ; DA, avril 2015, n° 4, comm. 27, comm. Brenet, CMP, février 2015, n° 2, comm. 36, comm. de Fournoux ; ACCP 2015, n° 152, note Dreifuss.

⁵³⁰ M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, p. 63.

un droit et une liberté. D'une part, le droit pour les États membres de nationaliser ou de privatiser des entreprises⁵³¹. D'autre part, la liberté pour les personnes publiques d'intervenir sur le secteur concurrentiel.

309. Le raisonnement employé par la Professeur Martine Lombard est le suivant. Elle constate d'abord que « *dès lors qu'elles ne résultent pas directement d'une règle à valeur constitutionnelle, les limitations dans l'accès au marché imposées aux opérateurs publics devraient logiquement s'effacer lorsqu'elles se heurtent à une norme contraire du droit communautaire, qui leur est alors supérieure dans l'ordonnement juridique* »⁵³². Elle exclut ensuite le fait que la liberté d'entreprendre puisse être entendue de manière aussi extensive que la liberté du commerce et de l'industrie lui apportant ainsi sa garantie constitutionnelle⁵³³. Dès lors, la conclusion semble évidente : sans protection constitutionnelle, le principe de la liberté

⁵³¹ Certains auteurs vont d'ailleurs plus loin en interprétant de façon extensive le principe de neutralité issue du traité. Ainsi, l'avocat général Colomer (conclusions présentées le 3 juillet 2001 sur les affaires C-367/98, C-483/99 et C-503/99 : Rec. I-4731) défendait un « *principe de neutralité sur le contrôle des entreprises* » (pt 70). En effet, partant de l'analyse selon laquelle « *l'expression "régime de la propriété" qui figure à l'article 295 du Traité CE ne renvoie pas à l'ordre civil des relations patrimoniales - aspect, par ailleurs, complètement étranger aux fins des traités -, mais bien à l'ensemble idéal de règles de toute nature, issues aussi bien du droit privé que du droit public, qui sont susceptibles de conférer le contrôle économique d'une entreprise, c'est-à-dire qui permettent à celui qui le possède d'exercer une influence décisive sur la définition et l'exécution de tous ses objectifs économiques ou de certains d'entre eux* » (pt 54) ; il considère que découle une présomption de régularité des mesures prises par l'État dans le cadre de la privatisation et qu'il « *aurait pu adopter s'il avait maintenu l'entreprise sous le régime de la propriété publique [...] parmi les mesures pouvant être justifiées de cette manière figurent donc celles qui permettent l'intervention de l'État dans le choix du ou des associés majoritaires de l'entreprise privatisée* » (pt. 70). La Cour de justice n'a cependant pas retenu cette interprétation et considère que l'article 345 du TFUE (ex. art. 222) ne peut pas être utilisé par les États membres « *pour justifier des entraves aux libertés prévues par le traité, qui résultent d'un régime d'autorisation administrative relatif à des entreprises privatisées [car] ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour [...], ledit article n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité* » : CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c. Portugal* : Rec. II. 4731, pt 48 – CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c. France* pt 44 : Rec. I-4781 – CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c. Belgique* pt 44 : Rec. I-4809.

⁵³² M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », préc.

⁵³³ En effet, selon la Professeure, « *pour le Conseil d'État, la liberté du commerce et de l'industrie est, certes, l'une des libertés dont les garanties fondamentales relèvent du domaine législatif défini par l'art. 34 de la Constitution. [...] Peut-on aller au-delà et y voir un principe à valeur constitutionnelle ? La réponse ne fait aucun doute pour la "liberté d'entreprendre", depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier. 1982 relative aux nationalisations, qui rappelle que "la liberté qui, aux termes de l'art. 4 de la Déclaration (des droits de l'homme et du citoyen), consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre". Mais sans doute ne s'agit-il ici que de la liberté d'entreprendre entendue dans sa signification origininaire de liberté d'accès aux métiers du commerce et de l'industrie, et non dans la signification singulièrement élargie que lui donne par exemple l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers [...]. Il paraît donc douteux que la liberté d'accès des opérateurs publics au marché puisse être considérée dans son principe même comme une "restriction arbitraire ou abusive" de la liberté d'entreprendre, alors surtout que le Conseil constitutionnel a jugé que la liberté du commerce et de l'industrie fait partie de ces libertés qui "ne sont ni générales, ni absolues", et qui "ne peuvent s'exercer que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi". Il a d'ailleurs toujours été naturellement admis que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, conçu comme un principe de non-intervention des collectivités publiques, s'efface devant une disposition législative contraire* ».

du commerce et de l'industrie est contraire à l'article 345 du TFUE dans la mesure où il implique « *l'absence de discriminations entre opérateurs publics et privés, et donc une liberté de principe d'accès au marché pour les opérateurs publics* »⁵³⁴.

310. Finalement, c'est l'abandon d'un pan du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et son remplacement par un principe de libre concurrence, voire l'application de la liberté d'entreprendre⁵³⁵, qui est revendiqué pour les personnes publiques. Il est vrai que l'argumentation de la Professeure Martine Lombard trouve un appui presque décisif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, elle-même, qui avait pu juger dans son arrêt *ARGE* que l'article 345 du TFUE implique une absence de discrimination entre personnes publiques et personnes privées⁵³⁶.

311. Cette argumentation n'est pas isolée et fait même l'objet d'un fort courant doctrinal, quasi revendicatif, qui clame plus ou moins fort le droit à la liberté dont les personnes publiques ont besoin pour s'épanouir dans la concurrence⁵³⁷.

312. Si cette lecture de l'article 345 du TFUE trouve indéniablement de solides arguments théoriques, nous allons cependant lui opposer et lui préférer une lecture, moins épanouissante car un peu plus exigeante pour les personnes publiques.

⁵³⁴ C'est pourquoi, selon la Professeure, « *cette non-discrimination entre opérateurs publics et privés dans l'accès au marché doit s'appliquer logiquement de la même façon à l'intérieur des frontières d'un État membre. Rien ne semble justifier une interdiction de principe qui serait faite aux entreprises publiques entendues au sens large, c'est-à-dire qu'elles aient ou non une personnalité juridique propre, distincte de la personne publique qui les contrôle directement ou indirectement, d'intervenir librement sur le marché. La circonstance qu'une telle limitation de principe, en France, est presque constamment vidée de portée pratique, dans les faits, n'exonère pas de la nécessité de reconsidérer le principe ainsi posé, dans son fondement même, surtout au moment où les opérateurs privés sont admis à concurrencer de plus en plus largement les opérateurs publics, de par la réduction progressive des monopoles* ».

⁵³⁵ Ainsi le Professeur Didier Truchet était favorable à la reconnaissance de la liberté d'entreprendre des personnes publiques : D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », D. aff. 1996, n° 24. En sens inverse, cf. J.-Y. Chérot, « Nouvelles observations sur la régulation par la Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 87.

⁵³⁶ CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE* : Rec. I-11037.

⁵³⁷ Cf. not. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 51, 2006, n° 841 et s. – D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », préc. – J.-D. Dreyfus, note sous CE, avis contx., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, CJEG 2001, 62 – P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, n° 94, p. 118 – C. Bergeal, concl. sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, RFDA 2001, p. 106 (et BJCP 2001.110) – A. Winckler, « Public et privé : l'absence de préjugés », APD 1997, in *Le privé et le public*, t. 41, p. 301 – D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », AJDA 1971.261.

2. *Deuxième lecture : l'article 345 du TFUE laisse le soin aux États membres d'organiser les interventions concurrentielles des personnes publiques*

313. Le problème que pose la lecture précédente de l'article 345 du TFUE est qu'elle tire des dispositions selon lesquelles « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* » une certaine définition du principe de libre concurrence. Mais de l'interprétation à l'interpolation, il n'y a qu'un pas, qu'il faut surtout bien se garder de franchir.

314. Car il faut s'entendre sur la définition que l'on donne de la libre concurrence. Ainsi, l'article 345 du TFUE laisse effectivement libres les États d'autoriser les personnes publiques à concurrencer les opérateurs privés. Par conséquent les États sont tout aussi libres de ne pas autoriser cette concurrence des personnes publiques. Autrement dit, la visée de cet article est moins d'instituer un cadre d'intervention des personnes publiques que de laisser les États libres de mettre en place un tel cadre. Le traité ouvre donc une possibilité : les États membres peuvent autoriser les personnes publiques à intervenir sur le marché⁵³⁸. En réalité, les seules limites posées par le droit de l'Union européenne tiennent à ce que les personnes publiques ne restreignent et n'interdisent pas l'action des opérateurs privés sur le marché et, en tant que prestataires de service marchand, ne se servent pas de leurs privilèges pour fausser le jeu concurrentiel.

315. Dès lors, selon cette dernière lecture, la France peut tout à fait, sans que cela puisse lui être reproché, venir encadrer le principe et les modalités de l'intervention des personnes publiques par des conditions intrinsèques (la liberté du commerce et de l'industrie) et extrinsèques (la compétence).

316. Alors, la question est moins de savoir si la France peut encadrer l'intervention des personnes publiques que de savoir si l'encadrement actuel est justifié. En effet, on sait que, en dehors des cas où la loi y procède, c'est le juge administratif qui a pu poser les limites intrinsèques et extrinsèques à l'intervention des personnes publiques.

⁵³⁸ Cette analyse est d'ailleurs bien confirmée par l'arrêt de la CJUE du 18 décembre 2014 (aff. C-568/13, 18 décembre 2014, *Data Medical Service SR* : CMP 2015, n° 2, comm. 37., comm. Eckert ; AJDA 2015.329 Note Broussy, Cassagnabère, Ganser ; AJCT 2015. 206, obs. Didriche) selon lequel les États membres « *peuvent autoriser ou ne pas autoriser de telles entités à opérer que le marché en fonction de la circonstance que l'activité en question est compatible ou non avec leur objectif institutionnels et statutaires. Toutefois, si et dans la mesure où de telles entités sont habilitées à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel, les États membres ne peuvent interdire à celles-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services* ».

317. Ainsi, il convient de s'interroger sur la pertinence de ces limites. Sur ce point, deux considérations doivent, selon nous, être prises en compte.

318. En premier lieu, il ne devrait pas être du ressort du juge administratif que de devoir trancher une telle question. En effet, dans la mesure où la liberté du commerce et de l'industrie n'a pas de valeur constitutionnelle, il devrait logiquement revenir au législateur le soin d'encadrer le principe et les modalités des interventions marchandes des personnes publiques.

319. À défaut, en second lieu, il ne peut être fait reproche au juge administratif de maintenir une exigence indiscutable et une autre appropriée. L'exigence indiscutable est bien évidemment celle des limites de compétences (les limites intrinsèques). Comme toute personne morale, la personne publique (à l'exception de l'État) est soumise au respect du principe de spécialité sous le contrôle du juge administratif. L'exigence appropriée est celle relative au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (limite extrinsèque). En effet, en principe, l'organisation de l'action concurrentielle des personnes publiques ne procède pas de la compétence du juge administratif, seul son contrôle lui revient. Et c'est le silence du législateur qui avait contraint le Conseil d'État à appuyer sa jurisprudence sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie issu des lois des 2 et 17 mars 1791. Il faut, sur ce point, se souvenir de l'affirmation du commissaire du Gouvernement Gazier qui, à l'occasion de l'affaire *Daudignac*, rappela que « *là où aucune loi n'est intervenue, le principe subsiste toujours, qui demeure le droit commun de l'activité industrielle en France* »⁵³⁹. Dès lors, faudrait-il encore que le Conseil d'État compense la carence du législateur. Nous pensons que tel ne doit pas être le cas pour trois raisons. Tout d'abord, la Haute juridiction administrative a su faire évoluer sa jurisprudence pour finalement l'adapter à la logique et aux règles du droit de l'Union européenne. Ensuite, l'initiative publique ne peut se départir de tout cadre et on voit mal pourquoi et comment les personnes publiques pourraient se dispenser, sur tout un pan de leurs activités, de toute considération d'intérêt général. En cela, la différence sémantique entre l'« intérêt public » et l'« intérêt général » ne doit pas tromper, c'est bien *in fine* l'intérêt général qui justifie que soit conditionnée l'initiative concurrentielle des personnes publiques par la démonstration d'un intérêt public. Enfin, car il faut le dire et le redire encore : c'est au législateur qu'il revient d'organiser l'action concurrentielle des personnes publiques. D'ailleurs, il est regrettable que l'« acte III » de la décentralisation n'ait pas clarifié une situation qui mérite grandement de l'être.

⁵³⁹ CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac* : Rec. 362 ; D. 1951.589, concl. Gazier, note J.-C.

§2. LES LIMITES À LA CANDIDATURE AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

320. La question s'est rapidement et logiquement posée de savoir si le libre accès des personnes publiques aux contrats de la commande publique devait être conditionné par le respect des limites classiques à l'intervention publique, à savoir la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de compétence matérielle et territoriale. Le problème était d'autant plus épineux que quelque temps seulement après l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*⁵⁴⁰, qui formulait ce droit, le Conseil d'État était venu redéfinir les contours de l'intervention publique, dans son arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris*⁵⁴¹, en édictant un considérant de principe aux termes duquel : « *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique. Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. À cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* ».

321. Il s'agissait alors de savoir si l'avis *Société Jean Louis Bernard Consultants* devait être lu à la lumière nouvelle de l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, autrement dit, si à l'occasion de sa candidature à un contrat de la commande publique, qui indubitablement participe à la prise en charge d'une activité économique (bien que la notion d'« activité économique » soit trompeuse⁵⁴²), la personne publique devait respecter les limites intrinsèques et extrinsèques à l'intervention publique dans le secteur marchand.

322. La position du juge a progressivement évolué sur cette question. Un arrêt d'assemblée du Conseil d'État en date du 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*⁵⁴³, vient fixer la

⁵⁴⁰ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffé et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

⁵⁴¹ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

⁵⁴² Cf. *supra* n° 287 et s.

⁵⁴³ CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC* : RFDA 2015. 57, concl. Dacosta ; AJCT 2015. 158, note Royer ; AJDA 2015 p. 449, note Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015.2030, comm. Pauliat ; JCP A

jurisprudence concernant les collectivités territoriales – mais le raisonnement peut être élargi à l'ensemble des personnes publiques⁵⁴⁴ – : la Haute juridiction considère que la candidature des personnes publiques doit satisfaire des conditions analogues à celles déterminées par l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* (A), elle laisse toutefois émerger un doute concernant la phase contractuelle durant laquelle un tel recours est possible, bien qu'en pure logique un tel moyen ne devrait pouvoir être développé qu'une fois le contrat signé (B).

**A. La personne publique doit remplir les conditions de l'arrêt
Société Armor SNC pour candidater à un contrat de la
commande publique.**

323. La position du Conseil d'État dans l'arrêt *Société Armor SNC* est très clairement révélatrice d'une volonté de trouver un équilibre entre le droit des personnes publiques à candidater à des contrats de la commande publique et le nécessaire encadrement de l'interventionnisme public (1). Si cette jurisprudence est intellectuellement d'une remarquable cohérence, il n'est pas certain, qu'en pratique, elle se révèle aussi satisfaisante (2).

1. La recherche d'une position équilibrée

324. Des commentateurs avertis ont pu arguer que l'avis *Société Jean Louis Bernard Consultants* ne pouvait se comprendre qu'à la lecture de l'arrêt d'assemblée postérieur *Ordre des avocats au Barreau de Paris*. C'est en ce sens que le Professeur Guylain Clamour a pu conclure que « *si les personnes publiques bénéficient d'un libre accès à la commande publique, elles n'en demeurent pas moins soumises à leurs compétences* »⁵⁴⁵. Il y aurait donc dans cette

2015.2124, obs. Linditch ; DA, avril 2015, n° 4, comm. 27, comm. Brenet, CMP, février 2015, n° 2, comm. 36, comm. de Fournoux ; ACCP 2015, n° 152, note Dreifuss.

⁵⁴⁴ En effet, le raisonnement sera sensiblement le même pour l'ensemble des personnes publiques même s'il faudra l'adapter à la spécificité des candidats en cause. Sur ce point, il convient toutefois de noter les précautions prises par le rapporteur public, M. Bertrand Dacosta (préc.) : « *le pourvoi dont vous êtes aujourd'hui saisis ne devrait vous conduire à bouleverser ni le droit des collectivités territoriales ni celui de la commande publique - il l'a déjà été suffisamment... -, mais à lever sur un sujet sensible les incertitudes qui peuvent naître d'une lecture combinée de certaines de vos décisions récentes. Sont en cause les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent présenter leur candidature à la passation de contrats entrant dans le champ de la commande publique. Les collectivités territoriales, et non de façon générale toute personne publique. Pourquoi un tel cantonnement ? Non seulement, c'est une première raison, parce que le contentieux porte en l'espèce sur un contrat conclu entre deux départements, mais aussi et surtout car une partie de la problématique, nous allons le voir, leur est propre ; la réponse que vous apporterez ne pourra être déclinée à l'identique pour l'État, les établissements publics et les autres personnes morales de droit public, et moins encore pour les personnes privées créées à l'initiative de personnes publiques, leur capital fût-il majoritairement ou exclusivement public* ».

⁵⁴⁵ G. Clamour, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », RFDA 2010, p. 146.

affaire une logique jurisprudentielle car « *l'enchaînement dans le temps de l'avis Jean-Louis Bernard Consultant et de l'arrêt Ordre des avocats au Barreau de Paris conduit à lire le premier à la lumière du second en retenant que, s'agissant de l'accès des personnes publiques à la commande publique, l'avis contentieux règle la question des contraintes extrinsèques et l'arrêt d'Assemblée celle des contraintes intrinsèques pesant sur les personnes publiques* »⁵⁴⁶.

325. L'histoire aura finalement donné raison au Professeur Guylain Clamour. Pourtant, plusieurs éléments tendaient à prouver le contraire. Tout d'abord, les dires et écrits de membres éminents de la justice administrative semblaient indiquer que la candidature des personnes publiques échappait à la démonstration d'un intérêt public. C'est en ce sens que Monsieur Jean-Marc Sauvé, à l'occasion des entretiens du Conseil d'État du 7 mai 2010, avait pu affirmer que les personnes publiques « [pouvaient] librement, sous réserve du respect de la libre concurrence, « *prolonger leur activité de service public par une activité commerciale pour atteindre une meilleure efficacité* » en se portant candidates à un marché public »⁵⁴⁷. C'est en sens qu'inclinaient également les conclusions de Catherine Bergeal sous l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* aux termes desquelles le principe même de la possibilité pour les personnes publiques de candidater à des contrats de la commande publique « *condamne d'abord l'extension au domaine des marchés publics de la jurisprudence relative à la création des services publics sur la carence du secteur privé, qu'avait opérée la Commission centrale des marchés et certains tribunaux administratifs* »⁵⁴⁸. D'ailleurs, l'avis *Société Jean-Louis Bernard consultants* ne semblait imposer ni l'exigence de la démonstration d'un intérêt public ni le respect des règles de compétences territoriales aux personnes publiques mais seulement l'obligation de ne pas sortir de la compétence matérielle et de strictement respecter le principe d'égalité de concurrence.

326. De la même manière, le raisonnement du Conseil d'État, dans l'arrêt du 10 juillet 2009 *Département de l'Aisne*⁵⁴⁹, pouvait être interprété comme établissant un champ d'exception à l'application de la liberté du commerce et de l'industrie dans le cas de la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique. Il s'agissait, en l'espèce, d'une

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ J.-M. Sauvé, *Pouvoirs publics et concurrence*, Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, Paris, 7 mai 2010 (www.conseil-etat.fr).

⁵⁴⁸ C. Bergeal, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », concl. sur CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, RFDA 2001, p. 112.

⁵⁴⁹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne, Ministre de la santé et des sports* : Rec. 841 ; BJC 2009.444, concl. Lenica ; AJDA 2009.2006, note J.-D. Dreyfus ; DA 2009.127, note Marson ; RFDA 2010.146, note Clamour.

demande d'annulation d'une procédure de passation de plusieurs lots d'un marché public relatifs aux prélèvements et analyses du contrôle sanitaire des eaux, lots qui avaient été attribués par les directions départementales de l'action sanitaire et sociale du Nord et du Pas-de-Calais au département de l'Aisne (par le biais de son laboratoire départemental d'analyse). Le juge des référés du Tribunal administratif de Lille a annulé cette procédure au motif que le département de l'Aisne ne justifiait pas d'un intérêt public local à réaliser cette prestation. Le Conseil d'État, au contraire, a retenu une conception différente en jugeant « *qu'il ne s'agit pas de la prise en charge par le Département de l'Aisne d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par des services de l'État, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit en subordonnant la légalité de cette candidature à l'existence d'un intérêt public* ».

327. Cette position est pour le moins surprenante : le Conseil d'État semble considérer que le fait de candidater à un contrat de la commande publique ne constitue pas en soi une activité économique, dès lors, cette simple candidature ne peut être soumise aux conditions de la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Or, la distinction entre « la simple candidature » et « l'activité économique » prise en charge une fois le marché emporté est théoriquement peu satisfaisante. En effet, il est assez indéniable que la candidature participe de l'activité économique.

328. La doctrine a d'ailleurs eu une réception contrastée de cet arrêt. Si le Professeur Jean-David Dreyfus s'est félicité de la position du Conseil d'État, considérant qu'était parfaitement justifié le refus « *de subordonner la licéité de la candidature d'un organisme public à la démonstration d'un intérêt public local* »⁵⁵⁰, la Professeure Sophie Nicinski, au contraire, a pu considérer que « *la candidature est la première démarche de l'opérateur économique et pour pouvoir juridiquement être candidat, il nous semble qu'il faut réunir les conditions de l'intervention publique. Qui plus est, opérer une nouvelle distinction, après l'arrêt de principe "Ordre des avocats au barreau de Paris", afin d'en extraire une catégorie d'intervention considérée comme sensible, peut paraître inopportun* »⁵⁵¹.

329. Le juge administratif est venu préciser (mais pas forcément modifier) sa jurisprudence dans l'arrêt d'assemblée *Société SNC Armor* par lequel il considère « *que si aucun principe ni*

⁵⁵⁰ J.-D. Dreyfus, « Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres », AJDA 2009, p. 2006.

⁵⁵¹ S. Nicinski, « La sécurisation des interventions économiques locales », AJCT 2012, p. 172.

aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission »⁵⁵².

330. A croire le Rapporteur public Bertrand Da Costa, « *cette affaire ne bouleversera pas le droit des contrats ni le droit des collectivités* ». Pourtant, cet arrêt est loin d'être anodin.

331. En premier lieu, le juge ne fait pas référence au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En cela, la jurisprudence *Société SNC Armor* diffère de la jurisprudence *Ordre des avocats aux barreaux de Paris*. Faut-il y voir un oubli ? Cela semble difficile à croire. Faut-il alors y discerner une intention de la part du juge de ne pas appliquer le principe de liberté du commerce et de l'industrie au cas de l'accès des personnes publiques aux contrats de la commande publique ? Il est trop tôt pour le dire. D'ailleurs, même si tel était le cas, le régime applicable aux candidats publics n'en serait pas profondément affecté dans la mesure où cela signifierait simplement que la seule application des règles de compétence vient suppléer l'inapplication du principe de la liberté du commerce et de l'industrie – par le maintien du critère de l'intérêt public –⁵⁵³. Selon nous, le juge administratif devrait s'abstenir de distinguer les jurisprudences *Ordre des avocats au barreau de Paris* et *Société SNC Armor* car une telle distinction – qui pour l'heure n'est pas consacrée – repose sur une confusion de départ sur la notion d'« activité économique ». La candidature à un contrat de la commande publique est bel et bien une activité économique et même une activité de service marchand.

332. Quoiqu'il en soit, en second lieu, le juge n'abandonne pas le critère de l'intérêt public et, au contraire, en donne une définition apparemment exhaustive si l'on considère l'absence de l'adverbe « notamment ». Ainsi, le juge dispose que, présente un intérêt public, la

⁵⁵² CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC* : préc.

⁵⁵³ Comme le souligne justement le Professeur Gabriel Eckert, « *la condition tenant à la satisfaction d'un intérêt public local ne découle pas, comme pour les activités économiques accessoires des personnes publiques, de l'incidence du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au barreau de Paris : Rec. CE 2006, p. 272) mais des règles de compétence régissant celles-ci* » : G. Eckert, « Candidature des personnes publiques : le rappel des règles européennes », CMP 2015, n° 2, comm. 37.

candidature qui d'abord se situe dans « le prolongement d'une mission de service public », a ensuite une utilité pour le prestataire public, et ne compromet pas enfin l'exercice de la mission de service public. Cette définition n'est pas sans rappeler la jurisprudence relative à la mise en œuvre d'activités marchandes accessoires aux activités de service public⁵⁵⁴. Le juge ajoute toutefois une précision importante en dressant une liste non exhaustive des raisons qui justifient l'utilité de la candidature : l'amortissement des équipements, la valorisation des moyens ou la recherche de l'équilibre financier du service.

333. *In fine*, le juge recherche une position équilibrée qui conjugue la prise en compte de la spécificité de la commande publique – qui impose l'égalité de traitement des candidats et donc suppose que la personne publique ne soit pas soumise à des sujétions trop importantes – avec l'application classique de la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Mais, dit le proverbe, qui trop embrasse, mal étreint.

2. Un entre-deux problématique

334. Dans cette affaire, deux séries d'arguments s'affrontent. Soumettre la candidature de l'opérateur public au respect de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est imposer au candidat public une sujétion importante qui risque de desservir sa candidature et rompre l'égalité entre les candidats. Ne pas le faire, c'est ouvrir « une boîte de Pandore » dont pourrait sortir de nombreux maux concurrentiels.

335. A vrai dire, il est difficile de contester le bien-fondé juridique de l'arrêt *Société Armor SNC*. En effet, bien que le Traité européen prévoit l'interdiction des discriminations entre les candidats potentiels à un contrat public, la lecture qui a précédemment été retenue de l'article 345 du TFUE, semble, en réalité, laisser une marge d'appréciation aux États pour décider si les personnes publiques sont libres de venir porter concurrence. De la même manière, l'argument développé par le Professeur Jean-David Dreyfus, selon lequel la démonstration d'un intérêt public local (concernant une collectivité territoriale ou un établissement public local) est contraire au principe de l'Union européenne de non-discrimination dans la mesure où une collectivité étrangère ne pourrait pas s'y conformer, n'est que partiellement acceptable⁵⁵⁵. Ainsi,

⁵⁵⁴ Cf. *supra* n° 296.

⁵⁵⁵ J.-D. Dreyfus, « Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres », préc. : « L'exigence d'un tel critère, loin d'assurer l'égalité entre les candidats, était, [...] porteur d'un risque de discrimination d'abord entre opérateurs publics car la position retenue par le juge des référés précontractuels comporte nécessairement une "prime au localisme" incompatible avec le principe d'égalité d'accès à la commande publique. Très simplement, en l'espèce, un laboratoire public d'analyse et de recherche rattaché au

s'il est exact que la France ne peut pas soumettre la candidature de personnes publiques étrangères à des contrats de la commande publique au respect de la démonstration d'un intérêt public, toutefois elle est libre de déterminer les conditions d'intervention des personnes publiques françaises. Cette logique est d'ailleurs confortée par la jurisprudence européenne. En ce sens, dans un arrêt du 18 décembre 2014 *Azienda Ospedaliero*⁵⁵⁶ la Cour de justice de l'Union européenne confirme que le droit européen reconnaît « *la possibilité de participation d'organismes publics à des marchés publics* »⁵⁵⁷ mais laisse aux États le soin d'autoriser et d'encadrer une telle participation, en fixant des limites aux candidatures publiques, notamment de compatibilité des candidatures, avec les objectifs institutionnels et statutaires des personnes publiques.

336. Dès lors, c'est des conséquences pratiques du raisonnement du juge dont il faut discuter. Le Conseil d'État, en soumettant les candidats publics à l'obligation de justifier d'un intérêt public, fragilise le principe même de l'accès des personnes publiques aux contrats de la commande publique. On voit mal, en effet, comment l'égalité de traitement des candidats publics pourrait être assurée si ces derniers sont soumis à de trop nombreuses sujétions.

337. Or, l'exigence de démonstration d'un intérêt public risque de poser deux problèmes.

338. En premier lieu, la démonstration de l'intérêt public ne devrait pas revêtir la même exigence que pour les activités concurrentielles classiques, ainsi, la démonstration d'un intérêt public « local » perd de son sens dans le cadre de la candidature d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local ou d'un établissement public de coopération intercommunal à un contrat de la commande publique⁵⁵⁸. En effet, le principe même de cette candidature consiste à ce qu'une personne publique satisfasse les besoins d'une autre personne publique, en dehors de son ressort territorial, par définition. Par exemple, l'arrêt du 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, portait sur la candidature d'un service du département de l'Aisne (le laboratoire départemental d'analyse et de recherche) à l'attribution de lots relatifs aux prélèvements et analyses du contrôle sanitaire des eaux pour satisfaire les besoins des directions

département du Nord ou du Pas-de-Calais aurait davantage de facilités à démontrer un intérêt local par rapport au laboratoire rattaché au département de l'Aisne. Bien plus, c'est le principe communautaire de non-discrimination qui serait mis en cause [...] Comment une collectivité publique étrangère qui viendrait postuler à un marché passé par une collectivité territoriale française pourrait-elle s'y conformer ? ».

⁵⁵⁶ CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Data Medical Service SR* : CMP 2015, n° 2, comm. 37., comm. Eckert ; AJDA 2015.329, note Broussy, Cassagnabère, Ganser ; AJCT 2015. 206, obs. Didriche.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, pt 33, et pt 35 : « toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché peut candidater en vue de l'attribution de celui-ci ».

⁵⁵⁸ Sur cette question, cf. not. G. Clamour, « concurrence publique extraterritoriale », note sur CAA Nantes, 4 novembre 2011, n° 10NT01095, *Armor SNC*, RLC 2012, p. 33.

départementales de l'action sanitaire et sociale du Nord et du Pas-de-Calais. Or, en quoi la satisfaction des besoins des Département du Nord et du Pas-de-Calais servait-elle les intérêts de la population de l'Ain (si ce n'est de façon bien indirecte) ? Sur ce premier point, on notera que le Conseil d'État, dans l'arrêt *Société SNC Armor*, a pris soin de ne mentionner ni la limite de compétence territoriale, ni le principe du commerce et de l'industrie. Il dresse simplement l'obligation que la candidature se situe dans le prolongement des missions de service public de la personne publique, c'est-à-dire dans le respect de la compétence matérielle de la personne publique.

339. En second lieu, on ne peut pas nier que l'exigence de démonstration d'un intérêt public sera, dans la pratique, un frein à la candidature des personnes publiques. D'une part, cette exigence peut décourager les personnes publiques car pèsera sur elles la menace d'une sanction contentieuse. D'autre part, cette exigence entraîne une sujétion plus importante pour les candidats publics qui devront, le cas échéant, justifier d'un intérêt public. Enfin, la question du rôle du pouvoir adjudicateur se pose. Devra-t-il, comme dans le cas des offres anormalement basses, s'assurer, dans le cadre de l'analyse de l'offre, de l'existence d'un tel intérêt public ? La réponse à cette question dépendra du moment où pourra être contestée devant le juge la satisfaction de ce critère.

B. La personne publique ne devrait logiquement démontrer le respect des conditions de l'arrêt *Société Armor SNC* qu'une fois le contrat signé

340. A première vue, on peut penser que les arrêts *Société Armor SNC* de 2014 et *Département de l'Aisne* de 2009 sont contradictoires. Ainsi, dans l'arrêt *Département de l'Aisne*, le Conseil d'État fait une distinction entre la « *simple candidature* » d'une personne publique et la prise en charge effective d'une activité économique une fois le contrat emporté alors que dans l'arrêt *Société Armor SNC* il semble soumettre la candidature, en tant que telle, à la démonstration d'un intérêt public.

341. En réalité, il existe deux lectures croisées de ces arrêts qui n'impliquent ni la même cohérence jurisprudentielle, ni les mêmes conséquences pratiques.

342. Selon une première lecture, le juge administratif opère une distinction entre le temps précontractuel durant lequel le candidat public ne prend pas en charge une activité économique

dans la mesure où il s'agit seulement de sa candidature, voire de la décision d'attribution, et le temps contractuel, où le candidat public se transforme en cocontractant public et prend donc effectivement en charge une activité économique. Cette situation est satisfaisante à un double point de vue, d'une part, elle préserve une cohérence jurisprudentielle – ce qui, en matière de droit public des affaires, ne saurait faire de mal – d'autre part, elle évite au cocontractant de devoir justifier d'un intérêt public devant le juge du référé précontractuel en cas de recours. Cependant, si l'égalité de traitement est davantage préservée dans cette hypothèse, cette solution a encore de nombreux défauts. Ainsi, en cas de recours devant le juge du contrat, une fois le contrat signé, le risque d'annulation du contrat au motif que la candidature de la personne publique ne satisfait pas un intérêt public est réel. Dès lors, on peut penser que les candidats déçus, voire les tiers intéressés ne manqueront pas de former de telles actions. En opérant cette déconnexion, la Haute juridiction reporterait l'analyse de satisfaction des conditions de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* au moment de la mise en œuvre effective de la prestation de service par la personne publique contractuellement retenue. Mais quelles seraient les conséquences sur le contrat, si le juge venait à admettre que l'intervention de la personne publique ne satisfait pas à un intérêt public ? Une telle solution a le double inconvénient de fragiliser de tels contrats de la commande publique et de défavoriser le candidat public dans la mesure où le pouvoir adjudicateur aura raison de se méfier de ce candidat « au pied d'argile ».

343. La seconde lecture est intellectuellement plus satisfaisante mais a des conséquences encore plus contraignantes. En effet, dans cette hypothèse, le juge administratif considère que la candidature des personnes publiques participe d'une activité économique et doit donc répondre à un intérêt public⁵⁵⁹. Dès lors, un recours en référé précontractuel pourra être exercé devant le juge du contrat, qui, sur le fondement de l'atteinte aux règles de mise en concurrence, pourra sanctionner la candidature d'une personne publique qui ne répondra pas à un intérêt public. Si tel devait être le cas, la jurisprudence serait inévitablement périlleuse car elle entraînerait inévitablement une double sujétion : pour le candidat public, d'une part, qui sera soumis à une contrainte supplémentaire en comparaison de ses concurrents, pour le pouvoir adjudicateur, d'autre part, dont on peut raisonnablement penser qu'il sera soumis à l'obligation

⁵⁵⁹ C'est l'option qui semblait avoir la préférence du rapporteur Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous l'arrêt *Société Armor SNC* (préc.) : « Pour notre part, nous estimons qu'à partir du moment où la collectivité qui engage la procédure de passation d'un contrat pourrait rejeter la candidature d'une autre collectivité territoriale au motif qu'elle ne justifie pas d'un intérêt public local, il serait difficile d'interdire au juge du référé précontractuel de se pencher sur cette problématique, puisqu'il est compétent pour connaître de toutes les décisions relatives aux candidatures, qu'elles se traduisent par un rejet ou une admission ».

de s'assurer de l'existence d'un intérêt public à candidater du candidat public et qui, même en l'absence d'une telle obligation, y procédera dans son propre intérêt⁵⁶⁰.

344. Le lecteur attentif, et soucieux de cohérence, pourrait s'étonner que nous défendions, d'une main, le maintien du principe de la liberté du commerce et de l'industrie pour la création des activités de service marchand, pour l'écartier, de l'autre, dans le cadre de la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique ; candidature qui peut, le cas échéant, également aboutir à la création d'une activité de service marchand.

345. En réalité, ces deux analyses se rejoignent. Nous l'avons dit, le bien-fondé juridique de la décision *Société Armor SNC* est incontestable, il ne pouvait être envisagé qu'un pan de l'activité des personnes publiques soit soustrait de l'obligation de satisfaire à un intérêt public. C'est davantage les conséquences pratiques d'une telle obligation qui sont incontestablement différentes selon que l'on parle de la création « classique » d'une activité de service marchand par les personnes publiques ou de leurs candidatures à des contrats de la commande publique. Dans le premier cas, il y a bien une barrière à l'activité mais elle est facilement franchissable. Dans le second cas, la barrière a un tel poids qu'elle cause un risque sérieux de compromettre la démarche publique.

346. A vrai dire, il n'y a pas de solution idéale en la matière. L'arrêt *Société Armor SNC* tente de trouver un équilibre nécessairement imparfait entre des exigences différentes (l'intérêt général et la concurrence). Le sort des candidatures publiques est désormais entre les mains du juge qui devra « sécuriser » ces candidatures en veillant à ce que la grille d'analyse de l'intérêt public fournie par le Conseil d'État soit respectée non seulement par les candidats, mais également par les pouvoirs adjudicateurs.

347. Il y a peut-être là l'occasion pour le législateur de se pencher (enfin) sur le cadre des interventions concurrentielles des personnes publiques. Cette intervention est rendue nécessaire

⁵⁶⁰ D'ailleurs, le rapporteur Bertrand Dacosta admet lui même cette limite dans ses conclusions (préc.) : « *il nous semble qu'à partir du moment où un contrat est susceptible d'être invalidé par un juge au motif qu'il a été conclu avec une collectivité territoriale incompétente, la collectivité qui lance la procédure ne peut être privée de la possibilité de refuser de contracter. Autrement dit, elle doit pouvoir en principe rejeter une telle candidature. Nous sommes conscients des difficultés juridiques, mais aussi pratiques voire politiques, que peut susciter l'exercice d'une telle faculté. Mais, d'une part, le cas ne devrait pas être très fréquent. Et, d'autre part, dans le droit positif, les collectivités territoriales qui passent des contrats sont d'ores et déjà tenues de s'assurer, le cas échéant, que la candidature d'une personne publique ne fausse pas la concurrence, en application de la jurisprudence "Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau" [et de la jurisprudence] "Société Jean-Louis Bernard Consultants" ».*

par la tension palpable que suscite l'initiative publique sur le marché. Tension qui est un indice supplémentaire de l'inadaptation des personnes publiques au marché concurrentiel.

Section 2 AU COURS DU DÉROULEMENT DE L'ACTIVITÉ DE SERVICE MARCHAND

348. On pourrait penser qu'à compter de la création des activités de service marchand l'exorbitance de la règle juridique ne se justifie plus. Cette considération est d'ailleurs confortée par l'application d'un régime de droit privé aux activités de service public industriel et commercial⁵⁶¹.

349. Toutefois, le statut des personnes publiques entraîne, dans le cadre du déroulement de l'activité de service marchand, l'application de règles exorbitantes du droit commun qui, pour certaines, se justifient pleinement au regard de la particularité de la situation des personnes publiques, pour d'autres, pourraient être réduites afin de banaliser davantage leurs initiatives concurrentielles.

350. Afin d'analyser l'étendue et l'impact de ces règles, nous aborderons successivement – sous la forme d'un inventaire non exhaustif et après avoir tenté de multiples classifications infructueuses – les règles relatives aux finances (§1), au budget et à la comptabilité (§2), à la trésorerie (§3), à la fiscalité (§4) aux créances et dettes (§5) et à l'arbitrage (§6) des prestataires publics de service marchand.

§1. LES FINANCES

351. L'analyse juridique des finances des personnes publiques ne peut être déconnectée de la conjoncture économique. L'État, dans son ensemble, est en proie à de grandes difficultés et le credo contemporain est à la « soutenabilité » des finances publiques, c'est-à-dire à la capacité de rester solvable, en conservant des marges de manœuvre suffisantes pour honorer les engagements⁵⁶². Sur ce point, aucune personne publique n'est épargnée et la crise économique

⁵⁶¹ Cf. *supra* n° 79 et s.

⁵⁶² Sur ce point, il est assez instructif de se référer à la définition et la description que donne de cette notion la direction du budget (www.performance-publique.gouv.fr). Sur cette question, cf. not. M. Leroy, « La soutenabilité des finances publiques à l'épreuve de la crise internationale. Le questionnement de la "sociologie" fiscale », RMCUE 2012, n° 560 – C. de Boissieu et O. Passet, « Face aux marchés, les États sont-ils encore souverains ? », Rev. Banque 2012, n° 749 – A. Lambert, « La nouvelle gouvernance financière: une réponse à la crise ? », RFFP 2009, n° 108, p. 85.

et financière frappe durement les établissements publics et les collectivités territoriales, notamment ceux fragilisés par le problème des emprunts structurés (communément appelés les « emprunts toxiques »). Les personnes publiques doivent aujourd'hui concilier deux impératifs. D'une part, elles doivent assurer le financement du fonctionnement de leurs activités et des investissements nécessaires ou stratégiques à ces activités, d'autre part, elles doivent contribuer à l'effort national de redressement des finances publiques⁵⁶³.

352. Concernant le financement des activités concurrentielles, le régime financier se distingue de celui des entreprises ordinaires de deux points de vue. En premier lieu, les personnes publiques ne disposent pas d'un capital social, en cela elles ne peuvent pas faire appel à des investisseurs publics ou privés, notamment par le biais des marchés financiers, pour financer le développement de leurs activités. Si cette possibilité serait, à bien des égards, surprenante concernant les collectivités publiques, la question s'est notamment posée concernant les établissements publics industriels et commerciaux⁵⁶⁴. En effet, ces derniers doivent composer entre un régime fortement empreint du droit privé (et donc soumis à des contraintes en matière d'amortissement comptable des investissements et d'assujettissement aux impôts et taxes du droit commun) sans possibilité d'avoir recours aux mécanismes ordinaires du financement. De ce point de vue, les groupements d'intérêt public font exception dans la mesure où ces structures – ayant vocation à associer des personnes publiques, voire des personnes privées par la voie d'une convention – peuvent être constituées avec ou sans capital. Toutefois, l'exception n'est en rien « d'exceptionnelle » si l'on considère, d'une part, que les droits des membres « *ne peuvent être représentés par des titres négociables* »⁵⁶⁵, d'autre part, que l'absence de but lucratif des activités menées par le groupement empêche la rémunération

⁵⁶³ Sur ce sujet cf. not. C. Pierucci, « La loi de finances pour 2015 », RFFP 2015, n° 130 – E. Lucienne, « La loi de finances pour 2015 et la loi de finances rectificative pour 2014 », JCP A 2015, n° 3, p. 2008 – L. Levoyer, « Loi de finances pour 2014 : une contribution accentuée des collectivités territoriales à l'assainissement des finances publiques », JCP A 2014, n° 5, 2023 – M. Malvy et A. Lambert, *Pour un redressement des finances publiques fondé sur la confiance mutuelle et l'engagement de chacun*, Rapport au Président de la République, Paris, La doc. fr., 2014.

⁵⁶⁴ D'ailleurs la détention d'un capital social avait été exceptionnellement accordée aux établissements publics EDF et GDF par l'alinéa premier de l'article 16 de la L. n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (JO du 9 avril 1946, p. 2951), toutefois l'alinéa second en atténuait directement l'utilité dans la mesure où il disposait que « *ce capital appartient à la Nation. Il est inaliénable et, en cas de pertes d'exploitation, il doit être reconstitué sur les résultats des exercices ultérieurs* ». Ces dispositions ont été abrogées par l'art. 54 de la L. n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (JO n° 185 du 11 août 2004 p. 14256). Sur cette question, cf. not. Ph. Cossalter, « Les EPIC face au droit de la concurrence », JCP A 2009, n° 38, p. 2221.

⁵⁶⁵ Art. 104 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

du capital souscrit par les membres⁵⁶⁶. En second lieu, et suivant la même logique, l'ensemble des personnes publiques est soumis au principe d'insaisissabilité des biens publics (que ces biens relèvent du domaine public ou du domaine privé des personnes publiques). Or, l'interdiction corrélative de mettre en place des sûretés réelles est, là encore, une limite importante au financement des activités⁵⁶⁷.

353. Il est vrai toutefois que les personnes publiques ont le droit de recourir à l'emprunt (bancaire ou obligataire). Elles jouissent en effet d'une liberté contractuelle, qui en la matière n'est pas limitée par les règles de la commande publique. Cette dérogation prévue dans le Code des marchés publics pose d'ailleurs des questions sérieuses de compatibilité avec les directives de l'Union européenne. Ainsi, quand l'article 3-5 du Code des marchés publics dispose que les dispositions du code ne sont pas applicables aux « *accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers* », l'ancienne directive « marché public » de 2004 excluait seulement les « *services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers* »⁵⁶⁸. Cette distinction n'est pas neutre si l'on considère qu'« *alors qu'elles doivent en principe mettre en concurrence les marchés de biens ou de services d'un montant supérieur à 15 000 EUR HT, les collectivités territoriales pourraient, de gré à gré, emprunter plusieurs millions d'euros* »⁵⁶⁹. Toutefois, la nouvelle directive « marché public » de 2014 lève (opportunément) le doute et exclut (sans doute moins opportunément) les prêts, « *qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers* »⁵⁷⁰.

354. Malheureusement cette (trop ?) grande liberté laissée aux personnes publiques pour contracter des emprunts a pu conduire à une certaine « *myopie budgétaire* »⁵⁷¹. À ce titre, les

⁵⁶⁶ Autrement dit « *les groupements d'intérêt public ne donnent pas lieu au partage des bénéfices. Les excédents annuels de la gestion ne peuvent qu'être utilisés à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mis en réserve* » : L. Janicot, *Groupements d'intérêt public*, J.-Cl. adm., fasc. 148-10, Paris, LexisNexis, 2012, n° 152.

⁵⁶⁷ Cf. *supra* n° 154 et s.

⁵⁶⁸ Art. 16 d) de la Dir. 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114).

⁵⁶⁹ J. Moiroux, « Le financement des collectivités territoriales après la loi de séparation et de régulation des activités bancaires », JCP A, n° 5, 3 février 2014, p. 2024.

⁵⁷⁰ Art. 10 e) de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (JO L 94, 28 mars 2014, p. 65). *Adde* Dir. 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (JO L 145 du 30 avril 2004, p. 1).

⁵⁷¹ M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelles stratégies pour les emprunteurs « intoxiqués » ? » : RLCT 2012, p. 53. Sur ce sujet cf. Cour des comptes, *Les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunt*, Rapport public 2009, Paris, La doc. fr., 2009, p. 253 et s.

emprunts structurés très volatiles (les « emprunts toxiques ») qui ont échappé à la maîtrise des collectivités territoriales en sont une preuve frappante.

355. C'est pourquoi le législateur a renforcé l'encadrement du recours des collectivités territoriales à l'emprunt, après les travaux d'une commission d'enquête, dans la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires⁵⁷².

356. On le sait, cet encadrement était minimal. Les emprunts des collectivités territoriales étaient simplement soumis, d'une part, à l'article L. 1611-3 du Code général des collectivités territoriales, dont le caractère obsolète n'est plus à démontrer⁵⁷³, d'autre part, aux règles selon lesquelles l'emprunt ne peut être dédié qu'à l'investissement⁵⁷⁴ et que le remboursement en capital doit être intégralement couvert par des ressources propres constituées par le prélèvement sur les recettes de fonctionnement (c'est-à-dire l'épargne brute) augmenté des recettes définitives d'investissement autres que l'emprunt⁵⁷⁵.

357. Le législateur est venu renforcer cet encadrement par le biais d'un certain nombre de mesures propres à éviter les emprunts à risque et par la mise en place d'un outil de financement des collectivités territoriales (l'Agence France locale⁵⁷⁶), par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires et par le renflouement d'un fonds de soutien pluriannuel relatif aux emprunts structurés par la loi de finance 2014 (qui vient abonder de 100 millions d'euros le fonds, issue de la loi des finances rectificative du 29 décembre 2012, alors doté d'un capital de 50 millions d'euros)⁵⁷⁷.

358. On peut regretter qu'il n'existe pas de tel cadre juridique du recours à l'emprunt pour les établissements publics nationaux. Le législateur a préféré multiplier les réglementations

⁵⁷² L. n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (JO n° 0173 du 27 juillet 2013, p. 12530) : JCP A 2014.2024, étude Moiroux ; LPA 2014, n° 94, étude Abadie ; CCC 2014, n° 2, étude Roussille ; CMP 2013, n° 10, comm. 233, comm. Clamour ; RLDA 2013, n° 86, comm. Gruner.

⁵⁷³ En effet, cet art. soumettait le recours à la souscription publique à l'autorisation préalable du ministre chargé des finances ou du préfet, par délégation. Toutefois, « *cette disposition semble [...] tombée en désuétude dans la pratique, le visa de l'AMT étant considéré comme une garantie suffisante. Par ailleurs, il reste toujours possible pour une collectivité territoriale d'effectuer des émissions obligataires à l'étranger. L'autorisation ministérielle qui était autrefois requise ne l'est plus afin d'être conforme non seulement au principe de libre circulation des capitaux mais également aux dispositions relatives à l'euro* » : L. Levoyer, *Emprunts locaux*, J.-Cl. adm, fasc. 127-50, Paris, LexisNexis, 2013, n° 40.

⁵⁷⁴ Art. L. 1612-4 du CGCT. De même que les dépenses imprévues de la section d'investissement ne peuvent être financées par l'emprunt : art. L. 2322-1 du CGCT.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ J.-M. Pastor, « Sécuriser la participation des élus à l'Agence France locale », AJDA 2015. 478 – O. Landel, « L'Agence France Locale : un outil conçu par et pour les collectivités territoriales », AJCT 2014. 46 - M.-Ch. de Montecler, « Feu vert du Parlement pour l'agence de financement des collectivités locales », AJDA 2013. 1545.

⁵⁷⁷ L. n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 (JO n° 0303 du 30 décembre 2013, p. 21829).

ponctuelles pour résorber l'endettement croissant des établissements publics, notamment en matière hospitalière⁵⁷⁸, ce qui pose un double problème, d'une part, la réduction des moyens de financement pourtant nécessaire à la continuité du service public, d'autre part, l'absence de réflexion globale sur l'état d'endettement de l'ensemble des établissements publics.

359. En effet, une réflexion plus large aboutirait peut être à lever les limites à la création et au fonctionnement des activités lucratives, au nombre desquelles la carence des outils de financement appropriés à de telles interventions (capital social, fond d'investissement public dédié aux activités concurrentielles des personnes publiques). Le déploiement de telles activités permettrait peut-être de compenser les lourdes charges du service public par des activités que ne sauraient pas moins bien mener les acteurs publics comparés à ceux du secteur privé.

§2. LE BUDGET ET LA COMPTABILITÉ

360. L'État, les collectivités territoriales et les personnes publiques spécialisées sont en principe soumis aux règles contraignantes de la gestion budgétaire et comptable publique, contraintes qui peuvent constituer un frein à leurs interventions concurrentielles.

361. Il convient donc de connaître précisément le champ d'application de la gestion budgétaire et comptable publique. Il a évolué depuis une réforme du 7 novembre 2012.

362. Jusque-là, les règles de comptabilité publique étaient régies par de nombreux textes parmi lesquels le décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique⁵⁷⁹. Cependant, la « Constitution financière » de l'État qu'incarne la loi du 1^{er} août 2001, dite LOLF⁵⁸⁰, a bouleversé l'organisation et le fonctionnement budgétaire et comptable de l'État causant une inadaptation certaine du décret de 1962.

363. C'est la raison pour laquelle, après une vaste mais utile concertation, le gouvernement a finalement édicté deux décrets, le 7 novembre 2012, relatifs à la gestion budgétaire et comptable

⁵⁷⁸ L. n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014 (JO n° 0301 du 29 décembre 2010, p. 22868) et D. n° 2011-1872 du 14 décembre 2011 relatif aux limites et réserves du recours à l'emprunt par les établissements publics de santé (JO n° 0290 du 15 décembre 2011, p. 21194). Sur ce sujet cf. J. Martin, « La mise sous tutelle des établissements publics de santé souscrivant un emprunt », *Revue de Droit bancaire et financier* 2012, n° 3, comm. 80.

⁵⁷⁹ D. n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (JO du 30 décembre 1962, p. 12828). *Adde* D. n° 2005-54 du 27 janvier 2005 relatif au contrôle financier au sein de l'État (JO n° 23 du 28 janvier 2005, p. 1486, texte n° 29).

⁵⁸⁰ LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO n° 177 du 2 août 2001, p. 12480) : cf. *Guide pratique de la LOLF – comprendre le budget de l'État* (<http://www.economie.gouv.fr>).

publique⁵⁸¹. Ces textes, présentés modestement par le gouvernement, « regroupent et actualisent un ensemble de textes relatifs à la gestion budgétaire et comptable publique »⁵⁸² mais, plus largement, fournissent les bases d'un solide régime de la comptabilité publique. C'est pourquoi, le Professeur Martin Collet s'interroge : « s'agit-il réellement d'un *lifting* ? »⁵⁸³. Selon lui, le gouvernement, « guidé – pour ne pas dire obnubilé – par l'exigence de soutenabilité de la dépense publique [...] pêche peut être par excès de pudeur »⁵⁸⁴.

364. Ce texte est en effet novateur, ne serait-ce que du point de vue de son champ d'application dans la mesure où il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des administrations publiques (APU) au sens du règlement CE n° 2223/96 du Conseil de 25 juin 1996⁵⁸⁵. L'objectif est double. Il s'agit, d'une part, d'instituer une comptabilité publique, sur la même base que la comptabilité nationale, c'est-à-dire celle « prise en compte pour déterminer le respect par les États de leurs engagements budgétaires (au titre de la stabilité et de la croissance comme du TSCG) »⁵⁸⁶. Ainsi le déficit et la dette publique sont appréciés « au regard des comptes de l'ensemble des administrations publiques des États concernés (et pas seulement des comptes de l'État au sens strict »⁵⁸⁷. D'autre part, le gouvernement cherche clairement à élargir la contribution à l'effort au redressement des finances publiques. Il ne s'agit donc plus d'un simple cadre budgétaire et comptable, mais bel et bien d'un « *texte de politique budgétaire* »⁵⁸⁸.

⁵⁸¹ D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713) et D. n° 2012-1247 du 7 novembre 2012 portant adaptation de divers textes aux nouvelles règles de la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17731). Sur cette réforme cf. J.-L. Girardi, « La refonte du règlement général sur la comptabilité publique. Incidences pour les collectivités locales », BJCL 2013, n° 1 – C. Guillerminet, « Du RGCP au GBCP Les nouvelles règles budgétaires et comptables de l'État », RFFP 2013, n° 124 – M. Collet, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : “dépenser mieux” ou “dépenser moins” ? », RFDA 2013, p. 433 – J.-B. Mattret, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique », JCP A 2012, n° 49, p. 2389.

⁵⁸² Notice du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713).

⁵⁸³ M. Collet, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : “dépenser mieux” ou “dépenser moins” ? », RFDA 2013, p. 433.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ Règlement n° 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté (JO L 310, 30 novembre 1996, p. 1).

⁵⁸⁶ M. Collet, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : “dépenser mieux” ou “dépenser moins” ? », préc. Sur cet enjeu, cf. égal. J.-B. Mattret, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique », préc. – J.-P. Milot, « Comptabilité générale et comptabilité nationale. Différences et convergences : les enjeux pour le secteur public », Gestion et finances publiques, mai 2012, p. 49 à 56.

⁵⁸⁷ M. Collet, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : “dépenser mieux” ou “dépenser moins” ? », préc.

⁵⁸⁸ *Ibid.* Le Professeur Martin Collet s'étonne : « en promouvant l'objectif de réduction des déficits et des dépenses publiques, le nouveau décret vient clairement entériner une politique budgétaire qu'on peut juger opportune mais qui n'en repose pas moins sur des choix conjoncturels. Est-ce bien le rôle d'un texte appelé à fixer le cadre général

365. Quoi qu'il en soit, le champ d'application de la comptabilité publique s'appuie désormais sur un autre critère que celui de la personnalité publique : ont vocation à être soumises à ces règles les personnes publiques ou privées qui exerçant un service non marchand sont majoritairement financées par des fonds publics⁵⁸⁹.

366. Si, en théorie, le champ d'application semble particulièrement large, en pratique, les exceptions sont assez nombreuses pour que le système actuel n'en soit pas très affecté.

367. En premier lieu, toutes les personnes publiques ne sont pas des administrations publiques au sens du règlement européen. Ainsi, les établissements publics industriels et commerciaux, en tant qu'ils prennent principalement en charge des activités marchandes, n'ont généralement pas cette qualité. Toutefois, par exception, au même titre que pour la comptabilité nationale, ils peuvent parfois avoir la qualité d'organismes de l'administration centrale et donc d'administrations publiques⁵⁹⁰.

de la gestion publique pour les décennies à venir que de fossiliser de tels choix ? Malgré l'indéniable qualité rédactionnelle du décret du 7 novembre 2012, on en vient presque à lui souhaiter un avenir moins radieux que celui de ses prédécesseurs (centenaire pour l'un, cinquantenaire pour l'autre), tant ce texte semble inséparable de l'époque morose dans laquelle il s'inscrit. La rigueur s'impose en effet plus que jamais au stade de la programmation des dépenses publiques comme, ensuite, s'agissant des modalités de contrôle et de comptabilisation de ces dépenses ».

⁵⁸⁹ J.-B. Mattret, « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique », préc. : « *Le champ d'application est davantage fondé sur un critère de financement majoritaire par des fonds publics que par le statut juridique de l'organisme* ». Aux termes de l'article 1^{er} du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 (préc.) : « *Les dispositions du titre Ier du présent décret sont applicables aux administrations publiques au sens du règlement (CE) du 25 juin 1996 visé ci-dessus, mentionnées aux 1° à 5° suivants ainsi qu'aux personnes morales mentionnées au 6° : 1° L'État ; 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics locaux d'enseignement, les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles, les établissements publics locaux d'enseignement maritime et aquacole ; 3° Les établissements publics de santé ainsi que, lorsqu'ils sont érigés en établissement public de santé en application de l'article L. 6133-7 du code de la santé publique, les groupements de coopération sanitaire ; 4° Les autres personnes morales de droit public, dont la liste est établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget ; 5° Après avis conforme du ministre chargé du budget et lorsque leurs statuts le prévoient, les personnes morales de droit privé ; 6° Les personnes morales de droit public ne relevant pas de la catégorie des administrations publiques, sauf si leurs statuts en disposent autrement ; Ces dispositions s'appliquent aux groupements d'intérêt public lorsqu'ils sont soumis aux règles de la comptabilité publique dans les conditions prévues par l'article 112 de la loi du 17 mai 2011 visée ci-dessus* ».

⁵⁹⁰ Sur ce sujet, cf. not. J.-P. Dupuis, « Système français de comptabilité nationale : les administrations publiques dans les comptes nationaux », note méthodologique, INSEE, mai 2012, n° 1 : « *En principe, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) doivent être classés en dehors des administrations publiques, en sociétés (S.11 ou S.12) puisque, par leur statut, ils sont censés avoir une activité marchande. Toutefois, l'application des règles de la comptabilité nationale, et en particulier celle des 50 % des recettes couvrant les coûts de production, amène à classer un certain nombre d'EPIC en ODAC. Quelques exemples significatifs existent dans le domaine de la culture (Cité de la Musique, cité des sciences et de l'industrie, théâtres nationaux...), de l'intervention économique (OSEO tête de groupe, offices nationaux agricoles), mais sont aussi classés en ODAC le centre national d'études spatiales (CNES), le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) et, depuis le milieu de la décennie 90, les Charbonnages de France (dissous au 1^{er} janvier 2008)* ».

368. En deuxième lieu, en dehors des cas où le gouvernement prévoit spécifiquement l'application des règles comptables et budgétaires publiques – État, collectivités territoriales et leurs établissements publics, établissements publics locaux d'enseignement, établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles, établissements publics locaux d'enseignement maritime et aquacole, établissements publics de santé, groupements de coopération sanitaire constitués sous la forme d'établissements publics – ces règles ne seront applicables qu'aux entités, ayant la qualité d'administration publique, figurant dans une liste arrêtée conjointement par le ministre en charge de l'économie et le ministre en charge du budget⁵⁹¹.

369. En troisième lieu, même si le décret prévoit spécifiquement son application aux personnes publiques qui n'ont pas la qualité d'administration publique, cette règle n'est valable que dans la mesure où leurs statuts n'en disposent pas autrement.

370. Pour conclure, deux points ressortent.

371. Premièrement, On constate d'abord une véritable discrimination entre les personnes publiques. Ainsi, si certaines d'entre elles peuvent facilement échapper aux règles de la comptabilité publique et budgétaire – et que le constat, dressé par le Conseil d'État en 2002, selon lequel l'établissement public national « *peut permettre d'échapper aux règles parfois jugées contraignantes de la comptabilité publique* », est toujours valable⁵⁹² – il n'en demeure pas moins que les collectivités territoriales et leurs établissements publics⁵⁹³ ne peuvent pas s'y soustraire, même si ils prennent en charge une activité industrielle ou commerciale. On comprend mal ce qui justifie un traitement différent pour les établissements publics industriels

⁵⁹¹ A. n° BUDE1312153A du 1^{er} juillet 2013 fixant la liste des personnes morales de droit public relevant des administrations publiques mentionnées au 4° de l'article 1^{er} du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0157 du 9 juillet 2013, texte n° 77)

⁵⁹² CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 13 : En effet, « *si les établissements publics nationaux sont en principe soumis à la comptabilité publique, qu'ils soient à caractère administratif (art. 154 à 189 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique) ou à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils sont dotés d'un comptable public (art. 190 à 225 du même décret), une simple disposition réglementaire peut suffire pour déroger à cette règle. Cette possibilité est utilisée parfois pour les établissements publics à caractère administratif, souvent pour les établissements publics à caractère industriel* ».

⁵⁹³ D'autant que sur ce point, une autre difficulté persiste. Celle de la frontière, parfois floue, entre les établissements publics nationaux et les établissements publics locaux, en effet, il existe « *des établissements publics mixtes, qui ne sont que géographiquement ou nominalement locaux mais qui ne sont pas organiquement ou qui ne sont que partiellement rattachés aux collectivités territoriales et donc on ne sait pas toujours avec certitude s'ils font partie de leurs établissements publics* » (Luc Saïdj, « La trésorerie locale », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 11, folio 7232, Paris, Dalloz, 2011, n° 56). Un éprouvant mais utile inventaire serait donc utile.

et commerciaux locaux, d'autant les groupements d'intérêt public nationaux ou locaux n'y sont pas soumis⁵⁹⁴.

372. *A fortiori* car, secondement, ces règles soumettent les personnes publiques à des exigences plus importantes que les entreprises privées (quand celles-ci ne sont pas des administrations publiques soumises au décret de 2012). Elles impliquent notamment⁵⁹⁵ : la mise en place d'un budget prévoyant et autorisant les recettes et les dépenses⁵⁹⁶ – avec le mécanisme de double autorisation budgétaire en autorisations d'engagement et crédits de paiement – ; l'encadrement procédural de l'exécution du budget ; le contrôle de l'exécution du budget par le biais d'une comptabilité budgétaire (comptabilité de caisse) ; l'analyse patrimoniale et l'analyse de gestion par le biais d'une comptabilité générale et parfois d'une comptabilité analytique (comptabilité en droits constatés) ; la règle du paiement après service fait ; la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable⁵⁹⁷ ; la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public⁵⁹⁸. De telles règles constituent évidemment une sujétion importante pour le

⁵⁹⁴ Cf. not. instruction n° 2012-11-1624 du 27 février 2013 relative à la création d'un statut commun des groupements d'intérêt public, p. 7 : « *Le GIP peut être soumis à une comptabilité privée. La tenue de la comptabilité est alors assurée par un comptable privé. Toutefois, le GIP obéit aux règles de la comptabilité publique s'il est exclusivement constitué de personnes morales de droit public soumises au régime de la comptabilité publique ou si les membres fondateurs en ont fait le choix. La convention constitutive doit préciser clairement les règles comptables applicables. Dans le cas d'un GIP soumis à la comptabilité publique, le comptable est toujours un agent de droit public* ».

⁵⁹⁵ Le titre premier s'applique à toutes les administrations publiques, le titre II ne s'applique qu'à l'État et le titre III s'applique aux établissements publics de l'État et autres organismes visés au 4°, 5° et 6° de l'article 1^{er}.

⁵⁹⁶ Nous n'aborderons pas les règles particulières à chaque personne publique. Toutefois on peut noter que le budget des régions locales doit respecter l'exigence de répartition de leurs opérations financières en deux sections (fonctionnement et investissement) au même titre que le budget des collectivités territoriales : art. R. 2221-34 du CGCT.

⁵⁹⁷ Ce principe dont l'existence remonte à l'Ord. du 14 septembre 1822 a été confirmé par l'art. 9 du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 (préc.) aux termes duquel : « *les fonctions d'ordonnateur et de comptable publics sont incompatibles* ». Cependant « *le principe de la séparation du comptable public et de l'ordonnateur a pu être remis en question. En effet, face à la prégnance des débats de fond sur la convergence de l'information et de l'harmonisation des pratiques comptables au niveau international, face également aux limites de l'information budgétaire et comptable des collectivités locales, plusieurs auteurs s'accordent sur la nécessaire évolution vers un compte financier unique dans les collectivités locales, qui entraînerait de facto une redéfinition des rôles de l'ordonnateur et du comptable public. De plus, suite à la loi organique du 1^{er} août 2001 sur les lois de finances (L. n° 2001-692, 1^{er} août 2001, JO 2 août), de nombreux professionnels de la comptabilité publique se sont interrogés sur l'applicabilité des dispositions de la LOLF au niveau local. La transposition aux échelons locaux de celles-ci en matière de contrôle, pourrait ainsi conduire à une évolution du rôle du comptable public, du déclin de son rôle de "payeur" vers celui de "garant" de la sincérité et de la rectitude des opérations* » : J. Facon, G. Mainçon-Vitrac, *Le Lamy gestion et finances des collectivités locales*, n° 216-5, Paris, Lamy, 2012.

⁵⁹⁸ Art. 60 de la L. n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963 : « *les comptables sont personnellement et pécuniairement responsables des contrôles qu'ils sont tenus d'assurer [...] dans les conditions prévues par le règlement général sur la comptabilité publique* ». En outre, les comptables publics sont responsables devant la Cour de discipline budgétaire et financière, y compris les EPIC et les GIP quand ils sont dotés d'un comptable public : cf. CDBF, n° 160-158, 21 février 2008, Agence nationale de valorisation de la recherche (ANVAR) : « *Certes, ces derniers relèvent principalement et prioritairement d'un régime de responsabilité spécial, qui leur est propre, le régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics [...]. Ils sont sur leurs deniers propres responsables des opérations et contrôle qui leur incombent ; mais lorsque ce régime particulier ne*

prestataire public de service marchand et ont un impact sur le fonctionnement quotidien de l'activité concurrentielle notamment concernant l'exécution financière des achats publics⁵⁹⁹. D'autant, qu'en pratique, les différents matériels, notamment les logiciels de la gestion comptable publique, sont vraiment différents de ceux de la gestion comptable privée. Ce point n'est pas anecdotique dans la mesure où la réinternalisation d'un service occasionnera des frais car elle « *nécessite l'adaptation des personnels, l'acquisition de nouveaux logiciels ainsi que la mise en place d'un nouveau système de paiement des clients et fournisseurs par l'émission de mandats* »⁶⁰⁰.

§3. LA TRÉSORERIE

373. La trésorerie des personnes publiques est soumise à des règles particulières⁶⁰¹, ce qui est une spécificité française⁶⁰². Elles ont en effet l'obligation de placer leurs disponibilités (autrement appelées fonds disponibles ou fonds libres) auprès de l'État, et plus spécifiquement auprès du Trésor public. Cette centralisation des dépôts, dont l'existence remonte au décret

peut trouver application, les infractions financières générales relevant de la CDBF sont susceptibles de jouer comme pour toute autres personne intervenant dans la gestion publique ».

⁵⁹⁹ Ainsi, les auteurs de l'ouvrage *Le Lamy droit public des affaires* insistent sur la « *spécificité de l'exécution financière des achats publics* » qui s'explique d'une part « *tant en raison de la dissociation entre la personne qui engage la dépense et celle qui la paie que des fortes garanties exigées des titulaires des contrats et marchés de l'administration* » (n° 3613) et d'autre part par « *le contrôle des dépenses qui tient une place essentielle dans ce dispositif de manière à encadrer la dépense publique, à tel point que les tentatives pour s'en exonérer ne sont pas rares* » (n° 3614) : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014.

⁶⁰⁰ R. Mariller et A. Sevino, « Office de tourisme, comités départementaux et comité régionaux de tourisme », *AJDA* 2011, p. 1988.

⁶⁰¹ « *La trésorerie est constituée par l'ensemble des mouvements financiers exécutés par les comptables publics. Ces mouvements concernent tout d'abord les opérations de l'État au titre des recettes fiscales et non fiscales, des dépenses de fonctionnement et d'investissement ainsi que les opérations liées à la gestion de la dette ou de la trésorerie (émission ou remboursement de titres, paiement d'intérêts, souscription d'emprunts et placement des disponibilités etc.). Mais la trésorerie de l'État a la particularité d'englober également l'activité des "correspondants", c'est-à-dire des organismes tenus de déposer leurs fonds auprès de l'État* » : Cour des comptes, *La gestion de la trésorerie une fonction vitale pour l'État*, Rapport public annuel, 2009, Paris, La doc. fr., p. 26.

⁶⁰² « *La directive communautaire du 24 juin 1988 a pour objet de supprimer les restrictions aux mouvements de capitaux des États membres de la CEE afin que les établissements financiers soient en totale concurrence les uns avec les autres. En aucun cas, cette directive n'a d'effet sur les dispositions par lesquelles un État membre interdit à des collectivités publiques de placer librement leurs disponibilités. De ce point de vue, l'obligation de dépôt des fonds libres des collectivités locales au Trésor doit s'analyser comme un système sui generis relevant de l'organisation financière interne de l'État français* » : Rép. min. n° 15493 (JO Assemblée nationale du 25 septembre 1989) et Rev. Trésor 1999.238 – Adde Rép. min. n° 34462 (JO Assemblée nationale du 3 juin 1991, p. 2160).

impérial 6857 du 27 février 1811⁶⁰³, s'applique en vertu du principe d'unité de trésorerie de l'État⁶⁰⁴.

374. A l'inverse, contrairement à une affirmation répandue, la règle de non rémunération des dépôts ne découle pas du principe d'unité de trésorerie et n'est donc pas obligatoirement attachée à l'obligation de dépôt auprès du Trésor public⁶⁰⁵.

375. En réalité, la règle de non rémunération des dépôts a été posée par une loi du 18 juillet 1892⁶⁰⁶, qui étendait l'application de l'obligation de dépôts aux départements, et déployée aux communes, plus tardivement, par la loi du 18 septembre 1941⁶⁰⁷.

376. La pertinence de ces règles fut sujette à de vifs débats, d'autant plus vifs que se renforçait le mouvement de décentralisation. Il est vrai que les conséquences étaient à double tranchant. Du point de vue des personnes publiques ces règles ont l'inconvénient, d'une part, de les soustraire à la possibilité de jouir des conditions de rémunérations des placements de droit commun, d'autre part, de les soustraire à toute rémunération de leurs fonds disponibles. Du point de vue de l'État, au contraire, l'avantage de ces règles est important car elles lui permettent de compenser « *la situation structurellement débitrice de [sa] trésorerie et l'aident à maintenir un solde positif sans avoir recours à l'endettement. En l'absence d'un tel système, l'AFT (Agence France Trésor) aurait été obligée d'émettre, fin 2007, 68 Mds d'euros de dette supplémentaire [ce] qui aurait accru le ratio de la dette au sens de Maastricht par rapport au PIB d'environ quatre points de PIB* »⁶⁰⁸, voire de tirer profit de cet encours, qui varie selon les années dans une fourchette de 50 et 70 Mds d'euros, dans la mesure où « *il lui est loisible de placer contre rémunération cette trésorerie et d'en retirer un produit financier pour son propre compte* »⁶⁰⁹.

⁶⁰³ Ce décret disposait par son article 4 qu'« il [le ministre du Trésor] fera verser pour le compte de la caisse de service, chez les receveurs généraux et particuliers, les sommes qu'il jugera excéder les besoins du service, et les fera rétablir successivement aux époques où les besoins du service l'exigeront ».

⁶⁰⁴ Sur ce sujet, cf. not. X. Cabannes, « Que reste-t-il du principe de l'unité de trésorerie », RRJ 2004, n° 2, p. 1096.

⁶⁰⁵ Ainsi, le décret impérial 6857 du 27 février 1811 prévoyait que « *la caisse de service tiendra compte à chaque commune de l'intérêt des fonds qui lui seront versés, de la même manière qu'elle en tient compte aux particuliers* ».

⁶⁰⁶ P. Loridant, Rapport d'information sur le compte d'avances aux collectivités locales, n° 24, Sénat, 2003 (non numéroté).

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Cour des comptes, *La gestion de la trésorerie une fonction vitale pour l'État*, Rapport public annuel, 2009, Paris, La doc. fr., p. 71.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

377. Entre préserver la stabilité de la trésorerie et les intérêts financiers de l'État, d'une part, et alléger les contraintes en matière de trésorerie des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, d'autre part, le législateur a fait un choix clair : l'article 26-3 de la loi organique du 17 août 2001 (LOLF) confirme et remplace l'article 15 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances⁶¹⁰ en disposant que « *sauf dérogation expresse d'une loi de finance, les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont tenus de déposer toutes leurs disponibilités auprès de l'État* »⁶¹¹.

378. On pourrait s'étonner que cet article ne fasse pas mention des établissements publics nationaux (administratifs ou industriels et commerciaux). En effet, durant la période antérieure, l'article 15 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, assujettissait clairement les établissements publics nationaux à l'obligation de déposer leurs fonds disponibles auprès du Trésor public. En l'occurrence, il ne s'agit pas « *d'une erreur de plume, mais du résultat d'un amendement proposé, avec avis favorable du gouvernement, par le rapporteur au Sénat, Monsieur Alain Lambert* »⁶¹².

379. L'exclusion des établissements publics nationaux de l'obligation de déposer leurs disponibilités auprès de l'État est donc certaine⁶¹³ et seules des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles expresse pourront les y soumettre.

380. L'étendue de cette obligation est donc à envisager au regard du champ d'application du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

⁶¹⁰ L'art. en question disposait que « *sauf dérogation admise par le ministre des finances, les collectivités territoriales de la République sont tenues de déposer au Trésor toutes leurs disponibilités* ».

⁶¹¹ LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO n° 177 du 2 août 2001, p. 12480). Selon le rapporteur de la loi organique, M. Alain Lambert, la question de l'obligation de dépôt ne pouvait être convenablement abordée que dans le cadre d'un débat plus large sur les « *relations financières entre l'État et les collectivités* ». C'est pourquoi, « *le débat autour des relations financières entre l'État et les collectivités territoriales ne doit pas s'immiscer dans celui portant sur la réforme de l'ordonnance organique. En effet, bien que l'obligation de dépôt des disponibilités des collectivités territoriales ne découle que de ce seul texte, elle n'en constitue pas moins un sujet détachable, dont les tenants et les aboutissants sont largement indépendants du texte de la loi organique relative aux lois de finances. Seul le lien entre les disponibilités déposées et les recettes de trésorerie qu'elles génèrent pour l'État justifie d'ailleurs la présence de cette disposition dans le texte organique* » : A. Lambert, La proposition de loi organique relative aux lois de finances, Rapport, n° 343, Sénat, 29 mai 2001, p. 166.

⁶¹² L. Saïdj, « La trésorerie locale », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 11, folio 7232, Paris, Dalloz, 2011, n° 54. Adde A. Lambert, JO Sénat, séance du 12 juin 2001, p. 2946 : « *nous visons à exclure les établissements publics nationaux de l'obligation de dépôt [...]. Il semble en effet souhaitable que le régime des dépôts puisse, s'agissant des disponibilités des établissements publics nationaux, être décidé au cas par cas par voie réglementaire* ». Cette proposition d'amendement mérite d'être comparée à la déclaration de principe précédemment citée.

⁶¹³ E. Vallet, *Les correspondants du Trésor*, Thèse, Grenoble II, 2000 n° 40.

En effet, à l'exemple du règlement général de la comptabilité publique de 1962, ce texte soumet les personnes publiques qui entrent dans son champ d'application, à l'obligation de déposer leurs fonds au Trésor⁶¹⁴.

381. Nous avons précédemment souligné que le champ d'application du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique était sur le principe très élargi mais qu'en pratique le nombre d'exceptions formulé par le texte était si important que la situation antérieure n'était modifiée qu'à la marge⁶¹⁵. On comprend dès lors que le « paysage » des institutions soumises à l'obligation de dépôt ne sera pas fortement modifié. *Grosso modo*, la plupart des établissements publics nationaux à caractère administratif seront soumis à cette obligation quand les établissements publics nationaux à caractère industriels et commerciaux y échapperont largement⁶¹⁶.

382. Quoiqu'il en soit, il est clair que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont pleinement soumis à l'obligation de déposer leurs « fonds libres » au Trésor. Cette contrainte est forte, notamment dans une période où les personnes publiques locales sont en proie à de grandes difficultés économiques et financières et font face à la concurrence sur certaines de leurs activités.

383. C'est la raison pour laquelle, si le législateur n'a pas jugé utile – et à fortes raisons – de revenir sur la règle de l'obligation de dépôt des fonds libres au Trésor, il n'a eu de cesse d'en d'assouplir les contours⁶¹⁷. Ces dérogations sont contenues dans les dispositions du Code général des collectivités territoriales qui détermine le régime général des dérogations à

⁶¹⁴ Art. 47 du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (préc.) : « *Sous réserve des dispositions de l'article 197, les personnes morales mentionnées à l'article 1^{er} sont tenues de déposer leurs fonds au Trésor* ».

⁶¹⁵ Une amélioration est cependant notable. En effet, avant la réforme de 2012, la Cour des comptes avait pu regretter que « *la situation des établissements au regard de l'obligation de dépôts [soit] en réalité très mal connue. Si les dérogations accordées aux établissements soumis au RGCP a fait récemment l'objet d'un inventaire, celui-ci n'a permis ni d'en apprécier la justification ni d'en quantifier l'enjeu financier. Il est regrettable que l'audit ministériel prévu pour pallier cette méconnaissance n'ait toujours pas été engagé* » (Cour des comptes, *La gestion de la trésorerie une fonction vitale pour l'État*, Rapport public annuel, 2009, Paris, La doc. fr., p. 71). Cette appréciation est aujourd'hui valable dans concernant les établissements publics nationaux dans la mesure où une liste arrêtée par le ministre chargé de l'économie et le ministre chargé du budget détermine précisément les administrations publiques soumises à cette obligation : cf. *supra* n° 368.

⁶¹⁶ Cf. *supra* n° 364 et s.

⁶¹⁷ Ainsi, la circulaire « Doumer-Chautemps » du 5 mars 1926 des ministres de l'intérieur et des finances détaillait les dérogations admises. La LOLF (LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances : préc.) est par la suite venue admettre la possibilité de déroger à l'obligation de dépôt à la condition que ces dérogations soient prévues par la loi : c'est sur cette base que l'art. 116 de la L. n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004 (JO n° 302 du 31 décembre 2003, p. 22530) est venu fixer le régime de ces dérogations, codifié aux articles L. 1618-1 et s. du CGCT.

l'obligation de dépôt auprès de l'État des fonds des collectivités territoriales et de leurs établissements publics⁶¹⁸.

384. Ce régime applicable aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics les autorise à déroger à l'obligation de dépôt des disponibilités au Trésor pour les fonds qui proviennent soit de libéralités ou de l'aliénation d'un élément de leur patrimoine ; soit d'emprunts dont l'emploi est différé pour des raisons indépendantes de la volonté de la collectivité ou de l'établissement public ; soit de recettes exceptionnelles dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État. Pour ces fonds, la loi prévoit deux possibilités de placement spécifiques : d'une part sur un « *compte à terme ouvert auprès de l'État* »⁶¹⁹, d'autre part « *en titre émis ou garantis par les États membres de la Communauté européenne, ou les autres États parties à l'accord sur l'espace économique européen et libellés en euros* »⁶²⁰.

385. Ces dérogations ont toutefois été jugées insuffisantes s'agissant des activités des services publics industriels et commerciaux, dont la vocation économique, et parfois marchande, nécessitait une plus grande souplesse dans la gestion de la trésorerie. D'autant que, les sujétions caractéristiques de leur régime, à l'exemple de l'obligation d'individualisation de leur budget en vertu du principe de séparation (constitution d'un budget annexe ou séparation institutionnelle par le biais d'un établissement public ou d'une autre entité) et de l'obligation de fonctionner sans recours à l'impôt, renforcent cette nécessité. Ainsi, « *les contraintes spécifiques qui pèsent sur la gestion de tels services risquent de s'ajouter aux contraintes générales découlant de leur statut public et de les mettre en situation d'infériorité vis-à-vis du secteur privé (la "concurrence déloyale" s'exerçant, en quelque sorte, à rebours, compte tenu des charges de service public qui pèsent principalement sur les organismes publics)* »⁶²¹.

⁶¹⁸ Art. L. 1618-1 et L. 1618-2 du CGCT issus de la L. n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 portant loi de finances pour 2004 (JO n° 302 du 31 décembre 2003, p. 22530). *Adde* D. n° 2004-628 du 28 juin 2004, portant application de l'art. 116 de la loi de finances pour 2004 et relatif aux conditions de dérogation à l'obligation de dépôt auprès de l'État des fonds des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (JO n° 151 du 1 juillet 2004 p. 11950) – Circ. interm. n° NOR/ECO/R/04/60116/C du 22 septembre 2004 – Art. 47 du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (préc.) et A. du 24 janvier 2013 portant application des articles 43 à 47, 134, 138, 141, 142, 143, 195 et 197 du D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique et encadrant les comptes de disponibilité et les dépôts de fonds au Trésor (JO n° 0031 du 6 février 2013, p. 2139).

⁶¹⁹ CGCT, art. L. 1618-2, II, al. 2.

⁶²⁰ CGCT, art. L. 1618-2, II, al. 1.

⁶²¹ Luc Saïdj, « La trésorerie locale », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 11, folio 7232, Paris, Dalloz, 2011, n° 150. Ainsi, la conséquence du fait que les services industriels et commerciaux ne bénéficient pas de ressources fiscales conduit à ce qu'elle « *ne peuvent prétendre aux "avances" sur impositions accordées par le Trésor ce qui justifie ou justifierait un assouplissement du régime applicable (par exemple une rémunération des*

386. C'est pourquoi le législateur a pu progressivement instaurer des dérogations spécifiques aux régies municipales de service public industriel et commercial.

387. La première dérogation est applicable à l'ensemble des régies municipales de service public industriel et commercial quel que soient leur degré d'individualisation : établissement public ou régie autonome) et plus largement à « *tous les services locaux, personnalisés ou non personnalisés, dont le régime financier fait référence à celui des régies SPIC* »⁶²². Ces dernières peuvent déroger à l'obligation de dépôt de leurs disponibilités auprès de l'État pour les fonds qui proviennent spécifiquement des excédents de trésorerie résultant de leur cycle d'activité⁶²³. Cependant, comme le note le Professeur Luc Saïdj, cette première dérogation connaît de sérieuses limites dans la mesure où, d'une part, elle « *n'intéresse que "les excédents de trésorerie", c'est-à-dire ceux qui sont liés à un décalage temporaire entre dépenses et recettes provisoirement excédentaires, ce qui intéresse en particulier les régies ayant une activité principalement saisonnière (sports d'hiver, tourisme, activités de plaisance...) et des recettes périodiques (abonnements, redevances d'eau et d'assainissement...)* »⁶²⁴, et, d'autre part, exclut du placement « *la part des ressources provenant pour partie de concours financiers publics (subventions, contributions, participations) ou de taxes versées par l'État et d'autres collectivités ou établissements publics* »⁶²⁵.

388. La seconde dérogation est moins largement applicable. Elle ne concerne que les établissements publics industriels et commerciaux (c'est-à-dire que sont exclus les services non personnalisés), et les établissements publics « *dont le régime financier fait référence à celui des régies SPIC* »⁶²⁶. Ils peuvent déposer l'ensemble de leurs disponibilités (à l'exception des ressources qui ne proviennent pas de leur activité industrielle et commerciale)⁶²⁷, après autorisation expresse d'une autorité compétente de l'État, sur un compte ouvert à La Poste ou dans un établissement de crédit ayant obtenu un agrément en vertu des dispositions applicables

dépôts par le Trésor à des conditions proches du marché), d'autant que les délégataires privés de services publics ne sont pas, eux, assujettis à l'obligation de dépôt, ce qui crée une distorsion en ce domaine ».

⁶²² Circ. interm. n° NOR/ECO/R/04/60116/C du 22 septembre 2004, pt I.3.2.c : sont ainsi concernés notamment les établissements publics fonciers locaux (Code de l'urbanisme, art. L. 324-1 et s. et R. 324-1 et s.) ; les établissements publics locaux d'aménagement (Code de l'urbanisme, art. L. 326-1 et s.) ; les offices de tourisme constitués sous forme d'EPIC (Code du tourisme, art. L. 133-4 et s.) ; les établissements publics de coopération culturelle gérant un SPIC (CGCT, art. L. 1431-1).

⁶²³ Art. L. 2221-5-1 a) du CGCT.

⁶²⁴ Luc Saïdj, « La trésorerie locale », préc., n° 156.

⁶²⁵ *Ibid.*, n° 158.

⁶²⁶ Circ. interm. n° NOR/ECO/R/04/60116/C du 22 septembre 2004, pt I.2.1.

⁶²⁷ Circ. interm. n° NOR/ECO/R/04/60116/C du 22 septembre 2004, pt I.2.1.

dans les États membres de la Communauté européenne ou les autres États parties à l'accord sur l'Espace économique européen⁶²⁸.

389. *In fine*, deux conclusions s'imposent. En premier lieu, la situation des personnes publiques locales, mettant en œuvre des activités de service marchand n'est pas des plus heureuses car elles restent, même dans un cadre dérogatoire, soumises à des contraintes de trésorerie très exorbitantes du droit commun. Pour autant, en second lieu, il est difficile de défendre « à cor et à cri » la soustraction de l'ensemble des prestataires publics de service marchand (quelle que soit la forme qu'ils revêtent) à l'obligation de dépôt de leurs disponibilités tant la conjoncture économique et financière que doit affronter l'État impose des efforts solidaires. Si une telle réforme devait avoir lieu, au moins pour les personnes publiques confrontées à la concurrence sur une partie importante de leurs activités, elle devra être conduite avec mesure pour préserver la trésorerie de l'État tout en soulageant celle des entreprises publiques locales sous statut de droit public.

§4. LA FISCALITÉ

390. Le Conseil d'État dans son avis *Société Jean Louis Bernard Consultants* pose un principe clair selon lequel « *le statut fiscal [...] des établissements publics n'est pas de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence* »⁶²⁹.

391. L'influence du droit de la concurrence tend cependant à faire émerger un nouveau principe fiscal, décliné du principe d'égalité de concurrence, selon lequel il est nécessaire qu'aucun des concurrents – public ou privés – ne bénéficie d'avantages fiscaux de nature à entraîner une distorsion du jeu de la concurrence⁶³⁰.

392. Partant de ce principe, le régime fiscal des prestataires publics de service marchand connaît une double évolution.

⁶²⁸ Art. L2221-5-1 b) du CGCT.

⁶²⁹ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

⁶³⁰ Sur ce sujet, cf. not. G. Marson, « Le juge fiscal, gardien communautaire de la neutralité concurrentielle des impôts nationaux : l'exemple des aides d'État », DA 2008, n° 6, p. 15 – « Les aides d'État sous forme fiscale » (compte rendu du Colloque organisé par l'Université Paris XII les 25 et 26 septembre 2008), Revue de droit fiscal 2008, n° 48, p. 9 – J.-Y. Jourdain, *Aides fiscales d'État et concurrence fiscale dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse, Paris III, 2004 – E. Gintrand, « Conventions de délégation de service public et contraintes fiscales », ACCP 2013, n° 133.

En premier lieu, le critère de l'activité économique tend à devenir le critère principal de l'assujettissement aux impôts de droit commun des personnes publiques, ainsi, « *le réalisme du droit fiscal assure l'égalité des charges sur le marché concurrentiel* »⁶³¹ (A).

En second lieu, les institutions européennes sont de plus en plus intransigeantes vis-à-vis des règles d'impositions particulières, qui peuvent favoriser l'action concurrentielle d'un prestataire public de service marchand au détriment du jeu de la concurrence (B).

A. L'assujettissement et l'exonération des personnes publiques aux impôts commerciaux

393. L'article 1654 du Code général des impôts dispose que « *les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'État ou des collectivités locales, les entreprises bénéficiant de statuts, de privilèges d'avances directes ou indirectes ou de garanties accordées par l'État ou les collectivités locales, les entreprises dans lesquelles l'État ou les collectivités locales ont des participations doivent acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations* ».

394. A cette lecture, les choses sont simples. Les concurrents publics et les concurrents privés sont en principe soumis au même traitement fiscal pour leurs activités économiques. Mais en réalité, le Professeur Jean-Claude Douence nous invite à tempérer cette unité de principe car « *il n'existe pas de principe général en matière d'imposition ou de non-imposition des personnes publiques mais les dispositions propres à chaque impôt prévoient souvent des exonérations à leur profit* »⁶³².

395. Cette « fausse similitude » est à la source d'une grande inquiétude des personnes publiques (et d'une certaine nervosité de leurs comptables) qui ne savent plus très bien, devant la complexification croissante du régime fiscal, déterminer si elles sont soumises ou non aux impositions de droit commun concernant leurs activités économiques. Le constat est prudent, mais « *bien que les statistiques manquent, il semble que les redressements fiscaux impliquant les collectivités territoriales et leurs démembrements se soient multipliés ces dernières années,*

⁶³¹ C. Bergeal, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », conclusions sur CE, avis contx., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, RFDA 2001, p. 112.

⁶³² J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 1, folio n° 6222, D., n° 156.

révélant bien souvent qu'elles violaient allégrement leurs obligations fiscales en s'estimant à tort, quoique souvent de bonne foi, à l'abri des différents impôts commerciaux - à savoir, pour l'essentiel, l'impôt sur les sociétés, l'imposition forfaitaire annuelle, la taxe professionnelle et, désormais, la contribution économique territoriale, ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée »⁶³³.

396. Face à cette situation, le juge s'emploie honnêtement à clarifier la lecture des dispositions du Code général des impôts. Mais il faut bien admettre, qu'en l'état, la complexité de l'assujettissement et de l'exonération des personnes publiques à l'impôt, continue de poser deux problèmes principaux.

397. En premier lieu, le jeu des exonérations à l'impôt commercial peut être un facteur important de distorsion de la concurrence car il constitue une véritable source d'économie sur laquelle les prestataires publics de service marchand peuvent s'appuyer pour favoriser leurs activités concurrentielles⁶³⁴.

398. En second lieu, de manière corrélative, cette complexité est impropre à la sécurité juridique des interventions économiques des personnes publiques. Le risque de redressement est important car l'administration fiscale est de moins en moins conciliante avec les interprétations erronées ou intentionnellement souples. En outre, la compatibilité de telles règles et pratiques avec le droit de l'Union européenne est largement douteuse.

399. Nous allons successivement décliner cette analyse à l'égard des principaux types d'impôts commerciaux, c'est-à-dire l'impôt sur les sociétés (1), la cotisation foncière des entreprises (2) et la taxe sur la valeur ajoutée (3).

1. Impôt sur les sociétés

400. L'impôt sur les sociétés est un exemple frappant du déploiement de la logique concurrentielle aux activités économiques⁶³⁵. En principe, l'impôt sur les sociétés est exigible, en vertu des dispositions du 1 de l'article 206 du Code général des impôts (CGI), pour « *les*

⁶³³ M. Collet, « À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? », AJDA 2012 p. 1807.

⁶³⁴ *Ibid.* Selon le Professeur Martin Collet : « *l'assujettissement aux impôts commerciaux de l'éventuel délégataire a pour effet mécanique une augmentation substantielle du coup de la mission et ainsi, le plus souvent, une hausse du montant des redevances réclamées aux usagers. À cet égard, l'extension du régime d'exonération va donc clairement dans le sens opposé au "principe général" invoqué par Léon Blum [...], en tournant le dos au souci du juge fiscal d'assurer, en principe, la neutralité fiscale des choix de structure juridique, pour soumettre aux mêmes régimes les activités comparables (indépendamment de la personne qui les exerce) ».*

⁶³⁵ Cf. not. L. Levoyer, « L'assujettissement des personnes publiques à l'impôt sur les sociétés », Revue de droit fiscal 2006, n° 7, p. 419.

établissements publics, les organismes de l'État jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ».

401. Toute la difficulté vient de la définition du caractère « lucratif » de l'activité en question. Cette problématique s'est posée avec une particulière acuité concernant les collectivités territoriales. En effet, le 6° du 1. de l'article 207 du CGI prévoit que les collectivités territoriales sont exonérées de l'impôt sur les sociétés y compris pour leurs « *régies de service public* »⁶³⁶, cette exonération, propre au droit fiscal, vise « *les services collectifs, destinés à l'ensemble de la population* »⁶³⁷. L'exonération des « régies de service public » a progressivement été supprimée concernant leurs activités lucratives, toute la difficulté tenant à la définition du caractère lucratif de l'activité en cause.

402. La jurisprudence a évolué sur ce point.

403. Dans un premier temps, « les juges du fond appliquaient, pour déterminer le caractère lucratif de l'activité, les critères dégagés par le Conseil d'État pour les associations »⁶³⁸. Cette jurisprudence reposait sur le souci que « les prélèvements fiscaux effectués sur des opérateurs économiques agissant sur un même marché ne rompent [pas] la nécessaire égalité devant être maintenue entre eux pour que le processus concurrentiel puisse correctement fonctionner »⁶³⁹. Partant de cette préoccupation le Conseil d'État interrogeait l'activité sur plusieurs aspects : « d'abord sur le caractère désintéressé de la gestion de l'organisme en cause puis, le cas échéant, sur le point de savoir si ses activités entrent en concurrence avec celles développées par des entreprises commerciales et, enfin, en cas de réponse positive, sur le point de savoir si les conditions d'exercice des activités apparaissent bien équivalentes »⁶⁴⁰. À cette dernière interrogation, le juge répondait au support de la règle dite des « 4 P » qui le conduisait « à examiner successivement la « comparabilité » des produits proposés, du public visé, des prix

⁶³⁶ Art. 207 du CGI.

⁶³⁷ J.-Cl. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013, n° 157.

⁶³⁸ Cf. not. CE, n° 27272716 mai 2007, *Communauté de communes du pays de Landerneau-Daoulas* : AJDA 2007. 1420, note Levoyer ; RJF 2007, n° 929, concl. L. Vallée ; BDCF 2007, n° 100. *Adde* CAA Marseille, n° 07MA03673, 10 mai 2010 : RJF 2010, n° 556 – CAA Douai, n° 01DA00011, 30 décembre 2003, *Commune du Havre* : AJDA 2004. 1308, note Dreyfus ; Dr. fisc. 2004, n° 41, comm. 745, concl. Michel.

⁶³⁹ G. Marson, « La neutralisation des distorsions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel », RFDA 2008, p. 785.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

pratiqués et, enfin, de la publicité effectuée par l'organisme en cause, par rapport aux entreprises concurrentes »⁶⁴¹.

404. Dans un second temps, à compter de 2012, par deux arrêts *Commune de Saint-Cyprien*⁶⁴² et *Commune de la Ciotat*⁶⁴³, le Conseil va cesser de s'appuyer sur sa jurisprudence relative aux associations pour adopter des critères propres aux personnes publiques sur le fondement combiné des articles 206 et 1654 du CGI. Il établit ainsi une formulation différente au terme de laquelle une régie locale « *n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés si le service qu'elle gère ne relève pas, eu égard à son objet ou aux conditions particulières dans lesquelles il est géré, d'une exploitation à caractère lucratif* »⁶⁴⁴.

405. Cette nouvelle « grille de lecture »⁶⁴⁵ à l'assujettissement des personnes publiques à l'impôt sur les sociétés appelle deux commentaires principaux.

406. Tout d'abord, le juge considère que les activités non lucratives des régies locales sont, en toute hypothèse, exonérées de l'impôt sur les sociétés. Mais comment distingue-t-il activité lucrative et activité non lucrative ? Le Professeur Jean-Claude Douence, à l'appui des conclusions du Commissaire du gouvernement, considère que le juge renvoie « *à la distinction entre service public industriel et commercial et service public administratif ; en effet les conditions posées (objet de l'activité et modalités particulières de gestion) sont celles-là mêmes qui identifient un SPIC mais le juge fiscal ne peut pas reprendre explicitement une notion qui ne figure pas dans le Code général des impôts. Quoiqu'il en soit le service public administratif, en tant qu'activité à but non lucratif, n'est pas soumis à l'impôt sur les sociétés* »⁶⁴⁶. Nous ne partageons pas cette analyse car c'est sur ce point précis que la position, ou le manque de clarté de la position, du juge pose problème. En s'éloignant de sa jurisprudence relative aux associations, il s'écarte dangereusement du principe de neutralité fiscale. En effet, la distinction SPA/SPIC n'est pas pertinente dans la mesure où une activité de service public administratif

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² CE, n° 331970, 7 mars 2012, *Commune de Saint-Cyprien* : BJCL 2012, concl. Daumas ; JCP Adm. 2012. 2255, note Rougé ; RLCT 2012, n° 80, p. 15, obs. Glaser.

⁶⁴³ CE, n° 341410, 20 juin 2012, *Commune de la Ciotat et Marseille Provence Métropole* : BJCL.606, concl. Daumas ; AJDA 2012.1807, note Collet ; AJCT 2012. 573, obs. Clémence ; JCP Adm. 2012. Actu. 449, obs. L. Erstein, et n° 2255, note Rougé ; RLCT 2012, n° 83, p. 10, obs. Glaser.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ B. Boisseau, « La fiscalité des sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1146.

⁶⁴⁶ J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013, n° 157.

peut avoir un caractère économique et intervenir sur un marché concurrentiel. À cet égard, la méthode employée concernant des associations était bien plus adaptée.

407. En outre, par cette nouvelle approche, le juge admet l'exonération des activités lucratives, sur le fondement du 6° du 1 de l'article 207 du Code général des impôts, « *si la collectivité territoriale a le devoir d'assurer ce service, c'est-à-dire si ce service est indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité territoriale* ». Cette exception est encore plus surprenante que la précédente car elle tend, d'une part, à soustraire les services publics « indispensables » mais néanmoins « lucratifs » à l'assujettissement de l'impôt sur les sociétés⁶⁴⁷ et, d'autre part, semble s'appliquer à l'ensemble des régies de service public (régies autonomes et régies personnalisées). Sur ce point, il ne peut qu'être souscrit à la proposition du Professeur Martin Collet selon lequel « *cet allègement fiscal que l'État continue d'offrir aux collectivités territoriales mériterait peut-être de voir sa pertinence réévaluée* »⁶⁴⁸.

408. Plus généralement, il semble que le critère de l'activité « lucrative » devrait être remplacée par le critère de l'activité « marchande ». Une telle substitution serait plus adaptée aux exigences concurrentielles, d'autant que le critère actuel a pour inconvénient de faire échapper les groupements d'intérêt public – dont on sait qu'ils sont susceptibles assurer des activités marchandes – à l'impôt sur les sociétés⁶⁴⁹ dans la mesure où la loi prévoit spécifiquement qu'ils exercent des activités d'intérêt général à but non lucratif⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Nous renvoyons sur ce point à la liste établie par le Professeur Martin Collet in « À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? », AJDA 2012 p. 1807.

⁶⁴⁸ M. Collet, « À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? », préc.

⁶⁴⁹ C'est ce que confirme l'art. 239 quater B du CGI aux termes duquel « *Les groupements d'intérêt public constitués et fonctionnant dans les conditions prévues par le chapitre II de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit n'entrent pas dans le champ d'application du 1 de l'article 206, mais chacun de leurs membres est personnellement passible, pour la part des excédents correspondant à ses droits dans le groupement, soit de l'impôt sur le revenu, soit de l'impôt sur les sociétés s'il s'agit d'une personne morale relevant de cet impôt* ». Cette dernière précision était toutefois inutile dans la mesure où l'absence de but lucratif des activités menées par le groupement empêche la rémunération du capital souscrit par les membres : sur ce point cf. *supra* n° 352.

⁶⁵⁰ Toutefois, le réalisme de l'administration fiscale pourrait conduire à assujettir à l'impôt sur les sociétés les groupements d'intérêt public qui ne fonctionneraient pas « *dans les conditions prévues par le chapitre II de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011* » aux termes de l'art. 239 quater B du CGI. Dans ce cas, les dispositions de l'art. 202 ter du CGI seraient applicables : cf. Extrait du bulletin officiel des finances publiques, BOI-IS-CHAMP-20-10-10-20130211, « IS - Champ d'application et territorialité - Collectivités exclues par une disposition légale particulière - Organismes autres que les sociétés », DGFIP, 11 février 2013, n° 120.

2. La contribution économique territoriale

409. La contribution économique territoriale (CET) est venue remplacer la taxe professionnelle depuis la loi de finance pour 2010⁶⁵¹. Elle est composée de la cotisation foncière des entreprises – qui est basée sur les biens soumis à la taxe foncière – (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – dont le taux est calculé en fonction du chiffre d’affaire de l’entreprise – (CVAE). Dans la mesure où le champ d’application et les exonérations de la CVAE sont calqués sur ceux de la CET⁶⁵², nous allons aborder uniquement le cas de la CET.

410. Ainsi, en vertu du I de l’article 1447 du Code général des impôts (CGI), la CET est due « *chaque année par les personnes physiques ou morales, les sociétés non dotées de la personnalité morale ou les fiduciaires pour leur activité exercée en vertu d’un contrat de fiducie qui exercent à titre habituel une activité professionnelle non salariée* ». Toutefois, l’article 1449 du CGI exonère les activités exercées par « *les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes de l’État, pour leurs activités de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique, quelle que soit leur situation à l’égard de la taxe sur la valeur ajoutée* ». Ces exonérations ne surprennent guère car le législateur les calque, au mot près, sur celles qui existaient en matière de taxe professionnelle. D’ailleurs, et ce point est essentiel, « *sont reprises ici toutes les solutions jurisprudentielles et les doctrines administratives relatives à la taxe professionnelle qui restent selon toute vraisemblance applicables en ce qui concerne la cotisation foncière des entreprises* »⁶⁵³.

411. L’assujettissement est comparable à celui l’impôt sur les sociétés, ainsi « *les personnes publiques dont les services poursuivent des activités lucratives, dans les conditions habituelles d’une entreprise du marché, sont assujetties à la cotisation foncière des entreprises pour lesdites activités* »⁶⁵⁴. Toutefois l’exemption des activités « *de caractère essentiellement*

⁶⁵¹ Cf. art. 2 de la L. n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010 (JO n° 0303 du 31 décembre 2009, p. 22856).

⁶⁵² Cf. I de l’art. 1586 ter du CGI : « *Les personnes physiques ou morales ainsi que les sociétés non dotées de la personnalité morale et les fiduciaires pour leur activité exercée en vertu d’un contrat de fiducie qui exercent une activité dans les conditions fixées aux articles 1447 et 1447 bis et dont le chiffre d’affaires est supérieur à 152 500 € sont soumises à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises* ». Adde Réponse du Ministre de l’économie et des finances à la question n° 43536 de M. Alain Moyne-Bressand (JO 7 janvier 2014, p. 146).

⁶⁵³ X. Cabannes, « La contribution économique territoriale », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 4, folio n° 7842, Paris, Dalloz, 2013, n° 114.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 116.

culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique » couvre un champ plus large que les exonérations en matière d'impôts sur les sociétés.

412. Un tel périmètre d'exonération a de quoi surprendre. D'autant qu'en ont une conception bienveillante tant le juge qui, admet par exemple que « *la régie personnalisée à caractère industriel et commercial créée par une commune pour gérer des cinémas, un théâtre et diverses autres activités culturelles est considérée comme un établissement public communal ayant une activité de caractère essentiellement culturel et donc exonéré de taxe professionnelle* »⁶⁵⁵, que l'administration fiscale qui considère dans une instruction du 15 janvier 1998 qu'« *en raison de leur caractère sanitaire, les régies municipales sont [...] exonérées de taxe professionnelle pour leurs activités relevant du service extérieur des pompes funèbres* »⁶⁵⁶.

413. Il n'est pas certain que le juge européen apprécie les largesses d'appréciation – jurisprudentielles et administratives – des exonérations au régime fiscal de droit commun. Souvenons-nous que la Cour de justice avait déjà pu sanctionner le régime fiscal dérogatoire à la taxe professionnelle dont bénéficiait l'entreprise France Telecom. Par un arrêt du 8 décembre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne avait ainsi rejeté le recours de France Telecom contre une décision de la Commission européenne qui qualifiait d'aide d'État l'octroi d'un tel régime et validait le principe et les modalités de son remboursement⁶⁵⁷.

3. *Taxe sur la valeur ajoutée*

414. La problématique posée par la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) diffère sensiblement de celles que nous venons d'aborder⁶⁵⁸. En effet, en la matière « *l'exonération est un cadeau*

⁶⁵⁵ CAA Versailles, n° 02VE00072, 9 novembre 2004, *Théâtre Paul X*. Pour une analyse de cette jurisprudence, cf. not. J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013, n° 158 – X. Cabannes, « La contribution économique territoriale », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 7842, Paris, Dalloz, 2013, n° 126 et s.

⁶⁵⁶ Instruction n° BOI 3 A-2-98 du 15 janvier 1998 du SLF relative à la TVA, à l'impôt sur les sociétés et à la taxe professionnelle, pt 54 : JCP E, n° 7, 12 Février 1998, p. 282

⁶⁵⁷ CJUE, 8 décembre 2011, aff. n° C-81/10, *France Télécom c. Commission* : AJDA 2011 p. 2451 (« *confirmant ainsi le raisonnement adopté par le Tribunal de première instance des Communautés européenne (...), la Cour a estimé que le régime fiscal auquel France Télécom était soumise au cours des années 1994 à 2002 représentait une exception par rapport au droit commun. La Cour note que le fait que la société a bénéficié "d'une imposition moindre au titre de la taxe professionnelle à partir de l'année 1994 est directement lié aux caractéristiques propres du régime fiscal dérogatoire qui lui a été appliqué. L'existence d'une aide d'État est donc confirmée et estimée à une somme comprise entre 798 millions et 1,14 milliard d'euros, qui devra être remboursée par l'entreprise"* »). Comp. TPIUE, 30 novembre 2009, aff. jointes T-427/04 et T-17/05, *France et France Télécom SA c. Commission* : AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

⁶⁵⁸ Cf. not. Th. Lambert, « La concurrence et l'assujettissement des personnes publiques à la TVA », RFFP 2014, n° 128 – L.-V. Maublanc-Fernandez, « Extension du champ des activités des personnes publiques assujetties à la TVA », RMCUE 2012, n° 555, p. 124.

empoisonné car elle rompt le cycle de la TVA (déduction de la TVA ayant grevé les éléments du prix de revient et transmission du droit à déduction au client, s'il est lui-même assujetti) »⁶⁵⁹. C'est la raison pour laquelle l'inclination est à « la généralisation de la taxe »⁶⁶⁰.

415. Ainsi l'article 256 A du CGI prévoit que « *sont assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée les personnes qui effectuent de manière indépendante une des activités économiques mentionnées au cinquième alinéa, quel que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention* », sachant que la définition de l'activité économique retenue par le CGI est particulièrement large : « *les activités économiques visées au premier alinéa se définissent comme toutes les activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de services, y compris les activités extractives, agricoles et celles des professions libérales ou assimilées* ».

416. Dans cette optique, le législateur a d'ailleurs établi une liste d'activités qui, en tout état de cause, sont soumises à l'impôt indirect⁶⁶¹. Dans le sens inverse, mais suivant la même logique, les personnes publiques sont en principe exonérées de TVA sur une liste limitative d'activités fixée par l'article 260 A du CGI⁶⁶² mais peuvent, si elles le demandent y être assujettis, « *ce qui est souvent fiscalement préférable* »⁶⁶³.

417. On le comprend, les exonérations sont exceptionnelles. Concernant les personnes morales de droit public l'article 256 B prévoit que « *les personnes morales de droit public ne*

⁶⁵⁹ J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 1, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013, n° 159.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ Art. 256 B du CGI : les personnes morales sont assujetties, en tout état de cause, pour les opérations suivantes « *Livraisons de biens neufs fabriqués en vue de la vente, Distribution de gaz, d'électricité et d'énergie thermique, Opérations des économats et établissements similaires, Transports de biens, à l'exception de ceux effectués par la Poste, Transports de personnes, Opérations des organismes d'intervention agricoles portant sur les produits agricoles et effectuées en application des règlements portant organisation commune du marché de ces produits, Organisation d'expositions à caractère commercial, Prestations de services portuaires et aéroportuaires, Entreposage de biens meubles, Organisation de voyages et de séjours touristiques, Diffusion ou redistribution de programmes de radiodiffusion ou de télévision ; Télécommunications. Fourniture d'eau dans les communes d'au moins 3.000 habitants ou par les établissements publics de coopération intercommunale dont le champ d'action s'exerce sur un territoire d'au moins 3.000 habitants* ».

⁶⁶² Ainsi, aux termes de l'article 260 A du CGI, « *les collectivités locales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent, sur leur demande, être assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée au titre des opérations relatives aux services suivants : fourniture de l'eau dans les communes de moins de 3 000 habitants ou par les établissements publics de coopération intercommunale dont le champ d'action s'exerce sur un territoire de moins de 3 000 habitants ; assainissement ; abattoirs publics ; marchés d'intérêt national ; enlèvement et traitement des ordures, déchets et résidus lorsque ce service donne lieu au paiement de la redevance pour services rendus prévue par l'article L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales* ».

⁶⁶³ J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 1, folio n° 6222, Paris, Dalloz, n° 159.

sont pas assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence ». Cependant, là encore, la logique de l'extension de l'assujettissement des activités des personnes publiques à la TVA est à l'œuvre. Un bon exemple est donné dans l'arrêt *Commune de Saint – Jorioz* du 23 déc. 2010⁶⁶⁴ par lequel le Conseil d'État vient préciser la notion de « distorsion de concurrence ». Ainsi, après avoir rappelé la lettre de l'article 256 B du CGI, le juge rappelle l'origine européenne de ces dispositions⁶⁶⁵ « qui impliquent notamment que soient assujetties à la taxe les activités et opérations accomplies par les communes, dans le cas où leur non-assujettissement conduirait à des distorsions de concurrence d'une certaine importance, et ceci alors même qu'elles seraient accomplies en tant qu'autorités publiques » et mentionne l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes *Isle of Wight Council* qui jugeait « que les distorsions de concurrence d'une certaine importance auxquelles conduirait le non-assujettissement des organismes de droit public agissant en tant qu'autorités publiques doivent être évaluées par rapport à l'activité en cause, en tant que telle, sans que cette évaluation porte sur un marché local en particulier »⁶⁶⁶. Or, cette jurisprudence a comme conséquence d'élargir sensiblement l'assujettissement à la TVA car elle appelle à une analyse *in abstracto* de l'atteinte à la concurrence. Dès lors, comme le relève un commentateur de l'arrêt la conséquence est immédiate : « le non-assujettissement des organismes de droit public agissant en tant qu'autorités publiques doit constituer une exception d'interprétation stricte, qui ne doit pas porter atteinte au principe de neutralité fiscale. L'arrêt précise qu'il faut prendre en considération non seulement la concurrence actuelle, mais également la concurrence potentielle, sous la réserve que la possibilité pour un opérateur privé d'entrer sur le marché ne soit pas purement hypothétique »⁶⁶⁷. Cet arrêt prouve, par l'exemple, qu'en matière fiscale, le principe d'égalité concurrence peut conduire à ce que toutes les activités marchandes des personnes publiques soient effectivement assujetties au régime fiscal de droit commun.

⁶⁶⁴ CE, 23 décembre 2010, n° 307856, *Commune de Saint-Jorioz* : AJDA 2011. 7 ; AJCT 2011. 140, obs. Cabannes ; RTD Com. 2011 p. 322, note Orsoni.

⁶⁶⁵ Dir. 77/388/CEE du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, art. 4 §5 (JO n° L 145 du 13 juin 1977, p. 1) remplacée par Dir. 2006/112/CE du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, art. 13 (JO n° 347 du 11 décembre 2006, p. 1)

⁶⁶⁶ CJCE, 16 septembre 2008, aff. C-288/07, *Isle of Wight Council* : Dr. fisc. 2008, n° 39, act. 275.

⁶⁶⁷ B. Boisseau, « La fiscalité des sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1146.

B. L'appréciation jurisprudentielle des impositions dérogatoires aux impôts commerciaux

418. L'application d'un régime fiscal dérogatoire du droit commun à une activité marchande constitue, en principe, une aide d'État illégale. En effet, le juge européen peut considérer qu'il y a là une mise à disposition de ressources d'État dans le but de fausser le jeu concurrentiel. D'ailleurs, à titre de sanction, les institutions européennes n'hésitent pas à imposer le remboursement de l'aide d'État illégale à son destinataire, ce qui, on s'en doute, a des conséquences financières non négligeables pour l'entreprise publique ou privée. Une telle hypothèse n'est pas un « cas d'école ». Ainsi, par un arrêt du 8 décembre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé le bien-fondé de la décision de la Commission européenne qui considérait que France télécom SA (durant la période précédant sa privatisation) avait bénéficié d'une aide d'État illégale par le biais d'un régime particulier d'assujettissement à la taxe professionnelle et imposait sa récupération par l'État⁶⁶⁸.

419. Par exception, les institutions européennes autorisent l'octroi d'un régime fiscal dérogatoire dans deux hypothèses.

420. En premier lieu, le juge de l'Union européenne considère que l'État – quand il agit non pas en tant qu'autorité de puissance publique mais comme un investisseur ordinaire, actionnaire d'une entreprise – peut renoncer à une créance fiscale au titre d'une opération capitalistique. Plus précisément, le juge européen considère « *que les conditions que doit remplir une mesure pour relever de la notion d' "aide" au sens de l'article 87 CE ne sont pas satisfaites si l'entreprise publique bénéficiaire [peut] obtenir le même avantage que celui qui a été mis à sa disposition au moyen de ressources d'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, cette appréciation s'effectuant, pour les entreprises publiques, par application, en principe, du critère de l'investisseur privé* »⁶⁶⁹. Dans cette affaire, la France

⁶⁶⁸ CJUE, 8 décembre 2011, aff. C-81/10, *France Télécom c. Commission* : AJDA 2011. 306 chron. Aubert, Broussy et Donnat ; LPA 2012, n° 121, note Arhel. Sur ce sujet, cf. C. Micheau, « Récupération des aides d'État illégales et incompatibles sous forme fiscale. Analyse critique des fondements et des développements récents », RTD Eur. 2014 p. 343 – G. Marson, « Le juge fiscal, gardien communautaire de la neutralité concurrentielle des impôts nationaux : l'exemple des aides d'État », préc. – « Les aides d'État sous forme fiscale » (compte rendu du Colloque organisé par l'Université Paris XII les 25 et 26 septembre 2008), préc. – J.-Y. Jourdain, *Aides fiscales d'État et concurrence fiscale dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse, Paris III, 2004.

⁶⁶⁹ CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10 P, *Commission c. EDF* : AJDA 2012.1088, et 1575, chron. Aubert, Broussy et Donnat ; RFDA 2012. 961, chron. Mayeur-Carpentier, Clément-Wilz et Martucci ; RFDA 1188, note Cartier-Bresson. Comp. TPICE, 15 décembre 2009, aff. T-156/04, *EDF c. Commission* : AJDA 2010.248, chron. Aubert, Broussy et Donnat. Sur la jurisprudence relative au « critère de l'investisseur privé », cf. not. CJCE, 21 mars 1991, C-303/88, *Italie c. Commission*, pt 20 – CJCE, 16 mai 2002, aff. C-482/99, *France c. Commission*, pt 68 à 70 – CJUE, 9 juin 2011, aff. C-71/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e.a. / Commission*.

avait renoncé à une créance fiscale, en accordant à EDF une exonération d'impôt (d'un montant de 889 millions d'euros), pour réaliser une augmentation du capital de l'entreprise. Cette justification n'avait cependant pas convaincu la Commission européenne qui avait considéré que cette exonération ne constituait pas une restructuration du « haut de bilan » d'EDF mais une aide d'État illégale. Le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne ne valident cependant pas le raisonnement de la Commission et considèrent qu'en vertu du critère de l'investisseur privé, cette mesure pouvait être assimilée au comportement d'un actionnaire ordinaire. Selon les juges de l'Union européenne, l'État actionnaire doit en effet être distingué de l'État puissance publique. Or, en l'occurrence, l'objectif de l'État était davantage de mettre en œuvre un investissement rentable que d'établir une politique économique. La charge de la preuve repose toutefois sur l'État qui devra prouver « *sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire* »⁶⁷⁰.

421. Dans le même ordre d'idées, le juge de l'Union européenne admet, en second lieu, qu'un régime fiscal dérogatoire puisse être accordé en compensation des charges de service public. On sait qu'il existe, en effet, une catégorie très ouvertes de moyens de compenser ces charges : subventions, prêts spéciaux, bonifications d'intérêts, garanties etc. À ce titre, l'État peut octroyer un régime fiscal dérogatoire. Cependant, là encore, un tel avantage ne devra pas être incompatible avec les règles relatives aux aides d'État illégales.

422. Pour conclure, le régime fiscal français contient encore des avantages pour la personne publique, prestataire de service marchand, qu'elle doit manier avec précaution. En effet, même si « *malgré une certaine tendance à l'harmonisation sous l'influence du droit de la concurrence, le choix d'un mode de gestion est encore loin d'être neutre sur le plan fiscal* »⁶⁷¹, pour autant, l'état se resserre sur les personnes morales de droit public enserrées par la vigilance de leurs concurrents privés et le contrôle de l'administration fiscale qui n'hésite plus à sanctionner les personnes publiques mal intentionnées ou mal renseignées vis-à-vis de leurs obligations fiscales. En peu de mots : un principe de précaution fiscale s'impose.

⁶⁷⁰ CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10 P, *Commission c. EDF*, pt 82 : préc.

⁶⁷¹ J.-C. Douence, « Les régies locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 1, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013, n° 160.

§5. LES CRÉANCES ET LES DETTES

423. Les prestataires publics de service marchand, dans le cadre de leurs activités, vont être tantôt débiteurs, tantôt créanciers⁶⁷². Idéalement, ils devraient être soumis au droit commun des obligations, c'est-à-dire aux règles de droit commun encadrant l'obligation – notion polysémique qui dans son acception la plus fréquente « désigne le rapport de droit (*vinculum juris*) unissant le créancier au débiteur et en vertu duquel le second est tenu envers le premier à l'accomplissement d'une prestation (action ou abstention) »⁶⁷³ –.

424. Cependant, nous constaterons que, là encore, le régime qui leur est applicable n'est pas dénué de toutes spécificités, soit que les dettes publiques – c'est-à-dire le rapport d'obligation du côté passif – naissent plus facilement que les dettes privées (A), soit que l'exigibilité et le recouvrement des créances et des dettes publiques soient soumis à des règles exorbitantes du droit commun (B).

A. La naissance des dettes publiques : le cas de la responsabilité des prestataires publics de service marchand

425. Nous allons cantonner notre analyse au cas des dettes nées de la responsabilité des prestataires publics de service marchand.

426. Les prestataires publics de service marchand devraient être soumis au régime de la responsabilité privée⁶⁷⁴. En effet, la responsabilité administrative – et donc la compétence de la juridiction administrative – s'applique en principe aux faits des services publics administratifs⁶⁷⁵ et la responsabilité privée – et donc la compétence de la juridiction judiciaire

⁶⁷² Sur ce sujet, nous recommandons la lecture de la sixième partie de l'ouvrage admirablement complet *Le Lamy droit de l'exécution forcée* : C. Brenner et P. Crocq (dir.), *Le Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, 2014.

⁶⁷³ Y. Picod, *Obligations*, Rép. dr. civ., Paris, Dalloz, 2014, n° 4.

⁶⁷⁴ Nous n'étudions pas ici la problématique spécifique de responsabilité des établissements publics à « double visage » : sur ce point, cf. not. P. Terneyre, P. Bon, « Responsabilité pour faute de l'Office national des forêts en cas de vols de bois dans une forêt communale imputables aux négligences commises par son préposé », D. 1996, p. 48.

⁶⁷⁵ A l'exception toutefois des cas où le législateur impose l'application droit privé et la compétence judiciaire : cf. not. L. n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public (JO du 5 janvier 1958, p. 196) – L. n° 57-1424 du 5 avril 1937 modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité des instituteurs et le dernier alinéa de l'article 1384 du code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public (JO du 5 janvier 1958, p. 196) – L. n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire (JO du 7 juillet 1987, p. 7391).

– s’applique en principe aux faits des services publics industriels et commerciaux pour la réparation des dommages causés aux usagers⁶⁷⁶ ou aux tiers⁶⁷⁷.

427. Toutefois, la responsabilité du fait des ouvrages publics peut avoir pour conséquence de soumettre les prestataires publics de service marchand aux règles de la responsabilité administrative⁶⁷⁸.

428. La première question est donc de savoir quels sont les critères de définition de l’ouvrage public. Le juge administratif a pu donner des explications utiles dans son avis contentieux du 29 avril 2010 *M. et Mme Béliгаud*⁶⁷⁹ et fournir « à la notion d’ouvrage public, sinon son grand arrêt *stricto sensu*, à tout le moins son bel avis contentieux »⁶⁸⁰. En vertu de cette jurisprudence, il doit s’agir d’un bien immobilier et non mobilier – relevant du domaine public ou du domaine privé – résultant d’un aménagement, « *c’est-à-dire d’un travail de l’Homme* » et affecté à l’utilité publique (aéroports, ports, voies routières, ferrés etc.). Un ouvrage public peut donc intervenir dans un cadre concurrentiel. En effet, un bien immobilier utilisé dans le cadre d’une activité marchande peut satisfaire à la définition de l’ouvrage public soit s’il est directement affecté « à l’usage du public, à l’exécution d’un service public – y compris dans le cadre d’un service public industriel et commercial⁶⁸¹ – ou à un but d’intérêt général »⁶⁸² soit, comme le rappelle Monsieur Mattias Guyomar, s’il est conjointement affecté à un intérêt public et à un intérêt privé tant que lui est reconnue « l’existence d’une utilité publique suffisante pour

⁶⁷⁶ TC, 17 octobre 1966, *Dame veuve Canasse* : Rec. 384 ; JCP 1966.II.14889, concl. Dutheillet de Lamothe ; D. 1967.262, note Durupty – Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 1972, *Alonso c. EDF* : JCP 1974.II.17726, note Comte – CE, 25 avril 1958, *Dame Barbaza* : Rec. 228 ; AJDA 1958.11.272, chron. Fournier et Combarrous – CE, 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin* : Rec. 38 ; AJDA 1961.235, concl. Fournier – TC, 17 novembre 1975, *Gamba* : Rec. 801 ; AJDA 1976.82, chron. Boyon – CE, 25 février 1983, *Mme de Stéphano* : RDP 1938.858 – TC, n° 03126, 7 décembre 1998, *Jauzy* – TC, 6 avril 2009, *Ferry* : Rec. 670 ; RJEP 2009.22, concl. De Silva.

⁶⁷⁷ TC, 8 novembre 1982, *Préfet de Paris* : Rec. 460 ; AJDA 1983.170, chron. Lasserre et Delarue – TC, 12 novembre, *Société Interfrost c. FIOM* : Rec. 450 ; RFDA 1985.250, concl. Genevois.

⁶⁷⁸ Nous n’étudierons pas le cas de la responsabilité du fait des travaux publics dans la mesure où contrairement à l’ouvrage public – comme nous l’observerons plus avant – les travaux publics n’intéressent que très indirectement l’activité de service marchand. Trop indirectement en tout cas pour avoir un impact sur les conditions de leur concurrence.

⁶⁷⁹ CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, n° 323179, *M. et Mme Béliгаud* comp. TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* : AJDA 2010.1642, chron. Liéber et Botteghi ; RFDA 2010.572, note Melleray ; AJDA 2010.1916, étude Jeanneney – RJEP 2010, n° 680, p. 24, note Gaudemet – DA 2010, n° 10, p. 38, note Pissaloux.

⁶⁸⁰ F. Melleray, « Définition de la notion d’ouvrage public et précisions sur le service public de l’électricité », RFDA 2010 p. 572.

⁶⁸¹ Cf. not. J. Petit, *Ouvrage public. – Notion*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 8, Paris, LexisNexis, 2013.

⁶⁸² S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF », AJDA 2010, p. 1642.

emporter la qualification d'ouvrage public »⁶⁸³. Dans ce cas, le régime de l'ouvrage public s'applique indistinctement à toutes les activités de la personne publique qui s'exercent à son support.

429. Or, même si les conséquences attachées à cette qualification sont « *somme toute aujourd'hui relativement limitées* »⁶⁸⁴, elles ne sont toutefois pas dénuées de spécificités, qui peuvent heurter la logique d'égalité de concurrence.

430. D'une part, cette qualification implique une protection particulière de l'ouvrage public qui « *reste très favorable, même si le principe d'intangibilité des ouvrages publics a été assoupli par la jurisprudence* »⁶⁸⁵. En effet, le principe d'intangibilité interdit la destruction de l'ouvrage même si son implantation est irrégulière sauf, devant le juge judiciaire – en cas de voie de fait – « *dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée* »⁶⁸⁶ ou devant le juge administratif – de façon plus restrictive – s'il n'existe pas de possibilité de régularisation ou si la destruction n'est pas susceptible d'entraîner une atteinte excessive à l'intérêt général.

431. D'autre part, la qualification entraîne l'application d'un régime particulier de responsabilité. En premier lieu, concernant les dommages subis par les usagers de l'ouvrage public – c'est-à-dire les personnes qui utilisent l'ouvrage de façon personnelle et certaine –, s'applique un régime de responsabilité pour faute présumée – en cas de « *défaut d'entretien normal* »⁶⁸⁷, notion qui englobe le « *vice de conception* »⁶⁸⁸ et le « *défaut d'aménagement de l'ouvrage* »⁶⁸⁹ –. Autrement dit, la charge de la preuve de l'absence de faute – l'entretien normal de l'ouvrage – ou de l'existence d'un cas de force majeure ou d'une faute de la victime – susceptible d'entraîner une exonération partielle ou totale – repose sur l'administration. En second lieu, concernant les dommages subis par les tiers à l'ouvrage public – qui se définissent

⁶⁸³ M. Guyomar, « Ouvrage public et service public de l'électricité », concl. sur TC, 12 avril 2010, n° 3718, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel*, RFDA 2010 p. 551.

⁶⁸⁴ F. Melleray, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », préc.

⁶⁸⁵ S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF », préc.

⁶⁸⁶ TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* : préc.

⁶⁸⁷ Cf. not. CE, 19 juillet 2011, n° 329330, *M. A.* – CE, 24 juillet 2010, n° 329418, *Dumont* : Rec. t. 891 ; AJDA 2010, p. 2391 – CE, 24 février 1975, n° 87341, *Epoux Lineau* : Rec. t. 1307.

⁶⁸⁸ Cf. not. CE, 5 novembre 1980, n° 17660, *Ville de Paris* : RDP 1981.1108 – CE, 20 mai 1981, n° 18387, *Ville du Bourget* : Rec. t. 954

⁶⁸⁹ CE, 7 janvier 1966, n° 61122, *Ville de Clermont-Ferrand* : Rec. 19 – CE, 5 décembre 1980, n° 16344, *Lacoste* : Rec. t. 919 – CE, 21 octobre 1983, n° 38847, *Cavalier* : Rec. t. 898.

par opposition à l'usager –, s'applique un régime de responsabilité sans faute, donc particulièrement protecteur, qui se rattache tantôt à la responsabilité pour rupture devant les charges publiques pour les dommages permanents – et appelle donc simplement à la démonstration d'un préjudice anormal créé par l'existence de l'ouvrage⁶⁹⁰ –, tantôt à la responsabilité pour risque pour les dommages accidentels⁶⁹¹ – donc sans démonstration d'un préjudice anormal –. Or, même si ces régimes sont, au fond, assez comparables à ceux appliqués par le juge judiciaire – notamment la responsabilité civile du fait des choses que l'on a sous sa garde ou la théorie des troubles anormaux de voisinage – il n'en demeure pas moins que la présomption de faute, voire la responsabilité sans faute, entraîne une sujétion supplémentaire pour l'administration parfois contentieuse (la charge de la preuve) et à tout le moins financière.

432. Cette spécificité soulève deux champs de questions.

433. Tout d'abord, il aurait été intéressant de disposer de chiffres sur les coûts comparés des contrats d'assurance responsabilité civile des personnes privées et des personnes publiques (notamment sur le coût de l'assurance de la responsabilité administrative). À notre connaissance de telles études n'existent pas. Elles auraient de toute façon impliqué, d'une part, une analyse comparée du coût de l'assurance pour un même secteur d'activité et, d'autre part, auraient nécessité, pour les personnes publiques, une reconstitution artificielle du coût de l'assurance au *pro rata* de l'activité concurrentielle – qui n'est pas, loin de là, la seule activité menée par les personnes publiques. Deux constats semblent cependant s'imposer. En premier lieu, les contrats d'assurances passés par les pouvoirs adjudicateurs sont, depuis le décret n° 98-111 du 27 février 1998⁶⁹², des marchés publics au sens du Code des marchés publics ce qui, en théorie, devrait entraîner une baisse du prix de l'assurance liée aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence⁶⁹³. Cependant, en second lieu, les assureurs sont de plus en plus frileux en ce

⁶⁹⁰ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 470. *Adde* jur. citée par les auteurs : CE, 8 novembre 1957, *Société algérienne des automobiles Renault* : Rec. 597 ; CE, 20 novembre 1992, n° 84.223, *Commune de Saint-Victoret*.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 471. *Adde* jur. citée par les auteurs : CE, Ass., 28 mai 1971, *Département du Var c. Entreprise Bec frères* : Rec. 419 ; CJEG 1971.J.235, concl. Théry ; JCP 1972.II.17133, note Verrier.

⁶⁹² D. n° 98-111 du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de services (JO n° 50 du 28 février 1998 p. 3115). Cette réforme s'expliquait par la transposition en droit interne de la Dir. n° 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO du 24 juillet 1992, p. 1). Concernant le contentieux administratif de ces marchés : cf. not. CE, avis, 31 mars 2010, n° 333627 : JCP G 2010, n° 15, 422, note Erstein, RD imm. 2010.497, note Galland, RTD com. 2010.697, note Orsoni, AJDA 2010.702, note Aït-El-Kadi.

⁶⁹³ Cf. Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 relative à l'Institut français de Pétrole (JO L 14 du 17 janvier 2012, p. 1).

qui concerne l'assurance des personnes publiques, et il semble que les mises en concurrence infructueuses ne soient pas rares⁶⁹⁴.

434. Ensuite, l'application d'une responsabilité administrative aux ouvrages publics et notamment l'« objectivisation » de la responsabilité pose une question plus large : est-il justifié que les biens immobiliers des personnes publiques – ou des personnes privées d'ailleurs – partiellement affectés à l'exercice d'une ou plusieurs activités concurrentielles soient soumis à un régime de responsabilité exorbitant du droit commun ?

B. L'exigibilité et le recouvrement des créances et des dettes publiques

435. L'exigibilité et le recouvrement des créances de l'administration ont deux spécificités.

436. En premier lieu, les personnes publiques disposent de la faculté d'opposer la prescription quadriennale à leurs créanciers⁶⁹⁵. Cette prérogative exorbitante du droit commun est aujourd'hui consacrée par l'article premier de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968⁶⁹⁶ – qui a transformé l'ancienne déchéance quadriennale en véritable prescription – et précisée par le décret n° 98-81 du 11 février 1998⁶⁹⁷. Cette faculté est opposable à l'ensemble des créances des personnes publiques dotées d'un comptable public, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et, le cas échéant, les établissements publics et les groupements d'intérêt public. Si la prescription quadriennale des créances de l'administration diffère de celle des personnes privées, il n'est pas certain qu'elle soit pour autant un avantage concurrentiel. En effet, en droit

⁶⁹⁴ C'est en tout cas le constat dressé par la Directrice emploi du Centre interdépartemental de la Grande Couronne de la région Ile-de-France : cf. L. Allut, « Les assurances des collectivités territoriales », revue L'essentiel, n° 98, CIG Grande Couronne, octobre 2014, p. 6 : « la conjoncture économique et les règles de solvabilité qui leur sont imposées amènent les assureurs à se pencher de façon extrêmement précise sur le risque "collectivités locales". Or, les statistiques de sinistralité des collectivités sont de plus en plus dégradées. Les coûts des équipements construits et donc le coût des sinistres sont importants, les problèmes sécuritaires en zone urbaine engendrent des dégradations fréquentes d'équipements collectifs. Il arrive alors depuis deux voire trois ans que les assureurs se désengagent du risque "collectivité" ».

⁶⁹⁵ Sur ce vaste sujet, cf. not. Ch. Froger, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », 2015 – J. Lessi et L. Dutheil de Lamothe, « Prescriptions : le droit administratif à l'épreuve du temps », AJDA 2015 p. 215 – B. Jackson, « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », RDP 2001, p. 865 – A. Honteyberie, *Prescription extinctive*, Rép. dr. civ., Paris, Dalloz, 2014.

⁶⁹⁶ L. n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics (JO du 3 janvier 1969, p. 76).

⁶⁹⁷ D. n° 98-81 du 11 février 1998 (JO n° 38 du 14 février 1998, p. 2347).

civil, le délai de prescription est de cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières⁶⁹⁸ et de trente ans pour les actions réelles immobilières⁶⁹⁹ et, comme le notent des auteurs avertis, « *le fait que la prescription spécifique opposable par une personne morale de droit public soit d'une durée inférieure à celles jouant entre personnes privées n'est pas en lui-même source d'inéquité répréhensible car il est justifié par l'intérêt général* »⁷⁰⁰. Or, comme le soulignent les mêmes auteurs, cet intérêt général est, contrairement à une idée largement répandue, assez favorable aux créanciers de l'administration : tout d'abord, le délai de prescription ne débute pas le jour où la créance est née mais le premier jour de l'année qui suit le jour où elle est née, contrairement aux créances de droit commun⁷⁰¹ ; ensuite, le délai de prescription s'interrompt par la reconnaissance de dette, la réclamation écrite ou la demande de paiement du créancier – y compris si elle est adressée à une personne incompétente⁷⁰² – par une action juridictionnelle⁷⁰³ ou par la saisine de la chambre régionale des comptes pour obtenir le mandatement de situations de travaux⁷⁰⁴, contrairement au droit commun où le délai de prescription ne s'interrompt que par une mesure conservatoire prise en application du Code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée⁷⁰⁵ ; enfin la prescription quadriennale doit être invoquée avant que la juridiction du premier degré saisie du litige se soit prononcée sur le fond, c'est-à-dire qu'elle ne peut être soulevée en appel contrairement aux prescriptions de droit commun⁷⁰⁶.

437. En second lieu, les créanciers de l'administration ne peuvent ni engager les voies d'exécution du droit commun ni être désintéressés par les procédures collectives par

⁶⁹⁸ Art. 2224 du Code civil : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » (cf. Gaz. Pal. 2013.3619, comm. Bailly et Haranger) – art. L. 110-4 du Code de commerce : « *I. Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans [la précédente rédaction mentionnait une durée de dix ans] si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* » (cf. H. Rumeau-Maillot, « Les délais de prescription en droit des sociétés », *Revue des sociétés* 2012 p. 203).

⁶⁹⁹ Art. 2227 du Code civil : « *Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

⁷⁰⁰ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 615-100.

⁷⁰¹ Art. 2 de la L. 68-1250 du 31 décembre 1968 (préc.).

⁷⁰² CE, 13 mars 1974, n° 80129 et 89819, *Commune de Nice* : Rec. 175.

⁷⁰³ CE, Sect., 3 janvier 1958, n° 37593, *Ministre de l'agriculture c. Ghaisne de Bourmont* : Rec. 7.

⁷⁰⁴ CAA Bordeaux, 2 février 2010, n° 08BX02199, *Société des Grands Travaux Antilles-Guyane*.

⁷⁰⁵ Art. 2244 du Code civil : « *Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée* ».

⁷⁰⁶ Art. 9 de la L. 68-1250 du 31 décembre 1968 (préc.). Adde C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, *op.cit.*, n° 615-100 – B. Plessix, « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA*. 2008, p. 1219 à 1226.

conséquence du principe d'insaisissabilité dont bénéficie l'ensemble des personnes publiques⁷⁰⁷. Dans le même ordre d'idées, ils ne peuvent pas pratiquer la compensation des dettes et des créances⁷⁰⁸ dans la mesure où une telle pratique s'analyse « *à la fois comme une voie d'exécution et une sûreté réelle (celui qui la pratique se paie lui-même)* »⁷⁰⁹, alors que les créanciers publics peuvent y avoir recours à l'encontre des personnes privées⁷¹⁰.

§6. L'ARBITRAGE

438. Nous traiterons ici d'une spécificité contentieuse, à laquelle est soumis l'ensemble des personnes publiques, qui a largement fait débat (peut-être plus que de raison) et pose un sérieux problème d'inéquité entre les personnes publiques et les personnes privées qui assurent des activités de service marchand : l'arbitrage⁷¹¹.

439. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits au même titre que la conciliation ou le règlement⁷¹². Il s'en différencie toutefois fortement par son issue contentieuse. En effet, il ne cherche pas à l'éviter, au contraire « *il constitue même un mode véritablement contentieux de règlements des litiges, avec tous les effets (chose jugée) qui*

⁷⁰⁷ Cf. *supra* n° 169 et s.

⁷⁰⁸ CE, 23 mai 2012, n° 346352, *Société Spie SCGPM* : Rec. t. 854, 927, 928, 930 – CE, Sect., 8 mars 1961, n° 46215, *Société Air c. Couzinet-Transocéanique* : Rec. 162.

⁷⁰⁹ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 610-90.

⁷¹⁰ Si les créances sont certaines, liquides et exigibles : CE, 8 février 1989, n° 85477, *OPAC de Meurthe-et-Moselle c. SA France Lanord et Bichaton* : Rec. t. 785, D. 1990, somm., p. 64, obs. Terneyre – CE, Sect., 29 janvier 1988, n° 41928, *Cregut*.

⁷¹¹ Sur ce sujet, cf. not. Y. Gaudemet, « Personnes publiques et arbitrage », RDP 2014, n° 3 – J. Antoine, « L'arbitrage en droit administratif », LPA 6 août 2003, p. 4. – Ph. Terneyre, « L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques », BJCP 2007, n° 52, p. 170 – Ph. Terneyre et C. Vérot, « Le projet de réforme de l'arbitrage intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA 2008, p. 905 – S. Lemaire, C. Jarosson et L. Richer, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », AJDA 2008, p. 617 – Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer, « Les personnes publiques et l'arbitrage international », D. 2011, n° 37, p. 2552 – JCP A 2007, n° 14, p. 36, *L'arbitrage en droit public*, Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage présidé par M. D. Labetoulle – A. Courrèges et C. Vérot, « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux », RFDA 2007, n° 3, p. 489 – Ph. Terneyre, « L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques », ACCP 2007, n° 52 – D. Labetoulle (entretien), « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », JCP A 2007, n° 16-18, p. 14 – D. Labetoulle (entretien), « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges », AJDA 2007, n° 15, p. 772 – B. Eva, « La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question », Revue de l'arbitrage 2006, n° 1, p. 65 – A. Julien, « L'arbitrage en droit administratif », LPA août 2003, n° 156, p. 4 – Y. Gaudemet, « Arbitrage et droit public », Droit et patrimoine 2002, n° 105, p. 83 – J. Ribs, « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », JCP 1990.I.3465 – D. Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », Revue de l'arbitrage, 1990, n° 1, p. 3 – Y. Gaudemet, « L'arbitrage : aspects récents de droit public », Revue de l'arbitrage, 1992, p. 245 – Ch. Jarosson, « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16 – Ch. Jarosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1987.

⁷¹² Cf. not. CE, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2013.

s'attachent à ce caractère, et ce, même si le recours à "l'équité" peut ne pas être exclu »⁷¹³. C'est un mode de justice conventionnelle qui découle soit d'un compromis, c'est-à-dire la « *convention par laquelle les parties à un litige [...] soumettent celui-ci à l'arbitrage* »⁷¹⁴, soit d'une clause compromissoire, c'est-à-dire « *la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats* »⁷¹⁵. Le caractère juridictionnel de l'arbitrage n'est plus à démontrer, on sait que « *la fonction de l'arbitrage et celle du juge sont identiques* »⁷¹⁶.

440. Les personnes publiques ne sont en principe pas autorisées à recourir à l'arbitrage, sous peine de nullité de la convention ou de la clause compromissoire. Cette nullité est d'ailleurs d'ordre public⁷¹⁷.

441. L'interdiction d'établir des clauses compromissoires découle de l'article 2061 du Code civil au terme duquel « *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* »⁷¹⁸. Or, l'absence persistante de législation (il faut entendre par là l'absence de lois ou de conventions internationales) conduit logiquement le juge administratif à annuler les clauses compromissoires conclues par les personnes publiques, y compris les établissements publics industriels et commerciaux⁷¹⁹ et même pour les personnes privées agissant en vertu d'un mandat⁷²⁰. Sans jamais s'atteler à une réglementation générale, le législateur est venu ponctuellement lever cette interdiction⁷²¹. Une exception mérite toutefois d'être relevée dans la

⁷¹³ Ph. Terneyre, D. de Béchillon, *contrats administratifs (Contentieux des)*, Rep. cont. adm., Dalloz, 2014, n° 70.

⁷¹⁴ Art. 1442 du Code de procédure civile.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1987. Adde CE, 19 mai 1983, *Ville d'Aix-les-Bains* : Rec. 442 – CE, 21 avril 1943, *Société des ateliers de construction du Nord de la France* : Rec. 107 – CE, Ass., 4 janvier 1957, n° 95921, *Lamborot* : Rec. 12.

⁷¹⁷ Concernant les compromis d'arbitrage, cf. not. CE, 8 juillet 1959, *Houseaux* : Rec. 438. Concernant les clauses compromissoires, cf. not. CE, 8 mars 1961, *Société Air Couzinet Transocéanie* : Rec. 162. Concernant les sentences arbitrales : cf. not. CE, 28 avril 1948, *OPHLM de Seine-et-Oise* : Rec. 180 – CE, Sect., 20 mai 1966, *Meunier* : Rec. 343.

⁷¹⁸ Cf. not. CE, avis, 6 mars 1986, n° 33710, *Société Walt Disney Productions* : EDCE 1987, n° 38, p. 178.

⁷¹⁹ Cf. not. CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus* : Rec.677 ; D. 1958.517, concl. Gazier.

⁷²⁰ Cf. not. CE, Sect. 3 mars 1989, *Société AREA* : Rec. 69 ; RFDA 1989.616, note Pacteau ; AJDA 1989.391, note Dufau ; JCP 1989.II.21323, note Level ; D. 1990. somm. 67, obs. Terneyre.

⁷²¹ Cf. not. art. 9 de la L. n° 86-972 du 19 août 1986 (JO du 22 août 1986, p. 10190) : à propos du projet Disneyland, pour les contrats « *concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opération d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats* » – art. 25 de la L. 82-1153 du 30 décembre 1982 (JO du 31 décembre 1982 p. 4004) : à propos de la SNCF – art. 28 de la L. n° 90-568 du 2 juillet 1990 (JO n° 157 du 8 juillet 1990, p. 8069) : à propos de La Poste et de France Télécom – art. 19 du Traité de Cantorbery du 12 février 1986 (clauses compromissoires concernant les éventuels différends entre la France et le Royaume-Uni relatifs à l'interprétation ou l'application du traité ou l'exécution des contrats de concession pour la construction du tunnel sous la Manche).

mesure où elle couvre un champ assez vaste : elle découle de l'article 2 de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international qui autorise les conventions d'arbitrage et les clauses compromissoires dans les contrats de droit privé avec les sociétés étrangères⁷²².

442. De la même manière, l'interdiction des compromis d'arbitrage est issue de la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 2060 du code civil au terme duquel « *on ne peut compromettre sur des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* ». Cette interdiction s'applique également aux établissements publics industriels et commerciaux bien que l'alinéa 2 précise que des « *catégories d'EPIC peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». Bien qu'à notre connaissance il n'existe pas de tels décrets, il n'en demeure pas moins que, plus largement, les personnes publiques ont été exceptionnellement autorisées à déroger à cette interdiction⁷²³. Parmi ces exceptions, deux sont notables : d'une part, celle applicable au contrat de partenariat issu de l'ordonnance du 17 juin 2004⁷²⁴, d'autre part, une exception jurisprudentielle selon laquelle « *la prohibition de l'arbitrage en matière civile ou pour les litiges concernant les personnes publiques, résultant de l'article 2060 du Code civil, ne s'applique pas aux litiges mettant en cause les intérêts du commerce international* »⁷²⁵.

443. Bien évidemment, au-delà de ces exceptions la question s'est posée de savoir s'il fallait autoriser, par principe, les personnes publiques à recourir à l'arbitrage. Un certain consensus s'est dégagé sur l'idée qu'une telle réforme serait judicieuse. Malheureusement, une conjonction de maladroites et d'imprévus a conduit à l'abandon *sine die* d'un tel projet.

⁷²² Cf. not. art. 2 de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (JO 9 février 1968, p. 1484). *Adde* Civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n° 61-12.255, *Galakis* : Bull. civ. I, n° 256 ; JCP 1966.II.14798, note Ligneau ; D. 1966.575, obs. Robert.

⁷²³ Cf. not. art. 19 de la L. n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France (JO du 16 juillet 1982 p. 2270) qui, dans sa version actuelle, dispose que « *les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés, à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration* ». Sur ce fondement, cf. A. du 12 juillet 1990 autorisant le Centre national de la recherche scientifique à recourir à l'arbitrage (JO n° 181 du 7 août 1990 p. 9585). *Adde*, art. L. 711-1 du Code de l'éducation qui dispose que « *Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers. Ils peuvent transiger au sens de l'article 2044 du code civil, dans des conditions définies par décret* ».

⁷²⁴ Art. 11 de l'Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JO n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994).

⁷²⁵ Ph. Terneyre et C. Vérot, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA 2008, p. 905. *Adde* TC, 19 mai 1958, n° 1.645, *Société Myrtoon Steamship* : Rec.793 – Civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n° 61-12.255, *Galakis* : Bull. civ. I, n° 256 ; JCP 1966.II.14798, note Ligneau ; D. 1966.575, obs. Robert.

444. Les maladresses sont partagées. En 2007, un débat « houleux » eut lieu à la suite du rendu des travaux menés par un groupe d'experts présidé par l'ancien Président de la section du contentieux Daniel Labetoulle⁷²⁶. Ce Rapport invitait notamment à lever l'interdiction de l'arbitrage à l'égard des contrats publics. Étonnamment, il a entraîné une « levée de boucliers » – inversement proportionnelle à l'importance de l'objet du conflit – qui ne portait pas sur le principe même du recours à l'arbitrage mais sur la proposition de soumettre le contrôle des sentences arbitrales au juge administratif pour les contrats administratifs. Les critiques étaient de deux ordres : l'incompatibilité de cette procédure avec les engagements internationaux de la France et les complications procédurales qui seraient de nature à faire fuir les investisseurs internationaux.

445. Nous ne reviendrons pas sur tous les points du débat, qui ont été largement commentés, car, à notre sens, cette « affaire » soulève deux points principaux.

446. *Primo*, on ne peut que regretter qu'aient été confondus les arguments juridiques et les arguments plus politiques. Juridiquement, la légalité de la proposition contenue dans le Rapport était, selon nous, difficilement discutable. Nous rejoignons en cela les arguments déployés par le Professeur Philippe Terneyre et Mme Célia Vérot⁷²⁷ selon lesquels elle ne portait ni atteinte à la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, ni aux règles issues des conventions internationales.

447. *Secundo*, le débat n'aurait dû porter que sur la pertinence de confier le contrôle des sentences arbitrales au juge administratif pour les contrats administratifs. En cela, les arguments avancés par le Professeur Philippe Terneyre et Mme Célia Vérot⁷²⁸ peuvent être discutés, voire contestés. Ainsi, ne sommes-nous pas convaincus du fait que pour « *gagner le pari* » de l'arbitrage en matière publique et ainsi convaincre les opérateurs économiques et les collectivités, il faille recourir au « *juge habituel, celui dont on est le plus familier* ». L'argument fort est assurément celui selon lequel le contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif, quand est concerné un contrat administratif, permettrait « *la protection des intérêts publics* » et notamment des questions d'ordre public (« *respect de la loi ; gestion régulière de l'argent public ; transparence à l'égard des citoyens-contribuables. À défaut,*

⁷²⁶ Cf. *L'arbitrage en droit public*, Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage présidé par M. D. Labetoulle, JCP A 2007, n° 14, p. 36,

⁷²⁷ Ph. Terneyre et C. Vérot, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », préc.

⁷²⁸ *Ibid.*

l'arbitrage en matière publique serait exposé à la critique et/ou à la frilosité, ce qui nuirait à son développement »). Cependant, il était assez légitime que les détracteurs s'interrogent sur l'opportunité d'un tel contrôle et donc sur la possibilité d'instaurer un bloc de compétence au profit du juge judiciaire. En effet, on comprend mal pourquoi, d'un côté on admettrait une procédure très largement imprégnée d'une essence commerciale (et donc du droit privé) pour, d'un autre, rétablir des règles exorbitantes, alors qu'on cherchait à écarter celles-là mêmes.

448. Alors certes, l'affaire dite « Tapie – Crédit Lyonnais » était un imprévu de l'histoire et a fortement contribué à l'abandon du projet. Mais, quoi qu'il en soit, une morale pourrait en être tirée. Celle selon laquelle, il faut parfois faire litière de certains désaccords pour mettre en avant ce qui fait consensus. Car la fin (?) de l'histoire, c'est que d'arbitrage pour les personnes publiques il n'y a – par principe – toujours pas et que cela dessert leurs activités marchandes.

CONCLUSION DU TITRE I

449. La spécificité des règles de droit applicables aux moyens et à l'activité des prestataires publics de service marchand varie en fonction de deux aspects.

450. En premier lieu, la spécificité sera d'autant plus forte si l'activité de service marchand est qualifiée par le juge administratif d'activité de service public (bien qu'une telle qualification soit contestable⁷²⁹) dans la mesure où cette qualification pourra justifier l'emploi de moyens exorbitants du droit commun. La spécificité sera cependant atténuée si l'activité concurrentielle est qualifiée de service public industriel et commercial. Dans le même ordre d'idées, si l'activité de service marchand ne constitue pas une activité de service public (ce qui est préférable) elle sera toutefois – dans la quasi-totalité des cas – liée à une activité de service public. Ce lien aura un effet attractif sur une partie du régime de l'activité concurrentielle, notamment sur les règles applicables au personnel. Là encore, la différence de régime sera importante en fonction de la nature du service public en cause – service public administratif ou service public industriel et commercial –.

451. En deuxième lieu, le statut de l'entité publique en charge de l'activité de service marchand a un impact important sur les règles applicables. Ainsi, les établissements publics industriels et commerciaux et les groupements d'intérêt publics permettent une banalisation renforcée des règles. La multiplication de ces « *monstres* »⁷³⁰ renforce le processus qui consiste à exclure le droit administratif du régime des prestataires publics de service marchand et la concurrence entre institutions publiques. Ce phénomène est d'autant plus remarquable qu'il ne semble avoir pour seule limite que l'imagination : ainsi la catégorie des personnes publiques spécialisées est « *une catégorie non finie. D'abord parce que ses sous-ensembles vont s'étoffer, ensuite et surtout parce qu'apparaîtront certainement dans les années à venir de nouvelles* ».

⁷²⁹ Cf. *supra* n° 18 et s.

⁷³⁰ Bernard Chenot, *Organisation économique de l'État*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1965, p. 101 : cité par F. Melleray in « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », AJDA 2013.711. Le Professeur Melleray rappelle que l'illustre juriste « enseignait que l'« on voit naître des institutions dont la structure est un défi aux conceptions juridiques contemporaines ». Et, ajoutait-il, « si elles durent, il faut bien que la doctrine révise ses idées générales et intègre l'existence de ces monstres dans une nouvelle explication de l'ordre social » ».

entités incorporables dans la famille des personnes publiques spécialisées mais non assimilable à ce qui existe déjà »⁷³¹.

452. On le comprend, il existe une véritable « *échelle de commercialité* »⁷³² qui dépend du type d'activité et du type de prestataire public en cause. Autrement dit, la spécificité des règles applicables aux prestataires publics de service marchand est fortement réductible car, en haut de cette échelle, la soumission aux règles du droit commun est très large bien qu'elle ne soit pas totale.

453. Mais la banalisation peut-elle être totale ?

454. Il est certain qu'il reste une marge. De telles réformes devraient notamment concerner l'harmonisation des régimes applicables aux divers types de prestataire public de service marchand. En effet, la multiplication des règles particulières à chaque catégorie de personnes publiques ou aux personnes publiques elles-mêmes traduit la « *logique d'éclatement de la structure étatique* »⁷³³ au détriment de l'efficacité de l'action concurrentielle des prestataires publics. En outre, la banalisation des règles applicables aux prestataires publics devrait prendre le chemin du renouveau conceptuel : plus précisément, l'impertinence de la distinction entre les activités de « service public administratif » et les activités de « service public industriel et commercial » approche les limites de l'absurde à mesure que la pénétration du droit du marché intérieur s'intensifie. Or, le recours à une typologie entre les activités non économiques et les activités économiques et – pour les activités économiques – entre les activités de service marchand et les activités de service public économique permettrait non seulement de déterminer le « régime concurrentiel » de l'activité mais pourrait également servir de base utile à la refondation des critères du droit administratif.

455. Toutefois, deux éléments de spécificité résistent encore et toujours à la banalisation.

456. Tout d'abord, la création de l'activité de service marchand n'est pas affranchie de tout particularisme. Cela est-il envisageable ? En théorie, oui. En pratique, il faut être prudent. En effet, il serait assez inopportun d'autoriser l'ensemble des personnes publiques à prendre en

⁷³¹ A. Rouyère, « Les personnes publiques spécialisées », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka), Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2011, t. 1, p. 374.

⁷³² G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994, p. 109 et s.

⁷³³ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 93.

charge librement des activités de service marchand sans que l'objet de ces interventions satisfasse un intérêt public.

457. Ensuite, l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun et des procédures collectives est assurément l'exemple le plus remarquable de la résistance de l'exorbitance publique. Peut-elle être endiguée ? La réponse à cette question est délicate car elle a un ancrage constitutionnel et mérite donc de plus amples développements : c'est pourquoi nous l'aborderons plus tard. D'autant que, l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun et des procédures collectives est compensée par des mécanismes spécifiques propres à assurer la satisfaction des créanciers des personnes publiques.

458. Pour l'heure, on ne peut inférer, des règles applicables aux prestataires publics de service marchand, une inadaptation au milieu concurrentiel dans la mesure où, même si des spécificités existent, elles sont très largement réductibles.

459. Cependant, nous allons observer que la banalisation des règles applicables aux prestataires publics de service marchand connaît une limite importante : elle se heurte inévitablement au lien structurel entre les prestataires publics et l'administration. Or, l'appartenance à ce système spécifique place le prestataire public en situation de fausser le jeu concurrentiel et par conséquent révèle leur inadaptation au milieu concurrentiel.

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ IRRÉDUCTIBLE DU LIEN ENTRE LES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET L'ADMINISTRATION

460. La spécificité du lien entre les prestataires publics de service marchand et l'administration est le facteur décisif de leur inadaptation au milieu concurrentiel.

461. Mais quel est ce lien ? Pour bien l'appréhender, il est tout d'abord nécessaire de rappeler que nous avons choisi de qualifier de « prestataire public de service marchand », l'« entreprise publique » – au sens du droit de l'Union européenne – sous statut de droit public qui exerce une activité de service marchand⁷³⁴. L'« entreprise » sert à la fois à qualifier organiquement et matériellement l'activité prise en charge par la personne publique. Elle peut correspondre à la personne publique elle-même (par exemple un établissement public industriel et commercial) mais également être une entité économique au sein d'une personne publique (une régie non personnalisée d'une collectivité territoriale par exemple).

462. Cette « entreprise » est donc liée à l'administration à un double niveau. D'une part, elle est attachée à la personne publique qui a décidé de sa création. D'autre part, elle appartient au « corps » de l'État, qui, par sa construction historique et politique, a une nature juridique particulière qui tient à sa souveraineté, son universalité et son unité⁷³⁵. L'État étant « *seul à disposer de la compétence de la compétence, il est une puissance originaire, dont tous les autres pouvoirs sont dérivés* »⁷³⁶. Dès lors, on comprend que même les plus autonomes des prestataires publics de service marchand (à l'instar des établissements publics ou des groupements d'intérêt

⁷³⁴ Cf. *supra* n° 13 et s.

⁷³⁵ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public européen et français*, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 25. Adde B. Delcros, *L'Unité de la personnalité juridique de l'État*, Thèse, LGDJ, 1976 – J. Chevallier, *L'État*, D. 1994 – id., *L'État postmoderne*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2010 – C. Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002 – P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Tome 1, p. 208-267 – A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'État*, Paris, Sirey, 1969 – G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, 1954 – D. de Béchillon, « L'État est-il une personne morale comme les autres ? », in *La personnalité publique* (AFDA), Litec, 2007, p. 127.

⁷³⁶ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public européen et français*, *op.cit.*, p. 26.

public) ne sont que des « *organes* »⁷³⁷, des « *cellules composantes* »⁷³⁸ de ce corps qu'est l'État⁷³⁹ ; ils lui sont « *incorporés* »⁷⁴⁰. Le lien qui unit les prestataires publics de service marchand à l'État pourrait être envisagé sous trois angles qui renvoient à la séparation entre le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. Chacun de ces pouvoirs étant une émanation de l'État, une telle étude serait intéressante. Toutefois, nous porterons notre attention dans les développements qui vont suivre sur cette organisation tout à fait particulière qu'est l'administration⁷⁴¹ dans la mesure où les prestataires publics de service marchand ne sont pas, à proprement parler, des « *démembrements* »⁷⁴² mais plutôt des prolongements, parfois institutionnalisés, de l'administration à l'autonomie fictive – au sens de la fiction juridique⁷⁴³ – et donc « *réellement* » – au sens de la manifestation concrète – imparfaite.

463. Cette rapide mise en perspective permet intuitivement de saisir les craintes qu'expriment à la fois les entreprises privées et certains juges et autorités de la concurrence : le marché concurrentiel est un lieu de compétition économique dont le fonctionnement et la survie impliquent que des compétiteurs ordinaires s'y affrontent à égalité d'armes. Or, ce prestataire hors du commun qu'est la personne publique effraie. Comment, en effet, s'assurer que les

⁷³⁷ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, t. 1, p. 307 s. – L. Blum, concl. sur CE, 21 juin 1912, *Demoiselle Pichot c. Asile national de la Providence* : D. 1915.3.9.

⁷³⁸ R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1935, p. 235.

⁷³⁹ Cf. not. F. Bérroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA 2008, p. 26 : selon Monsieur François Bérroujon « *L'analyse de la structure institutionnelle publique fait fréquemment usage de comparaisons organicistes* ».

⁷⁴⁰ M. Hauriou, note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, S. 1900.3.49

⁷⁴¹ Nous rappelons que nous retiendrons ici une définition organique de l'administration, dans la mesure où nous considérerons que les prestataires publics de service marchand sont liés à cet « *ensemble [d']organes assurant la fonction administrative, qui, au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif, soit par un lien de subordination directe dans le cadre étatique, soit par la soumission* » ; autrement dit, nous apprécierons l'administration comme « *un agencement de structures qui ont été conçues et organisées en vue d'accomplir les fonctions administratives de l'État* » (J. Caillosse, « Les principes généraux de l'organisation administrative », in *Traité de droit administratif* [dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka], p. 155). Cf. *infra* n° 58.

⁷⁴² L. Blum, concl. sur CE, 21 juin 1912, *Demoiselle Pichot c. Asile national de la Providence*, D. 1915.3.9. En effet, le démembrement peut être défini comme l'« *action de priver de certains de ses éléments un ensemble formant un tout organique* » (CNRTL, s. v. « démembrement »), or, nous allons voir que les prestataires publics de service marchand appartiennent à l'ensemble que constitue l'administration.

⁷⁴³ La fiction est un « *produit de l'imagination qui n'a pas de modèle complet dans la réalité* » (CNRTL, s. v. « fiction »). Ainsi, en droit, « *une fiction juridique revient à tenir pour réelle une chose qui ne l'est pas afin de lui faire produire un effet de droit* » et dont l'utilité est clairement révélée par le Professeur Denys de Béchillon : « *Fictions ? Sans aucun doute. Inutiles ? Certainement pas. Car on ne dira jamais assez que la construction historique de cette fiction et la manière dont elle s'est, en quelque sorte, emparée du monde empirique pour le gouverner à grands coups d'institutions, de juges, de régimes et de (re)constructions imaginaires de la réalité, n'est autre que l'un des phénomènes les plus importants, peut-être, de la modernité occidentale, et l'un de ceux qui construisent le plus fondamentalement notre manière de penser* » (D. de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile* (dir. E. Serverin et A. Berthoud), Paris, L'Harmattan, 2000, p. 73 – 74.

prestataires publics de service marchand concurrencent à égalité d'armes sur le marché quand le système dont ils sont des éléments est d'une telle exorbitance ? On trouve ici la raison d'une inquiétude des acteurs de la concurrence qui déploient une énergie remarquable à contrôler l'incontrôlable : le comportement ordinaire d'une entité extraordinaire.

464. Mais il ne faut pas s'y tromper, la spécificité ne tient pas à l'exorbitance des règles de droit applicables aux prestataires publics de service marchand, qui est largement réductible, en réalité c'est dans le lien systémique qu'entretient toute personne publique avec l'administration que se trouve le « nœud gordien »⁷⁴⁴. Dès lors, on pourra toujours banaliser son régime juridique, on ne soustraira pas l'entité publique de son lien avec l'administration et *a fortiori* avec l'État.

465. On pourrait rétorquer qu'il n'existe finalement pas de différences entre le lien qui unit l'État aux prestataires publics et celui qui l'unit aux prestataires privés car, dans la mesure où l'État est la source de l'ensemble du droit⁷⁴⁵, c'est lui qui a, seul, compétence pour attribuer la qualité de « personne morale » aux entreprises privées, et, *a fortiori*, c'est lui qui détermine les différentes catégories de statut que pourront emprunter de telles entreprises.

466. Pourtant, la différence est double. En premier lieu, l'État, par sa Constitution, ses lois et règlements, sa soumission aux traités internationaux et notamment sa participation à la construction européenne a fait le choix d'inscrire juridiquement des principes et des règles économiques qui reconnaissent une séparation entre le marché et l'État et encadrent l'action de l'État sur le marché. En second lieu, la personne morale de droit privé diffère dans ses caractéristiques mêmes de la personne morale de droit public dans la mesure où le choix opéré par des personnes physiques ou morales de s'associer pour mener collectivement des activités sous un statut de droit privé n'implique pas de rattachement à l'État : l'entreprise de droit privé n'est pas une organisation de l'État mais une organisation dans l'État⁷⁴⁶. Ce constat est également valable pour les sociétés de droit privé qualifiée « d'entreprises publiques » – sociétés nationales, sociétés d'économie mixte nationales ou locales, sociétés à participation

⁷⁴⁴ Le nœud gordien est « selon la tradition, [le] nœud inextricable qui attachait le joug au timon du char de Gordius, roi de Phrygie, et qu'Alexandre le Grand trancha d'un coup d'épée pour obtenir l'Empire d'Asie ». Nous expliquerons dans la seconde partie pourquoi le lien qui unit le prestataire public de service marchand à l'administration ne peut qu'être tranché : cf. *infra* n° 1113 et s.

⁷⁴⁵ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public européen et français*, *op.cit.*, p. 27.

⁷⁴⁶ Nous rejoignons sur ce point l'observation du Professeur Étienne Picard selon laquelle les « personnes publiques n'ayant aucune existence propre qui s'imposerait en droit positif de façon prééminente ou ultime, constituent des entités entièrement objectivées par le droit » : « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998, p. 651.

publique minoritaire, sociétés de second rang, filiales ou sous-filiales des précédentes – ou encore pour les sociétés de droit privé en charge d'une mission de service public. En effet, même si la gestion d'une activité de service public ou la qualification d'entreprise publique entraîne l'application d'un régime juridique pour partie exorbitant du droit commun et des problématiques de confusion entre les ressources dédiées au service public et celles utilisées pour l'activité concurrentielle, il n'en demeure pas moins que les sociétés de droit privé ne sont pas (et nous insistons sur ce point) des organes de l'État, y compris si elles sont liées à l'administration par une relation *in house*, même si elles sont soumises au pouvoir de tutelle de la puissance publique⁷⁴⁷.

467. Pour résumer, tous les prestataires publics de service marchand appartiennent organiquement au corps de l'État et, plus précisément, sont des éléments du système que constitue l'administration⁷⁴⁸. Ce lien est particulièrement problématique car l'administration a un double visage : la personne publique, prestataire de service sur le marché est en même temps l'autorité de puissance publique qui encadre ce marché. Ce double visage est tantôt dénoncé comme un avantage concurrentiel tantôt comme un désavantage. Selon nous, il s'agit surtout d'une inadaptation au marché visible à deux niveaux : d'une part, par le manque d'autonomie du prestataire public de service marchand (Chapitre 1), d'autre, part par les interactions structurelles constantes entre les prestataires publics et l'administration (Chapitre 2).

⁷⁴⁷ Cf. *infra* n° 1483 et s.

⁷⁴⁸ Nous rappelons également que Monsieur Edgar Morin définit la notion de système comme une « *l'unité globale organisée d'interrelations entre les éléments, action ou individus* » (E. Morin, *La Méthode*, t. 1, *La Nature de la Nature*, Le Seuil, 1977, p. 102. Le Professeur Denys de Béchillon dans son ouvrage *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (Paris, Éd. Odile Jacob, 1997) s'appuie sur cette définition et la précise en expliquant qu'un système peut se comprendre 1) comme un ensemble organisé, présentant par là une unité et une cohérence perceptible de l'« extérieur » ; 2) dont la composition fait intervenir une pluralité d'éléments plus ou moins hétérogènes ; 3) dont l'existence et l'organisation supposent la mise en relation de ces divers éléments. Partant de cette définition, il ne fait donc guère de doute que l'administration peut être saisie comme un système, en effet « *par les liens étroits qui lie l'administration centrale aux administrations décentralisées (territoriales spéciales ou spécialisées), on peut soutenir que l'ensemble constitué du réseau État central/ collectivités locales correspond à un État au sens de l'ordre juridique « global » ou « total » dont parle Kelsen* » (O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif* [dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka], p. 236). Cf. *supra* n° 58.

Chapitre 1 Le manque d'autonomie

468. Les prestataires publics de service marchand sont des éléments d'une structure institutionnelle particulière, l'administration.

469. Dès lors, on pourrait penser qu'aborder l'« autonomie » des prestataires publics de service marchand par rapport à l'administration relève d'une erreur de logique : ils ne seraient pas autonomes par définition.

470. Mais avant d'établir pareille conclusion, qu'entend-on par « autonomie » ?

471. Selon le recueil lexicographique du Centre national de ressources textuelles et lexicales, l'autonomie se définit, pour une personne morale, comme « *le fait de se gouverner par ses propres lois* »⁷⁴⁹, par analogie avec le droit dont jouissaient, à l'époque de la domination romaine, certaines villes grecques. Autrement dit, l'autonomie n'est pas forcément synonyme d'indépendance, l'indépendance pouvant être définie comme le « *fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose* »⁷⁵⁰. L'indépendance serait donc le stade ultime de l'autonomie.

472. Ceci étant, l'appréhension juridique de la notion d'autonomie n'est pas simple⁷⁵¹.

473. Pour le Professeur Gérard Cornu elle est la « *faculté de donner sa propre loi* »⁷⁵², dans le même sens, le Professeur Marcel Waline considère qu'« *une personne morale est autonome si elle se donne elle-même sa loi [...], si elle détermine elle-même les organes qui la représentent, et définit elle-même leurs pouvoirs* »⁷⁵³. Cette définition, particulièrement exigeante, devrait conduire à ne considérer comme autonome que l'État, qui seul détenteur de la compétence de la compétence, a la faculté de déterminer sa propre loi.

⁷⁴⁹ CNRTL, s. v. « autonomie ».

⁷⁵⁰ Ibid. s. v. « indépendance ».

⁷⁵¹ Sur cette notion, cf. not. S. Passeron, *L'autonomie de gestion des établissements publics nationaux*, LGDJ, 1968 – J.-B. Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse, Bordeaux, Dactyl., 1979. – J.-C. Maîtrot, *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse, Dactyl., 1968 – R. Hertzog, « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005 – M. Joyau, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 198, 1998.

⁷⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2006.

⁷⁵³ M. Waline, *Traité de droit administratif*, 8^{ème} éd., Paris, Sirey, 1995, p. 251, n° 409.

474. Pourtant, d'autres auteurs donnent une définition plus souple de l'autonomie en la rattachant à la personnalité morale de droit public⁷⁵⁴, qualité qui impliquerait nécessairement l'autonomie de la volonté⁷⁵⁵. La personne morale, en tant que « *sujet de droit, c'est-à-dire un être capable d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant* »⁷⁵⁶, serait donc autonome. Selon le Professeur Jean-Marie Pontier « *l'autonomie appliquée à des personnes morales de droit public est administrative, elle s'exprime par une aptitude à passer certains actes juridiques dans le champ légal d'intervention reconnu à la personne, et, pour cette dernière, à pouvoir faire valoir ses droits* »⁷⁵⁷.

475. Plus encore, il semblerait que l'autonomie puisse être reconnue à des organes d'une collectivité non dotés de la personnalité morale (par exemple une régie non personnalisée mais dotée de l'autonomie financière)⁷⁵⁸. On s'éloigne donc encore un peu plus de la définition que donnaient les Professeurs Gérard Cornu et Marcel Waline de cette notion.

476. On le comprend, l'autonomie n'est pas une qualité précise qui dessine une frontière entre les entités publiques autonomes et les entités publiques non autonomes. En réalité, il existe une échelle de l'autonomie qui part de son absence jusqu'à l'indépendance. Dès lors, nous sommes en désaccord avec les conclusions selon lesquelles l'autonomie est « *une auberge espagnole, un concept vide, sans contenu ni mesures propres* »⁷⁵⁹. S'il faut bien admettre

⁷⁵⁴ Selon le Professeur Francis-Paul Bénéot, la notion de « personnalité morale » n'est plus aujourd'hui plus un sujet de controverse : in « Le droit administratif français », *D.* 1968, p. 19. Cet apaisement doctrinal est le fruit de travaux remarquables : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1^{ère} éd. 1906-1909 – R. Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories, Mémoire Du Droit*, Paris, 1910 – E. Spiliotopoulos, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, LGDJ, 1958 – L. Constans, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative*, LGDJ, 1966 – J.-B. Auby, *La notion de personne morale en droit administratif*, Thèse Bordeaux I, 1979 – F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 176, 1997 – *La personnalité publique* (Rapport de synthèse du Colloque sur la personnalité publique organisé par l'AFDA les 14 et 15 juin 2007), LexisNexis, 2007, pp. 243-256.

⁷⁵⁵ F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1997, p. 146 et s. et p. 200 et s. Selon le Professeur Benoit Plessix à propos des établissements publics : « *être une personne morale, d'une part, signifie que l'établissement public est un être collectif ayant une existence propre, distincte des membres qui le composent, se reconnaissant au fait que les agissements de ses organes et de ses agents lui sont personnellement imputables et que son existence légale dans le temps n'est absolument pas affectée par les mutations pouvant atteindre sa composition. De ce point de vue, l'établissement public réalise le but que poursuivent tous ceux créant une personne morale : la durée. Issue de la notion romaine d'universitas remodelée par le droit canon et les glossateurs et post-glossateurs, la personnalité morale réalise le souhait de construire un être au-delà de ses titulaires, d'assurer la pérennité des personnes physiques à travers la création d'un être juridique abstrait* » : *Établissements publics*, J.-Cl. adm., fasc. 135, Paris, LexisNexis, 2014, n° 12.

⁷⁵⁶ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906 et 1924, p. 3.

⁷⁵⁷ J.-M. Pontier, « La personnalité publique, notion anisotrope », RFDA 2007, p. 983-984.

⁷⁵⁸ Cf. not. J.-C. Maîtrot, *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public*, op.cit.

⁷⁵⁹ R. Hertzog, « L'autonomie du droit : trop de sens, trop peu de signification », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, p. 455.

qu'elle est une notion « à géométrie variable »⁷⁶⁰, pour autant elle a bel et bien une consistance juridique – et donc une définition – qui repose, selon nous, de manière quelque peu arbitraire, sur deux critères invariants : d'une part, la capacité à passer des actes juridiques, d'autre part, la possibilité de pouvoir disposer des ressources financières et de les allouer. Partant de cette définition, on conclut que les prestataires publics de service marchand peuvent être plus ou moins autonomes.

477. L'autonomie n'a pas seulement une consistance juridique, elle est aussi un processus vérifiable⁷⁶¹.

478. Ainsi, l'autonomie des organes de l'État s'explique par des raisons diverses : le choix politique de la décentralisation, la rationalisation technique de l'organisation de l'État et parfois des motivations plus douteuses, tel que le souci de « débudgétiser » certains actifs grevant trop lourdement les finances publiques de l'État⁷⁶².

479. À ces raisons classiques de la recherche d'autonomie des personnes publiques est venue s'ajouter une dimension tout à fait nouvelle : l'extension du domaine du marché et l'autorisation faite aux personnes publiques de pouvoir mener concurrence. La prise en compte de cette nouvelle dimension a trois principales conséquences. D'une part, le concept même de « marché » suppose une autonomie des concurrents⁷⁶³, d'ailleurs l'atteinte au libre jeu de la concurrence résulte « de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont

⁷⁶⁰ J.-F. Kerléo, « L'autonomie des établissements publics, l'exemple du droit portuaire », AJDA, 2011, p. 716.

⁷⁶¹ Sur ce sujet, cf. not. J. Chevallier, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1972-1973, p. 5 et s. – L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 67 et s. – J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2012, n° 493 et s.

⁷⁶² Dans son rapport sur les établissements publics de 2009 le Conseil d'État recense ainsi les principaux motifs qui peuvent justifier le recours à la formule de l'établissement public au nombre desquels « la nature particulière de la mission d'intérêt général en cause » qui peut justifier le recours à la formule de l'établissement public », la « volonté d'optimiser l'exercice d'une mission par une personne publique », le souci d'« associer plus directement d'autres personnes à l'exercice de certaines missions » mais aussi des motifs qui « ne sont pas toujours vertueux » comme « la volonté d'échapper aux rigueurs du droit budgétaire, et notamment au principe de non-affectation des recettes » : CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 12 et 13.

⁷⁶³ En effet, pour être qualifiée d'« entreprise » au sens du droit européen « une entité doit non seulement exercer activité économique mais également être dotée d'une autonomie suffisante de décision pour déterminer son comportement sur le marché » (L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 1003). Ainsi, selon le juge européen « la notion d'entité renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique et qui poursuit un objectif propre » (CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen* : JCP G 1997, I, n° 4027, obs. Boutard-Labarde). D'ailleurs, selon la Commission européenne « il peut être approprié, selon les circonstances, d'appliquer (la notion d'entreprise) à une société mère ou à une filiale ou encore à l'unité économique constituée par la société mère et par ses filiales » : Com., déc. n° 89/190/CEE du 21 décembre 1988 et déc. n° 89/191/CEE, 21 décembre 1988.

chaque entreprise doit faire preuve »⁷⁶⁴. D'autre part, et de manière corrélative, l'application du droit de la concurrence suppose que puisse être identifiée une unité économique susceptible de se voir reprocher des pratiques anticoncurrentielles, dès lors, c'est la notion qui présidera à l'identification de cette unité économique. Enfin, l'autonomie est un gage du succès de l'entreprise dans la mesure où plus faible sera son autonomie plus grands seront les risques qu'elle multiplie et confonde les objectifs qu'elle vise ou qu'on lui assigne.

480. Or, l'autonomie des prestataires publics de service marchand est nécessairement limitée.

481. Certes, la recherche d'autonomie a conduit à l'élaboration de moyens originaux, qui prennent trois principales formes⁷⁶⁵. En premier lieu, il a pu être accordé une « autonomie de fonctionnement » à certains services de l'État⁷⁶⁶ ou des collectivités territoriales⁷⁶⁷. C'est-à-dire que sans attribution de la personnalité morale, ces services bénéficient à la fois de budgets annexes – et donc de recettes et de dépenses individualisées (en atteinte au principe d'unité budgétaire⁷⁶⁸) et de recettes affectées aux dépenses (en atteinte au principe de non affectation⁷⁶⁹). En second lieu, s'est forgé progressivement le recours à la formule de l'établissement public, cet organe de l'État ou des collectivités territoriales est doté de la personnalité morale⁷⁷⁰. Cette caractéristique « *fait de chaque établissement un sujet de droit, doté d'une autonomie sur le plan tant juridique que financier. Il dispose ainsi de la capacité normative (dans les domaines de sa compétence), de la capacité patrimoniale (propriété et*

⁷⁶⁴ Cons. conc., avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public.

⁷⁶⁵ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 3794. Adde J.-D. Dreyfus, « Externalisation et liberté d'organisation du service », AJDA 2009, p. 1529 – J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA 2002, p. 1214 – P. Lignières, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables et sur la manière de l'établir », 14 mars 2007, IEP Paris.

⁷⁶⁶ Concernant l'État, l'autonomie de gestion résulte notamment de « *techniques financières ou comptables* », tel que la technique du budget annexe ou du compte spécial au Trésor. « *Leur création et leur suppression sont décidés par la loi de finance. Il en résulte que la formule du budget annexe s'applique particulièrement aux activités industrielles ou commerciales ou aux services de l'État qui sont appelés à fonctionner comme une entreprise privée. La technique des comptes spéciaux du Trésor permet d'individualiser sur le plan comptable les résultats financiers d'activités publiques* » : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 69.

⁷⁶⁷ Concernant les collectivités territoriales, l'autonomie de gestion résulte notamment de la création d'une régie dotée de la seule autonomie financière qui peut se définir comme « *un organisme individualisé mais ne disposant pas de la personnalité morale car intégré dans la personnalité juridique de la collectivité qui l'a créée. Elle dispose cependant d'un budget distinct du budget de la collectivité et d'un organe de direction* » : J. Facon, S. Dordevic (dir.), *Gestion et finances des collectivités*, Paris, Lamy, 2012, n° 510-9. Adde CGCT, art. L. 2221-11 et s. – art. R. 2221-63 et s.

⁷⁶⁸ J. Facon, S. Dordevic (dir.), *Gestion et finances des collectivités*, op. cit., n° 205-7.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ Cf. art. L. 2221-10 du CGCT – art. R. 2221-18 et s. du CGCT.

disposition de son patrimoine), de la capacité délictuelle et de celle d'ester en justice »⁷⁷¹. Récemment, en troisième lieu, la création des groupements d'intérêt public a encore poussé plus loin la recherche d'autonomie.

482. Toutefois, l'autonomie restera forcément imparfaite dans la mesure où tous les prestataires publics de service marchand sont systématiquement liés à l'État – et *a fortiori* à l'administration – (Section 1) et, en conséquence, sont soumis à un lot de sujétions exorbitantes du droit commun (Section 2).

Section 1 LES CAUSES

483. Les personnes publiques qui prennent en charge des activités de service marchand constituent des « entreprises » au sens du droit européen : c'est-à-dire qu'organiquement et matériellement le « service » est identifiable comme une unité économique à part entière.

484. Cette identification procède de l'abstraction dans la mesure où, d'une part, si l'« entreprise » correspond la plupart du temps à une personne morale (établissement public industriel et commercial, groupement d'intérêt public), ces personnes morales sont toujours liées à une collectivité publique (État, collectivités territoriales, établissement public de coopération intercommunale⁷⁷²) – en effet, il est inconcevable que l'État ou les collectivités territoriales et leurs groupements constituent à eux seuls des unités économiques⁷⁷³ – et, d'autre part, il n'est pas rare que des services non personnalisés des personnes publiques puissent constituer des entreprises – c'est par exemple le cas de certains services déconcentrés de l'État ou des régies non personnalisées des collectivités territoriales –. Autrement dit, l'application du droit de la concurrence aux interventions concurrentielles des personnes publiques nécessite de reconstituer abstraitement une « entreprise » à qui imputer les éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

485. Partant de ce constat, tout devrait aller pour le mieux dans le meilleur des mondes concurrentiels. Cependant, la pratique – qui n'a d'ailleurs rien de candide – est plus incertaine. En effet, l'autonomie des prestataires publics de service marchand fait défaut quel que soit le

⁷⁷¹ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 10.

⁷⁷² Si l'on admet que ces établissements publics sont des collectivités publiques ce que nous savons contestables : cf. *supra* n° 266.

⁷⁷³ cf. *supra* n° 8 et s. et *infra* n° 540 et s.

degré de sophistication des outils mis à l'œuvre pour la garantir. Cette hypothèse est vérifiable tant dans le cas des collectivités territoriales (§1) que dans celui de l'État (§2). Pour une pure raison de clarté, nous avons choisi de traiter à part le cas des groupements d'intérêt public – qui auraient pu intégrer la dichotomie précédente – car ils constituent des personnes publiques originales dans leur rapport à l'autonomie⁷⁷⁴ (§3).

§1. LE CAS DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

486. L'État ne saurait en lui-même constituer une « entreprise » au sens du droit européen. Par contre, il peut prendre en charge directement des activités économiques, éventuellement exercées sur le marché, qui constituent alors des « entreprises » au sens matériel et organique.

487. Le souci d'efficacité dans l'organisation de l'État a conduit, sans que ce choix soit forcément motivé par des velléités concurrentielles, à conférer une plus grande autonomie à certains services de l'État, en effet « *l'autonomie de gestion d'un organe à l'intérieur d'une même personne publique peut apparaître souhaitable pour une plus grande efficacité de l'organisation administrative et cela, sans qu'il y ait eu lieu de créer une personne juridique distincte ou de transférer la propriété ou le contrôle d'une activité déterminée* »⁷⁷⁵. Cette recherche d'autonomie peut prendre plusieurs aspects⁷⁷⁶ : simple autonomie administrative ; budget annexes et comptes spéciaux au trésor ou encore régies industrielles ou commerciales. Quoi qu'il en soit, dans ce cadre, le manque d'autonomie de l'« entreprise », en tant qu'elle est intégrée au corps de l'État, est incontestable : elle sera soumise à l'autorité hiérarchique qui implique que le titulaire de cette autorité « *a même, sans texte et d'une manière en quelque sorte automatique, le pouvoir d'adresser des instructions à ses subordonnées, celui d'imposer l'approbation de leurs actes, celui encore de les réformer, de les annuler ou d'en suspendre*

⁷⁷⁴ En outre, nous rappelons à nouveau au lecteur que dans cette étude nous n'envisagerons pas spécifiquement les institutions particulières que constituent notamment la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations et l'Institut de France. De la même manière les « personnes publiques innommées », tels que les « agences » ou les « offices publics » ne feront pas l'objet de développement distinctifs (cf. L. Richer, « Les personnes publiques innommées », in AFDA, *La personnalité publique*, Litec, 2007). Ce choix est motivé par le souci d'établir une analyse générale des activités concurrentielles des personnes publiques. Toutefois, en dehors du cas très spécifique des autorités administratives ou publiques indépendantes, les conclusions de cette étude auront vocation à embrasser l'ensemble des personnes publiques. Dans un autre ordre d'idées, nous n'aborderons qu'incidemment le cas des autorités administratives ou publiques indépendantes dans la mesure où elles n'ont pas en principe vocation à intervenir sur le marché mais au contraire à le réguler. Toutefois nous nous interrogerons sur la question de savoir si ce modèle pourrait permettre d'adapter l'activité publique marchande au milieu concurrentiel : cf. *infra* n° 791 et s.

⁷⁷⁵ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 67.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, n° 68 et s.

l'effet, celui enfin de se substituer à l'organe subordonné. Dans ce cadre, l'organe subordonné n'a jamais l'intérêt pour agir qui rendrait recevable un recours contre les actes de l'autorité hiérarchique »⁷⁷⁷.

488. Incarnation d'une volonté plus poussée de rendre autonome certains services de l'État, la « décentralisation sectorielle », également appelée « décentralisation par services » ou « décentralisation technique » a abouti à la création de personnes publiques originales à « *l'identité institutionnelle plus marquée* »⁷⁷⁸ : les établissements publics⁷⁷⁹. Ces institutions dotées de la personnalité morale⁷⁸⁰ sont à la fois distinctes et rattachées à la collectivité publique créatrice, en l'occurrence l'État⁷⁸¹.

489. Au fond, l'autonomie des établissements publics est certes variable⁷⁸² mais, quoi qu'il en soit, limitée pour deux raisons.

490. D'une part, « *la décentralisation technique induit entre la collectivité de rattachement et l'établissement public dont il s'agit des relations de tutelle* »⁷⁸³. La tutelle de l'État sur ses établissements publics prend particulièrement deux aspects : une tutelle technique du ou des ministres concernés par l'activité de l'établissement, ou, le cas échéant, des autorités déconcentrées compétentes, et une tutelle financière du ministre chargé du budget⁷⁸⁴, appuyée sur ce point par la mission de contrôle du Contrôle général économique et financier (CGEFI)⁷⁸⁵. En théorie le pouvoir de tutelle de l'État sur ses établissements publics est particulièrement fort

⁷⁷⁷ *Ibid.*, n° 53.

⁷⁷⁸ CE, *Les établissements publics*, EDCE Paris, La doc. fr., 2010, p. 27.

⁷⁷⁹ A. Carron, « La notion d'établissement public industriel et commercial », CJEG 1969, p. 251 – R. Connois, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, LGDJ, 1959 – J.-P. Théron, *Établissements, publics*, J.-Cl. adm., fasc. 135, Paris, LexisNexis, 2014.

⁷⁸⁰ L'absence de personnalité morale interdit la qualification d'établissement public : CE, Sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce et d'industrie de Nice et Alpes-Maritimes* : Rec. 174 – CE, 13 novembre 1968, *Mme Veuve Lévy- Abegnoli et autres* : Rec. 574. Selon le Conseil d'État, « *cette caractéristique fait de chaque établissement un sujet de droit, doté d'une autonomie sur le plan tant juridique que financier. Il dispose ainsi de la capacité normative (dans les domaines de sa compétence), de la capacité patrimoniale (propriété et disposition de son patrimoine), de la capacité délictuelle et de celle d'ester en justice* » : CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 10.

⁷⁸¹ Il est d'ailleurs intéressant de constater que « *ce n'est que lorsqu'il y a décentralisation que la personnalité de l'État a un sens quant à la structuration interne de l'administration* » : J.-B. Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse, Bordeaux, 1979.

⁷⁸² En effet, cette autonomie « *est en droit comme en fait, très variable et dépend largement des raisons de sa création* » : P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 2010, p. 203.

⁷⁸³ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 55.

⁷⁸⁴ Art. 174 du D. n° 2012-1246, 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713).

⁷⁸⁵ Cf. not. Ch. Coppolani, « Le contrôle général économique et financier », RFAP 2007/4, n° 124, p. 625 et s.

et peut couvrir un vaste champ de prérogatives⁷⁸⁶ : pouvoir de contrôle, pouvoir d'approbation explicite ou implicite, pouvoir de suspendre, pouvoir d'annulation ou encore pouvoir de substitution. Cependant, cette tutelle n'est pas sans limites. Ainsi, sont prohibés les pouvoirs d'instruction ou de réformation⁷⁸⁷. En outre, il ne peut exister de tutelle sans texte et au-delà des textes⁷⁸⁸.

491. Dans ce cadre, les relations de tutelle entre l'État et ses établissements publics ont fortement évolué ces vingt dernières années, à mesure que l'État a redéfini ses relations avec l'ensemble des entreprises publiques (à savoir les entreprises à statut de droit public et les entreprises à statut de droit privé). Cette redéfinition avait notamment été révélée dans une circulaire du Premier ministre du 29 mai 1997, relative au rôle de l'État actionnaire ou tuteur des entreprises publiques, selon laquelle « *dans le cadre qui reste celui de l'autonomie de gestion des entreprises publique, l'État doit jouer de manière plus efficace et plus active son rôle dans la définition de leur stratégie* »⁷⁸⁹. La tutelle sur les établissements publics s'appuie donc sur deux aspects. En premier lieu, la LOLF de 2001⁷⁹⁰ a adjoint à la tutelle proprement dite « *une fonction plus marquée de pilotage* » qui « *peut se définir comme la détermination et le suivi par un service de l'État des objectifs de la ou des politique(s) publique(s) mise(s) en œuvre par un opérateur* » et se « *traduit principalement par la négociation des objectifs et l'élaboration des indicateurs de mesures de l'activité et de la performance, formalisés dans un contrat de performance, l'analyse annuelle ou infra annuelle des résultats des indicateurs par rapport aux cibles fixées, l'allocation des subventions en fonction de la performance atteinte, l'évaluation des résultats de l'opérateur et la détermination des modalités et du montant de la rémunération à la performance des dirigeants* »⁷⁹¹. Ce pilotage est notamment incarné par la contractualisation des rapports entre l'État et ses établissements publics⁷⁹² – initiée par le

⁷⁸⁶ Sur cette question, cf. not. J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2012, n° 1639 et s et la jurisprudence citée.

⁷⁸⁷ CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie* : Rec. 23 – CE, 8 novembre 1962, *Coutarel* : Rec. 632.

⁷⁸⁸ CE, Sect., 14 mai 1971, *Fasquelle et autres* : Rec. 185 – CE, Sect., 21 janvier 1977, *Moisand* : Rec. 34.

⁷⁸⁹ Circulaire n° PRMX9702058C du 29 mai 1997 relative au rôle de l'État actionnaire ou tuteur des entreprises publiques.

⁷⁹⁰ LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO n° 177 du 2 août 2001, p. 12480).

⁷⁹¹ Réponse du ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État du 16 août 2011 à la question n° 70807 de M. Ph. Folliot (JO, 16 août 2011, p. 8785).

⁷⁹² Sur ce sujet, cf. not. M. Voisset, « L'expérience des contrats de programme dans les entreprises publiques », *Dr. Soc.* 1974.262 – C. Picquemat-Pastre, « Une expérience d'acte économique, le programme », *RDP* 1974. 317 – M. Bazex, « Les contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA* 1984.68 – M. Voisset, « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *Mélanges Pequignot*, CERAM, Montpellier, 1984, t. II, p. 717 – J. Bergougnoux, J. Rivier, « La planification à Electricité de France et le contrat de plan État-EDF », *CJEG*, mai 1985, p. 161.

Rapport Nora de 1967⁷⁹³ – et par le rôle joué par l'Agence des participations de l'État qui a vocation à veiller aux intérêts patrimoniaux de l'État. En second lieu, la tutelle financière prend davantage l'aspect d'un contrôle de la « soutenabilité »⁷⁹⁴ financière et de la gestion des risques (contrôle économique et financier) que d'un contrôle de la régularité budgétaire (contrôle budgétaire). Plus précisément le contrôle budgétaire est réservé aux établissements publics qui constituent des « administrations publiques » (APU) au sens du règlement CE n° 2223/96 du Conseil de 25 juin 1996⁷⁹⁵. Ces contrôles sont réalisés, par l'entremise du CGEFI⁷⁹⁶, sous l'autorité du ou des ministres chargés de l'économie et du budget – d'ailleurs le CGEFI dispose, à ce titre, de pouvoirs importants : investigation, obligation de communication, entrée avec voix consultative aux séances du Conseil d'administration etc. –.

492. Finalement, la redéfinition des liens de tutelle entre les entreprises publiques sous statut de droit public et l'État les rapproche fortement des liens qu'entretient ce dernier avec les entreprises publiques sous statut de droit privé.

493. Toutefois, d'autre part, il reste une spécificité importante des établissements publics, qui, s'ils sont dotés de la personnalité morale, sont toujours rattachés soit à l'État, soit à une collectivité territoriale⁷⁹⁷. Selon le Conseil d'État « *tout établissement doit être techniquement rattaché à une personne morale* »⁷⁹⁸, même si l'identification de la collectivité de rattachement n'est pas toujours facile⁷⁹⁹. Le rattachement ne doit donc pas être confondu avec la tutelle « *le*

⁷⁹³ S. Nora (dir.), *Les entreprises publiques*, Rapport, Paris, La doc. fr., 1968.

⁷⁹⁴ Sur ce point, il est assez instructif de se référer à la définition et la description que donne de cette notion la direction du budget (www.performance-publique.gouv.fr).

⁷⁹⁵ Règlement n° 2223/96 du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté (JO L 310, 30 novembre 1996, p. 1).

⁷⁹⁶ Cf. D. n° 2005-436 du 9 mai 2005 portant statut particulier du corps du contrôle général économique et financier (JO n° 107 du 10 mai 2005 p. 8086). Sur ce sujet, cf. not. C. Coppolani, « Le contrôle général économique et financier », préc.

⁷⁹⁷ J.-C. Douence, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale. Le cas des établissements publics locaux », AJDA, 1971, p. 4 – J. Moreau, « L'établissement public de santé, établissement public local : clés pour le siècle », Dalloz, 2000, p. 1625 – E. Fatôme, « A propos du rattachement des établissements publics », in *Mélanges Moreau*, Economica, 2003, p. 139 – A. Legrand, « Le rattachement des établissements publics locaux d'enseignement à une collectivité territoriale et le contrôle de leurs actes », AJDA 2005, p. 825 – CE, *Les établissements publics*, Paris, La doc. fr., 2010, p. 11 et s. Plus largement sur la notion d'établissement public et notamment sur la question qui a longtemps animé la doctrine de la détermination de sa nature – corporation ou fondation –, cf. L. Michoud, *la théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906, 1^{ère} éd., t. 1, p. 180 – J.-P. Théron, *Recherches sur la notion d'établissement public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 123, 1976 – L. Constans, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, 1966.

⁷⁹⁸ CE, avis, 16 juin 1992 : EDCE, Rec. 419 (à propos des chambres de commerce et d'industrie).

⁷⁹⁹ C'est notamment le cas des chambres professionnelles de commerce, de métiers ou d'agriculture et des associations syndicales autorisées ou forcées de propriétaires. Cependant « *le droit ayant comme la nature horreur du vide, il a partiellement résolu le problème. Le rattachement a trop d'utilité pratique pour qu'il ne soit pas artificiellement imposé* ». Ainsi, les chambres professionnelles sont des établissements publics de l'État : CE,

rattachement est organique, la tutelle est fonctionnelle »⁸⁰⁰. Pour le Conseil d'État, le rattachement constitue le « véritable trait distinctif » de la notion d'établissement public et « la manifestation concrète du principe selon lequel un établissement n'est jamais, en principe, que le prolongement personnalisé d'une autre personne morale »⁸⁰¹. Ainsi, contrairement à la tutelle⁸⁰², le rattachement n'implique pas un contrôle administratif des actes des établissements publics, au contraire « il implique plutôt une intervention dans la gestion quotidienne de l'établissement, voire une participation au processus décisionnel »⁸⁰³.

§2. LE CAS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

494. Les « entreprises » de services assurées directement par les collectivités territoriales (ou des groupements de collectivités territoriales) ou leurs établissements publics constituent des unités économiques qui manquent d'autonomie à deux points de vue.

495. En premier lieu, les collectivités territoriales, les groupements de collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont soumis à la tutelle administrative de l'État, qui, si elle a été profondément remaniée et allégée, n'a pas pour autant disparu⁸⁰⁴. Le caractère

Sect., 29 novembre 1991, *Crépin* : Rec. 411 ; AJDA 1991, p. 889, chron. Maugüe et Schwartz ; RFDA 1992.884 – CE, 13 janvier 1995, *CCI Vienne* : Rec. 26 – CE, 21 juin 2000, *Chiarasoli* : Rec. t. 876 et 1027. Cependant les associations syndicales de propriétaires sont toujours des établissements publics non rattachés : CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de Gervonde* : Rec. t. 891.

⁸⁰⁰ B. Plessix, *Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle.*, J.-Cl. adm., fasc. 135, LexisNexis, 2014, n° 68 et s : « le rattachement est organique, la tutelle est fonctionnelle. Le rattachement désigne le lien organique qui unit une personne publique spécialisée à son créateur. La tutelle est liée à l'exercice par une collectivité décentralisée des fonctions transférées : afin de sauvegarder l'unité de l'État, de préserver l'application des lois et règlements, de veiller au respect de la légalité et de l'intérêt général, l'État unitaire se réserve toujours un droit de regard, un pouvoir de surveillance sur les activités de collectivités infra-étatiques ; leurs actes notamment, font l'objet d'un contrôle. Quant au rattachement, il illustre de façon exemplaire le caractère dérivé des établissements publics : il est propre à l'idée de prolongement personnalisé. La tutelle, elle, concerne toutes les collectivités publiques décentralisées, territorialement ou fonctionnellement : elle est liée au caractère unitaire de l'État français. Ainsi, il existe des établissements publics nationaux et des établissements publics locaux, qui eux-mêmes sont communaux, départementaux ou régionaux. Mais tous les établissements publics, qu'ils soient nationaux ou locaux, font l'objet du contrôle administratif de l'État, et les collectivités territoriales de rattachement, peut-on observer de surcroît, sont elles-mêmes placées sous le contrôle de la légalité de l'État ».

⁸⁰¹ CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 34.

⁸⁰² En effet, la tutelle ne permet pas à la collectivité de rattachement de s'immiscer dans la gestion quotidienne de l'établissement : cf. not. CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Centre hospitalier de Lannion* : Rec. 179.

⁸⁰³ B. Plessix, *Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle.*, préc., n° 69.

⁸⁰⁴ Sur cette question, cf. not. L. Richer, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », RDP 1979.971 – S. Regourd, « La prétendue suppression de la tutelle », RA 1982, p. 613 – J. Caillosse, « Un déféré préfectoral, pour quoi faire ? », Pouvoirs locaux 2000, n° 44, p. 52 – J.-F. Brisson, « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. À la recherche des illusions perdues », AJDA 2005. 126 – J. Waline, « A propos de la tutelle sur les collectivités territoriales », in *Mélanges Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1095 – P. Combeau (dir.), *Les*

unitaire de l'État justifie qu'*a minima* un contrôle de la préservation des intérêts nationaux et du respect de la loi soit exercé à l'endroit de ces personnes publiques locales qui bénéficient, directement ou indirectement, de la décentralisation des compétences de l'État⁸⁰⁵ : le contrôle de légalité semble en effet être la contrepartie minimale à l'autonomie qu'implique le processus de décentralisation⁸⁰⁶. Ce contrôle a cependant évolué au fur et à mesure que s'est accrue la revendication d'autonomie locale. La charge « *mal ressentie* »⁸⁰⁷ de la tutelle préfectorale, a donc été modifiée dans sa forme passant d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*⁸⁰⁸. La contrainte de la tutelle existe donc toujours. S'il ne saurait exister de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, le processus de décentralisation « *postule par définition des relations de tutelle. La tutelle implique un certain contrôle de l'autorité de tutelle sur l'autorité sous tutelle* »⁸⁰⁹. Toutefois cette tutelle n'est pas sans limite. Tout d'abord, il ne peut exister de tutelle sans texte, ou au-delà des textes⁸¹⁰. Ensuite, les juridictions administratives sont compétentes pour connaître des recours en annulation exercés par les autorités de tutelle⁸¹¹. Enfin, le pouvoir

contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007 – L. Janicot, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales 30 ans après la loi du 2 mars 1982 », AJDA 2012, p. 753 – O. Gohin et J.-G. Sorbara, *Institutions administratives*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ coll. « Manuel », 2012, n° 1295 et s.

⁸⁰⁵ « *Sous couvert de la tutelle, l'État n'a jamais cessé de combiner, au sein d'une même personne morale de droit public, décentralisation et déconcentration pour modérer l'ouverture à l'autonomie réalisée par le premier procédé* » : B. Faure, « Faut-il garder le mot tutelle en droit administratif ? », AJDA, 28 janvier 2008, p. 113.

⁸⁰⁶ Ainsi, aux termes du dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Ce contrôle minimal est largement applicable y compris aux autorités administratives indépendantes, « *à l'instar de toute autorité administrative soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le gouvernement, qui est responsable devant le parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute personne qui y aurait intérêt* » : Cons. Const., déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 23. Selon le Professeur Michel Degoffe les autorités publiques indépendantes échappent à cette sujétion : *in* « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622.

⁸⁰⁷ Conseil économique et social, avis du 21 juin 2000, *La décentralisation et le citoyen* (<http://www.lecese.fr>).

⁸⁰⁸ En effet, même si le chapitre premier du titre 1 de la L. n° 82-213 du 2 mars 1982 était intitulé « *suppression de la tutelle administrative* », il n'en demeure pas moins qu'il s'agit à proprement d'une modification de la forme de la tutelle. L'al. 1^{er} de l'art. L. 2131 du CGCT prévoit ainsi que les « *actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature* ».

⁸⁰⁹ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 53.

⁸¹⁰ CE, Ass., 4 juin 1993, *Union des groupements d'achats publics* : Rec. 166 ; AJDA 1993.576 et 526, chron. Mauguie et Touvet ; RFDA 1993.667, concl. Denis-Linton. L'usage fautif de la tutelle peut engager la responsabilité de l'autorité de tutelle : CE, 29 mars 1946, n° 41916, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle* (Rec. 100, RDP 1946.490, concl. Lefas, note Jèze ; S. 1947.3.73, note Mathiot).

⁸¹¹ Le refus du préfet de recourir au juge n'est pas susceptible d'un recours pour excès de pouvoir : CE, 25 janvier 1991, n° 80969, *Brasseur*. Toutefois, l'abstention fautive de déférer des actes dont « *l'illégalité ressortait avec évidence des pièces qui lui étaient transmises* » est une faute lourde de nature à engager sa responsabilité : CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent* : Rec. 395 ; CTI décembre 2000, concl. Touvet ; AJDA, 2001.201 note Cliquennois ; JCP 2001.II.10516, note Rouault ; RFDA 2001.152, obs. Bon. Adde, J.-M. Vie, « Peut-on contester le refus du préfet de déférer un acte ? », AJDA 2012, p. 80 – M.-C. Rouault,

de tutelle ne saurait se confondre avec un pouvoir hiérarchique⁸¹². Dans ce cadre, les personnes publiques locales sont soumises à un pouvoir de tutelle qui se manifeste principalement de deux façons. D'une part, dans la prérogative, très « *méconnue* »⁸¹³, que constitue le pouvoir de substitution d'action du préfet⁸¹⁴, qui permet « *non de contrôler le respect de la légalité, mais de surmonter une abstention d'agir* »⁸¹⁵. D'autre part, dans le contrôle de légalité, plus visible, qu'exerce *a posteriori* le représentant de l'État, sur leurs actes, même s'il connaît un certain déclin avec la diminution du nombre d'actes des collectivités territoriales soumis à une obligation de transmission⁸¹⁶ et que le pouvoir de l'autorité de tutelle est limité à la procédure du déferé préfectoral, procédure « *qui permet au représentant de l'État de déférer au juge administratif les actes administratifs des collectivités territoriales [...] dont il estime, à tort ou à raison, à l'issue du contrôle préalable à sa charge, qu'ils comportent une irrégularité de forme ou de fond* »⁸¹⁷. La conséquence de ce contrôle administratif tient à ce que les actes des collectivités territoriales (ou des groupements de collectivités territoriales) et de leurs établissements publics sont exécutoires de plein droit à la condition d'avoir été régulièrement publiés ou notifiés et transmis, s'ils doivent obligatoirement l'être⁸¹⁸, au représentant de l'État. Parallèlement au contrôle de légalité, les personnes publiques locales sont également soumises à un contrôle *a posteriori*, spécifique, qui est finalement une déclinaison du contrôle de légalité :

« Responsabilité du fait de la carence de l'autorité de tutelle à assurer l'exécution d'une décision de justice », RLCT, 2011, 64.

⁸¹² En effet, « *le titulaire du pouvoir hiérarchique a même, sans texte et d'une manière en quelque sorte automatique, le pouvoir d'adresser des instructions à ses subordonnées, celui d'imposer l'approbation de leurs actes, celui encore de les réformer, de les annuler ou d'en suspendre l'effet, celui enfin de se substituer à l'organe subordonné. Dans ce cadre, l'organe subordonné n'a jamais l'intérêt pour agir qui rendrait recevable un recours contre les actes de l'autorité hiérarchique* » : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 53. Adde CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie, boulangerie-pâtisserie et fabrications annexes* : Rec. 23 – CE, 8 novembre 1961, *Sieur Coutarel* : Rec. 632 – CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Centre hospitalier de Lannion* : Rec. 179. Cf. égal. M. Vialettes, « Pouvoir hiérarchique et établissement public », concl. sur CE, 12 décembre 2012, n° 354635, 350479 et 350890, *SYNERPA*, AJDA 2013, p. 481.

⁸¹³ B. Plexis, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », RDP 2003, p. 598

⁸¹⁴ Sur cette question cf., B. Plexis, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », préc. – M.-C. Rouault, « Responsabilité du fait de la carence de l'autorité de tutelle à assurer l'exécution d'une décision de justice », RLCT, 2011, p. 64 – L. Janicot, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales 30 ans après la loi du 2 mars 1982 », AJDA 2012, p. 753.

⁸¹⁵ B. Plexis, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », préc.

⁸¹⁶ Ainsi, la L. n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a réduit significativement le nombre d'actes soumis à obligation de transmission. Selon Monsieur Pascal Cadieu, il y aurait dans les faits un changement de pratiques de la part des collectivités territoriales qui n'hésitent plus à se soumettre à un contrôle volontaire : P. Cadieu, « Le « résistible déclin » du contrôle de légalité », RLCT, 2008, p. 35.

⁸¹⁷ O. Gohin et J.-G. Sorbara, *Institutions administratives*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 1302.

⁸¹⁸ Leurs actes sont exécutoires de plein droit à la condition d'avoir été transmis au représentant de l'État, publiés et notifiés, pour les actes obligatoirement transmissibles (art. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT) ou seulement publiés, notifiés pour les autres.

le contrôle budgétaire⁸¹⁹. Ce contrôle exercé conjointement par le Préfet et la chambre régionale des comptes a pour objectif de vérifier le respect des règles applicables à l'élaboration, l'adoption et l'exécution des budgets – budget primitifs, budget supplémentaire, décision modificative et compte administratif – des collectivités territoriales et de leurs établissements publics c'est-à-dire la date d'adoption et de transmission du budget⁸²⁰ ; l'équilibre réel du budget⁸²¹ ; la date de vote, l'équilibre et le rejet éventuel du compte administratif⁸²² ; l'inscription et le mandatement d'office des dépenses obligatoires⁸²³.

496. En second lieu, le manque d'autonomie des prestataires publics locaux de service marchand ne se résume pas au pouvoir de tutelle de l'État sur les collectivités territoriales et leurs établissements publics. En effet, comme nous l'avons expliqué précédemment le prestataire public de service marchand est l'« entreprise » au sens du droit de l'Union européenne qui, au niveau local, est assurée par une collectivité territoriale, un groupement de collectivité territoriale ou un établissement public local. Cette entreprise peut donc couvrir des formes différentes. Il peut tout d'abord s'agir de l'établissement public local lui-même. Or, sachant que l'établissement public est toujours rattaché à une personne morale, l'autonomie est par conséquent organiquement limitée⁸²⁴. Il peut également s'agir d'un « simple » service de la collectivité, du groupement de collectivité, voire de l'établissement public (si une unité économique distincte est identifiable), or, là encore, il n'est pas besoin de tergiverser pour conclure que l'autonomie (de l'entreprise) est structurellement restreinte dans la mesure où ce service n'est même pas doté de la personnalité morale.

⁸¹⁹ Ce contrôle est prévu aux articles L. 1611-1 à L. 1612-20 du CGCT. Il est exercé par le préfet en lien avec les chambres régionales des comptes. L'objectif de ce contrôle est de veiller au respect des règles relatives à l'élaboration, à l'adoption et à l'exécution des budgets des collectivités et de leurs établissements publics (budget primitif, budget supplémentaire, décision modificative et compte administratif). Une particularité est toutefois à noter concernant les établissements publics locaux (EPL). Les EPL rattachés à une collectivité sont soumis au contrôle budgétaire classique, par contre les EPL non rattachés sont soumis au contrôle prévu par l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 et D. 2006-504 du 3 mai 2006 : sur ce sujet cf. not. J.-Y. Bertucci et A. Doyelle, « L'activité des chambres régionales des comptes », AJDA 1995, p. 899.

⁸²⁰ Cf. art. L. 1612-2 et L. 1612-8 du CGCT.

⁸²¹ Cf. art. L. 1612-4 et L. 1612-5 du CGCT.

⁸²² Cf. art. L. 1612-12 à L. 1612-14 du CGCT.

⁸²³ Art. L. 1612-15 et L. 1612-16 du CGCT.

⁸²⁴ Sur la notion de « rattachement », cf. *supra* n° 493.

§3. LE CAS DES GROUPEMENTS D'INTÉRÊT PUBLIC

497. Les groupements d'intérêt public sont des personnes morales de droit public doté de l'autonomie administrative et financière⁸²⁵. Ils font une concurrence certaine aux établissements publics dans la mesure où ils ont été créés pour favoriser les coopérations entre personnes publiques en allégeant les contraintes de droit public applicables à l'institution support de cette coopération⁸²⁶. On pourrait penser que les groupements d'intérêt public jouissent d'une grande autonomie car ils sont formés par le biais d'une convention – et non pas par un acte unilatéral⁸²⁷ –, disposent d'un capital social auquel peuvent participer des personnes privées, ne sont pas soumis aux lois et règlements régissant les établissements publics⁸²⁸ et, enfin, car leur cadre juridique est largement défini par leur convention constitutive.

498. Pourtant, l'autonomie des groupements d'intérêt public est loin d'être parfaite.

499. En premier lieu, la loi précise que l'État doit expressément non seulement approuver les conventions constitutives des groupements d'intérêt public, mais également leur

⁸²⁵ Cf. not. B. Jorion, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », AJDA 2004, p. 305 – CE, *Les groupements d'intérêt public*, EDCE, La doc. fr., 1997 – Y.-L. Gegout, *Vers une nouvelles forme de personne morale : les groupements d'intérêt public*, Thèse, Paris II, 1985 – C. Moiroud-Réchar, *Le groupement d'intérêt public, nouvelle institution publique*, Thèse, Paris I, 1994 – F. Benoit-Rohmer, « L'avenir des groupements d'intérêt public », AJDA 1992, p. 99 – F. Benoit-Rohmer, « Les GIP, une nouvelle catégorie de personnes publiques », AJDA 1986, p. 663 – M. Collin-Delumieux, « Les problèmes juridiques posés par les groupements d'intérêt public », AJDA 2003, p. 481 – P. Delamaye, « une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public : les groupements d'intérêt public », LPA, 24 juillet 2001, p. 9 – F. Moderne, « Opinion d'un publiciste à propos d'une nouvelle forme juridique : les groupements d'intérêt public », LPA 1983, n° 49 – L. Janicot, *Groupement d'intérêt public*, J.-Cl. adm., fasc. 148-10, Paris, LexisNexis, 2012 – R. Tinière, « Eléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public », AJDA 2007, p. 840.

⁸²⁶ Sur la nature juridique des groupements d'intérêt public, cf. TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans abris » c. Mme Verdier* (« que le législateur a entendu faire des groupements d'intérêt public des personnes publiques soumises à un régime spécifique ; que ce dernier se caractérise, sous la seule réserve de l'application par analogie à ces groupements des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière de création d'établissements publics proprement dits, par une absence de soumission de plein droit de ces groupements aux lois et règlements régissant les établissements publics ») : Rec. 748 ; AJDA 2000.465, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP juillet août 2000.13, comm. Mekhantar ; LPA 4 janvier 2001, note Gégout et 24 juillet 2001, note Demaye ; RTD com. 2000.602, obs. Orsoni.

⁸²⁷ CE, 14 janvier 1998, n° 189350, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales : la convention constitutive d'un groupement d'intérêt public est un contrat relatif à l'organisation du service public et non un acte administratif unilatéral ; or, dans la mesure où elle contient des clauses à caractère réglementaire, elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*. Cf. Guide de légistique, 5.2.4. Groupements d'intérêt public (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁸²⁸ Cf. TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans abris » c. Mme Verdier* : préc.

renouvellement ou modification⁸²⁹. Cette approbation doit être réalisée soit au niveau ministériel par arrêté conjoint du ministre du budget, du ou des ministres dont relève l'activité des groupement et parfois du ministre en charge des collectivités territoriales, si au moins l'un des membres est une collectivité territoriale ou encore du ou des ministre de tutelle, pour les membres qui sont des établissements publics, soit au niveau déconcentré, si l'activité du groupement d'intérêt public ne dépasse pas le ressort d'un département, d'une région ou d'une collectivité d'outre-mer par arrêté du représentant de l'État ou, par exception, par toute autre autorité reconnue compétente. Dans tous ces cas, l'avis préalable du directeur départemental ou régional doit être obligatoirement sollicité. Or, ce contrôle est exigeant dans la mesure où doivent être obligatoirement transmis la convention signée, un document justifiant le choix comptable (comptabilité publique ou privée), le programme d'activité, le compte prévisionnel du groupement et l'état prévisionnel des effectifs.

500. En second lieu, si les groupements d'intérêt public sont soumis par principe à une comptabilité privée⁸³⁰, ils peuvent parfois obéir aux règles de la comptabilité publique dans l'hypothèse où les membres fondateurs sont tous des personnes publiques soumises au régime de la comptabilité publique ou si les membres fondateurs en font le choix. Dans le cadre de la comptabilité publique, les groupements d'intérêt public nationaux ou locaux seront *a minima* soumis au respect des dispositions du titre III du décret relatif à la gestion budgétaire et comptable publique à l'exception – sauf si la convention constitutive en dispose autrement – des règles relatives au contrôle budgétaire⁸³¹. Enfin, quel que soit leur régime comptable – public ou privé – les groupements d'intérêt public nationaux ou locaux peuvent être soumis au contrôle économique et financier de l'État et donc à la compétence du contrôle économique général et financier⁸³². Ce contrôle est facultatif, mais peut être prononcé à tout moment, au cas par cas, par les ministres chargés de l'économie et du budget⁸³³.

501. En troisième lieu, l'État peut à tout moment nommer un Commissaire du Gouvernement qui dispose d'un pouvoir de contrôle, d'accès à l'information et même d'opposition en cas

⁸²⁹ Cf. art. 1 et 2 du D. n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public (JO n° 0023 du 27 janvier 2012, p. 1523)

⁸³⁰ Cf. art. 112 du D. n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public (préc.).

⁸³¹ Sur ce sujet, cf. instruction n° 2012-11-1624 du 27 février 2013 relative à la création d'un statut commun des groupements d'intérêt public, p. 7 et s.

⁸³² Cf. art. 115 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

⁸³³ Cf. I et II de l'art. 6 du D. n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public (préc.). Cette décision est prise au regard de critères définis par le III de l'art. 6 du décret.

d'atteinte à l'existence ou au bon fonctionnement du groupement d'intérêt public (notamment pour le recours à l'emprunt ou le recrutement de personnel)⁸³⁴.

502. Enfin, en quatrième lieu, les groupements d'intérêt public sont, par analogie avec les établissements publics, rattachés organiquement aux personnes publiques qui les ont créés⁸³⁵.

Section 2 LES CONSÉQUENCES

503. Le manque d'autonomie des prestataires publics de service marchand a des conséquences spécifiques sur leurs activités concurrentielles.

504. Pourtant, l'étude du lien unissant l'administration et les prestataires publics de service marchand a souvent été englobée dans l'étude des rapports entre l'administration et les entreprises publiques⁸³⁶. Or, cette indistinction est problématique : si les entreprises publiques, quel que soit leur statut, partagent l'originalité d'entretenir des rapports de contrainte, d'influence ou de contrôle avec l'administration, pour autant, le lien organique et fonctionnel entre l'administration et les prestataires publics de service marchand ne trouvent pas d'équivalent.

505. Le manque d'autonomie des prestataires publics de service marchand a ainsi des conséquences sur leur organisation et leur fonctionnement et donc sur leur pratique concurrentielle (§1) mais également sur l'imputation des règles de concurrence quand ils se rendent coupables de pratiques anticoncurrentielles (§2).

⁸³⁴ Cf. art. 114 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (préc.).

⁸³⁵ On reprendra sur ce point les termes très éloquents des auteurs de l'ouvrage *Le Lamy droit public des affaires* : « *Le fondement originel du principe de spécialité est lié à la nature particulière des établissements publics par la suite des groupements d'intérêt public qui sont rattachés à la tutelle des autres personnes morales du droit public cités (l'État et les collectivités territoriales) et qui correspondent généralement aux personnifications de tout ou partie de leur propres compétences* » : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 1414.

⁸³⁶ J. Arthuis (Prés.), *Les ambiguïtés de l'État actionnaire*, Rapport fait au nom de la Commission des finances du Sénat, Paris, Sénat, n° 591, 1994 – J. Bergougnoux (Prés.), *Services publics en réseau. Perspectives et nouvelles régulations*, Paris, La doc. fr., 2000 – R. Barbier de la Serre (Prés.), *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Paris, La doc. fr., 2003 – OCDE, *Lignes Directrices sur le gouvernement des entreprises publiques*, 2005 (<http://www.oecd.org>) - Ph. Douste Blazy et M. Diefenbacher (dir.), Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, Paris, Assemblée nationale, 2003.

506. Le manque d'autonomie a des conséquences sur l'organisation (A) et le fonctionnement (B) des prestataires publics de service marchand.

A. La spécificité de l'organisation

507. La recherche d'une « bonne » organisation des entreprises est une préoccupation constante du marché qui n'est pas propre aux entreprises publiques. Elle a ainsi fait l'objet d'une attention renouvelée à partir des années quatre-vingt-dix au support de la notion de « gouvernement d'entreprise »⁸³⁷ (aussi appelée « gouvernance d'entreprise »). En effet, les divers scandales qui avaient alors émaillé les marchés, et notamment les marchés financiers, avaient révélé les profondes lacunes de la gouvernance des entreprises et conduit à une réflexion nationale et internationale sur ce sujet⁸³⁸. Par exemple, le cadre juridique français actuel relatif à l'organisation des sociétés anonymes repose sur une distinction entre le système moniste (sociétés anonymes à conseil d'administration) – au sein duquel une dichotomie est opérée entre la dissociation des fonctions de directeurs et de président du Conseil d'administration ou leur unicité – et le système dualiste (sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance). Tout l'enjeu du choix du mode de gouvernance repose sur équilibre subtil entre diverses considérations : répartition des pouvoirs de direction et de contrôle, dissociation entre l'établissement de la stratégie de l'entreprise et sa gestion quotidienne, transparence à l'égard des actionnaires et bien sûr optimisation du processus de décision et d'exécution des décisions.

508. Si la préoccupation est partagée, l'organisation des prestataires publics de service marchand est spécifique et nécessite, à ce titre, d'être abordée dans sa particularité. Sachant que la gouvernance des entreprises publiques dans leur ensemble est déjà sujette à suspicion, dans la mesure où « *les confusions de rôles, les conflits d'intérêts et les ambiguïtés sont traditionnellement présents dans les chaînes de décision autour de l'entreprise publique* »⁸³⁹,

⁸³⁷ Cf. Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP-MEDEF (<http://www.afep.com>) – S. Mékios et E. Cunin, « Les enjeux du gouvernement d'entreprise », Rev. AMF 2005, n° 20, p. 21 – J.-Y. Chérot, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », DA, n° 4, avril 2006, étude 7 – L. Rapp, « Les nouvelles régulations économiques », AJDA 2001, p. 560.

⁸³⁸ En France, cf. not. M. Vienot, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport, AFEP-CNPF, 1995 : RIDC 1996, vol. 48, n° 3, p. 647, comm. Tunc – M. Vienot, *Le gouvernement d'entreprise*, Rapport, AFEP-MEDEF, 1999 – D. Bouton, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport, AFEP-AGREF, 2002.

⁸³⁹ J.-Y. Chérot, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », DA 2006, n° 4, étude 7.

on imagine d'ores et déjà les difficultés que peuvent susciter les prestataires publics de service marchand.

509. La spécificité de l'organisation des prestataires publics s'explique par l'originalité du lien organique et fonctionnel qu'ils entretiennent avec l'administration. Sur ce point, si la recherche d'autonomie des entreprises publiques sous statut de droit public a conduit à ce que des progrès soient réalisés pour, d'une part, séparer l'activité de service marchand des autres activités de l'administration et, d'autre part, rapprocher la gouvernance de cette entreprise publique de la gouvernance des sociétés de droit privé, elle n'en a pas pour autant supprimé le lien structurel.

510. La spécificité de l'organisation des prestataires publics tient tout d'abord à l'absence d'actionnaires (même dans le cas des groupements d'intérêt public⁸⁴⁰) ce qui a deux impacts sur leurs activités : en premier lieu, l'absence d'un échelon de contrôle (qui se formalise la plupart du temps, dans les sociétés de droit privé, par l'existence d'une assemblée générale des actionnaires), en second lieu, le rapport particulier qu'entretiennent les prestataires publics de service marchand avec la notion de profit – particularité qui n'est pas un problème concurrentiel tant qu'elle n'entraîne pas des comportements irrationnels sur le marché (notamment dans le cadre de la fixation des prix).

511. La direction des prestataires publics de service marchand est, elle aussi, tout à fait particulière. En effet, s'il existe, comme en droit des sociétés ou en droit des associations, une répartition du pouvoir de direction entre la détermination des orientations stratégiques, d'une part, et leur mise en œuvre dans le cadre de la gestion quotidienne de l'activité, d'autre part, toutefois ce pouvoir est plus diffus qu'il n'y paraît.

512. Par exemple, pour les collectivités territoriales⁸⁴¹, la répartition des rôles au sein des régies dotées de la seule autonomie financière⁸⁴² – qui sont dirigées par un conseil d'exploitation et par un directeur – ou au sein des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière⁸⁴³ – qui sont administrées par un conseil d'administration, un président

⁸⁴⁰ Sur ce point, cf. *supra* n° 352.

⁸⁴¹ Cf. art. L. 1412-1 du CGCT : « *Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes, pour l'exploitation directe d'un service public industriel et commercial relevant de leur compétence, constituent une régie soumise aux dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II de la deuxième partie, le cas échéant, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1* ».

⁸⁴² Cf. art. L. 2221-10 du CGCT.

⁸⁴³ Cf. art. L. 2221-14 du CGCT.

du Conseil d'administration et un directeur – ne doit pas faire oublier que ces régies ne sont finalement que le prolongement de la collectivité de rattachement : la collectivité publique conserve un poids prééminent dans la direction de l'entreprise publique dans la mesure où, d'une part, c'est elle qui nomme et révoque les administrateurs, présidents et directeurs de ces régies et, d'autre part, les représentants de la collectivité siègent majoritairement dans ces régies.

513. Il en va de même pour les établissements publics nationaux⁸⁴⁴. Ainsi, dans la majeure partie des cas, les membres du conseil d'administration représentants de l'État sont nommés par décret du Président de la République ou du Premier ministre sur propositions du ou des ministres de tutelles et peuvent donc être révoqués dans les mêmes conditions. Or, même si la composition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est tripartite en vertu de la loi⁸⁴⁵ – et comprend donc, outre les représentants de l'État, des représentants des salariés et des personnalités qualifiées – le « poids » de l'État est incontestable car c'est lui qui nomme les personnalités qualifiées (la plupart du temps par arrêté du ou des ministres intéressés⁸⁴⁶) et, surtout, le président du conseil d'administration ou les présidents du conseil de surveillance et du directoire⁸⁴⁷.

514. Les groupements d'intérêt publics sont, quant à eux, plus originaux dans leur organisation⁸⁴⁸ dans la mesure où, comme ils sont dotés d'un capital social, il existe une assemblée générale des associés qui est l'organe délibérant (un conseil d'administration pouvant également être mis en place). Or, l'assemblée générale peut ne pas être composée majoritairement par des personnes morales de droit public dans la mesure où la seule obligation

⁸⁴⁴ Sur ce point, cf. not. D. n° 2010-1035 du 1^{er} septembre 2010 relatif à la durée des mandats des dirigeants et au fonctionnement des organes de direction de certains des établissements publics de l'État (JO n° 0204 du 3 septembre 2010, p. 16057) – D. n° 94-582 du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics, des entreprises du secteur public et de certaines entreprises privées (JO n° 161 du 13 juillet 1994 p. 10084) – L. n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (JO du 27 juillet 1983 p. 2326) : toutefois cette loi n'est pas applicable aux établissements publics de l'État dont le personnel est de droit public.

⁸⁴⁵ Cf. art. 5 de la L. n° 83-675 du 26 juillet 1983 (préc.).

⁸⁴⁶ Cf. art. 5 du D. n° 94-582 du 12 juillet 1994 (préc.).

⁸⁴⁷ En effet, pour reprendre les termes du guide de légistique « *la notion d'« emploi » au sens de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État est plus large que celle d'« emploi budgétaire » que celle d'« emploi permanent » au sens du statut général de la fonction publique ; elle inclut notamment les emplois de direction des établissements publics et entreprises publiques : président du conseil d'administration ou de l'organe délibérant en tenant lieu, directeur général, ou responsable quel que soit son titre, exerçant des fonctions de direction générale, membre du directoire le cas échéant* » : pour plus de précision et surtout concernant les divers modes de nominations cf. Guide de légistique, « Nomination des dirigeants des établissements et entreprises publics », pt 4.2.4, 2014 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁸⁴⁸ Cf. art. 103 à 106 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

imposée par le législateur est que l'assemblée générale soit majoritairement composée, en voix ou en capital, par les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé en charge d'une mission de service public. En outre, le directeur n'est pas nommé par les personnes publiques mais désigné dans la convention constitutive et peut également présider le Conseil d'administration si la convention constitutive le prévoit. Quoiqu'il en soit, dans la mesure où les groupements d'intérêt public sont principalement des institutions de mutualisation des moyens et sont soumises à une tutelle très forte de l'État, il ne fait guère de doute que la direction sera sous influence publique.

515. Pour conclure, on comprend bien, pour l'ensemble de ces cas, qu'on est ici très loin de la préconisation du Rapport Viénot de 1999 aux termes duquel « *un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement* »⁸⁴⁹.

B. La spécificité du fonctionnement

516. La spécificité des objectifs (1), de la gestion (2) et des temps (3) des prestataires publics de service marchand sont les conséquences de leur manque d'autonomie.

1. Les objectifs

517. « *Il n'est pas commode aujourd'hui d'être entité économique et au service de vocations publiques* »⁸⁵⁰. L'autorité de la concurrence souligne d'ailleurs très clairement le problème de « *l'ambivalence du rôle de l'État vis-à-vis des entreprises publiques, à la fois actionnaire et autorité de tutelle, imposant des contraintes parfois très éloignées de la logique de l'entreprise* »⁸⁵¹. On comprend dès lors que ce point ne concerne pas seulement les entreprises publiques sous statut de droit public mais l'ensemble des entités économique à qui la puissance publique confie la gestion d'un service public.

518. Toutefois, le manque d'autonomie des prestataires publics renforce davantage encore cette sujétion et les éloigne un peu plus de la logique entrepreneuriale. En effet, là où les rapports entre les sociétés de droit privé (y compris les entreprises publiques) et l'administration se caractérisent par la contrainte, l'influence ou le contrôle que peut exercer la seconde sur les

⁸⁴⁹ M. Vienot, *Le gouvernement d'entreprise*, Rapport, AFEP-MEDEF, 1999

⁸⁵⁰ J.-B. Auby, « Chez ma tante », DA 2006, n° 7, repère 7.

⁸⁵¹ Cons. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, Paris, La doc. fr., p. 85.

premières, le rapport entre les prestataires publics et l'administration est structurel, dans le sens où l'entreprise publique sous statut de droit public n'est qu'un prolongement de l'administration.

519. En cela, il est regrettable que les réflexions portées sur l'autonomie des entreprises publiques n'ait pas conduit à une distinction plus fine entre le cas des entreprises publiques sous statut de droit public et celui des entreprises publiques sous statut de droit privé. En effet, les enjeux même diffèrent. Là où la technique de la tutelle sert à contrôler le fonctionnement des entreprises publiques sous statut de droit privé – et donc à restreindre leur autonomie –, au contraire, elle est la contrepartie de la plus grande autonomie conférée aux entreprises publiques sous statut de droit public –. Il est, à cet égard, intéressant de remarquer que ces différentes causes ont conduit à l'émergence d'une même solution : le recours à la contractualisation⁸⁵². Cependant, là où le recours à des contrats de plan, d'objectif, de service public, d'entreprise a pu servir à améliorer le contrôle de l'administration sur les entreprises publiques sous statut de droit privé tout en leur laissant une marge d'autonomie, il a, au contraire, eu vocation à accroître l'autonomie des entreprises publiques sous statut de droit public. En effet, l'assignation d'obligation de service public n'est pas à proprement parler une « *contrainte d'exploitation* »⁸⁵³ pour les prestataires publics de service marchand, il s'agit plutôt d'une « *contrainte structurelle* » dans la mesure où la prise en charge d'activité de service public est consubstantielle aux personnes publiques alors qu'elle est occasionnelle pour les personnes privées. Cette différence fondamentale implique que la situation des entreprises publiques, sous statut de droit privé, qui sont soumises à des « *contraintes d'objectifs* »⁸⁵⁴ soit difficilement comparable à la situation des entreprises publiques, sous statut de droit public, qui connaissent davantage des « *objectifs contraints* » qui s'expliquent par leur exorbitance structurelle. Autrement dit, il faut différencier le cas des entreprises de droit privé qui sur certaines de leurs activités peuvent se voir assigner des obligations de service public, « *objectifs distincts de la maximisation du profit de court terme, objectifs qui peuvent même être complètement incompatibles avec ces dernières* »⁸⁵⁵ et sont même souvent « *explicitement encouragés à poursuivre des objectifs qui vont au-delà du strict champ du service universel, tel que défini*

⁸⁵² Sur cette question, cf. not. J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. « Manuel », n° 1654 et s.

⁸⁵³ G. Clamour et S. Destours, *Droit de la concurrence. – Droit de la concurrence publique*, J.-Cl. coll. terr., fasc. 724-10, Paris, LexisNexis, 2014, n° 184.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, n° 186. Adde Ch. Lemaire, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », RJEP 2004, p. 409.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, n° 187.

dans les textes »⁸⁵⁶, du cas des entreprises publiques sous statut de droit public qui, au contraire, peuvent parfois se voir assigner des objectifs, si ce n'est de maximisation du profit, à tout le moins de rentabilité renforcée contraire à la logique de leur mission de service public. Ainsi, la finalité de l'action des personnes publiques n'est structurellement pas comparable à celle de leurs homologues privés.

520. Dans ce cadre, les initiatives des personnes publiques sur le marché ont une double caractéristique. D'une part, à travers ce que nous appellerons les objectifs « explicites » de l'administration qui découlent tous de la finalité d'intérêt général qui légitime et guide l'activité de l'administration. Le Président Renaud Denoix de Saint-Marc avait ainsi répertorié un certain nombre de ces objectifs⁸⁵⁷ qui cherchent tantôt à « *satisfaire les besoins sociaux de tous les membres de la collectivités nationale ou locale concernée* », parfois à « *promouvoir une utilisation efficace et équilibrée du territoire et des ressources à l'échelon régional, national ou communautaire* », ou encore à « *commander des actions coordonnées que le fonctionnement des marchés ne produit pas* » ou enfin à apporter « *à la cohésion sociale une contribution qui n'est pas d'ordre matériel* ». D'autre part, à travers ce que nous nommerons les objectifs « implicites » de l'administration, qui ont pour caractéristiques d'être à l'œuvre sans avoir été expressément formulés, ni, parfois, sans être intentionnellement poursuivis. C'est ce que tend à prouver l'intéressante étude menée sur le lien entre représentativité passive et active de l'administration⁸⁵⁸ dans laquelle les auteurs rappellent que « *parmi les études sur la représentativité, toujours centrée sur les corrélats de la représentation passive, l'un d'elle postule que le comportement des agents publics, pris individuellement, change de manière à représenter activement les intérêts de certains usagers* ».

521. La spécificité des objectifs poursuivis par les prestataires publics de service marchand est problématique. En effet, si la recherche du profit n'est pas un élément indispensable à la préservation du marché concurrentiel, la recherche de rentabilité, elle, l'est car un concurrent qui n'est pas soumis à une logique de rentabilité dans la mesure où il peut compenser ses pertes sur un autre marché peut mettre en péril l'existence même du marché, comme nous le verrons ultérieurement. Or, étant donné que les personnes publiques ont toujours vocation à exercer

⁸⁵⁶ *Ibid.*, n° 187.

⁸⁵⁷ R. Denoix de Saint Marc (Prés.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, La doc. fr., Paris, 1996.

⁸⁵⁸ K. J. Meier, D. P. Hawes, « Le lien entre représentativité passive et active de l'administration », RFAP, 2/2006, n° 118, p. 265 : « *Une administration est représentative "passivement" si elle reproduit les caractéristiques de la population en terme de race, de classe sociale, d'origine ethnique, de religion, de parité homme/femme, de professions et autres caractéristiques. Une bureaucratie est considérée comme "activement" représentative si elle défend les intérêts d'une catégorie particulière de la population* ».

principalement des activités de service public et occasionnellement des activités concurrentielles, le risque de confusion sera maximal.

2. *La gestion*

522. Pour contrebalancer le poids d'une « *conception du “service public” trop généralisée* »⁸⁵⁹ le Rapport (controversé) du groupe de travail présidé par Monsieur Simon Nora en 1967 réclamait une plus grande autonomie de gestion en faveur des entreprises publiques. Il était en effet reproché à l'État de s'immiscer trop fortement dans la gestion quotidienne de ces entreprises – au point d'en faire « *une enclave régie par des lois à part* »⁸⁶⁰ – aux termes d'un réquisitoire sans concession : « *leurs tarifs, leurs salaires, leur crédit, leur capacité d'emploi deviennent des instruments directs au service de la puissance publique [...]. Faute de bien distinguer la rentabilité propre de l'activité économique et le coût spécifique des contraintes d'intérêt public, il n'y a plus pour ces entreprises, ni critère de bonne gestion, ni incitation à la meilleure gestion, ni sanction pour la mauvaise. Comment dès lors attendre d'elles un financement équilibré, et le comportement inventif, autonome et responsable qui en constitue la garantie ?* »⁸⁶¹. Trente-six ans plus tard, le Rapport (tout aussi controversé) de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques présidée par Monsieur Philippe Douste-Blazy dresse le même constat. Le contrôle de gestion *a priori* des actes des entreprises publiques n'a pas disparu et « *des décisions aussi essentielles que les salaires, les investissements, les achats ou les tarifs de nombreuses entreprises demeurent soumises à un contrôle a priori, sur le fondement principalement du décret n°53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques* »⁸⁶².

523. Bien loin de remettre en cause le contrôle de l'État sur les entreprises nationales, plusieurs décrets sont venus modifier ou compléter le décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques pour uniformiser les règles et les procédures applicables⁸⁶³ en étendant le champ d'application des règles applicables à la gestion budgétaire

⁸⁵⁹ S. Nora (Prés.), *Les entreprises publiques*, Rapport, La doc. fr., 1968, p. 28.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 28

⁸⁶² Ph. Douste-Blazy (Prés.), *La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Rapport, Paris, Assemblée nationale, 2003.

⁸⁶³ Préambule du D. n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social.

et comptable publique⁸⁶⁴, en égalisant les règles relatives aux autorisations préalables des ministères de tutelle⁸⁶⁵ et enfin en consacrant l'existence et en renforçant le rôle de la commission interministérielle de coordination des salaires⁸⁶⁶. Dans le même ordre d'idées, le contrôle économique et financier de l'État existe toujours, même s'il a été « *entièrement refondu* »⁸⁶⁷ par les décrets n° 2002-1502 du 18 décembre 2002⁸⁶⁸ et n° 2005-437 du 9 mai 2005⁸⁶⁹.

524. Malgré tout, l'autonomie de gestion des entreprises publiques sous statut de droit privé s'est progressivement renforcée à mesure que le rôle de l'État s'est transformé et doublé avec les transitions de l'État tuteur à l'État « actionnaire » – notamment incarné par l'Agence des participations de l'État⁸⁷⁰ – et « régulateur » – notamment par la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques⁸⁷¹ –.

525. Il n'en va pas de même pour les entreprises publiques sous statut de droit public. En effet, même si la technique de la contractualisation est utilisée entre l'État et ses établissements

⁸⁶⁴ Cf. D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713). Sur ce point, cf. *supra* n° 364 et s.

⁸⁶⁵ Cf. D. n° 2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques (JO n° 0173 du 27 juillet 2012, p. 12283).

⁸⁶⁶ Cf. D. n° 2001-460 du 28 mai 2001 relatif à l'attribution d'une indemnité au président de la commission interministérielle de coordination des salaires (JO n° 125 du 31 mai 2001, p. 8642).

⁸⁶⁷ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, Coll. « Domat », n° 718.

⁸⁶⁸ Cf. D. n° 2002-1502 du 18 décembre 2002 modifiant le D. n° 55-733 du 26 mai 1955 portant codification, en application de la loi n° 55-360 du 3 avril 1955, et aménagement des textes relatifs au contrôle économique et financier de l'État (JO n° 300 du 26 décembre 2002, p. 21630).

⁸⁶⁹ Cf. D. n° 2005-437 du 9 mai 2005 modifiant le D. n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État (JO n° 107 du 10 mai 2005 p. 8089). Selon la Professeure Sophie Nicinski : « *la réforme de 2005 est de taille en ce qu'elle institue un lien structurel et fonctionnel entre conseil, contrôle et inspection* » (S. Nicinski, *Droit public des affaires, op.cit.*, n° 718).

⁸⁷⁰ Cf. D. n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale « Agence des participations de l'État » : sur ce sujet, cf. not M. Lombard, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2011, p. 1302 (à *Participations de l'État*).

⁸⁷¹ Sur ce sujet cf. not. les développements et les articles de doctrine cités par J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., LGDJ, Coll. « Manuel », 2012, n° 1654 et s. La logique et le fondement juridique de la contractualisation sont par ailleurs contenus dans l'article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776) qui dispose que « *L'État peut conclure, avec les entreprises du secteur public placées sous sa tutelle ou celles dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public, des contrats d'entreprise pluriannuels. Ceux-ci déterminent les objectifs liés à l'exercice de la mission de service public assignée à l'entreprise, les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre, le cas échéant par l'intermédiaire de filiales, et les relations financières entre l'État et l'entreprise* ».

publics⁸⁷² et même entre les collectivités territoriales et leurs établissements publics⁸⁷³, le rôle de l'État ne se cantonne pas à celui d'actionnaire ou de régulateur dans la mesure il existe un lien organique entre l'État et son établissement public.

526. C'est la raison pour laquelle l'État ou les collectivités territoriales en tant que collectivités de rattachement conserve un pouvoir de contrôle et de direction qui leur assure la maîtrise de leurs établissements publics. Autrement dit, si certaines entreprises publiques de service marchand (à l'exemple des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière ou des régies dotées de la seule autonomie financière ou encore des établissements publics de l'État) connaissent une certaine autonomie de gestion, la tutelle et le rattachement de ces entités à l'État ou aux collectivités territoriales limite fortement cette autonomie car les moyens dont disposent les collectivités de rattachement sont organiquement et matériellement assez importants pour leur assurer un pouvoir d'immixtion dans la gestion de ces entreprises.

3. Les temps

527. Les temps⁸⁷⁴ des personnes publiques ne sont pas les temps des personnes privées⁸⁷⁵. Souvent raillée pour ses lenteurs et retards l'administration est soumise à des contraintes, mais aussi des facilités qui marquent en définitive une temporalité différente de celle des marchés. Les affaires de l'État et des collectivités territoriales sont dirigées par des institutions issues d'élections (a) qui s'appuient sur un « *appareil administratif organisé et hiérarchisé* »⁸⁷⁶ qui connaît également ses propres temps (b).

a. Le temps de l'élection

528. Le temps de l'élection doit en principe ne pas avoir d'effet sur la continuité des services publics. Mais cette considération est très théorique car les institutions issues de l'élection peuvent avoir des conceptions différentes de l'étendue et du contenu de leurs missions et des

⁸⁷² Cf. not. CE, *Les agences : une nouvelle gestion publique*, Rapport public 2012, EDCE, 2012, not. p. 107 et 246 et s. – CE, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Rapport public 2008, EDCE, 2008 – J. Chevallier, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, p. 189 – A. Barilari, « Réforme de la gestion publique et responsabilité des acteurs », AJDA, n° 13, 2005, p. 696 – M. Laroque, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », AJDA, 2003, p. 976.

⁸⁷³ Cf. not. L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003 p. 973 – N. Poulet-Gibot, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », RFDA 1999 p. 551.

⁸⁷⁴ Nous parlerons « des » temps pour souligner la dualité de la temporalité des personnes publiques.

⁸⁷⁵ Sur ce sujet, cf. not. M. Howlett et K. H. Goetz, « Introduction : Le temps, la temporalité et le paysage temporel dans l'administration et les politiques », RISA, 3/2014, vol. 80, p. 497 – J. Caillosse, « La modernisation de l'État », AJDA 1991. 755.

⁸⁷⁶ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « amphi », 2014, p. 29.

appréciations variées des moyens de les mettre en œuvre. À ce titre, l'interventionnisme public peut être entendu de diverses manières en fonction de la conception idéologique qu'en ont les dirigeants.

529. Cette spécificité est potentiellement problématique concernant les services rendus sur le marché. En effet, la logique du marché commande une certaine stabilité des stratégies entrepreneuriales et les entreprises publiques (notamment nationales) peuvent parfois vivre difficilement les incertitudes inhérentes aux périodes d'élections. Les questions soulevées lors des campagnes électorales sont en effet majeures : privatisations – nationalisations, intervention ou désengagement de l'État, tarifs règlementés, statut du personnel etc. Autant de questions qui peuvent venir déstabiliser la stratégie économique et commerciale d'une entreprise publique.

530. Il est vrai qu'en théorie de telles incertitudes peuvent autant affecter les entreprises publiques sous statut de droit public que les entreprises publiques sous statut de droit privé ou même l'ensemble des entités intervenant sur le marché dans la mesure où l'État dispose de la souveraineté. Pour autant, la construction de marchés européens et internationaux et la reconnaissance de droits et libertés économiques dans les plus hautes strates de la hiérarchie des normes contribuent à « sécuriser » et à « stabiliser » les activités marchandes des entreprises privées.

531. L'entreprise publique, *a fortiori* sous statut de droit public, ne dispose pas de la même sécurité. Elle est davantage perméable au changement politique, ne serait-ce que dans la nomination des dirigeants des entreprises publiques.

532. Doit-on alors y voir un facteur décisif de l'inadaptation des personnes publiques au marché ? Il faut mesurer la réponse à cette question car, malgré tout, il existe une continuité observable (et nécessaire) des activités des entreprises publiques (quel que soit leur statut). Si le temps de l'élection est un temps particulier, et peut être perturbant pour l'entreprise, il peut être aussi facteur d'apaisement du marché dans la mesure où le temps démocratique de l'élection peut atténuer les excès du temps précipité du marché et imposer une réflexion opportune dont les entreprises privées se dispensent trop souvent.

b. *Les temps de l'administration*

533. Le temps de l'administration est rythmé par un ensemble de procédures qui sont autant de contraintes qui s'imposent à elle⁸⁷⁷. Il en va ainsi de toutes les formalités et démarches inhérentes au fonctionnement administratif (par exemple dans le domaine des marchés publics, des ressources humaines, de la procédure administrative non contentieuse, de la comptabilité publique etc.).

534. Dans le domaine industriel et commercial, le poids des procédures administratives est allégé, même s'il n'est pas inexistant. Plus précisément, les services industriels et commerciaux ont un régime hybride au confluent de la gestion commerciale et de la gestion publique. L'administration qui gère ce type de service est donc soumise à des temps tout à fait particuliers car ils sont rythmés par des procédures de droit commun – applicables à toutes entreprises – et par des procédures exorbitantes du droit administratif. Ces temps particuliers ont nourri la critique des établissements publics industriels et commerciaux (au premier chef desquels, La Poste, France Télécom et la SNCF), notamment celle des usagers qui reprochaient à l'administration son retard, sa lenteur, bref, son inadaptation à un monde « réel », « rapide » et « performant ».

535. La critique du temps de l'administration n'est pas nouvelle. Selon le Professeur Jacques Caillousse, le « *temps long* » est le temps de l'administration et découle de sa conception même qui « *s'entend d'un ensemble d'activités visant à la conservation et à la reproduction d'un certain ordre social. La pérennité est donc au principe des interventions publiques pratiquées sur une réalité toujours plus ou moins déterminable par avance. L'outil réglementaire s'avère alors parfaitement adapté. N'est-il pas conçu pour un monde qui, sans ignorer les crises, est épargné par les accélérations et autres transformations brutales ? Dans ce monde-là, il reste possible de penser la longue durée, car les faits ne bougent qu'à la marge et lentement. On comprend mieux qu'en pareille situation la préoccupation centrale des appareils publics demeure la régularité. À condition que l'on prenne ce mot dans ses deux sens possibles, puisqu'il appartient à l'État de faire œuvre juridique pour prévenir secousses et ruptures, mais aussi de garantir cette linéarité tracée par et dans le droit, sanctionner des comportements irréguliers* »⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ Sur ce sujet, cf. not. B. Faure, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », RFDA 2013 p. 709 – R. Drago, « Du bon usage du temps », RA, 2000, n° spécial, 1, p. 7.

⁸⁷⁸ J. Caillousse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », AJDA 1999, p. 195.

536. A vrai dire, la spécificité du temps de l'administration n'est pas réductible car celui-ci ne peut s'harmoniser complètement avec le temps du politique, le temps de l'administré (et notamment de l'utilisateur), voire le temps médiatique. Souvent, là où « *la politique est dans le nécessaire et l'urgence ; l'administration est dans le possible* »⁸⁷⁹ ; là où l'utilisateur est dans le besoin immédiat, l'administration est dans la satisfaction réalisable ; là où le journaliste est dans l'information instantanée et exclusive, l'administration est dans le temps long et monotone.

537. Pour autant, une certaine conciliation des temps n'est pas un objectif irréaliste. C'est la raison pour laquelle, l'administration s'est peu à peu imprégnée des logiques contemporaines de *management* public et de performance. Cette nouvelle conception de la gestion publique a pour objectif de réconcilier les personnes publiques à des temps « modernes », qui, par la logique même du marché, se sont accélérés.

538. Les réformes sont nombreuses : la loi organique relative aux lois de finances⁸⁸⁰ fait ainsi passer l'État d'une logique de moyens à une logique de résultats en lui imposant des indicateurs de performance pour améliorer l'efficacité des politiques publiques⁸⁸¹ ; l'informatisation et la dématérialisation progressive de la gestion publique jouent un rôle important, comme le prouve l'exemple de l'échange de données informatisées⁸⁸² ; cette adaptation marque aussi la transformation progressive de l'utilisateur du service public en client⁸⁸³ qui bénéficie à ce titre de droits nouveaux dont celui d'avoir un service de qualité⁸⁸⁴ ; la responsabilité joue également un rôle non négligeable sur l'accélération des temps de l'administration, les retards pouvant être sanctionnés par le juge de la responsabilité administrative⁸⁸⁵ ; la décentralisation, enfin, contribue à la célérité de l'administration.

539. On le comprend, ce ne sont donc pas seulement les temps du prestataire public de service marchand qui sont réinterrogés mais bien ceux de l'ensemble de l'administration. En tout état

⁸⁷⁹ M. Namura, « la politique est dans le nécessaire et l'urgence ; l'administration est dans le possible », *Pouvoirs locaux*, n° 80, I, 2009, p. 85.

⁸⁸⁰ LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO n° 177 du 2 août 2001, p. 12480).

⁸⁸¹ Cf. not. S. Maury, « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », *AJDA* 2008, p. 1366

⁸⁸² Cf. not. A. de La Presle, « L'administration et l'échange de données informatisées », *AJDA* 1992 p. 707.

⁸⁸³ Cf. not. C. Barbier, « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? », *JCP G* 1995, I, n° 3816 – F. Bondil, « Service public, service privé, usager et client, un contrat en mutation ? », *RFFP* 2012/4, p. 75 – M.-A. Frison-Roche, « La victoire du citoyen-client », *Sociétal*, n° 30, p. 49.

⁸⁸⁴ Cf. not. L. Cluzel, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », n° 56, Paris 2006 – M. Voisset, « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité des services publics », *RFDA* 1999, p. 473 – V. Donier, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006 p. 1219.

⁸⁸⁵ Cf. not. M. Deguegue, *Promesses, renseignements, retards*, Rép. resp. publ., Paris, Dalloz, 2015.

de cause, ces temps ne seront jamais ceux de l'entreprise privée, cette hypothèse est structurellement impossible.

§2. AUTONOMIE ET PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

540. Il existe un lien logique entre le marché et l'autonomie. En effet, l'autonomie des concurrents est une condition indispensable à l'existence et à la préservation du marché, d'ailleurs, l'atteinte au jeu de la concurrence peut résulter « *de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont chaque entreprise doit faire preuve* »⁸⁸⁶. Dans le même ordre d'idée seul un concurrent autonome peut se rendre coupable de pratiques anticoncurrentielles.

541. C'est la raison pour laquelle l'application du droit de la concurrence se fonde sur la notion d'« *entreprise* », c'est-à-dire l'« *entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁸⁸⁷. La notion d'« *entreprise* » a donc une double connotation matérielle et organique, car l'« *entité* » « *renvoie à un ensemble de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique et qui poursuit un objectif propre* »⁸⁸⁸.

542. Si le statut juridique de l'« *entité* » est indifférent et n'implique donc pas l'existence d'une personnalité juridique, la notion d'« *entreprise* » suppose toutefois que ces entités disposent d'« *une autonomie suffisante de décision pour déterminer [leur] comportement sur le marché* »⁸⁸⁹.

543. L'autonomie a donc des conséquences palpables, par exemple sur l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles entre filiales et sociétés mères, car « *il peut être approprié, selon les circonstances, d'appliquer [la notion d'entreprise] à une société mère ou à une filiale ou*

⁸⁸⁶ Cons. conc., avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public.

⁸⁸⁷ Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, préc. – CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91 – 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, aff. C-244/94 – CJCE 11 décembre 1997, *Job Centre*, aff. C-55/96 – CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96. En ce sens, il n'est même pas nécessaire que l'entité en charge de l'activité économique dispose de la personnalité juridique : cf. not CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. République italienne*, aff. C-118/85 : Rec. 2599 – CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : Rec. I-5335.

⁸⁸⁸ CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen* : JCP G 1997, I, n° 4027, obs. Boutard-Labarde M.-Ch.

⁸⁸⁹ R. Bout, M. Brushi, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Le Lamy droit économique*, Paris, Lamy, 2014, n° 1003.

encore à l'unité économique constituée par la société mère et par ses filiales »⁸⁹⁰. La question de l'autonomie est donc importante car la qualification d'une pratique anticoncurrentielle (abus de position dominante, entente, concentration etc.) implique que soit déterminée avec précision l'entité à qui imputer cette pratique⁸⁹¹.

544. C'est la raison pour laquelle la détermination d'une entité autonome au sein de l'administration est capitale et nécessite d'opérer une séparation « fictionnelle » (« théorique ») entre l' « entreprise » et l'administration. Dans cet objectif, nous avons vu que le législateur français s'efforce de consolider l' « autonomie » des services publics, soit par l'attribution d'une autonomie de fonctionnement (régies dotées de l'autonomie financière, budgets annexes etc.), soit par la reconnaissance de la personnalité morale (établissements publics, régies dotées de la personnalité morale), ou encore par le conventionnement de la création de l'entité (groupements d'intérêt public).

545. Cependant, si les efforts sont certains, l'autonomie des prestataires publics de service marchand reste limitée. Ce manque d'autonomie, qui rend complexe – mais pas impossible – l'identification d'une entité économique à qui imputer les pratiques anticoncurrentielles, crée surtout des difficultés pour identifier les interactions structurelles entre l'administration et ses prestataires publics de service marchand.

⁸⁹⁰ Com. eur., déc. n° 89/190/CEE du 21 décembre 1988 (JO L 74 du 17 mars 1989) – Com. eur., déc. n° 89/191/CEE du 21 décembre 1988 (JO L. 74 du 17 mars 1989)

⁸⁹¹ Cf., not. TPICE, 14 mai 1998, aff. T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags* : Rec. 72 – CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11 P, *Commission c. Stichting Administratiekantor Portielje* : RLC 2013/37, n° 2397 et 2403 – CJCE, 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydroterm* : Rec. 2999 – CJUE, aff C-407/08 P, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips PG*, CCC 2010, comm. 233, note Decocq.

Chapitre 2 Les interactions structurelles

546. Les prestataires publics de service marchand sont structurellement liés à l'administration. Ce manque d'autonomie a un revers important que nous nommerons les « interactions structurelles ».

547. On peut définir l' « interaction » comme l' « *action réciproque de deux ou plusieurs objets, de deux ou plusieurs phénomènes* »⁸⁹² et la « structure » comme « *l'agencement, entre eux, des éléments constitutifs d'un ensemble (d'un système), considéré comme une caractéristique durable de cet ensemble (de ce système)* »⁸⁹³. Dans le cadre de ces définitions, les prestataires publics de service marchand sont autant d' « éléments » qui entretiennent avec le système (l'« ensemble ») que constitue l' « administration » de multiples et inévitables interactions.

548. A vrai dire, l'analyse selon laquelle l'administration et les prestataires publics de service marchand entretiennent un tel lien et sont donc sujettes à d'inévitables interactions pourrait être raillée comme étant finalement une évidence, une tautologie comparable à « monter en haut », « voir de ses yeux » etc. Mais si nous sommes amenés dans cette étude à rappeler une telle évidence c'est que les juristes, bien loin de remplacer « *du visible compliqué par de l'invisible simple* »⁸⁹⁴, ont parfois la fâcheuse tendance à remplacer du visible simple par de l'invisible compliqué. Car s'efforcer de séparer l'inséparable en tentant d'identifier une « unité économique » autonome au sein de l'administration relève d'un tel degré de fiction juridique que l'entreprise – dans tous les sens du terme – vient inévitablement se heurter au mur de la réalité.

549. Certes, en théorie, les choses devraient être simples. Il devrait exister, d'un côté, l'administration chargée de nombreuses missions, justifiées par l'intérêt général, rendues au support de prérogatives et de ressources exorbitantes du droit commun (humaines, matérielles et immatérielles, financières) et, de l'autre, les prestataires publics de service marchand

⁸⁹² CNRTL, s. v. « interaction ».

⁸⁹³ Ibid., s. v. « structure ».

⁸⁹⁴ J. Perrin, *Les atomes*, Librairie Félix Alcan, coll. « Nouvelle collection scientifique », 1913, préface : « *Expliquer du visible compliqué par de l'invisible simple, voilà la forme d'intelligence intuitive à laquelle, grâce à des hommes tels que Dalton ou Boltzmann, nous devons l'atomistique* » (<http://gallica.bnf.fr>).

exerçant des activités concurrentielles, certes justifiées par un intérêt public particulier⁸⁹⁵ mais dotées de ressources propres.

550. La réalité est beaucoup plus complexe car les prestataires publics de service marchand sont un prolongement de l'administration et la qualification d' « entreprise » est une qualification théorique, une reconstitution fictive d'une unité économique, même quand elle se matérialise par une personne juridique de droit public car, *in fine*, cette personne n'est pas indépendante de l'État.

551. Cette réalité est problématique car le marché et donc le droit de la concurrence redoutent le mélange des genres c'est-à-dire la confusion des rôles ou la confusion des ressources. Il existe en effet un risque accru que l'administration soit tentée de soutenir l'activité des entreprises publiques – de droit public comme de droit privé – en dépit de la règle d'égalité de concurrence et au détriment du bon fonctionnement du marché. C'est la raison pour laquelle, l' « entreprise publique » qu'elle soit de droit public ou de droit privé fait l'objet d'une attention particulière.

552. Pourtant la confusion opérée par les juges et autorités de la concurrence entre ces différents statuts est particulièrement critiquable car elle conduit à jeter la suspicion sur l'ensemble des « entreprises publiques ». Or les entreprises publiques sous statut de droit privé ne sont pas dans la même situation structurelle que les entreprises publiques sous statut de droit public.

553. Seule l'entreprise publique sous statut de droit public est dans une relation structurelle avec l'administration et entretient, à ce titre, des interactions problématiques car elles ne peuvent être supprimées par des séparations « étanches » – sauf si l'État confère aux prestataires publics une indépendance mais une telle hypothèse est dans notre cadre d'étude irréaliste⁸⁹⁶.

554. La porosité entre les activités de l'administration et des prestataires publics est importante et révèle leur inadaptation au marché concurrentiel. Les interactions structurelles prennent principalement deux aspects : le risque de confusion des rôles (Section 1) et le risque de confusion des ressources (Section 2).

⁸⁹⁵ Cf. *supra* n° 224 et s. et not. n° 280 et s.

⁸⁹⁶ Cf. *infra* n° 791 et s.

Section 1 LE RISQUE DE CONFUSION DES RÔLES

555. L'administration exerce un ensemble d'activités qui possèdent généralement une double caractéristique : ces activités ont, d'une part, pour finalité et légitimité l'intérêt général et suscitent, d'autre part, l'emploi de prérogatives exorbitantes du droit commun.

556. Les activités de l'administration qui ont un effet sur les activités commerciales ou industrielles ont pendant longtemps été encadrées au seul support du principe de la liberté du commerce et de l'industrie : ainsi les activités de service public ou de police administrative exercées dans des domaines « *relevant normalement de l'initiative privée* »⁸⁹⁷ étaient limitées⁸⁹⁸.

557. Cet encadrement a largement évolué, pour plusieurs raisons, dont notamment l'intégration à l'Union européenne et l'immixtion concomitante du droit du marché intérieur. D'une part, l'interdiction de principe des interventions des personnes publiques sur le marché concurrentiel a progressivement évolué en une autorisation de principe soumise à une condition d'égale concurrence. D'autre part, la notion de régulation s'est progressivement imposée sans recevoir pour autant une définition unanimement partagée⁸⁹⁹.

558. L'émergence de la régulation marque la transformation de l'organisation économique de l'État et le passage d'une économie principalement dirigée, règlementée, bâtie autour de monopoles nationaux en charge des services publics à une économie de marché, solidifiée par la reconnaissance de principes et de libertés économiques et dont le bon fonctionnement nécessite à la fois de sanctionner la « mauvaise » concurrence (par le droit de la concurrence) mais également de créer et de favoriser la « bonne » concurrence (par le droit de la régulation

⁸⁹⁷ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, p. 267.

⁸⁹⁸ Cf. *supra* n° 280 et s.

⁸⁹⁹ Sur ce sujet, cf. not. R. Rambaud, *L'institution juridique de la régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse, Paris I, 2011 – L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009 – A. Delion, « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la régulation de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, n° 1, LGDJ, 2006 – G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005 – M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126 – B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2004, p. 483 et s – L. Boy, « Réflexion sur le droit de la régulation », D. 2001, p. 3031 – S. Braconnier, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 43 – M.-A. Frison-Roche, « La victoire du citoyen-client », Sociétal, 2000, n° 30, p. 49 – J.-L. Silicani, « Demain l'État régulateur », Les Échos, 16 février 2000 – « La régulation : monisme ou pluralisme ? », LPA 10 juillet 1998, n° spécial, p. 5 et s. – G. Timsit, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », RFDA 1996, p. 375.

économique). Si la « mauvaise » concurrence est connue (il s'agit notamment des pratiques anticoncurrentielles), la « bonne » concurrence l'est moins. En s'appuyant sur l'analyse de la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, on pourrait considérer que la régulation assure la « bonne » concurrence quand elle est « *synonyme d'équilibre entre les pouvoirs et de reconstruction des rapports de force* »⁹⁰⁰ sur le marché ou quand elle assure un équilibre « *entre la concurrence et d'autres impératifs* »⁹⁰¹ (la santé publique, les impératifs environnementaux *etc.*). Partant de cette définition, on comprend que le droit de la régulation se matérialise par la mise en place d'un ensemble d'outils et de méthodes qui permettent de créer et développer le marché (la « bonne » concurrence).

559. On constate également que l'émergence de la notion de régulation et la consolidation d'un droit de la régulation a conduit à une certaine contestation des fonctions de l'État en matière économique. Cette contestation est d'autant plus surprenante qu'elle repose, à notre sens, sur un postulat erroné. Celui selon lequel l'État serait un acteur suspect susceptible de mettre en péril le bon fonctionnement du marché. Cette crainte s'appuie en réalité sur la dimension même des marchés qui, pour la plupart, dépassent le territoire des États, cette internalisation du marché fait craindre aux acteurs concurrents que les États soient par trop enclins à trop favoriser leurs « champions » nationaux. Dès lors, la tendance contemporaine est à rendre « indépendantes » des autorités administratives⁹⁰² ou publiques⁹⁰³ en charge de la régulation et de la sanction dans le domaine du droit de la concurrence, indépendance très largement discutable non pas par rapport à l'État mais par rapport au marché lui-même. Nous pensons en réalité que le problème est moins celui de la partialité des États vis-à-vis à des marchés internationaux, que de la dimension des marchés internationaux par rapport aux territoires des états.

560. Quoi qu'il en soit, l'administration de l'État (*lato sensu*) reste compétente pour assurer un certain nombre de fonctions liées au marché et l'exercice de ces fonctions crée un risque de distorsion concurrentielle quand elles sont organiquement liées à l'exercice d'activités

⁹⁰⁰ M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », préc.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Cf. not. M. Lombard, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », RJEP/CJEG 2005, n° 619, p. 127 – « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? » (Colloque), RFDA 2010.873 – J.L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, J.-Cl. adm., fasc. 75, Paris, LexisNexis, 2013.

⁹⁰³ Cf. not. M. Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622 – J.L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, préc. – S. Martin, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », RDP 2013, n° 1 – Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 127, 2013.

marchandes. En effet les prestataires publics de service marchand évoluent au sein d'une structure dont les activités sont imprégnées de la puissance publique. Or, même l'autonomie de gestion la plus affirmée n'enlève pas les risques d'interactions structurelles et plus précisément de confusions des fonctions. Ces interactions sont nombreuses et d'autant plus fortes qu'elles ne sont parfois pas intentionnelles.

561. L'administration détient, en effet, de manière résiduelle, le pouvoir d'encadrer le marché (§1) et, de manière exclusive, celui d'encadrer le service public (§2).

§1. L'ENCADREMENT DES MARCHÉS

562. L'administration peut occasionnellement venir organiser les marchés. Cette compétence résiduelle n'intervient que dans deux hypothèses, soit dans le cadre de son pouvoir de police administrative, soit sur autorisation expresse du législateur. En effet, cette compétence est, en principe, du ressort du législateur européen et/ou national dans la mesure où, d'une part, le marché intérieur est une compétence partagée de l'Union européenne et des États membres⁹⁰⁴, et que l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur est une compétence exclusive de l'Union européenne⁹⁰⁵ ; d'autre part, car l'exercice de cette compétence affecte des principes et libertés économiques de niveau constitutionnel, conventionnel ou, à tout le moins, législatif.

563. Quoiqu'il en soit, le corps administratif reste un maillon utile – voire indispensable – à la bonne organisation des marchés étant donné leur multiplicité, leur spécificité et leur complexité.

564. Le recours à l'administration a cependant dû être concilié avec l'émergence du concept de « régulation » qui a notamment eu pour effet d'engendrer un soupçon sur l'impartialité du rôle de l'administration dans l'organisation des marchés, c'est la raison pour laquelle se sont multipliées les créations d'autorités administratives indépendantes et d'autorités publiques indépendantes⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Cf. art. 4 du TFUE.

⁹⁰⁵ Cf. art. 3 du TFUE.

⁹⁰⁶ M. Lombard, « Le droit public économique face à la crise », RFDA 2010, p. 764 : « *Le mouvement tendant à doter de toujours plus d'indépendance les autorités intervenant en matière économique semble [...] irrépressible* ».

565. Si, selon nous, cette méfiance est injustifiée quand l'État n'intervient pas directement en tant qu'opérateur sur le marché, il en va autrement dans le cas inverse. Car, somme toute, l'administration de l'État (*lato sensu* : État, collectivité territoriale, établissements publics, groupements d'intérêt public) conserve quelques compétences en matière d'organisation (A) et de contrôle (B) du marché. Or, un tel cumul des rôles est problématique.

A. L'organisation des marchés

566. Nous allons opérer une distinction quelque peu fictive – dans un souci de clarté – entre l'organisation des activités marchandes d'une part (1) et l'organisation des activités marchandes exercées sur le domaine public d'autre part (2).

1. L'organisation des activités marchandes

567. Nous envisagerons d'abord le pouvoir de l'administration de réglementer l'accès au marché, l'exercice des activités marchandes (a) puis, ensuite, le cas plus spécifique de la police administrative des prix (b).

a. La réglementation de l'accès et de l'exercice

568. L'administration peut exceptionnellement venir réglementer les activités marchandes⁹⁰⁷ pour en encadrer l'accès (par des régimes d'autorisation ou de déclaration préalables)⁹⁰⁸ ou l'exercice⁹⁰⁹. La conciliation de ce pouvoir de l'administration et des principes et règles

⁹⁰⁷ Sur ce sujet, cf. not. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 95 et s. – T. M'Saïdié, « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013, p. 514. – O. Renard-Payen, *Réglementation des professions commerciales*, J.-Cl. adm., fasc. 260, Paris, LexisNexis, 2014 – O. Renard-Payen, *Profession réglementées*, J.-Cl. adm., fasc. 261, Paris, LexisNexis, 2014.

⁹⁰⁸ Les activités soumises à des régimes d'autorisation ou de déclaration préalables sont très nombreuses, c'est pourquoi nous recommandons la lecture du recensement très complet de ces régimes effectué par M. Olivier Renard-Payen : O. Renard-Payen, *Professions réglementées*, J.-Cl. adm., fasc. 261, Paris, LexisNexis, 2014.

⁹⁰⁹ Cf. not. CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois* : Rec. 117 ; S. 1932.3.65, note P.L. ; D. 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blavoet ; RDP 1932.505, concl. (dans le cadre du pouvoir de police domanial, réglementation limitant l'exercice d'activité sur le domaine) – CE, Sect., 2 avril 1954, *Pétronelli* : Rec. 208 ; RPDA 1954, concl. Laurent ; *AJDA* 1954.II bis.9, chron. Long (réglementation de la circulation des véhicules publicitaires) – CE, Sect., 2 novembre 1956, *Biberon* : Rec. 403, concl. Mosset (interdiction de procéder dans l'enceinte d'un abattoir à l'habillage des cuirs et des peaux) – CE, Sect., 5 janvier 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur* : Rec. 14 ; RDP 1968.905, concl. Fournier ; *AJDA* 1968.221, chron. Massot et Dewost ; JCP 1968.II.15529, note Vincent (obligation pour les « auto-écoles » de Paris de disposer d'un local) – CE, 15 mai 2009, *Société Compagnie des Bateaux Mouches* : Rec. 201 ; RJEP décembre 2009, p. 17 ; *AJDA* 2009.1815, note Nicinski (réglementation des bateaux à passagers non soumis à la réglementation maritime).

économiques est l'une de ces problématiques qui ont largement forgé la jurisprudence administrative.

569. Dans un premier temps, le pouvoir de réglementation de l'administration a été concilié avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, issu de la loi du 2 et 17 mars 1791. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a en effet deux aspects, d'une part, il interdit les interventions des personnes publiques sur le secteur des personnes privées, même si cette interdiction de principe a, depuis l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930, largement évolué⁹¹⁰ ; d'autre part, il implique que les personnes publiques ne peuvent pas, en principe, par leurs décisions, entraver ou restreindre les activités marchandes⁹¹¹. Le Conseil d'État a fait une application remarquable de ce second volet dans son arrêt d'assemblée *Daudignac* du 22 juin 1951 en interdisant que l'exercice d'une activité commerciale soit soumis à autorisation préalable de l'administration⁹¹². Pour autant, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas absolu et il peut y être porté atteinte, d'une part, par le législateur⁹¹³ ou, d'autre part, par l'administration si la loi l'y autorise⁹¹⁴, si des

⁹¹⁰ CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : Rec. 583 ; RDP 1930.530, concl. Josse ; S. 1931.3.73, concl. Josse, note Alibert ; RJEP février 2011.1, comm. Lombard ; GAJA, 19^{ème} éd., n° 42. Sur cette question, cf. *supra* n° 280 et s.

⁹¹¹ Cf. not. CE, 30 novembre 1928, *Penicaud* : Rec. 1227 ; S. 1929.3.1, note Hauriou – CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac* : Rec. 362 ; D. 1951.589, concl. Gazier, note J.C. ; GAJA, 19^{ème} éd., n° 65. – CE, Sect., 29 juillet 1953, *Société générale des travaux cinématographiques* : Rec. 430 – CE, Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye* : Rec. 570 ; AJDA 1961.20, concl. Heumann ; Dr. soc., 1961.141, concl., note Teitgen – CE, Ass. 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe* : Rec. 386 ; AJDA 1963.460, chron. Gentot et Fourré – CE, 28 mars 1979, n° 03810, Ville de Strasbourg : Rec. 652 – CE, 22 janvier 1982, n° 14586, *Association « Foyer de ski de fond Crévoux »* : Rec. 30 – CE, Ass., 16 décembre 1988, *Associations des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes* : Rec. 448 ; RDP 1989.521, concl. Guillaume ; AJDA 1989.82, chron. Azibert et de Boisdeffre ; D. 1990.201, note Llorens et Soler-Couteaux – CE, 9 novembre 1988, *Territoire de la Polynésie française* : Rec. 406 ; RDP 1989.242, concl. Guillaume ; D. 1990.201, note Llorens et Soler-Couteaux – CE, 27 janvier 1989, n° 59714, *Goumot* : Rec. 38 – CE, 31 juillet 1996, n° 163790, *Société France affichage Vaucluse* – CE, Sect., avis, 22 novembre 2000, *Société L. et P. Publicité* : Rec. 526, concl. Austray ; D. 2001.2110, note Albert ; RDP 2001.393, note Guettier – CE, 14 mars 2001, n° 196199, *Société Rouge Pétrus le Média taxi*.

⁹¹² Cf. not. CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, préc.

⁹¹³ Par exemple, en interdisant certaines activités : nous reprendrons sur ce point, la liste établie par la Professeure Sophie Nicinski qui cite, parmi les activités interdites « la contrebande (art. 217 du Code pénal), la fabrication de fausse monnaie (art. 139 du Code Pénal), les maisons de tolérance (L. du 13 avril 1946), l'exploitation de maisons de jeux de hasard (art. 410 du Code pénal, L. n° 2004-204 du 9 mars 2004) » : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 164.

⁹¹⁴ Cf. not. CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor* : Rec. 260 ; LPA 1^{er} avril 1987 et JCP 1987.II.20822, concl. Lasserre ; AJDA 1986.681, chron. Azibert et de Boisdeffre – CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c. Bankerrou* : Rec. 298 ; RFDA 2004.913, concl. Guyomar, et 1130, note Degoffe et Haquet ; AJDA 2004.1695, chron. Landais et Lenica ; CJEG 2004.543, note M.V. ; DA novembre 2004, p. 27, note Breen ; RDP 2005.500, comm. Guettier.

nécessités d'ordre public justifient le recours aux pouvoirs de police administrative⁹¹⁵ ou enfin si un motif d'intérêt général légitime cette atteinte⁹¹⁶.

570. Dans un second temps, l'immixtion du droit européen a encouragé le juge administratif à soumettre le pouvoir de réglementation de l'administration, non seulement au respect de la liberté du commerce et de l'industrie, mais également au respect des règles de concurrence. Ainsi, dans un avis du 22 novembre 2000, *Société L&P Publicité SARL*, relatif à l'exercice du pouvoir de police administrative, le Conseil d'État a jugé que « *dès lors que l'exercice des pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir, n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité de ces mesures de police administrative en recherchant si elles ont été prises, compte tenu de l'ensemble de ces objectifs et de ces règles et si elles en ont fait, en les combinant, une exacte application* »⁹¹⁷.

571. Pour résumer, le pouvoir de réglementation de l'administration est donc aujourd'hui soumis à un double impératif par le juge administratif : d'une part, son exercice ne doit pas, en principe, empêcher ou restreindre l'accès à des activités commerciales ou industrielles et, d'autre part, il ne doit pas porter atteinte aux règles de concurrence, par exemple en mettant une entreprise particulière en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante, en violation de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

572. Pour autant, s'il faut bien admettre que le juge administratif a su opportunément faire évoluer la conciliation du pouvoir de réglementation aux exigences du droit de l'Union

⁹¹⁵ Cf not. CE, Sect., 2 avril 1954, *Pétronelli* : préc. – CE, Sect., 2 novembre 1956, *Biberon* : préc. – CE, 26 février 1960, *Ville de Rouen* : Rec. 54 – CE, 15 octobre 1965, *Préfet de police c. Alcaraz* : Rec. 516 : AJDA 1965.663, concl. Kahn – CE, Sect., 5 janvier 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur* : préc. – CE, 11 juin 1984, n° 40259, *Ville de Saint Tropez* – CE, 24 octobre 1984, *Diabate* : DA 1984, n° 500 – CE, 13 juin 1990, n° 91257, *SARL Chez Tantine* – CE, décembre 2006, n° 27381420, *Société Perpignan Échafaudage* – CE, 15 mai 2009, *Société Compagnie des Bateaux Mouches* : préc.

⁹¹⁶ CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens* : BJCP 2012.291, concl. Boulouis ; AJDA 2012.1151, note E.G. ; DA novembre 2012.22, note Brenet ; JCP Adm. 2013.2012, note Pauliat ; RD imm. 2012.556, note Foulquier ; RFDA 2012.1181, note Nicinski. Comme le note la Professeure Sophie Nicinski, avant cette décision, « *aucun arrêt ne mentionnait le principe qu'un motif d'intérêt général pouvait justifier une restriction* ».

⁹¹⁷ CE, Sect., avis, 22 novembre 2000, *Société L. et P. Publicité* : Rec. 526, concl. Austray ; D. 2001.2110, note Albert ; RDP 2001.393, note Guettier.

européenne, il faut également constater que les exigences de jurisprudence administrative restent très en retrait des contraintes fixées par le juge européen.

573. Cette différence d'appréciation est visible du point de vue de l'application de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, les décisions qui entravent ou restreignent les activités marchandes sont appréciées moins sévèrement par la juridiction administrative. D'une part, car comme le souligne la Professeure Sophie Nicinski « *l'harmonisation n'est pas parfaite. En effet, en droit communautaire, des raisons impérieuses d'intérêt général, justifient les atteintes à la libre prestation de service et à la liberté d'établissement. Elles sont d'origine jurisprudentielle. Mais la cour les conçoit limitativement : on est loin de l'appréciation permissive du juge administratif à partir de toute considération qualifiée d'intérêt général par l'administration* »⁹¹⁸. D'autre part, car la méthode d'appréciation de l'atteinte aux libertés économiques utilisée par le juge administratif et le juge de l'Union européenne n'est pas la même. Ainsi, le juge administratif vérifie, dans un premier temps, si la restriction de la liberté du commerce et de l'industrie est justifiée par une menace à l'ordre public ou à un motif d'intérêt général et apprécie, dans un second temps, la proportionnalité de la mesure à l'objectif poursuivi. Le juge européen effectue, quant à lui, un contrôle plus poussé qui se décompose en trois temps. Tout d'abord, il analyse la réalité et la gravité de l'atteinte à une ou plusieurs libertés économiques (en l'occurrence la libre prestation de service et/ou la liberté d'établissement). Il vérifie ensuite si la restriction était justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Il exerce enfin un contrôle poussé de la proportionnalité de la restriction au regard de l'objectif poursuivi⁹¹⁹.

574. Cette différence d'appréciation est d'autant plus problématique quand sont concernés des prestataires publics de service marchand. La coexistence du rôle de réglementation et de prestation, qui est déjà en soi contestable, l'est d'autant plus que l'application des règles de concurrence aux mesures de police en est à ses balbutiements. Or, l'administration peut être tentée de favoriser son prestataire : si ce risque est contenu concernant la mise en place de régimes d'autorisation, dans la mesure où le juge administratif en a une appréciation rigoureuse,

⁹¹⁸ S. Nicinski, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », RFDA 2012. 1181

⁹¹⁹ La Professeure Sophie Nicinski dresse un inventaire fourni de la jurisprudence européenne : S. Nicinski, Droit public des affaires, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 201. Elle souligne notamment que « *les considérations d'ordre public économique, comme la régulation ou la protection d'un marché ou d'une catégorie d'opérateurs, sont strictement exclues* » : motif de nature économique (CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95, *Ypourgos Ergasia*) ; nécessité de sauvegarder les conditions de la concurrence (CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c. République Portugaise* – CJUE, 24 mars 2011, aff. C-400/08, *Commission c. Espagne*).

il est important concernant la réglementation de l'exercice des activités concurrentielles. En effet, la « prise en compte »⁹²⁰ – pour reprendre la formule très incertaine du juge administratif – des règles de concurrence devrait idéalement conduire à une analyse précise de l'impact concurrentiel de la mesure de police administrative. Cependant la jurisprudence n'a, pour l'heure, pas fait œuvre d'une telle analyse. Cette insuffisance questionne : comment s'assurer que les personnes publiques ne sont pas favorisées dans leurs activités marchandes quand elles détiennent un pouvoir de réglementation du marché sur lequel elles interviennent et quand le contrôle de l'usage de ce pouvoir est, si ce n'est tolérant, à tout le moins insatisfaisant ?

b. La réglementation spécifique des prix

575. Le pouvoir de réglementation des prix par l'administration entre directement en collision avec la logique du marché. En effet, la liberté des prix « est un élément essentiel d'une économie de marché »⁹²¹, c'est pourquoi, elle doit être exceptionnelle car elle risque, d'une part, d'affecter le fonctionnement « normal » du jeu de la concurrence, d'autre part, de susciter une concorde des opérateurs sur le marché à faire pression sur l'administration pour obtenir « dans la fixation des prix, des avantages que le marché ne serait pas en mesure de leur offrir »⁹²².

576. La police des prix a donc été progressivement réduite à l'aune de la libéralisation de l'économie : cette transformation fut notamment consacrée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁹²³ qui vint abroger l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sur les prix⁹²⁴.

577. Aujourd'hui, l'article L. 410-2 du Code de commerce pose une règle simple selon laquelle la libre détermination des prix est le principe⁹²⁵ et ne connaît que trois catégories

⁹²⁰ CE, Sect., avis, 22 novembre 2000, *Société L. et P. Publicité* : préc.

⁹²¹ J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », 2007, n° 395.

⁹²² *Ibid.* « Dès lors que l'État dispose du pouvoir de fixer les prix, les professions vont s'organiser pour faire pression sur l'administration pour obtenir, dans la fixation des prix, des avantages que le marché ne serait pas en mesure de leur offrir. Le contrôle des prix, qui incite les professionnels à s'organiser, génère des ententes. L'État lui-même adopte des comportements irrationnels en utilisant le contrôle des prix pour surveiller de plus près des prix des produits et services qui composent l'indice des prix (politique dite du thermomètre). Ce comportement peut désorganiser certains marchés de produits proches, les uns étant contrôlés, les autres pas ou moins ».

⁹²³ En effet, la transformation du modèle économique s'est faite de manière progressive. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 marque cependant une étape décisive de cette transformation : Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (JO du 9 décembre 1986, p. 14773). Cette ordonnance est aujourd'hui abrogée, toutefois ses principales dispositions ont été introduites dans le Code de commerce par l'Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce (JO n° 0219 du 21 septembre 2000, p. 14783).

⁹²⁴ Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix (JO du 8 juillet 1945, p. 4150).

⁹²⁵ Le législateur pose ainsi clairement le principe : « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

d'exceptions. Tout d'abord, des dispositions législatives ou réglementaires peuvent limiter la concurrence sur certaines zones ou dans certains secteurs. Ces dispositions spéciales autorisent le gouvernement à procéder, par décret en Conseil d'État et après avis de l'Autorité de la concurrence, à la réglementation des prix des biens, produits ou services concernés. Ainsi sont encore aujourd'hui concernés : le prix de vente au détail des tabacs manufacturés en France⁹²⁶, la tarification de l'activité des officiers ministériels⁹²⁷, les actes réservés au monopole des avocats⁹²⁸, la réglementation des péages d'autoroutes par décret en Conseil d'État⁹²⁹, certains médicaments⁹³⁰, les tarifs réglementés de vente d'électricité⁹³¹, les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité⁹³². Ensuite, le Gouvernement peut instituer, par décret en Conseil d'État et après consultation du Conseil national de la consommation, une réglementation de tarifs temporaire (qui ne peut excéder six mois) « *contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé* »⁹³³. Enfin, le gouvernement peut instituer, par décret en Conseil d'État et après avis de l'Autorité de la concurrence, des tarifs réglementés « *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires* »⁹³⁴.

578. On le voit bien, le pouvoir du gouvernement à venir réglementer les prix est strictement encadré par la lettre du Code du commerce. À tel point que la question a pu se poser de savoir s'il lui restait réellement une marge de manœuvre en la matière⁹³⁵. Question d'autant plus

⁹²⁶ Cf. not. art. 568, 572, 572 bis et 575 E bis du CGI. *Adde* A. du 20 septembre 2013 modifiant l'arrêté du 3 janvier 2013 portant homologation des prix de vente au détail des tabacs manufacturés en France, à l'exclusion des départements d'outre-mer (JO n° 0231 du 4 octobre 2013, p. 16478)

⁹²⁷ Cf. L. du 29 mars 1944 relative aux tarifs des émoluments alloués aux officiers publics ou ministériels, validée, complétée par Ord. n° 45-2048 du 8 septembre 1945 (JO du 9 septembre 1945 p. 5622).

⁹²⁸ Cf. L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (JO du 5 janvier 1972, p. 131)

⁹²⁹ Cf. art. L. 122-4 du Code de la voirie routière.

⁹³⁰ Cf. art. L. 162-17 et plus précisément art. L. 162-17-4 du Code de la sécurité sociale.

⁹³¹ Cf. art. L. 337-4 et s. du Code de l'énergie. *Adde* CE, 24 avril 2012, n° 352242, *Société Poweo* : RLC 2013, n° 36, note P. Idoux.

⁹³² Cf. art. L341-3 du Code de l'énergie. *Adde* CE, 28 mars 2012, n° 330548, *Société Direct Énergie* : AJDA 2012.1146, étude Lombard, Nicinski, Glaser ; RTD com. 2012.733, obs. Orsoni ; AJDA 2013.364, note Lafaille.

⁹³³ Art. L. 410-2 du Code de commerce.

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ Sur ce sujet, cf. not. Ph. Terneyre, « La réglementation des prix », RFDA 2014 p. 861 – H. Narayan-Fourment, « La maîtrise des prix : hors du droit de la concurrence, point de salut », Recueil 2004, n° 28, p. 2023 – A. Laget-Annamayer, « Le gouvernement peut-il encore réglementer les prix, malgré la proclamation d'un principe de liberté ? », AJDA 2006, p. 1169.

épineuse que n'apparaissait pas au nombre des exceptions le cas assez fréquent des marchés de taille réduite où les opérateurs ne satisfont pas les besoins existants à des prix raisonnables. Il paraissait en effet assez anormal de priver l'administration du pouvoir de régler ces secteurs défaillants. Il s'agissait donc de savoir si la notion restrictive de « monopole » pouvait accueillir ce genre d'hypothèse.

579. Fort heureusement, le Conseil d'État a pu donner une large appréciation de la notion de « monopole ». Ainsi, dans son arrêt *Compagnie financière et industrielle des autoroutes* du 3 mars 1993 relatif à la tarification des péages d'autoroutes⁹³⁶, le Conseil d'État a pu confirmer, d'une part, que les tarifs étaient assimilables à des prix⁹³⁷, d'autre part, que la notion de « monopole » ne devait pas être entendue dans son acception traditionnelle mais renvoyait à une configuration de marché limité. Dans ce cas d'espèce, la Haute juridiction considère que, s'il existe bien un secteur autoroutier, il ne constitue pas pour autant un marché car il n'existe pas de concurrence entre autoroute et voie routière alternative (autrement dit, pas d'autres modes de transports substituables) et pas de concurrence entre les autoroutes entre elles. À proprement parler il n'y a donc ni monopole, ni position dominante mais un contexte économique particulier qui justifie la réglementation des prix par le gouvernement. En pratique, la réglementation des tarifs autoroutiers est intéressante car elle est souvent déterminée après discussion avec les concessionnaires⁹³⁸, autrement dit, elle se formalise par des clauses réglementaires contenues dans le contrat⁹³⁹. Dans un autre ordre d'idées, le juge administratif a

⁹³⁶ CE, 3 mars 1993, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes* : DA 1993, comm. 183 ; MTP, 29 octobre 1993, p. 40.

⁹³⁷ Il avait déjà pu l'admettre dans un arrêt antérieur : CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes* : D. 1978, p. 130, note Delvolvé.

⁹³⁸ Les règles applicables ont été précisées par le D. n° 95-81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers « qui prévoit que le concessionnaire a droit, chaque année, à une hausse minimale de 70 % de l'inflation, mesurée par l'indice des prix à la consommation (hors tabac), à quoi peut s'ajouter une hausse supplémentaire déterminée par le "contrat de plan" conclu avec le concessionnaire pour une durée minimale de cinq ans et qui comporte un programme de travaux à la charge du concessionnaire en contrepartie d'une augmentation des tarifs des péages pendant la période considérée » : G. Eckert, « L'exécution des conventions de partenariat public-privé », RFDA 2014, p. 1015. Toutefois, comme le note le Professeur Gabriel Eckert « Comme la Cour des comptes l'a relevé, la légalité de ces dispositions était discutable dans la mesure où l'indexation automatique du prix de biens et services sur l'inflation est, en principe, interdite. L'intervention du législateur, par le biais de la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013, a donc été nécessaire pour donner une base légale à cette dérogation ».

⁹³⁹ Cf. not. CE, 30 octobre 1996, n° 136071, *Mme Wajs et Monnier* : Rec. 387 ; AJDA 1996.1041, et 973, chron. Chauvaux et Girardot ; D. 1996.264 ; RFDA 1997.726, concl. Combrexelle ; RTD com. 1997.243, obs. Orsoni. – CE, 24 février 2011, n° 337920, *Association 40 millions d'automobilistes* : CMP 2011, n° 4, p. 30, comm. Eckert (le « montant des péages autoroutiers est fixé par arrêté ministériel dans le cadre de la police des prix et dans le respect des clauses réglementaires du cahier des charges des concessions de service public qui régissent le taux de hausse annuelle »).

pu, dans un arrêt du 18 janvier 2006, *Société des ciments antillais*⁹⁴⁰, considérer que pouvait justifier une réglementation des prix, la concurrence limitée sur un marché de taille réduite au sein duquel une entreprise détenait une position dominante⁹⁴¹, domination notamment explicable par la soumission des importations de marchandises à l'octroi de mer.

580. On le voit bien, la police des prix est aujourd'hui strictement encadrée et réduite à la « portion congrue ». Toutefois, il ne faut pas penser que le risque de distorsion de la concurrence par un prestataire de service marchand qui bénéficierait de la réglementation des prix – par exemple s'il est le seul à pouvoir assumer une diminution de ses coûts – est endigué. En effet, comme nous venons de voir, le choix de recourir à la réglementation des prix intervient la plupart du temps dans des configurations de marchés réduits où l'offre ne satisfait pas la demande. Cette hypothèse constitue un cas typique – presque un cas d'école – de justification de l'intervention publique⁹⁴². Or, dans cette hypothèse particulière, le risque est maximal que l'initiative publique puisse, conjuguée à une réglementation des prix, entraîner une éviction de la concurrence car, en considération de sa situation particulière, le prestataire public de service peut assumer une politique de sacrifices sur ses coûts bien supérieure à celle que peuvent pratiquer la majorité des personnes privées.

2. *L'organisation des activités marchandes exercées sur le domaine public*

581. Le domaine public peut être utilisé par les personnes publiques elles-mêmes ou par les personnes privées. Les personnes publiques peuvent en effet librement utiliser les biens du domaine public dont elles sont propriétaires⁹⁴³, utilisation qui doit cependant être conforme à leur affectation à l'utilité publique⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ CE, 18 janvier 2006, n° 269406, *Société des ciments antillais* (règlementation des prix du ciment) : AJDA 2006.1169, note Laget-Annamayer ; RLC 2006/7, n° 512, obs. Clamour, RLDA 2006/3, n° 147, obs. Méar.

⁹⁴¹ Dans le cas d'espèce, les parts de marché de la société en cause s'établissaient entre 87 % et 93 % des ventes de ciment dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique.

⁹⁴² Sur ce pt, cf. *supra* n° 280 et s.

⁹⁴³ A l'exception du cas très spécifique de la procédure de « transferts de gestion pour un motif d'intérêt général », plus communément appelée « mutation domaniale », qui permet à l'État lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, même en l'absence d'accord de cette personne publique : Art. L. 2123-4 du CGPPP. *Adde*, par ex. CE, 23 juin 2004, *Commune de Proville* : BJCL 2005, p. 103, concl. Guyomar, note Ferrari.

⁹⁴⁴ Art. L. 2121-1 du CGPPP. *Adde*, par ex., CE, 22 janvier 2007, n° 269360, *Association Les Amis des Tuileries* : Rec. 15 ; AJDA 2007. 226 – CAA Paris, 11 avril 2006, n° 02PA03952, *Commune de Papeete* – CAA Paris, 11 avril 2013, n° 12PA01598, *Comité d'aménagement du 7^{ème} arrondissement* : AJDA 2013. 1950.

582. Les personnes privées peuvent exceptionnellement être autorisées à occuper privativement le domaine public. Les personnes publiques détiennent donc le pouvoir d'autoriser cette occupation privative. On comprend immédiatement le risque de confusion des rôles : l'administration peut être tentée d'entraver l'activité marchande d'un opérateur concurrent ou, au contraire, de favoriser l'activité marchande du prestataire public de service marchand (a).

583. En outre, l'administration, dans le cadre de son pouvoir de gestion domaniale⁹⁴⁵, peut venir règlementer les activités marchandes (b).

a. La décision d'autorisation ou de retrait de l'occupation privative du domaine public

584. Si la question de l'utilisation privative des propriétés publiques n'est pas nouvelle, la grande attention que connaît celle de la valorisation du domaine public est bien plus récente⁹⁴⁶. Cette attention tient autant à l'étonnante, car soudaine, révélation que « *les personnes publiques seraient assises sur un tas d'or et [qu']elles ne le sauraient pas* »⁹⁴⁷, qu'aux difficultés juridiques qu'elle soulève.

585. Nous concentrerons notre analyse sur une de ces difficultés : la conciliation du régime juridique applicable à l'utilisation privative du domaine avec les libertés et règles économiques

⁹⁴⁵ Nous avons fait le choix de distinguer l'analyse de la police administrative de la gestion domaniale dans la mesure où cette dernière revêt une forte dimension patrimoniale : sur cette question, cf. J. Petit, « La police administrative », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka), Dalloz, Coll. « Traités Dalloz », t. 2, 2011, p. 23. Selon le Professeur Jacques Petit, à partir de la fin du XIX^{ème} siècle « *la notion de police a connu une restriction d'inspiration libérale comportant deux aspects : elle a été regardée comme une fonction de puissance publique exclusive de toute visée patrimoniale et réduite à la police générale. Il a été progressivement admis que les personnes publiques, désormais reconnues propriétaires de leur domaine public, pouvaient, dans la gestion de celui-ci, prendre en considération tout intérêt général et, notamment, leur intérêt financier. Ce double mouvement a eu pour conséquence que les pouvoirs exercés sur le domaine public ont été détachés de la police pour être considérés comme relevant d'un pouvoir de gestion fondée sur la propriété* ». Adde Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, t. 191, p. 213 et s.

⁹⁴⁶ Conseil d'État, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, La doc. fr., 2012 – Y. Goutal et E.-L. Bernardi, « Valorisation du domaine public et mise en concurrence », AJCT 2013, p. 84 – F. Melleray, « L'utilisation privative du domaine public. De quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », AJDA 2013, p. 992 – P.-E. Pitz, « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », AJDA, p. 954 – C. Maugüe et G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2006, p. 1073 – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le Code général de la propriété des personnes publiques, les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », RFDA 2006, p. 935 – E. Fatôme, « Les investissements privés sur le domaine public de l'État : le point de vue des investisseurs. Propos introductifs », JCP N 2001, p. 1222 – Ph. Terneyre et B. Noyer, « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », LPA 12 juillet 1996, p. 8.

⁹⁴⁷ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », RJEP, n° 714, étude 16.

et notamment la liberté du commerce et de l'industrie, les règles de concurrence et les règles de la commande publique⁹⁴⁸.

586. En effet, la logique du marché devrait faire apparaître comme une évidence que les autorisations d'occupation domaniale, quand elles sont liées à l'exercice d'une activité marchande, d'une part, sont soumises au droit de la commande publique – et doivent donc respecter le corps des principes et des règles applicables à la passation de l'ensemble des contrats publics (la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence) mais également, à compter d'un certain seuil, les obligations de mise en concurrence formalisée – et, d'autre part, sont assujetties au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et aux règles de concurrence.

587. Mais, en la matière, la logique du marché ne prime pas. Ainsi, concernant l'application du droit la commande publique, la position du Conseil d'État est claire : « *aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va de même lorsque*

⁹⁴⁸ Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, t. 191 – S. Fourmont, *Les occupations privatives du domaine public*, Thèse, Nantes, 2000. – L. Seurot, *L'autorisation administrative*, Thèse, Lorraine, 2013 – P. Lafage et S. Deliancourt, *Occupation privative du domaine public. – Titres unilatéraux*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 78, Paris, LexisNexis, 2013 – B. Plessix, *Contrats domaniaux*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 79, Paris, LexisNexis, 2009 – O. de David Beauregard-Berthier et S. Guérard (dir.), *L'utilisation du domaine public après l'adoption de la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques. Brèves remarques sur une réforme inachevée*, Litec, 2007 – P. Delvolvé, « L'utilisation privative des biens publics », RFDA 2009, p. 229 – S. Manson, « L'occupation contractuelle du domaine public: essai de clarification et de remise en ordre », RDP 2009, p. 19 – A. Poli et G. Terrien, « Occupation du domaine public et concurrence », BJCL 2010, n° 1, p. 2 – S. Nicinski, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence? », in *Mélanges Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373 – S. Nicinski, « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique, in *Contrats et propriétés publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis, 2011, p. 43 – G. Eckert, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique, *Contrats et propriétés publics* », (dir. G. Clamour), LexisNexis, 2011, p. 53 – Ph. Yolka, « Propriété commerciale des occupants du domaine public : crever l'abcès », JCP A 2012, p. 2209 – Ph. Yolka, « L'offre et la commande », JCP A 2012, p. 892 – Ch. Vautrot-Schwarz, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », CMP 2012, étude 8 – F. Melleray, « L'utilisation privative du domaine public. De quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », AJDA 2013, p. 992 – C. Chamard-Heim, « Les conventions d'occupation privative du domaine public local », JCP A 2013, p. 2174 – L. Calandri, « Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence », RFDA 2013, p. 1129 – A. Cartier-Bresson, « Titres d'occupation du domaine public et concurrence: des relations condamnées à l'ambiguïté, les nouvelles orientations du droit de la propriété publique », in *Mélanges Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 71 – G. Houillon, « Le clair-obscur des obligations de publicité et de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupation du domaine public, les nouvelles orientations du droit de la propriété publique », in *Mélanges Godfrin*, op. cit., p. 207.

l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel »⁹⁴⁹. Autrement dit, les principes et les règles de la commande publique ne sont pas applicables aux autorisations d'occupation domaniale sauf à ce que les personnes publiques s'y soumettent de leur propre initiative – « *ce qui est de plus en plus fréquent* »⁹⁵⁰ – dans un tel cas, elle sera tenue de s'y conformer⁹⁵¹.

588. Le Conseil d'État a-t-il raison de « résister » ou de « s'obstiner » dans ce refus ? La réponse est délicate. En premier lieu, il est vrai que les fondements manquent et qu'un tel revirement serait hasardeux au vu de l'absence de base textuelle (sauf à interpréter très largement la lettre du Code des marchés publics) et de la fragilité des principes jurisprudentiels. En effet, les « principes généraux du droit de la commande publique » auxquels ont pu faire référence le conseil d'État⁹⁵² ou le Conseil Constitutionnel⁹⁵³ n'ont, d'une part, pas consacré un principe général de transparence dans la passation des contrats⁹⁵⁴, d'autre part, s'appliquent mal aux autorisations d'occupation du domaine public qui, clairement, ne relèvent pas de la « commande publique ». Toutefois, en second lieu, il est délicat de laisser perdurer une situation qui pose des questions de transparence de l'action publique et crée manifestement des inégalités concurrentielles.

589. Car, au-delà de transparence et de la mise en concurrence, l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public pose de véritables problèmes tant du point de vue de l'accès au marché que du point de vue de son fonctionnement, que la décision de l'administration peut entraver. Dans son arrêt *Régie autonome des transports parisiens* du 23 mai 2012⁹⁵⁵ le Conseil

⁹⁴⁹ CE, Sect., 3 décembre 2010, n° 338272, *Ville de Paris et Association Paris Jean-Bouin* : Rec. 472 ; BJCP 2011.36, concl. Escaut ; AJDA 2010.2343 et 2011. 18, étude Nicinski et Glaser ; RDI 2011.162, note Braconnier et Noguellou ; AJCT 2011. 37, obs. Dreyfus ; RTD eur. 2011.496, obs. Kovar ; CMP janvier 2011, note Eckert ; ACCP janvier 2011, note Hansen ; DA février 2011.36, note Brenet et Melleray.

⁹⁵⁰ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 1543.

⁹⁵¹ Cf. not. CE, 12 février 2002, n° 224693, *Société Créative* : BJCP 2002, n° 23, p. 325 ; CMP 2002, comm. 90, note Olivier.

⁹⁵² CE, Sect., avis, 29 juillet 2002, n° 246921, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin* : Rec. 297 ; BJCP 2002. 427, concl. Piveteau ; AJDA 2002.755, note Dreyfus ; CJEG 2003.163, note Gourdou et Bourrel ; CMP 2002, n° 207, note Llorens – CE, 23 décembre 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : Rec. 502, AJDA 2010.500.

⁹⁵³ Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : RDP 2003, p. 1163, note Lichère ; AJDA 2003.1391, note Schoettl ; AJDA 2003.2348, obs. Fâtome et Richer, DA 2003, comm. 188, obs. Ménéménis ; RTD civ. 2004.155, obs. Molfessis, JCP A 2004, n° 1230, note Linditch.

⁹⁵⁴ Cf. L. Richer, « Constitutions contrats et commande publique », Nouveaux Cahiers du Cons. const., n° 37, 2012 : « *Le Conseil constitutionnel n'a pas consacré un principe général de transparence dans la passation des contrats, mais il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats ou aux contrats administratifs* ».

⁹⁵⁵ CE, 23 mai 2012, n° 348909, *Régie autonome des transports parisiens* : BJCP 2012.291, concl. Boulouis ; AJDA 2012.1151, note E.G. ; DA novembre 2012.22, note Brenet ; JCP Adm. 2013.2012, note Pauliat ; RD imm. 2012.566, note Foulquier ; RFDA 2012.1181, note Nicinski.

d'État a pu considérer que la décision de l'autorité chargée de la gestion du domaine public de délivrer ou non une autorisation d'occupation à une personne privée souhaitant y exercer une activité économique « *n'est pas susceptible, par elle-même de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie* ». Autrement dit, l'administration n'étant « *jamais tenue d'accorder une telle autorisation* » n'est pas susceptible, par sa seule décision (d'octroi ou de refus), de restreindre l'accès à des activités de production, de distribution ou de services. Toutefois, la Haute juridiction considère que la décision (d'octroi ou de refus) peut avoir pour objet ou effet de méconnaître le droit de la concurrence « *notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

590. La position du juge administratif est contestable à double titre.

591. D'une part, comme le note la Professeure Sophie Nicinski⁹⁵⁶, la Haute juridiction semble considérer que le détenteur d'une autorisation d'occupation du domaine public détient une position dominante de ce seul fait, c'est pourquoi, il pourrait être mis en situation, par l'administration, d'en abuser de manière automatique. Cette position est discutable car la délimitation du marché est essentielle pour conclure à la détention d'une position dominante. Le juge laisse émerger un doute problématique. S'il considère que c'est l'octroi d'une autorisation qui ouvre un marché c'est que nécessairement ce marché doit être soumis à concurrence. S'il considère, au contraire, que l'octroi de l'autorisation ne crée pas de marché, dans ce cas, la position dominante devra être recherchée sur un marché pertinent, or la formulation du juge laisse une question en suspend : doit-on comprendre que l'administration peut, par son autorisation, mettre l'occupant en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante car l'autorisation, elle-même, confère une position dominante à cet occupant, ou doit-on comprendre que l'occupant en situation de position dominante pourra être mis en situation d'en abuser automatiquement par l'octroi d'une autorisation ? Pour simplifier, dans la première hypothèse, c'est l'octroi de l'autorisation qui confère la position dominante, dans la seconde, la position dominante existait préalablement à l'octroi de l'autorisation. La réponse à cette question devra être tranchée car elle n'est pas neutre pour le fonctionnement du marché concurrentiel.

⁹⁵⁶ S. Nicinski, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », RFDA 2012, p. 1181.

592. D'autre part, le raisonnement du juge administratif est paradoxal. En effet, il considère que la décision d'octroi ou de refus d'une autorisation unilatérale peut avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mais ne considère pas qu'elle puisse, par elle-même, restreindre l'accès au marché. À n'en pas douter, cette contradiction s'explique par une crainte : admettre qu'une décision d'octroi ou de refus d'une autorisation d'occupation du domaine public peut porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, c'est nécessairement faire un pas supplémentaire vers la mise en concurrence de ces autorisations. Si on approuve l'argument du Professeur Guylain Clamour, selon lequel, si l'on peut admettre qu'il n'existe pas de droit subjectif à l'exercice d'une activité économique sur le domaine public qui puisse être tiré de la liberté du commerce et de l'industrie, en revanche, « *bien plus contestable est l'affirmation selon laquelle ledit principe ne peut être convoqué pour apprécier la légalité du refus de l'accès au domaine public afin d'exercer, en aval, une activité économique* »⁹⁵⁷, on doit aussi en soulever totalement les conséquences. Car, en creux, opposer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie aux autorisations d'occupation domaniale, c'est créer un droit objectif à l'exercice des activités économiques sur le domaine public. L'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie aurait deux conséquences : d'une part, elle obligerait l'administration à justifier sa décision de refus (pour des motifs d'intérêt général ou de nécessités d'ordre public), d'autre part, elle conduirait nécessairement à justifier la décision d'octroi vis-à-vis des tiers concurrents et poserait, par conséquent, la question de la transparence et de la mise en concurrence de ces autorisations.

593. L'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie aurait également un impact concernant le retrait de ces autorisations d'occupation. Or, l'autorisation d'occupation domaniale, qu'elle soit contractuelle ou unilatérale, est toujours « *précaire et révocable* »⁹⁵⁸ et « *ne peut être que temporaire* »⁹⁵⁹. Même les autorisations contractuelles d'occupation du domaine public peuvent être aisément retirées pour un motif d'intérêt général apprécié souplement par le juge administratif car il peut notamment être révélé par la volonté

⁹⁵⁷ G. Clamour, « Les photos jaunies du couple concurrence et domaine public », note sous CE, 29 octobre 2012, n° 341173, *Commune de Tour*, RLC 2013, n° 34.

⁹⁵⁸ Art. L. 2122-2 du CGPPP. *Adde* CE, 4 février 1983, n° 24912, *Ville de Charleville-Mézières* : Rec. 45 – CE, 29 mars 2000, *Isas* : Rec. t. 985 ; RDI 2000. 325.

⁹⁵⁹ Art. L. 2122-3 du CGPPP. *Adde*, CE, 5 février 2009, n° 305021, *Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation des Alpes-Maritimes* : Rec. 20 ; BJCP 2009.224, concl. Escaut et note Schwartz ; CMP 2009.98, note Eckert ; AJDA 2009.704, note Dreyfus ; DA 2009, n° 53, note Melleray ; RDI 2009. 250, note Févrot ; RLCT juin 2009. 49, obs. Glaser ; RJEP 2009, n° 42, note Maugué ; LPA 14 décembre 2009, note Lobel.

de confier l'activité à une personne publique⁹⁶⁰ ou par le souci de réorganiser ou supprimer une activité de service public⁹⁶¹, voire par l'intérêt purement financier de l'administration⁹⁶².

594. On le comprend, le régime des autorisations d'occupation domaniale pose des questions cruciales. L'« ambiance » jurisprudentielle nous laisse penser que la Haute juridiction administrative viendra (bientôt ?) faire évoluer ce régime. Selon nous, une telle évolution devrait conduire à la mise en concurrence des autorisations d'occupation domaniale dont l'octroi crée un marché (la « concurrence pour le marché »⁹⁶³) et à la soumission de la décision d'octroi ou de refus de l'ensemble des autorisations d'occupation domaniale au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

595. À cet égard, il pourrait sembler sévère que l'administration, prestataire de service marchand, soit elle aussi soumise à la mise en concurrence pour l'utilisation du domaine public qui lui appartient. Pourtant, la situation actuelle est insatisfaisante car l'administration bénéficie d'un privilège exorbitant du droit commun à pouvoir utiliser privativement le domaine public. Or, intellectuellement, rien ne justifie que pour l'exercice d'une activité ordinaire, la personne publique puisse bénéficier de prérogatives « extra-ordinaires ».

b. La réglementation de l'utilisation du domaine public

596. L'utilisation privative ou collective du domaine public peut donner lieu à une réglementation dans le cadre du pouvoir de gestion domaniale des personnes publiques. Le Code général de la propriété des personnes publiques énonce en effet que « *les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 gèrent ou font gérer leur domaine public dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur* »⁹⁶⁴.

597. Le pouvoir de gestion domaniale est plus qu'un simple pouvoir de police administrative. Si un temps, on a pu rattacher les pouvoirs que l'administration exerce sur le domaine public à la notion générale de police ou tenter de les définir comme l'incarnation d'une police spéciale,

⁹⁶⁰ CE, 31 juillet 2009, n° 316534, *Société Jonathan loisirs* : Rec. t. 739 ; BJCP 2009.482, concl. Boulouis ; AJDA 2009.1517 et 2010.1515, étude Alhama ; RDI 2010.158, obs. Caille.

⁹⁶¹ CE, 19 janvier 2011, n° 323924, *Commune de Limoges* : Rec. 1012 ; AJDA 2011.626, note Dreyfus ; BJCP 2011.105, concl. Dacosta ; DA avril 2011.38, note Brenet ; JCP A 2011.2101, note Villa.

⁹⁶² CE, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier* : Rec. 467 ; D. 1934.3.18, concl. Rousselier, note Duclos – CE, 2 mai 1969, *Société affichage Giraudy* : AJDA 1970.110, note de Laubadère.

⁹⁶³ Cf. *supra* n° 21.

⁹⁶⁴ Article L. 2123-1 du CGPPP.

aujourd'hui, il est communément admis que les finalités patrimoniales de la gestion domaniale et la spécificité des pouvoirs qui en découlent dépassent le cadre de la police administrative⁹⁶⁵.

598. Le pouvoir de gestion domaniale peut donc « induire des restrictions encore plus importantes »⁹⁶⁶ que le pouvoir de police. Les personnes publiques peuvent ainsi règlementer l'accès et l'exercice des activités marchandes pratiqués sur le domaine public pour des motifs d'ordre public mais également des impératifs de meilleure gestion voire de gestion optimale du domaine public, impératifs liés à l'objectif de valorisation de « la richesse collective que constitue le domaine public »⁹⁶⁷. Ce pouvoir élargi a notamment été révélé par le juge administratif dans l'arrêt *Société des autobus antibois* du 29 janvier 1932⁹⁶⁸. Le Conseil d'État avait alors considéré que le souci de préserver la société concessionnaire du réseau de transport en commun par le truchement d'une réglementation limitant l'activité d'autres entreprises était légale à la condition qu'elle ne fixe pas d'interdiction générale et absolue. Autrement dit, l'administration peut, pour préserver l'activité de service public de son concessionnaire, limiter les activités des entreprises exerçant une activité concurrentielle dans le même domaine, en créant ainsi un monopole d'exploitation au profit du gestionnaire du service public⁹⁶⁹. Au-delà de la protection de l'activité de service public exercé sur le domaine public, les personnes peuvent également soumettre à autorisation les activités marchandes exercées sur le domaine public et conditionner son octroi au respect de conditions de sécurité mais aussi de satisfaction des besoins (horaires, itinéraires, fréquence par exemple)⁹⁷⁰.

599. Cependant, le pouvoir de gestion domaniale n'est pas sans limite et doit notamment respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. Ainsi, le Conseil d'État, dans son arrêt du 26 mars 1994 *Société EDA*, avait jugé que « s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui

⁹⁶⁵ Cf. *supra* n° 583.

⁹⁶⁶ M. Picard, *Concurrence*, Rép. cont. adm. Paris, Dalloz, 2013, n° 63.

⁹⁶⁷ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 361.

⁹⁶⁸ CE, Sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois* : Rec. 117 ; S. 1932.3.65, note P.L. ; D. 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blavoet ; RDP 1932.505, concl. Latournerie.

⁹⁶⁹ Cf. not. CE, Ass., 21 novembre 1956, n° 11326, *Société Desaveines* : Rec. 440 ; RDP 1957.529, note Waline – CE, Sect., 2 juin 1972, n° 78410, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes* : Rec. 407, AJDA 1972.647, concl. Rougevin-Baville – CE, 29 avril 1981, n° 13209, 13210 et 13211, *Entreprises Fine Frères* : Rec. 201.

⁹⁷⁰ Cf. not. CE, 15 mai 2009, *Société Compagnie des Bateaux Mouches* : Rec. 201 ; RJEP décembre 2009, p. 17 ; AJDA 1009.1815, note Nicinski.

incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités »⁹⁷¹.

600. Cette « prise en considération » (la formule est assez incertaine pour être soulignée) pose cependant une principale difficulté qui concerne la protection de l'activité de service public. Certes, le Conseil d'État a pu atténuer les potentialités ouvertes par la jurisprudence *Société des autobus antibois* en précisant notamment que l'administration doit « *dans les limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de liberté du commerce et de l'industrie, apporter aux opérateurs chargés d'un service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, [...] leur accorder des facilités particulières du domaine public* »⁹⁷² et que « *ne peut être utilement invoqué un principe général de protection du concessionnaire contre la concurrence par le concédant, indépendamment de toute clause contractuelle posant une telle obligation à ce dernier* »⁹⁷³. Cependant, encore aujourd'hui, « *l'administration dispose de prérogatives étendues pour limiter les activités commerciales exploitées sur le domaine public et concurrençant un service public*⁹⁷⁴ » et des motifs d'ordre public ou de meilleure gestion du domaine peuvent formellement justifier des réglementations au fond attentatoire au principe de la liberté et de l'industrie et aux règles de concurrence. Le juge de l'Union européenne ne partage pas cette souplesse d'appréciation. Par exemple, il interdit clairement la réglementation limitant l'accès au domaine public, et donc à l'activité marchande, motivée par le souci de protéger l'activité de service public de la concurrence⁹⁷⁵.

601. Il nous semble que dans ce domaine le principal écueil tient à la définition du périmètre du service public. Si le refrain est connu, il mérite aujourd'hui une particulière attention. En

⁹⁷¹ CE, Sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA et Société Hertz* : Rec. 96 ; AJDA 1999.427, concl. Stahl et note Bazex ; CJEG 1999.264 ; D. 2000.204, note Markus ; RDP 1999.1545, note Manson, et 2000.353, obs. Guettier ; RFDA 1999.977, note Pouyaud. *Adde* CE, 10 avril 2002, n° 223100, *SARL Somatour* : Rec. t. 918 ; CMP 2002, comm. 148 – CAA Bordeaux, n° 06BX00462, 27 novembre 2007, *Carreras* : RLC 2008/15, n° 1090, obs. Clamour.

⁹⁷² CE, 30 juin 2004, n° 250124, *Département de la Vendée* : Rec. 277 ; RJEP novembre 2004, p. 487, concl. Collin ; RLC 2004/1, n° 1, p. 50, note Destours ; AJDA 2004.2210, note Nicinski.

⁹⁷³ CE, 10 octobre 2007, n° 255213, *Société SPS Tarbes* : BJCP 2007, n° 55, p. 487, concl. Casas ; RLCT 2008/32, n° 907, obs. Blanquefort et Terrien, n° 908, obs. Foulquier ; RLC 2008/14, n° 1007, obs. Clamour.

⁹⁷⁴ S. Nicinski, *Droit publics des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 530.

⁹⁷⁵ CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-338/09, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb* : « *l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale prévoyant le refus de l'octroi d'une autorisation aux fins de l'exploitation d'une ligne d'autobus touristique, en raison de la diminution de la rentabilité d'une entreprise concurrente titulaire d'une autorisation d'exploitation concernant une ligne en tout ou en partie identique à celle sollicitée, et ce sur le fondement des seules affirmations de cette entreprise concurrente* ».

effet, selon nous, deux choses devraient être distinguées : l'activité de service public d'une part, l'activité de service marchand d'autre part. En ce sens, l'activité de service public n'a en principe pas vocation à être protégée du marché puisqu'elle n'intervient pas dans le marché concurrentiel, par contre, le souci de meilleure gestion du domaine ou les nécessités de l'ordre public (la sécurité notamment) peuvent parfaitement justifier que des activités marchandes soient réglementées. Autrement dit, protéger l'activité de service public de la concurrence n'est pas un motif recevable, s'il l'est, c'est nécessairement que l'activité de service public intervient sur un marché et, à ce titre, la réglementation devrait être déclarée contraire aux règles de concurrence sauf à répondre aux impératifs précités. Cette confusion est toutefois fréquente et entraîne de graves distorsions concurrentielles. En effet, un prestataire public (ou privé) de service marchand peut, parfois, ne même pas savoir qu'il exerce une activité de service marchand. La redéfinition du service public est donc essentielle.

B. Le contrôle des marchés

602. Le contrôle des marchés par l'administration se manifeste de différentes manières. Nous n'aborderons pas le contrôle des secteurs d'activités régulées par les autorités administratives indépendantes ou les autorités publiques indépendantes dans la mesure où elles sont justement indépendantes de l'administration de l'État⁹⁷⁶. Nous porterons notre attention sur le contrôle des concentrations économiques d'une part (1) et sur le contrôle de légalité des marchés publics d'autre part (2).

1. Le contrôle des concentrations économiques

603. La concentration économique désigne le regroupement de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes par la fusion de ces entreprises, par la prise de contrôle de l'une d'entre elle ou par la création d'une entreprise commune⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ Cf. *infra* n° 792 et 793.

⁹⁷⁷ Article L. 430-1 du Code de commerce : « I. - Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article. III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : - des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; - des droits

604. Un tel processus n'est pas forcément négatif, au contraire, les concentrations économiques « *permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur la compétitivité globale de l'économie, sur la capacité d'innovation ainsi que sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs* »⁹⁷⁸, c'est pourquoi, aux termes mêmes de la réglementation européenne, les concentrations « *doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté* »⁹⁷⁹.

605. Cependant, les concentrations peuvent également déséquilibrer dangereusement la structure du marché, c'est la raison pour laquelle les législateurs nationaux, sous l'impulsion de l'Union européenne, ont pu mettre en place des procédures de contrôle et des sanctions des concentrations économiques attentatoires au jeu de la concurrence.

606. En France, le contrôle des concentrations économiques a évolué depuis sa mise en place par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977⁹⁸⁰. Ainsi, l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁹⁸¹, la loi 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁹⁸², et la loi n° 2008-476 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie⁹⁸³, sont successivement venues modifier le cadre initial de ce contrôle. En effet, le contrôle français des concentrations économiques avait pour spécificité d'attribuer un pouvoir de décision à l'autorité politique en la personne du ministre de l'économie. Les craintes que suscitait un tel pouvoir reposaient évidemment sur le risque que soient traitées inégalement les entreprises publiques et les entreprises privées.

ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

⁹⁷⁸ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2013, p. 6 (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>).

⁹⁷⁹ Règl. n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO n° L 024 du 29 janvier 2004, p. 1), préambule, cons. 4.

⁹⁸⁰ L. n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante (JO du 20 juillet 1977, p. 3833).

⁹⁸¹ Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (JO du 9 décembre 1986, p. 14773).

⁹⁸² L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776).

⁹⁸³ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471).

607. Les réformes successives ont donc pour point commun d'avoir progressivement affaibli le pouvoir de décision du ministre de l'économie en matière de concentrations économiques. La loi n° 2008- 476 du 4 août 2008 franchit un pas supplémentaire en privant le ministre de l'économique du pouvoir de décision.

608. Désormais, le contrôle des concentrations est réparti entre l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne, cette répartition repose sur des seuils d'importance économique⁹⁸⁴. La procédure est initiée par la notification obligatoire de l'opération de concentration⁹⁸⁵, elle peut se décomposer en deux temps⁹⁸⁶. D'abord, l'Autorité de la concurrence va procéder à un premier examen de l'opération (la phase 1)⁹⁸⁷ durant laquelle un échange contradictoire va s'établir avec les parties concernées, qui peut aboutir à une autorisation de l'opération, éventuellement conditionnée pas la réalisation d'engagements par les parties, ou peut conduire à la seconde phase. Ensuite, le cas échéant, l'Autorité de la concurrence va procéder à l'examen approfondi (la phase 2)⁹⁸⁸ de l'opération en réalisant un bilan des coûts et des avantages concurrentiels et économique, à l'issue de cet examen, l'Autorité de la concurrence pourra décider d'autoriser l'opération, en soumettant éventuellement cette autorisation au respect de conditions, ou de la refuser si elle estime qu'elle est de nature à porter atteinte à la concurrence.

609. Le Ministre de l'économie conserve toutefois deux pouvoirs dans le cadre du contrôle des concentrations économiques. En premier lieu, il peut demander un réexamen approfondi de l'opération de concentration à l'Autorité de la concurrence⁹⁸⁹. En second lieu, il peut évoquer l'affaire pour des motifs d'intérêt général, autres que le maintien de la concurrence, notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la

⁹⁸⁴ Cf. art. L. 430-2 du Code de commerce et Règl. n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (préc.).

⁹⁸⁵ Cf. art. L. 430-8 du Code de commerce. Pour des applications, cf. not. Aut. conc., déc. n° 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'art. L. 430-8 du Code de commerce : CCC 2013, chron. 1, obs. Bosco ; RLDA 2012/73, n° 4139, obs. Mathonnière ; RLC 2012/33, n° 2166, obs. Barbier de la Serre – CE, 24 juin 2013, n° 360949, *Société Colruyt France* : Rec. 180 ; AJDA 2013.1370 ; RLDA 2013/85, n° 4724, obs. Lalot, RLC 2013/37, n° 2392, obs. Schrameck S. ; JCP E 2013.494 ; CCC 2013, chron. 3, obs. Bosco – Aut. conc., déc. n° 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce : Rapport Aut. conc. 2013, p. 176 ; CCC 2013, étude 5, obs. Lucas ; RLC 2013/35, n° 2256, obs. Pinçon ; JCP E 2013, 158, obs. Lucas.

⁹⁸⁶ Cf. not. CE, 23 décembre 2013, n° 363702 et 363719, *Société Métropole Télévision (M6)* : Rec. 544 ; RJEP juin 2011, p. 25, concl. Geffray ; AJDA 2011.1307, note Glaser.

⁹⁸⁷ Cf. art. L. 430-5 du Code de commerce.

⁹⁸⁸ Cf. art. L. 430-6 et L. 430-7 du Code de commerce.

⁹⁸⁹ Cf. art. L. 430-7-1 du Code de commerce. Cette demande peut intervenir dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5. L'Autorité de la concurrence

concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi. Cette évocation ouvre alors un pouvoir de décision au Ministre de l'économie, qui peut, après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration, prendre une décision motivée d'autorisation, éventuellement conditionnée, ou de refus de l'opération de concentration⁹⁹⁰. Le pouvoir d'évocation est toutefois soumis au contrôle du Conseil d'État⁹⁹¹.

610. Le maintien du rôle du Ministre de l'économie en matière de contrôle des concentrations économiques peut toutefois poser problème quand sont concernées des entreprises publiques. En effet, il existe un risque de confusion entre l'État « entrepreneur » et l'État « puissance publique »⁹⁹². En cela, il est regrettable que le Ministre de l'économie ait compétence pour pouvoir évoquer le cas des concentrations opérées par des entreprises publiques.

611. D'autant que les entreprises publiques posent d'autres difficultés tout aussi problématiques. Ainsi, le contrôle des concentrations économiques suppose que soient identifiés, d'une part le marché pertinent sur lequel se situe l'opération, d'autre part, les entreprises qui participent à cette opération. Or, le contrôle des concentrations économiques des entreprises publiques n'est pas chose facile. En effet, ce contrôle nécessite préalablement de repérer l'unité économique autonome issue de l'opération de concentration afin de déterminer son chiffre d'affaire. Or, les entreprises publiques ne sont jamais tout à fait autonomes, ce qui rend cette détermination complexe.

612. La spécificité des entreprises publiques a conduit les autorités européennes et internes de contrôle des concentrations à formuler plusieurs principes directeurs. Ainsi, la Commission européenne dans sa communication relative au règlement n° 139/2004 considère que « *les États membres ou d'autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des entreprises* » aux fins du calcul du chiffre d'affaires⁹⁹³. Plus précisément (car la formulation du législateur européen peut susciter une confusion), pour permettre d'adapter le contrôle des

⁹⁹⁰ Cf. art. L. 430-7-1 du Code de commerce. Ces pouvoirs d'évocation et de décision peuvent être exercés dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7.

⁹⁹¹ CE, 23 décembre 2011, n° 340834, *Société Groupe Partouche* : AJDA 2012.584, note Glaser. *Adde* CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi* et n° 362347, n° 363703 et n° 363542, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion* : RJEP n° 707, Avril 2013, étude 7, étude Idoux ; AJDA 2013, n° 4, note Bretonneau et Domino ; DA 2013, n° 3, note Bazex ; CCC 2013, n° 8, étude Bosco.

⁹⁹² Cf. not. M. Lombard, « Interrogations d'un juriste sur les ambiguïtés de GDF SUEZ », RJEP 2009, n° 667, p. 3.

⁹⁹³ Com. eur. 2009/C 43/09, communication juridictionnelle modifiée concernant le règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 193 (JO C 43 du 21 février 2009, p. 10).

concentrations économiques à la situation particulière des personnes et entreprises publiques, le calcul du chiffre d'affaire ne prendra en « *considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome* »⁹⁹⁴. C'est sur cette base que l'Autorité de la concurrence, dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations économiques, considère que pour le calcul du chiffre d'affaire des entreprises publiques il est nécessaire d'aller au-delà du seul critère de la détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote, notamment concernant les prises de participations des entreprises publiques, pour déterminer le périmètre exact de l'unité économique et donc l'existence, ou non, d'une opération de concentration économique⁹⁹⁵.

613. Ce problème est particulièrement important car, comme le notait déjà Marc Debène en 1992, la fulgurante transformation de l'économie et le passage d'une économie administrée à une économie de marché a conduit l'État et, dans une autre mesure, les collectivités territoriales, à multiplier les « *opérations de coopération, concentration, restructuration* »⁹⁹⁶. Autrement dit, l'administration abonde d'entités économiques concentrées qui ne sont pas passées sous les fourches caudines du droit de la concentration économique. Toutefois, la question se pose de moins en moins à mesure que les personnes publiques privatisent, de plus en plus, leurs entreprises publiques.

2. *Le contrôle de légalité des marchés publics*

614. Le contrôle de légalité des marchés publics passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics est rendu obligatoire pour les marchés et les accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à un seuil fixé par décret (207 000 euros hors taxe depuis le décret n° 2013-1259 du 27 décembre 2013)⁹⁹⁷.

615. Ce contrôle n'est en principe pas problématique concernant la candidature des personnes publiques à un contrat de la commande publique dans la mesure où il s'agit d'un contrôle *a posteriori*, visant à permettre aux autorités préfectorales de contrôler la conformité

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, 2013, n° 108 et s.

⁹⁹⁶ M. Debène, « Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion », *AJDA* 1992 p. 243.

⁹⁹⁷ Cf. 4° de l'art. L. 2131-2 du CGCT « *Les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat* » et art. D. 2131-5-1 du CGCT (modifié par l'art. 6 du D. n° 2013-1259 du 27 décembre 2013) : « Le seuil mentionné aux articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 est fixé à 207 000 € HT ».

à la loi des actes des collectivités et, le cas échéant, de saisir le juge administratif dans le cadre d'un référé aux fins d'annuler les actes illégaux.

616. Toutefois, la situation est plus douteuse quand les autorités préfectorales contrôlent la légalité de marchés publics auxquels leurs services ont soumissionné. Cette hypothèse est réelle dans la mesure où les services de l'État peuvent être amenés à candidater à des contrats de la commande publique dans le cadre des services d'ingénierie.

617. Le Conseil d'État, dans son Rapport public de 2002, avait ainsi mentionné le risque de « *conflit d'intérêts* »⁹⁹⁸ lié à l'enchevêtrement de ces activités. Il est vrai que l'interférence est forte car « *le préfet signe [...] les offres des services techniques en réponse à une consultation, offres que ses services vont devoir vérifier ensuite lors du contrôle de légalité* »⁹⁹⁹. Le Conseil d'État soulignait toutefois qu'une circulaire interministérielle en date du 1^{er} octobre 2001 avait été adressée aux préfets, concernant spécifiquement le cas des marchés d'ingénierie. Cette circulaire entendait « *régler la difficulté en exigeant que les services ou parties de service qui instruisent le contrôle de légalité des marchés des collectivités locales ou qui sont membres des commissions d'appels d'offres ne participent ni à l'élaboration de l'offre de l'État, ni à la mise au point des marchés* »¹⁰⁰⁰. La Haute autorité administrative semblait circonspecte sur le succès d'une telle séparation. Il est vrai qu'elle s'est principalement traduite par des arrêtés préfectoraux accordant une délégation de signature, en matière d'ingénierie publique, à des personnes extérieures aux services instruisant le contrôle de légalité, à l'effet, d'une part, d'apprécier la candidature des services de l'État et, d'autre part, de signer les contrats afférents à la passation de ces marchés. Une telle précaution est louable mais ne permet pas de s'assurer de la séparation « étanche » entre la mission de contrôle de légalité et la participation au marché.

618. Le retrait programmé de l'ingénierie publique de l'État vient atténuer l'importance de cette problématique. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2012, l'État n'assure plus aucune ingénierie publique relative à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage ou à la maîtrise d'œuvre¹⁰⁰¹. Seule persistait l'assistance technique fournie par l'État pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT) dont le législateur vient de décider l'abandon, par la

⁹⁹⁸ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, La doc. fr., 2002, p. 273.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ Dans le cadre de la révision générale des politiques publiques : sur ce sujet, cf. Y. Daudigny, *L'ingénierie publique*, Rapport d'information, n° 557, Sénat, 2010, p. 5 et 20.

loi n° 2013-1278 de finances pour 2014, qui doit se concrétiser, au plus tard, le 31 décembre 2015¹⁰⁰².

619. Cependant, l'État ne semble pas avoir complètement abandonné son rôle en matière d'ingénierie publique, comme le prouve la création récente du Centre d'expertise pour les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA)¹⁰⁰³, établissement public administratif issu du regroupement des huit Centres d'études techniques de l'équipement (Cete), du Centre d'étude sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques (Certu), du Centre d'études techniques maritimes et fluviales (Cetmef) et du Service d'études sur les transports, les routes et leurs aménagements (Setra), dont on a pu observer qu'il exerçait des activités d'assistance à la maîtrise d'œuvre¹⁰⁰⁴. Par ailleurs, l'État reste compétent pour rendre des prestations de services et peut continuer, à ce titre, de répondre à des marchés publics des collectivités territoriales.

620. La question de la séparation des rôles de contrôle de la légalité et de l'intervention concurrentielle des services de l'État est donc toujours d'actualité.

§2. *L'ENCADREMENT DU SERVICE PUBLIC*

621. L'une des principales difficultés de l'application du droit du marché intérieur en France tient à l'imprécision de la notion française de « service public ». Le « service public » et le « marché » sont deux notions aux liens étroits mais aux périmètres – théoriquement – distincts. Or, l'absence de définition légale et jurisprudentielle claire, en France, de la notion de service public peut entraîner une confusion problématique. En effet, le législateur, le juge et la doctrine amalgament fréquemment les activités concurrentielles et les activités de service public des personnes publiques. Cette confusion est héritée de la jurisprudence relative aux services publics industriels et commerciaux.

¹⁰⁰² Cf. art. 123 de la L. n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 (JO n° 0303 du 30 décembre 2013 p. 21829).

¹⁰⁰³ Cf. art. 44 et s. de la L. n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports (JO n° 0122 du 29 mai 2013, p. 8794) et D. n° 2013-1273 du 27 décembre 2013 relatif au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (JO n° 0302 du 29 décembre 2013, p. 21799).

¹⁰⁰⁴ Cf. not. N. Jachiet (entretien), « Face à la conjoncture, l'ingénierie ne doit pas cesser d'innover », Le moniteur (<http://www.lemoniteur.fr>).

622. C'est pourquoi, comme nous avons pu le proposer, de manière récurrente, au fil de cette étude la notion de « service public » et le lien qu'elle entretient avec la notion de « marché » doivent impérativement être redéfinis.

623. Selon nous, la notion française de service public devrait ainsi être confondue avec les notions européennes de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général. Cette seconde notion a, en effet, le mérite de clarifier trois aspects.

624. En premier lieu, les services d'intérêt économique général sont des activités de service économique soumises à des obligations de service public. Autrement dit, les entreprises, de droit public ou de droit privé, à qui les autorités publiques ont confié la gestion du service d'intérêt économique général, ne sont pas soumises à la concurrence sur le périmètre de ces obligations de service public. Ainsi, une entreprise (au sens du droit européen) pourra gérer, d'une part, des activités de service public (qui n'interviennent pas, à proprement parler, sur un marché) et, d'autre part, des activités de service marchand (qui, puisqu'il faut risquer le pléonasme, interviennent sur un marché). Cette clarification est loin d'être inutile.

625. En second lieu, si les services d'intérêt économique général n'interviennent pas dans un marché (la « concurrence dans le marché ») ils peuvent toutefois donner lieu, pour leur attribution, à la création d'un marché (la « concurrence pour le marché »). C'est pourquoi nous proposons, en introduction de cette étude, de retenir la distinction opérée par la doctrine économique entre la « concurrence dans le marché » et la « concurrence pour le marché »¹⁰⁰⁵.

626. En troisième lieu, si les services d'intérêt économique général n'ont pas vocation à rallier les rangs de la « concurrence dans le marché » toutefois leur encadrement et leur gestion peuvent avoir des effets sur la concurrence. En effet, d'une part, ces activités sont fréquemment liées à un marché, d'autre part, ces activités sont souvent adossées à des activités de service marchand assurées par l'entreprise publique ou privée. C'est la raison pour laquelle l'article 106§2 du TFUE dispose que *« les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »*.

¹⁰⁰⁵ Cf. *supra* n° 21.

627. Certes, le législateur, le juge administratif et la doctrine s'inspirent de plus en plus de la notion de service d'intérêt économique général pour redéfinir les contours de la notion française de service public. Il n'y a donc pas une disparition mais, bel et bien, une redéfinition de cette notion. Cette survivance est d'ailleurs confortée par l'Union européenne qui, tout d'abord, n'hésite pas à faire référence à la notion de « service public » dans sa législation¹⁰⁰⁶ et, ensuite, laisse aux États membres le libre choix de l'organisation et du fonctionnement de ces services publics à la condition qu'ils ne portent pas atteinte à la réalisation du marché intérieur¹⁰⁰⁷.

628. Toutefois, la redéfinition de la notion française de « service public » est imparfaite car, on peut considérer que, pour l'heure, toutes les activités prises en charge par les personnes publiques, même celles qui s'exercent dans le marché, restent juridiquement des activités de service public. Certes le caractère marchand de l'activité de service public va entraîner l'application du droit de la concurrence, mais il n'aura que peu d'incidence sur le régime de l'activité dans la mesure où celui-ci dépend encore largement de la distinction entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs.

629. Il n'est pas besoin de s'attarder longuement pour comprendre le problème soulevé par un tel enchevêtrement. L'administration ne peut pas distinguer clairement les activités de service d'intérêt économique général, qui ne s'exercent pas à proprement parler sur le marché, des activités marchandes. En conséquence, cette situation favorise les comportements volontairement – voire involontairement – anticoncurrentiels des personnes publiques qui peuvent gérer leurs activités marchandes comme des activités exorbitantes du droit commun

¹⁰⁰⁶ Cf. not. les définitions du service d'intérêt économique général données par la Commission européenne dans le cadre du paquet « Almunia » : Com. eur, déc. 2012/21/UE du 21 décembre 2011 concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public – Com eur., communication 2012/C 08/03 du 20 décembre 2011 relatif à l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public – Com. eur. Communication 2012/C 8/02 du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général.

¹⁰⁰⁷ En droit européen, cette liberté de choix découle de l'art. 345 du TFUE. Elle est consacrée par le juge européen : « une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services [...] ; elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques » : CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle*, AJDA 2005, p. 898, note Rolin (qui ne comprenait que la première partie de la citation) – CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale* : AJDA 2008, p. 2336, chr. Broussy, Donnat et Lambert – CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* : AJDA 2009.1717, note Dreyfus et Rodrigues. La liberté de choix du mode de gestion du service public est clairement consacrée par le juge administratif : CE, 18 mars 1988, n° 57893, *Loupias* : Rec. 668, DA 1998, comm. n° 239 (« il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration d'une part en écartant [pour l'exploitation du service communal de l'eau et de l'assainissement] l'exploitation en régie directe au profit de l'affermage, et d'autre part en choisissant comme fermier la société d'aménagement urbain et rural »).

630. Ce problème est d'autant plus important, qu'en France, l'administration a un rôle majeur dans l'encadrement du service public. Ce rôle peut avoir un impact sur l'activité concurrentielle par l'intermédiaire de l'organisation du service public (A) ou de l'appui au service public (B).

A. L'organisation du service public

631. Pour faciliter la compréhension, nous allons distinguer les activités de service public des activités de service marchand. Toutefois, il est important de préciser à nouveau que les activités de service marchand des personnes publiques constituent, en réalité, des activités de service public – dans son acception française –.

632. Cette distinction nous permettra de comprendre les difficultés que soulèvent les activités des prestataires publics de service marchand. En effet, les activités de service public reposent sur des valeurs (1) et impliquent des pouvoirs de l'administration (2) qui ne doivent pas être confondus avec ceux des activités marchandes.

1. La confusion des valeurs

633. Messieurs Bernard Stirn et Yann Aguila font référence aux « *valeurs du service public* » dans leur ouvrage *Droit public français et européen*¹⁰⁰⁸. Cette notion qui s'appuie une vision renouvelée des lois du service public – théorisées avec le succès qu'on sait par le Professeur Louis Rolland¹⁰⁰⁹ – est doublement intéressante à utiliser dans le cadre de notre propos. En effet, la notion de « valeur » admet plusieurs acceptions dont deux d'entre elles permettront de comprendre le risque de confusion des rôles de l'administration. On peut tout d'abord mesurer la « valeur » d'une chose, la plupart du temps, pour en déterminer le prix. On peut ensuite, estimer la « valeur » d'une chose ou d'une personne en fonction de ses « *qualités intrinsèques* »¹⁰¹⁰, qui la rendent « *digne d'estime* »¹⁰¹¹.

634. Si l'on s'appuie sur ces deux définitions, on va rapidement s'apercevoir de la différence des « valeurs » entre l'activité de service public et l'activité de service (public) marchand¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 441 et s.

¹⁰⁰⁹ L. Rolland, *Précis de droit administratif*, 11^{ème} éd., 1957, Dalloz, p. 18 et s.

¹⁰¹⁰ Cf. CNRTL s. v. « valeur »

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Sur ce sujet cf. not. M. Bazex, « La concurrence et le service public industriel et commercial », CCC n° 7, Juillet 2007, comm. 176.

635. En principe, tous les services publics sont soumis aux mêmes « valeurs » ou « lois » du service public : l'égalité¹⁰¹³, la continuité¹⁰¹⁴, l'adaptation¹⁰¹⁵ et la neutralité¹⁰¹⁶. Elles ont progressivement émergé et imprégné la jurisprudence et la législation française et s'imposent donc à tous les services publics qu'ils soient assurés ou assumés (par le biais d'une délégation de service public ou d'un marché public de service public) par la personne publique.

636. Cependant, les activités marchandes de l'administration s'accommodent mal de ce cadre. Le marché est un espace au sein duquel des entités concurrentes satisfont des besoins (de travaux, de services, de fourniture) selon une logique de compétition économique qui repose notamment sur la qualité et le prix de leurs offres. On le pressent, les valeurs du service public s'accordent mal aux valeurs du marché.

637. Ainsi, le principe d'égalité s'accommode difficilement de la notion de « prix ». Les activités de service marchand ne peuvent pas être financées par l'impôt, un tel mode de financement serait contraire aux règles de la concurrence, par contre, comme tout service public (dans la mesure où le juge les considère comme tel)¹⁰¹⁷, elles ont pour contrepartie le versement par les usagers de redevances pour services rendus¹⁰¹⁸ et, à cet égard, la situation contractuelle

¹⁰¹³ Cf. not. CE, Sect., 19 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire* : Rec. 151 ; Dr. soc., 1951.168, concl. Letourneur, note Rivero ; S. 1951.3.81, note CH ; GAJA 19^{ème} éd., n° 63 (principe général du droit) – Cons. const., déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 relative à la loi sur les ouvrages d'art : Pouvoirs, 1979, n° 11, p. 186, note Avril, Gicquel ; RDP, 1979.1691, note Favoreu (principe constitutionnel).

¹⁰¹⁴ Cf. not. CE, Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene* : Rec. 426 ; RDP 1950.691, concl. Gazier, note Waline ; JCP 1950.II.5681, concl. ; RA 1950.336, concl., et note Liet-Veaux ; Dr. soc. 1950.317, concl. ; S. 1950.3.109, note J.D.V. ; D. 1950.538, note Gervais (principe général du droit) – Cons. const., déc. n° 79-105 du 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision : JCP 1981.II.19547, note Beguin ; RD pub. 1979.1705, note Favoreu ; D. 1980.333, note Hamon ; AJDA 1980.191, note Legrand ; Pouvoirs, 1979, n° 11, p. 196, note Avril et Gicquel ; D. 1980.101, note Paillet ; Dr. soc., 1980, n° 1, p. 7, note Leymarie (principe constitutionnel).

¹⁰¹⁵ Cf. not. CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* : Rec. 5 ; S. 1902.3.17, note Hauriou – CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* : Rec. 216, D. 1912.3.49, concl. Blum ; S. 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou ; RDP 1910.270, note Jèze.

¹⁰¹⁶ Ce principe est le corollaire du principe d'égalité : cf. not. Cons. const., n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom : JCP, 1996.I.3965, note Boiteau ; RA, 1996.510, note Esplugas ; RFDC, 1996.832, note Melin-Soucramanien ; LPA 11 juin 1997, n° 70, p. 19, note Verpeaux (principe constitutionnel). Concernant la neutralité des agents du service public, cf. not. CE, Ass. 21 octobre 1988, n° 78462, *Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public*, RFDA 1989.124, concl. Faugères ; AJDA 1988.717, chron. Azibert et Boisdeffre. Concernant la neutralité des usagers du service public, cf. not. CE, 8 novembre 1985, n° 55594, *Rudent* : Rec. 316 ; AJDA 1985.712, chron. Hubac et Azibert ; RFDA 1986.630 concl. Laroque.

¹⁰¹⁷ Cf. *supra* n° 621 et s.

¹⁰¹⁸ La définition jurisprudentielle de la redevance pour service rendu a évolué. Ainsi en 1958 le Conseil d'État définissait cette notion comme la « redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage » (CE, Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens : Rec. p. 578). En 2007, le conseil a actualisé et adapté la notion en la définissant comme la « redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service » (CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 293229 et 293254, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice*

(pour les services publics industriels et commerciaux) ou réglementaire (pour les services publics administratifs) de l'utilisateur importent peu.

638. La qualification de « redevance pour service rendu » s'applique quel que soit le terme employé pour qualifier la contrepartie au service : ainsi, il n'est pas rare que les termes de « prix » (dans le cadre des services publics industriels et commerciaux), de « tarif » (dans le cas spécifique d'un prix « *appliqué à une catégorie d'utilisateurs pour une prestation déterminée, généralement déterminé de manière unilatérale et sous la forme d'un barème préétabli et publié* »¹⁰¹⁹) ou de « péage » (pour désigner les « redevances » relatives à l'utilisation d'un ouvrage public routier) soient utilisés.

639. Or, la spécificité de la redevance pour service rendu est doublement inadaptée au jeu de la concurrence.

640. En premier lieu, le juge administratif impose, en principe, que la redevance soit exactement proportionnée au service rendu en vertu du principe d'équivalence¹⁰²⁰. Plus exactement, il dispose que « *les tarifs des services publics à caractère industriel et commercial qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux utilisateurs en vue de couvrir les charges du service, doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux utilisateurs* »¹⁰²¹. Autrement dit, la redevance fixée devra correspondre aux coûts du service. Or, une telle règle peut avoir deux conséquences sur les interventions marchandes des personnes publiques. D'une part, elle ne permet pas aux prestataires publics de service marchand de dégager des bénéfices, or de tels bénéfices sont notamment nécessaires pour investir et donc accroître la qualité du service marchand et par conséquent conforter la place de la personne publique sur le marché. D'autre part, elle est à l'origine du risque que la redevance fixée par la personne publique soit inférieure à ses coûts et donc que le prix du service marchand de la personne publique ait un effet anticoncurrentiel.

641. La jurisprudence a progressivement atténué ce problème. Tout d'abord, le juge administratif a aménagé sa jurisprudence traditionnelle et permet aujourd'hui que la personne

et esthétique : Rec. 349 ; RJEJ novembre 2007, n° 647, concl. Devys ; DA 2007, comm. 128, obs. Bazex et Blazy ; AJDA 2007.1807, obs. Boucher et Bourgeois-Machureau ; RLCT 2007/28, n° 806, obs. Tenailleau.

¹⁰¹⁹ Guide de légistique, 5.2.8. Créer, modifier ou supprimer une redevance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

¹⁰²⁰ Cf. not. CE, 31 juillet 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société gaz électricité de Grenoble, (GEC)* : AJDA 2009.1522, CMP 2009, comm. 331, note Eckert. Sur ce sujet, cf. not. M. Long, « La tarification des services publics locaux », LGDJ, coll. « Systèmes », 2001, p. 53 – R. Hertzog, « Le prix du service public », AJDA 1997.

¹⁰²¹ CE, 30 décembre 1996, n° 156176, *Société Stéphanoise des eaux* : Rec. 335, RFDA 1996.123 ; DA 1996, comm. n° 557, note Devès.

puisse ajouter une marge à son prix quand elle rend un service marchand¹⁰²², d'ailleurs, il n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du montant de la redevance¹⁰²³. Enfin, le juge constitutionnel a, lui aussi, une conception souple du principe d'équivalence¹⁰²⁴.

642. En second lieu, le principe d'égalité interdit, en principe, les tarifs discriminatoires. Ce principe est difficilement conciliable avec les pratiques commerciales, notamment dans le domaine des services, qui tendent à favoriser le recours à la différenciation par les prix¹⁰²⁵ (par exemple à travers les pratiques de modulation tarifaire en temps réel appelées *yield management*). Il est aussi difficilement compatible avec le souci des personnes publiques dans le cadre de l'organisation des services publics « *de proposer des tarifs aussi proches que possible des attentes et de la situation sociale de leurs clientèle* »¹⁰²⁶. Le juge administratif a progressivement pris en compte ces différents impératifs en acceptant la modulation des redevances aux usagers d'un même service ou d'un ouvrage public à la condition que le traitement différencié, dans le cadre de jurisprudence classique relative à l'égalité des usagers devant le service public *Denoyer et Chorques*¹⁰²⁷, soit la conséquence nécessaire d'une loi ou qu'il se justifie, soit par des différences de situation appréciables entre les usagers¹⁰²⁸, soit par

¹⁰²² Cf. not. CE, Ass., 10 juillet 1996, n° 168702, *Direct Mail Promotion et autres* (rémunération des droits de propriété intellectuelle) – CE, 21 mars 2003, n° 189191, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux* : RLDA 2003/61, n° 3858, obs. Demunck (marge intégrée au prix justifiée par le caractère facultatif du service public et le caractère concurrentiel du marché sur lequel il intervient). Aujourd'hui le juge va même encore plus loin et facilite la valorisation du service public en considérant que « *le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire* » : cf. CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 293229 et 293254, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique* : préc. – CE, 7 octobre 2009, n° 309499, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*.

¹⁰²³ CE, 17 novembre 1978, n° 00262, *Société Établissements Geismann frères* : Rec. 447 – CE, 2 novembre 1987, n° 57051, *Mansier* : Rec. 341 – CE, 29 mai 2009, n° 318071, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique et autre et syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine* : Rec. 737. Sauf pour les tarifs dont les prix doivent obligatoirement être orientés vers les coûts – comme les tarifs régulés – dans ce cas le contrôle est normal : cf. not. CE, 23 avril 2003, n° 2330063, *France Télécom* : Rec.175.

¹⁰²⁴ Par exemple, dans le cas de la fixation des redevances aéroportuaires, cf. not. Cons. const., déc. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports : AJDA 2005.862, note Brondel ; LPA 6 mai 2005, n° 5, p. 5, note Schoettl ; DA, 2005, n° 6, p. 12, note Fraisse ; AJDA 2005.1835, note Brisso ; AJDA 2006.178, note Fatôme.

¹⁰²⁵ Sur la question de la « clientélisation » de l'utilisateur du service public industriel et commercial (voire du service public tout court), cf. H. Pauliat, « Usager, client, consommateur du SPIC local », in *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* (dir. J.-B. Auby et S. Braconnier), LGDJ, 2003, p. 81 – C. Barbier, « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? », JCP G 1995, I, n° 3816 - F. Bondil, « Service public, service privé, usager et client, un contrat en mutation ? », RFFP 2012/4, p. 7.

¹⁰²⁶ S. Braconnier, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., PUF, 2007, p. 320.

¹⁰²⁷ CE, Sect., 10 mai 1974, n° 88032, *Denoyez et Chorques* : Rec. 274 ; D. 1975.393, note Tedeschi ; AJDA 1974.298, chron. Franc et Boyon ; RDP 1974.467, note Waline ; RA 1974.440, note Moderne (différence des tarifs des bacs en fonction du lieu de résidence des usagers).

¹⁰²⁸ Par exemple, concernant, une école de musique (service public administratif et facultatif) : CE, Sect., 29 décembre 1997, n° 157425, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre* : Rec. 499, RFDA 1998.539,

des considération d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage¹⁰²⁹. De cette jurisprudence prolifique on peut retirer trois principaux traits communs. En premier lieu, le juge admet plus facilement que des critères sociaux ou géographiques justifient une tarification différenciée que des critères commerciaux. Dans ce dernier cas, la tarification devra se justifier par la nécessité d'harmoniser l'utilisation de l'ouvrage ou du service, notamment en fonction des heures et des dates, afin d'éviter toute congestion¹⁰³⁰ ou encore, plus exceptionnellement, par le souci d'assurer une rentabilité du service en établissant une politique tarifaire attractive à destination de certaines catégories d'usagers¹⁰³¹. En deuxième lieu, le juge administratif admet plus facilement la modulation des tarifs quand sont concernés des services publics à caractère administratif et facultatifs¹⁰³². En troisième lieu, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité poussée et vérifie, d'une part, l'existence d'une justification (différences objectives de situation, intérêt général) à la mise en œuvre d'une politique tarifaire différenciée et, d'autre part, l'adéquation entre l'importance de la différenciation tarifaire au regard de la différence de situation des usagers ou de l'intérêt général¹⁰³³.

643. On le voit bien, les principes encadrant l'établissement des redevances pour service rendu est un frein pour le déploiement des activités concurrentielles car s'ils n'interdisent pas la prise en compte de certains impératifs sociaux ou commerciaux dans la constitution des prix, ils imposent toutefois une sujétion plus importante aux prestataires publics. Or, le prix est un

concl. Stahl, AJDA 1998.102, chr. Girardot et Raynaud (« *qu'en égard à l'intérêt général qui s'attache à ce qu'un conservatoire de musique, qui constitue un service public municipal à caractère administratif, puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières, un conseil municipal peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles, dès lors notamment que les droits les plus élevés restent inférieurs au coût par élève du fonctionnement de l'école* »). Plus largement, cf. not., pour un recensement complet, L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 302.

¹⁰²⁹ CE, 13 octobre 1999, n° 193195, *Compagnie Air France* : Rec. 303 (s'agissant de la fixation par Aéroports de Paris du montant des redevances d'atterrissage des avions cargos). Le juge admet sur le principe la possibilité de moduler les tarifs mais en l'espèce considère que « *les modalités de modulation de ces redevances [...] induisent des écarts de charges entre les compagnies concernées au regard du service rendu, qui, en raison de leur ampleur, ne peuvent être regardées comme limitées à ce que permettait, eu égard aux exigences du principe d'égalité, la prise en compte des considérations d'intérêt général invoquées* ».

¹⁰³⁰ Cf. not. CE, 28 février 1996, n° 150520, *Association FO consommateurs* (à propos des tarifs de la SNCF afin de favoriser la fluidité du trafic).

¹⁰³¹ Cf. not. CE, 13 octobre 1999, n° 193195, *Compagnie Air France* (à propos des redevances d'atterrissage des avions cargos afin de favoriser le « *développement des aéroports parisiens comme plate-forme de fret international et à un élargissement de l'offre de fret aérien au départ de ces aéroports* »)

¹⁰³² D'autant que le législateur a lui-même clairement précisé que « *Les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer* » : art. 147 de la L. n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (JO n° 175 du 31 juillet 1998, p. 11679).

¹⁰³³ Cf. not. CE, 28 février 1996, n° 163528, *Établissement public du musée du Louvre* : Rec. 695.

élément essentiel du marché. Son encadrement peut modifier le comportement des prestataires publics et augmente le risque qu'ils commettent des pratiques anticoncurrentielles (notamment en établissements des prix « prédateurs » ou « abusivement bas »). Autrement dit, la détermination du « juste » prix du service public entre en collision avec la logique du prix « compétitif » sur le marché.

644. On retrouve la même difficulté pour concilier le principe de continuité du service public avec la logique du marché. Certes, le principe de continuité des services publics ne trouve pas à s'appliquer avec la même force selon les services publics en cause et le législateur et l'administration ont, en réalité, une marge de manœuvre pour encadrer leurs organisations. Toutefois, comme le note la Professeure Michèle Voisset, l'immixtion du droit de la concurrence a pu produire « *certaines effets pervers* »¹⁰³⁴ sur la consistance même du principe. La Professeure pose ainsi plusieurs questions fondamentales : « *Comment concilier, au-delà du service universel, les principes traditionnels et la logique économique pouvant conduire à l'abandon des secteurs non rentables ? De même, comment maintenir et améliorer la cohésion sociale et territoriale lorsque certaines zones géographiques inaccessibles représentent un coût particulièrement élevé pour le gestionnaire de l'activité ?* »¹⁰³⁵. Or, la logique du marché entre en collision avec les valeurs du service public quand sont abandonnés des services non rentables.

645. L'ensemble de ces constats appelle à une redéfinition urgente de la notion française de service public. En effet, l'imprégnation de logique du marché n'a pas eu que des « effets pervers » et a ainsi permis de compléter les valeurs du service public avec l'émergence du souci de qualité du service public et ses déclinaisons – transparence des informations publiques, accueil et respect des usagers, engagement et déontologie des agents publics – elle questionne également la pertinence, voire la persistance des valeurs traditionnelles du service public, dont la modularité de l'application diminue l'importance et interroge enfin sur la capacité des personnes publiques à pouvoir assumer de front des activités de service public et des activités concurrentielles tant elles relèvent « *d'un double système de référence, ce traitement "asymétrique" par rapport aux autres acteurs opérant sur le marché ne laissant pas de faire problème au regard des principes de l'économie de marché* »¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ M. Voisset, « Le service public autrement. Des effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », RFDA 1995, p. 304.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ M. Bazex, « La concurrence et le service public industriel et commercial », CCC 2007, n° 7, comm. 176.

646. Seule une séparation claire des activités de service public et des activités concurrentielles permettrait aux personnes publiques, d'une part, de redonner une réelle consistance aux valeurs du service public et de revenir sur la modularité actuelle de leurs applications et, d'autre part, d'assurer des activités concurrentielles selon une vraie logique marchande, autrement dit, à leur juste valeur.

2. *La confusion des pouvoirs*

647. L'administration dispose d'un certain nombre de pouvoirs dans le cadre de l'organisation du service public, notamment pour en assurer la continuité. Elle peut ainsi venir limiter le droit de grève. On sait en effet que si droit est reconnu aux agents publics depuis l'arrêt *Dehaene* de 1950, sur le fondement du préambule de la Constitution de 1946, il doit toutefois être concilié avec le principe de continuité du service public¹⁰³⁷.

648. Ainsi, à défaut de législation, l'administration peut venir régler de manière générale ou ponctuelle le droit de grève. En principe, ce pouvoir appartient au gouvernement. Toutefois, à défaut de réglementation ou dans le cadre de ces réglementations, les chefs de services sont compétents pour déterminer la nature et l'étendue des limitations « *en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* »¹⁰³⁸. Alors, aux termes de l'arrêt du Conseil d'État du 17 mars 1997 *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière* : « *en l'état de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir la nature et l'étendue desdites limites pour les agents desdits services ; toutefois, les principes rappelés ci-dessus ne font pas obstacle à ce que les organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, d'une part, définissent les domaines dans lesquels la sécurité doit être assurée en toutes circonstances ainsi que les fonctions nécessaires pour assurer cette sécurité, d'autre part, déterminent les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif*

¹⁰³⁷ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* : Rec. 426 ; RDP, 1950.691, concl. Gazier, note Waline ; JCP 1950.II.5681, concl. ; RA 1950.366, concl., note Liet-Veaux ; Dr. soc. 1950.317, concl. Gazier ; S. 1950.3.109, note J.V.D ; D. 1950.538, note Gervais.

¹⁰³⁸ CE, Ass. 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots* : Rec. 484 ; RDP 1964.1210, concl. Bertrand ; JCP 1956.II.14721, note Belorgey ; AJDA 1964.682, chron. Puybasset et Puissochet ; RDP 1965.700, note Waline – CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôleurs radio-électriques* : Rec. 80 ; D. 1966.720, note Gilli ; JCP 1966. II. 14802, note Debbasch ; RDP 1966.324 et CJEG 1966.J.121, concl. Bertrand.

ou contraire aux nécessités de l'ordre public »¹⁰³⁹. Plus largement encore, le Conseil d'État dans son arrêt du 12 avril 2012, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*¹⁰⁴⁰, a pu reconnaître un pouvoir de limitation du droit de grève à l' « autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public », c'est-à-dire, non seulement aux organes chargés de la direction d'un établissement public mais également à ceux d'un organisme de droit privé responsable d'un service public.

649. La lecture croisée de ces deux arrêts peut susciter deux remarques.

650. En premier lieu, en reconnaissant à l' « autorité responsable du bon fonctionnement d'un service public » le pouvoir de venir règlementer le droit de grève, le Conseil d'État assouplit encore un peu plus, et peut être dangereusement, la jurisprudence *Dehaene*. En effet, cette notion peut être comprise très largement si l'on considère qu'une personne publique ou privée gérant un service public en vertu d'une délégation de service public est responsable du fonctionnement de ce service. En réalité, il semblerait que cette notion doive être entendue dans une acception plus stricte. Ainsi, c'est au cas par cas que le juge administratif apprécierait la qualité d' « autorité responsable du bon fonctionnement d'un service public » en s'appuyant sur les attributions légales dont elle dispose notamment du point de vue « *des pouvoirs généraux d'organisation des services* » qui lui sont attribués. Pourraient ainsi être au nombre de ces autorités les anciens opérateurs historiques de réseaux (EDF, GDF, France Télécom, La Poste, la SNCF et la RATP) qui assurent une mission de service universel¹⁰⁴¹. Plus largement encore, la question pourrait légitimement se poser de savoir si un tel pouvoir de limitation du droit de grève ne devrait pas ressortir de la compétence du délégataire, finalement responsable de la continuité du service public. Ainsi, « *il n'apparaîtrait [...] pas illogique que ce soit aux organes dirigeants de la personne gestionnaire de diriger leur personnel et de fixer à leur égard les règles nécessaires au bon accomplissement du service, y compris en ce qu'elles pourraient avoir de*

¹⁰³⁹ CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière* : AJDA 1997.553, note Bellanger et Darcy.

¹⁰⁴⁰ CE, Ass., 12 avril 2013, n° 329570, 329683, 330539, 330847, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines* : RFDA 2013.637, concl. Aladjidi, et 669, chron. Roblot-Troisier ; AJDA 2013.1052, chron. Domino et Bretonneau ; DA 2013, n° 59, note Éveillard.

¹⁰⁴¹ Sachant comme le rappelle les Professeurs Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, « *le service universel est un mode particulier de prestation d'un service d'intérêt économique général essentiellement caractérisé par "l'accès de chacun à certains services jugés essentiels, la couverture de l'ensemble du territoire, la spécification d'un niveau de qualité et enfin la notion de prix abordable"* » : *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », n° 140 et l'avis cité du Conseil de la concurrence (Cons. conc., avis n° 05-A-08 du 31 mars 2005 relatif à une demande d'avis de la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base).

contraire aux dispositions du Code du travail lorsque ces dernières sont impuissantes à assurer le fonctionnement des services publics »¹⁰⁴².

651. Pour autant, il nous semble que c'est en réalité la « brèche » ouverte par le Conseil d'État qui doit être contestée. Car, la responsabilité d'un service public appartient, *in fine*, à la personne publique qui la délègue (contractuellement ou unilatéralement). Or, en confiant un pouvoir aussi important que la limitation du droit de grève sans définir précisément le périmètre des autorités qui peuvent l'exercer, le Conseil d'État reste au milieu du gué et se résigne, une nouvelle fois, à combler la carence de l'administration à exercer « sa » responsabilité.

652. D'autant, qu'en second lieu, la coexistence d'activités de service public et d'activités concurrentielles s'acclimate mal d'un tel pouvoir. Certes, le pouvoir des « autorités responsables du fonctionnement du service public » n'est pas sans bornes et les mesures générales et ponctuelles qu'elles prennent doivent concilier le respect du droit de grève et l'impératif de continuité du service public – conciliation qui « *varie selon les services, les circonstances de temps et de lieux et le statut du personnel* »¹⁰⁴³ et qui est appréciée avec rigueur par le juge administratif –. Toutefois, ce pouvoir modifie largement les rapports sociaux au sein de l'entreprise à statut de droit public ou privé et peut utilement servir de moyen de pression à l'égard des agents publics normalement dédiés aux activités concurrentielles. Une telle faculté ferait assurément le bonheur de plus d'un entrepreneur privé.

653. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, la réglementation du droit de grève tend à laisser aujourd'hui une plus large place à la prévisibilité qu'à la contrainte dans les secteurs concurrentiels, comme, par exemple, dans le domaine des transports aériens¹⁰⁴⁴ – à tel point d'ailleurs, que le chiffre d'affaire d'Air France, à la suite d'une grève de 14 jours des pilotes en septembre 2014, a été réduit de 416 millions d'euros (- 6,7%)¹⁰⁴⁵ –. Il est d'ailleurs sur ce point

¹⁰⁴² G. Éveillard, « La réglementation du droit de grève par les personnes privées chargées de la gestion d'un service public », DA 2013, n° 7, comm. 59.

¹⁰⁴³ N. Foulquier, « Le service public », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, p. 99.

¹⁰⁴⁴ Cf. L. n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers (JO n° 0068 du 20 mars 2012, p. 5026). Cette loi s'inscrit dans la ligne de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (loi dont les dispositions ont été abrogée et insérées dans le Code des transports) ; cependant « *son objet n'est [...] pas, comme ce qu'à fait la loi de 2007, de créer un "service minimum" du transport aérien, une telle formule susceptible de conduire à des réquisitions de personnels étant tout à fait inenvisageable dans un secteur très largement marqué par la logique concurrentielle, mais plus modestement, d'améliorer la prévisibilité du service fourni en cas de grève* » : Ph. Terneyre, *Grève dans les services publics*, Rép. dr. trav., 2015, n° 245

¹⁰⁴⁵ Communiqué de Air France-KLM du 29 octobre 2014 (<http://www.airfranceklm.com>).

assez cocasse de noter que les plus farouches défenseurs de la cause concurrentielle sont aussi les plus critiques à l'égard du droit de grève dans les transports, oubliant, un peu rapidement, qu'un pouvoir trop important de limitation du droit de grève conférerait à l'opérateur de service public qui l'exerce, un avantage contraire au jeu de la concurrence (sauf à donner à l'ensemble des concurrents sur le marché un tel pouvoir, ce qui serait directement contraire aux exigences constitutionnelles et, selon nous, au « sens commun »).

B. L'appui au service public

654. L'administration peut soutenir l'activité de service public exercée par les personnes publiques ou les personnes privées. Bien évidemment, ce soutien peut être contraire au droit de la concurrence si l'administration utilise ce pouvoir pour favoriser son activité concurrentielle voire empêcher la concurrence. Le risque de confusion entre l'appui au service public et l'appui à l'activité concurrentielle est renforcé quand sont concernées des initiatives publiques. C'est ce que nous verrons à travers deux exemples : l'octroi de droits exclusifs (1) et l'octroi d'aides publiques (2).

1. L'octroi de droits exclusifs

655. « *L'effectivité d'une liberté est garantie par l'élimination des obstacles qui y portent atteinte* »¹⁰⁴⁶. Dans ce sillage, la libre prestation de service et la liberté d'entreprendre ne peuvent être garanties qu'en supprimant les monopoles ou les droits exclusifs qui viennent porter atteinte à la structure même du marché. Cependant, des motifs d'intérêt général peuvent justifier un tel octroi. C'est pourquoi l'État reste compétent pour instituer des monopoles et des droits exclusifs.

656. Le TFUE opère la distinction entre les notions de « monopole »¹⁰⁴⁷ et de « droit exclusif »¹⁰⁴⁸ En réalité, comme le relève la Professeure Sophie Nicinski, « *a priori, il existe une proximité certaine entre les notions de droit exclusif et de monopole, voire une*

¹⁰⁴⁶ L. Truchot, *in Commentaire article par article des traités UE et CE* (dir. P. Léger), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 385.

¹⁰⁴⁷ Cf. art. 37 du TFUE (ex-art. 31 TCE) : « 1. Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres ».

¹⁰⁴⁸ Cf. art. 106 du TFUE (ex-art. 86 TCE) : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. »

superposition quasi parfaite »¹⁰⁴⁹. La distinction est ténue, c'est la détention d'un ou plusieurs droits exclusifs qui conduit à une situation monopolistique¹⁰⁵⁰. Il peut cependant exister des droits exclusifs sans monopole, par exemple, pour l'usage exclusif de certains actifs matériels (notamment les infrastructures – réseaux, ports, embarcadères, laboratoires etc.) ou pour l'autorisation exclusive d'exploiter certains actifs immatériels (données publiques, base de clientèle, phénomènes naturels etc.)¹⁰⁵¹. Le deuxième élément de différenciation entre les deux notions tient à la compétence. Ainsi, en France, seul le législateur est compétent pour instituer des monopoles¹⁰⁵². Revient cependant au pouvoir réglementaire la possibilité d'instituer des droits exclusifs¹⁰⁵³.

657. Nous allons nous intéresser spécifiquement à l'octroi de droits exclusifs¹⁰⁵⁴. Ils peuvent être attribués à une personne publique ou à une personne privée en charge d'un service public économique (service d'intérêt économique général). La directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006, plus communément appelée « directive transparence », définit la notion de « *droits exclusifs* » comme « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* »¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 222.

¹⁰⁵⁰ Cf. CJCE, 21 mars 1972, aff. C-82/71, *SAIL* : Rec. 119 – CJCE, 3 février 1976, aff. C-59/75, *Manghera* : Rec. 91 – CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-Bas*.

¹⁰⁵¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, , n° 222.

¹⁰⁵² CE, Sect., 9 octobre 1981, n° 11151, *CCI de Toulon et du Var* : Rec. 366 ; AJDA 1981.579, chron. Tiberghien et Lasserre – Cons. const., QPC n° 2010-102 du 11 février 2011 : DA 2011, comm. 49, note Hoepffner.

¹⁰⁵³ CE, 19 février 1996, *Syndicat des fabricants de mobiliers de bureaux et d'ateliers, sièges et systèmes d'organisation* : Rec. t. 677, RD imm. 1996.206, obs. Llorens et Terneyre – CE, 27 juillet 2001, n° 218067, *CAMIF* : BJCP 2001, n° 19, p. 497, note Schwartz ; RFD adm., 2001, p. 112 note Llorens – CE, 27 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique* : Rec. 20 ; RJEP 2007.265, concl. Boulouis ; AJDA 2007.744, note Nicinski.

¹⁰⁵⁴ Les autorités et juges de la concurrence font parfois référence à la notion de « droits spéciaux » que l'art. 2 g) de la Dir. définit comme « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné* ». Toutefois la Cour de justice considère depuis longtemps que ces deux notions « *doivent être comprise, de manière générale, comme des droit qui sont conférés par des autorités d'un État membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires et qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises d'établir ou d'exploiter des réseaux de télécommunication ou de fournir des services de télécommunication sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalente* » : CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-302/94, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry* : Rec. I-06417.

¹⁰⁵⁵ Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17 novembre 2006, p. 17). Cette directive remplace la Dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75), qui remplaçait la Dir. 80/723/CEE du 25 juin 1980 (JO L 195 du 29.7.1980, p. 35).

658. En principe, l'octroi de droits exclusifs n'est pas incompatible avec le droit européen bien qu'il soit conditionné par l'article 106§1 du TFUE qui dispose que « *les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ». En réalité, la lecture nécessairement combinée¹⁰⁵⁶ de l'article 106§1 avec les dispositions du traité relatives aux règles de concurrence, à la libre prestation de service, à la liberté d'entreprendre et à la liberté de circulation des marchandises, des services et des capitaux a pu utilement servir au juge de l'Union européenne pour l'encadrement de l'octroi de droits exclusifs.

659. Pourtant, les débuts ne furent pas fastes. Après avoir été longtemps laissé à l'abandon, l'article 106§1 ne trouva d'abord à s'appliquer que pour l'exercice (et pas l'existence) des droits exclusifs. La position avait été donnée par l'arrêt *Sacchi* du 30 avril 1974 pour qui « *l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise de l'article 90 [actuel article 106], des droits exclusifs ou l'extension de ces droits, consécutive à une intervention de cet État n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 du traité [actuel article 102 du TFUE]* »¹⁰⁵⁷. Si l'existence de droits exclusifs ne pouvait pas être sanctionnée, pour autant, l'exercice de ces droits était, lui, subordonné au respect des règles communautaires. Autrement dit, c'est l'utilisation contraire aux règles du traité de ces droits exclusifs qui était sanctionnée et pas leur existence même.

660. Le renforcement du contrôle s'effectue après un arrêt du 19 mars 1991. La CJUE va donner une vision finaliste à ces dispositions, dans le sens de la préservation du marché intérieur, en considérant que même si l'article 106 « *présuppose l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux et exclusifs, il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux et exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité. Cela dépend des différentes règles auxquelles l'article 90§1 [actuel article 106§1] renvoie* »¹⁰⁵⁸. Selon le Professeur Robert Kovar « *la signification essentielle de cette jurisprudence est d'avoir*

¹⁰⁵⁶ Cf. not. CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT* : Rec. I-2925 ; CCC 1991, comm. N° 224, obs. Vogel – CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova* : Rec. I-5889 – CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-323/93, *Centre d'insémination* : Rec. I-5077 ; CCC 1995, comm. n° 14, note Vogel – CJCE, 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* : Rec. I-2941 – CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* : Rec. I-2999 ; AJDA 2007, p. 1125.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 30 avril 1974, aff. C-155/73, *Sacchi* : Rec. 409.

¹⁰⁵⁸ CJCE, 19 mars 1991, aff. 202/88, *République Française c. Commission*, pt 35 : Rec. I-1223 ; AJDA 1991, p. 538, note Le Mire.

transformé l'article 86§1 [actuel article 106§1] du traité en une norme comportementale obligeant les États à se conformer aux règles du traité dans leurs relations avec les entreprises publiques et celles qu'ils dotent de droits exclusifs ou spéciaux et qui affecte aussi, en cas de besoin, l'existence de ces droits »¹⁰⁵⁹.

661. Aujourd'hui, le contrôle des droits exclusifs a atteint son plein potentiel. La CJUE a clairement bâti une politique jurisprudentielle sur le socle de l'article 106§1 du TFUE. Tout d'abord, le champ d'application de l'article 106§1 est très large. La CJUE considère comme des entreprises publiques toutes les « *entités sur lesquelles l'autorité publique exerce directement une activité économique en régie* »¹⁰⁶⁰ ou « *les entités sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent avoir une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »¹⁰⁶¹. En outre, le juge de l'Union européenne a une appréciation souple des « *mesures contraires aux règles du traité* ». Par le prisme d'une interprétation téléologique, il considère que cette notion couvre « *aussi bien des actes juridiquement obligatoires que des recommandations, des instructions sans force contraignante, des incitations et même des comportements de fait* »¹⁰⁶². Enfin, l'application combinée de l'article 106§1 à l'article 102 du TFUE relatif aux abus de position dominante a été particulièrement efficace dans la mesure où c'est l'existence même des droits exclusifs qui peut aujourd'hui être sanctionnée¹⁰⁶³. En effet, en dépit de la logique de l'article 102 du TFUE selon laquelle c'est l'exercice abusif d'une position dominante et pas la position dominante qui est prohibée, la Haute juridiction de l'Union européenne a posé le principe qu'un État membre enfreint les prescription des articles 90§1 et 86 s'il attribue des droits exclusifs qui conduisent nécessairement à un abus¹⁰⁶⁴. Cette jurisprudence audacieuse a été qualifiée de « *théorie de l'abus automatique de position dominante* »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹ R. Kovar, *Les monopoles publics*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2006, n° 156.

¹⁰⁶⁰ CJCE, 16 juin 1987, aff. 188/85, *Commission c. Italie* : Rec. 2599.

¹⁰⁶¹ Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (préc.) : cette directive présume l'influence dominante des pouvoirs publics sur l'entreprise lorsque, directement ou indirectement, ceux-ci « *i) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou ii) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou iii) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* » (art. 2-b).

¹⁰⁶² R. Kovar, *Les monopoles publics*, préc., n° 141.

¹⁰⁶³ Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 : Rec. 1979 – CJCE, 23 avril 1991, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli SpA* : Rec. I-5889.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.* Adde A. W. Van der Woude, « Article 90, Competing for compétence », *European Law Review*, 1991.

¹⁰⁶⁵ Théorie si bien assimilée par le juge administratif qu'il lui a fait l'honneur de ses toutes premières décisions en matière de droit de la concurrence : CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance* : Rec. 441 ; AJDA 1997.442, chron. Chauvaux et Girardot – CE, Section, 3 novembre 1997, *Société Millions et Marais* :

662. Il est donc clair qu'on assiste à une « objectivisation » de la jurisprudence de l'Union européenne. Désormais ce n'est plus le seul exercice d'un droit exclusif qui est sanctionné, mais bien son existence même. Il est d'ailleurs de la responsabilité de l'État, en vertu de l'obligation de coopération loyale, posée par l'article 4 du Traité sur l'Union européenne au terme duquel « *Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* », de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises¹⁰⁶⁶.

663. L'attribution de droits exclusifs, dès lors qu'elle conduit automatiquement à éliminer la concurrence sur une partie ou sur la totalité du marché concerné (on parle alors de monopole), n'est donc autorisée que, de manière exceptionnelle, si ces droits s'inscrivent dans le cadre d'une activité de service d'intérêt économique général (de service public économique). Il reviendra alors à l'État membre, d'une part, de justifier l'existence de l'activité de service d'intérêt économique général, d'autre part, de démontrer que l'octroi de droits exclusifs était nécessaire et proportionné, au regard de l'atteinte à la concurrence, « *à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* » en vertu de l'article 106§2 du TFUE¹⁰⁶⁷.

664. Sur ce point le juge de l'Union européenne a recours à une méthode d'analyse plus sévère que le juge administratif. Ainsi, le juge de l'Union européenne vérifiera d'abord si l'octroi de droits exclusifs porte atteinte à des libertés économiques ou aux règles de la concurrence, puis vérifiera ensuite l'existence d'un service d'intérêt économique général et jugera enfin de la nécessité et de la proportionnalité du droit exclusif au regard de l'atteinte aux libertés économiques et aux règles de concurrence. Cette analyse rigoureuse, voire sévère, de l'octroi de droits exclusifs est différente de celle déployée par le Conseil d'État. La Haute juridiction administrative avait ainsi considéré dans un arrêt relatif à l'Union des groupements d'achats publics que « *L'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de*

Rec. 406 ; CJEG 1997.441, concl. Stahl ; RFDA 1997.1228, concl. ; AJDA 1997.945, chron. Girardot et Raynaud, et 1998.427, note Guézou ; RDP 1998.256, note Gaudemet ; Rev. conc. cons. 1997, n° 100, note Maigre – CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *CEGEDIM* : Rec. 280 ; AJDA 2002.1072, DA 2002, n° 173 ; CJEG 2003.16, concl. Maugüé – CE, 17 octobre 2008, n° 293220, *Société OGF*, AJDA 2009, p. 56, concl. Séners F., DA 2009, comm. 4, note Bazex et Blazy.

¹⁰⁶⁶ Cf. not. CJCE, 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Centro servizi spediporto*, pt 20 : Rec. I-2883 – CJCE, 17 octobre 1995, aff. jointes C-140/94, C-141/94 et C-142/94, *DIP e.a.*, pt 14 : Rec. I-3257.

¹⁰⁶⁷ Cf. not. CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-249/95, *GT-Link A/S* : Dr. adm. 1997, n° 379, Europe 1997, n° 324, note Idot – CJCE, 12 février 1998, aff. C-163/96, *Silvano Raso* : DA 1998, n° 160, LPA 12 mars 1999, p. 5, note Arhel.

l'UGAP ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive »¹⁰⁶⁸. Autrement dit, le Conseil d'État vérifie directement que l'octroi de droits exclusifs est justifié par la mission de service public et que cet octroi ne porte pas une atteinte excessive au marché intérieur, sans chercher préalablement à mesurer l'atteinte aux libertés économiques ou aux règles de concurrence. Il va sans dire qu'une telle différence méthodologique n'est pas neutre, surtout quand sont concernées des entreprises publiques qui ont vocation à exercer conjointement des activités de service public économique (services d'intérêt économique général) et des activités de service marchand.

665. C'est pourquoi, l'Autorité de la concurrence a pu émettre des recommandations pour prévenir la sanction de l'octroi de droits exclusifs sous l'angle de l'abus automatique de position dominante. Ainsi, l'octroi de droits exclusifs doit non seulement être bien délimité aux fins de la fourniture du service d'intérêt économique général mais doit également être attribué dans des conditions qui enlèvent tout soupçon d'atteinte à la concurrence. À ce titre, l'Autorité de la concurrence recommande notamment, d'une part, que les modalités-mêmes de l'attribution des droits exclusifs reposent sur « *la mise en œuvre de mécanismes de marchés, en particulier l'organisation d'appels d'offres, lorsqu'ils sont techniquement possibles, afin de faire le meilleur usage possible des deniers publics* »¹⁰⁶⁹ ou encore « *lorsqu'il est créé un nouveau SIEG ou un service universel, à mettre en place un système optionnel de type "pay or play"* »¹⁰⁷⁰ et, d'autre part, que des mécanismes de séparation (à l'instar de la filialisation) soient mis en place pour qu'aucune confusion ne soit opérée entre les activités de service public et les activités concurrentielles¹⁰⁷¹.

666. Or, on constate qu'une telle confusion est non seulement fréquente mais également difficilement contrôlable quand sont concernés des prestataires publics de service marchand. En effet, les activités concurrentielles des personnes publiques sont toujours liées à des activités de service public et sont d'ailleurs elles-mêmes souvent qualifiées d'activité de service public.

¹⁰⁶⁸ CE, 27 juillet 2001, n° 218067, *CAMIF* : préc.

¹⁰⁶⁹ Cons. conc., avis n° 04-A-12 du 30 juin 2004 relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut géographique national.

¹⁰⁷⁰ Aut. conc., *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs*, n° 100, La doc. fr., 2012.

¹⁰⁷¹ Cf. *infra* n° 1113 et s.

Or, le cloisonnement de ces activités commanderait de les soustraire de l' « ambiance de droit public »¹⁰⁷² dans laquelle elles baignent ce qui est intrinsèquement impossible (comme nous l'avons observé précédemment) sauf à rendre ces activités indépendantes de l'administration, ce qui, on en conviendra, ne justifie plus le maintien du statut public.

2. *La compensation des charges de service public*

667. Les personnes publiques peuvent compenser les charges occasionnées par les activités de service public qu'elles assument ou assurent¹⁰⁷³.

668. La forme la plus fréquente de compensation des charges de services publics est la subvention : cette ressource financière peut servir, par exemple, à venir équilibrer le budget de l'opérateur privé, de l'établissement public, du groupement d'intérêt public ou de la régie en charge du service public.

669. Or, « *le versement par une collectivité publique d'une subvention d'équilibre, soit à un budget annexe retraçant les activités d'une régie, soit à un établissement public, ne peut être considéré, en lui-même, comme contraire aux principes de la concurrence, dès lors que cette subvention contribue à financer une mission de service public qui incombe à cette collectivité* »¹⁰⁷⁴, en revanche « *si le versement d'une telle subvention contribuait directement ou indirectement à équilibrer la gestion d'activités exercées sur des marchés concurrentiels, il pourrait être anticoncurrentiel s'il était démontré qu'il résulte d'une entente ou constitue un abus de position dominante.* »¹⁰⁷⁵. Autrement dit, ce soutien entraîne un risque de distorsion de la concurrence quand l'activité de service public est liée à des activités concurrentielles dans la mesure où l'inexacte compensation des charges de ce service public peut favoriser l'octroi d'aides publiques illégales aux activités concurrentielles. En effet, les personnes publiques doivent veiller à ne pas donner à l'entreprise en charge du service public des avantages (matériels, financiers etc.) qui lui permettraient de rémunérer l'activité concurrentielle par le biais de subventions croisées, au détriment de ses concurrents.

¹⁰⁷² D. Labetoulle, concl. sur TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris* (Rec. 537), AJDA 1983, p. 356.

¹⁰⁷³ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2001, p. 579, n° 748 : selon le Professeur le service public peut être défini comme « *une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public* ».

¹⁰⁷⁴ Cons. conc., avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande de la chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

670. C'est pourquoi, dans l'objectif que l'activité de service public ne vienne pas rémunérer l'activité concurrentielle, les personnes publiques ont l'obligation d'en compenser exactement les charges. Les juges et autorités de la concurrence considèrent comme acceptable le seul soutien nécessaire à la réalisation de la mission de service public et proportionné à cette réalisation.

671. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Ferring* de 2001, est venue fixer le principe selon lequel la compensation allouée en contrepartie d'obligations de service public n'est pas constitutive d'une aide d'État¹⁰⁷⁶. Quatre conditions ont toutefois été précisées par la suite dans la jurisprudence *Altmark*¹⁰⁷⁷ : les obligations de service public doivent être clairement définies ; les paramètres permettant de calculer la compensation doivent être fixés de façon objective et transparente ; la compensation ne doit pas excéder les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; lorsque le choix de l'opérateur chargé de l'exécution des obligations de service public n'a pas été effectué au moyen de la procédure des marchés publics, le niveau de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne « bien gérée » du secteur supporterait pour assumer de telles obligations.

672. Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État. Dans le cas contraire, elles pourront être compatibles avec le TFUE et éventuellement exemptées de l'obligation de notification si elles remplissent les conditions fixées par la Commission européenne dans le nouveau « *paquet Almunia* »¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁶ CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring SA et Acoff* : Rec. I-9067 ; DA 2002, comm. 98, note Lombard. *Adde* J.-Y. Chérot, « Financement des obligations de service public et aides d'État », Europe 2000, étude 5 – G. Rozet, « La notion d'aide d'État en question. Un débat suscité par le financement public des services économique d'intérêt général », Gaz. Pal., 11 juillet 2003, p. 22 – A. Met-Domestici, « Aide d'État, service public et droit communautaire. Éléments de clarification sur la validité des compensations de service public » : AJDA 2006, p. 1881.

¹⁰⁷⁷ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00 : Rec. I-7747 ; D. 2003.2814, note Clergerie ; RMCUE 2004.633, note Thouvenin et Lorieux ; RTDE 2004.33, note Bracq ; JCPE n° 1624, note Gilles ; CCC 2003, comm. 187, comm. Poillot-Peruzzetto.

¹⁰⁷⁸ Com. eur., déc. 2012/21/UE du 21 décembre 2011 concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public (JO L 7, du 11 janvier 2012, p. 3) – Com eur., Communication 2012/C 08/03 du 20 décembre 2011 relatif à l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (JO C 8, du 11 janvier 2012, p. 15) – Com. eur. Communication 2012/C 8/02 du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JO C 8 du 11 janvier 2012, p. 4) – Com. eur., Règl. n° 360/2012 du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (JO L 114 du 26 avril 2012, p. 8). *Adde*, Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général, SGAE, (<http://www.economie.gouv.fr>).

673. Ainsi, le cadre actuel des compensations de service public est le suivant. En premier lieu, le règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012 prévoit que, par dérogation au règlement général concernant les aides *de minimis*¹⁰⁷⁹, la spécificité du domaine des services d'intérêt économique général nécessite de considérer comme constituant des aides *de minimis* – qui ne sont pas illégales car elles ne sont théoriquement pas en mesure d'affecter les échanges entre États membres et/ou de fausser ou menacer de fausser la concurrence – les compensations inférieures à 500 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux (à comparer avec le régime général qui prévoit que constituent de telles aides celles n'excédant pas un plafond de 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux). En second lieu, les compensations qui ne constituent pas des aides *de minimis* et n'entrent pas dans le cadre de la jurisprudence *Altmark* sont soumises aux conditions du « paquet Almunia ». Le « paquet Almunia » prévoit ainsi la compatibilité avec le marché intérieur et l'exonération de l'obligation de notification des compensations dans certains secteurs d'activités en raison de la nature et des difficultés spécifiques de leurs tâches (notamment en matière de soins médicaux, de besoins sociaux ou dans le secteur des transport à faible trafic)¹⁰⁸⁰ au-dessous d'un certain seuil (15 millions d'euros pour la prestation de services d'intérêt économique général dans des domaines autres que le transport et les infrastructures de transport)¹⁰⁸¹. Il encadre également les autres compensations en s'appuyant sur les trois premières conditions posées par la jurisprudence *Altmark* et en durcissant nettement la quatrième¹⁰⁸².

674. De cette réglementation très « artisanale » on peut inférer deux enseignements : en premier lieu, cette réglementation est un « cas d'école » de la logique pragmatique de la Commission européenne. En effet, l'heure est au « gros œuvre », car les (mauvaises) habitudes prises par les États membres, et tout particulièrement par la France, de ne pas opérer de distinction claire entre les activités de service public et les activités concurrentielles obligent les institutions européennes à opérer par étape. C'est la raison pour laquelle de nombreuses activités échappent encore aux règles européennes relatives à la compensation des charges de service public. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas s'y tromper : le raffermissement notable des

¹⁰⁷⁹ Com. eur., Règl. n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis (JO L 325 du 24 décembre 2013, p. 1)

¹⁰⁸⁰ Art. 2 de la déc. 2012/21/UE du 21 décembre 2011 concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public (préc.).

¹⁰⁸¹ *Ibid.* Ainsi la décision ne s'applique pas aux « compensations ne dépassant pas un montant annuel de 15 millions d'EUR pour la prestation de services d'intérêt économique général dans des domaines autres que le transport et les infrastructures de transport ».

¹⁰⁸² Cf. not. pts 11 à 60 de la Communication 2012/C 08/03 du 20 décembre 2011 relatif à l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (préc.)

exigences entre le « paquet Monti-Kroes » et le « paquet Almunia » est indicateur clair que le contrôle de la compensation des charges de service public se renforcera à mesure que les marchés en question se consolideront.

675. A vrai dire, la situation serait beaucoup plus simple si la séparation était clairement faite entre les activités de service public et les activités de service marchand. Or, là encore, la situation des prestataires publics de service marchand est particulièrement problématique : le risque de confusion entre les ressources dédiées à l'activité de service public et les ressources de l'activité de service marchand est élevé. D'autant que « *la France est attachée à ses activités de services publics, auxquelles elle entend accorder une place privilégiée, à l'abri ou à l'écart du fonctionnement du marché concurrentiel* »¹⁰⁸³. Or, l'absence de séparation clairement établie entre les activités concurrentielles et les activités de service, conjuguée à la tradition française de soutien du service public augmente significativement le risque que l'activité concurrentielle des personnes publiques bénéficie d'avantages – en ressources humaines, matérielles, immatérielles et financières – attentatoires au jeu de la concurrence. La confusion des rôles entraîne alors une confusion des ressources.

Section 2 LE RISQUE DE CONFUSION DES RESSOURCES

676. Les personnes publiques disposent de ressources humaines, matérielles, immatérielles et financières pour mener à bien leurs diverses activités. Idéalement, les activités concurrentielles devraient disposer de ressources propres afin de s'assurer qu'elles ne bénéficient pas d'avantages issus des autres activités de l'administration. Cependant, la pratique est plus nébuleuse dans la mesure où les activités concurrentielles des personnes publiques sont la plupart du temps liées à des activités de service public dont elles partagent les ressources. En outre, plus généralement, les personnes publiques, disposent de ressources exorbitantes du droit commun qu'elles peuvent directement ou indirectement octroyer aux activités concurrentielles. Autrement dit, il existe deux sortes de confusions des ressources : entre l'activité concurrentielle et l'activité de service public d'une part ; entre l'activité concurrentielle et les autres activités de l'administration d'autre part.

¹⁰⁸³ S. Nicinski, « Intervention économique et régulation », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, p. 136.

677. Le risque de confusion des ressources est donc très important car l'activité concurrentielle est en interaction constante avec les diverses activités de l'administration. Ce risque est également problématique dans la mesure où la confusion des ressources peut avantager l'activité marchande des personnes publiques au détriment du jeu de la concurrence. En effet, les personnes publiques peuvent être tentées de renforcer la compétitivité de leurs activités concurrentielles notamment en n'imputant pas l'utilisation de ces ressources dans les coûts constitutifs du prix du service.

678. Cette situation est particulièrement visible en matière de « subventions croisées », c'est-à-dire dans le cas où un opérateur public, titulaire d'un monopole, utilise les ressources de son monopole pour financer ses activités concurrentielles¹⁰⁸⁴. En effet, « *les personnes publiques, à partir de leur activité de monopole légal, développent des activités de diversification tournées vers un marché concurrentiel : il peut se faire alors que la position dominante détenue sur le premier marché soit utilisée pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sur le second* »¹⁰⁸⁵.

679. On retrouve également cette problématique en matière de commande publique. En effet, même si en vertu des principes de l'Union européenne de non-discrimination et de neutralité « *l'égalité absolue entre les candidats n'est pas une condition nécessaire au respect du principe de la libre concurrence* »¹⁰⁸⁶ encore faut-il que l'opérateur public « *ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence* »¹⁰⁸⁷.

680. C'est la raison pour laquelle les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence sont venues encadrer l'utilisation des ressources des personnes publiques en support des activités concurrentielles.

681. En premier lieu, en imposant une stricte compensation des charges de service public pour éviter le risque d'une « surcompensation » et donc du financement incident des activités concurrentielles¹⁰⁸⁸. Mais cette compensation soulève deux problèmes : tout d'abord, le

¹⁰⁸⁴ Cf. *infra* n° 891 et s.

¹⁰⁸⁵ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE, n° 53, La doc. fr., 2002, p. 237.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ Cons. conc., avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, p. 17 – Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine, p. 14.

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra* n° 667 et s.

problème de la définition et donc du périmètre du service public, ensuite le problème de la détermination du montant de la contrepartie nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de services publics.

682. En second lieu, les juges et autorités de la concurrence contrôlent les ressources dédiées aux activités concurrentielles. Ce contrôle a deux facettes.

683. Tout d'abord, les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence peuvent vérifier que le prestataire public de service marchand n'a pas bénéficié d'une aide d'État illégale en soutien de son activité concurrentielle. L'aide publique peut être définie comme un « *avantage octroyé à un opérateur ou à un secteur dans un but économique et sans contrepartie directe* »¹⁰⁸⁹ et peut donc revêtir de multiples formes. Ainsi, aux termes de la circulaire du 26 janvier relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises « *la notion d'aide recouvre l'ensemble des avantages, directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises, notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux (quelles que soient leurs formes), de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prises de participations en capital, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations, de prêts ou de mises à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de locations ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés* »¹⁰⁹⁰.

684. Ensuite, le contrôle des ressources peut intervenir à l'occasion du contrôle du comportement du prestataire public de service marchand, notamment dans la détermination du prix de l'activité concurrentielle. Le Conseil d'État avait ainsi averti, dans son arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* du 31 mai 2006, que l'intervention concurrentielle des personnes publiques, une fois admise dans son principe, « *ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le*

¹⁰⁸⁹ S. Nicinski, « Intervention économique et régulation », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, p. 135.

¹⁰⁹⁰ Circ. du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises (JO n° 26 du 31 janvier 2006, p. 1602)

libre jeu de la concurrence sur celui-ci »¹⁰⁹¹ et, précisé, dans son avis contentieux *Jean-Louis Bernard Consultants* du 8 novembre 2000, que « *l'intervention sur le marché suppose que le prix proposé par cet établissement public administratif (et donc plus largement par l'ensemble des personnes publiques) soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »¹⁰⁹². Comme avait pu le remarquer des commentateurs avertis « *la formulation adoptée par le Conseil d'État est à la fois relativement neutre et d'une acception fort large : les "ressources et moyens" couvrent ainsi les subventions directes, les mises à disposition de personnels, de matériel ou de locaux, comme l'accès privilégié ou gratuit à des données. Il s'agit d'éviter que ces "ressources et moyens" ne soient utilisés pour obtenir un prix de la prestation commerciale inférieur au coût de revient réel. L'activité commerciale doit donc être clairement distinguée des missions de service public* »¹⁰⁹³.

685. Ainsi, le contrôle des aides d'État et le contrôle des prix et des offres devraient utilement servir à clarifier la répartition et l'utilisation des ressources entre les diverses activités des personnes publiques. Pourtant le doute persiste. Ce doute est d'ailleurs clairement révélé par l'accroissement des normes, des décisions, des avis et des rapports imposant ou recommandant la séparation des activités concurrentielles et des activités de service public¹⁰⁹⁴.

686. En effet, bien que l'exigence de séparation concerne l'ensemble des opérateurs publics ou privés qui prennent en charge conjointement des activités de service public et des activités concurrentielles, elle a des conséquences (que nous envisagerons ultérieurement) et soulèvent des problèmes différents quand sont concernées des personnes publiques. En premier lieu, le

¹⁰⁹¹ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

¹⁰⁹² CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffé et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié. *Adde* not. CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : Rec. 422 ; BJCP 2001.105 et RFDA 2001.106, concl. Bergeal ; AJDA 2001.662, note Treppoz

¹⁰⁹³ M. Guyomar et P. Collin, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p. 987.

¹⁰⁹⁴ Cf. *infra* n° 113 et s.

risque de confusion des ressources est quantitativement plus important car les personnes publiques disposent de nombreuses ressources qu'elles peuvent dédier à la mise en œuvre de leurs multiples activités (activités de régulation, de police administrative, de gestion du domaine public, de service public etc.) ou qu'elles conservent dans leurs patrimoines. En second lieu, le risque de confusion des ressources est qualitativement plus problématique car les personnes publiques disposent de ressources exorbitantes du droit commun dont il est difficile de mesurer la valeur.

687. On le comprend, la détermination et le contrôle de l'affectation des ressources à l'activité concurrentielle est à la fois très difficile et très exigeant. Cette spécificité est visible pour l'ensemble des ressources publiques qu'il s'agisse des ressources humaines (§1) ou des ressources patrimoniales (§2).

§1. LES RESSOURCES HUMAINES

688. Le risque de confusion des ressources humaines de l'administration est important et peut être à l'origine d'une sous-estimation des coûts de l'activité concurrentielle si des agents publics sont employés pour renforcer (A) ou assister (B) cette activité en atteinte aux règles de concurrence ou aux règles relatives aux aides d'État.

A. L'affectation et la mise à disposition

689. Le fonctionnement des activités de service marchand repose en grande partie sur des ressources humaines.

690. Idéalement, l'autorité hiérarchique devrait uniquement affecter des agents publics titulaires (les fonctionnaires) ou contractuels dans des emplois strictement dédiés à cette activité.

691. Cependant, en pratique, il est fréquent que des agents publics soient employés à la fois pour la mise en œuvre des activités de service public et des activités concurrentielles liées¹⁰⁹⁵. Dès lors, la personne publique devra procéder à une reconstitution « artificielle »¹⁰⁹⁶ des coûts

¹⁰⁹⁵ Cf. *supra* n° 86 et s.

¹⁰⁹⁶ Cf. not., S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 888 : la Professeure s'interroge : « le problème le plus délicat semble rester sans réponse évidente : faut-il artificiellement replacer les opérateurs publics et privés sur un pied d'égalité en faisant peser sur les premiers des coûts qu'il

du personnel pour établir le prix de l'activité de service marchand. Par exemple, dans le cadre de la candidature des personnes publiques à la commande publique, le candidat public devra justifier que la constitution du prix de son offre correspond à des coûts, notamment en matière de personnel, appropriés (bien dimensionnés) à l'exécution de la prestation de service. Autrement dit, le candidat public devra démontrer qu'il n'a pas sous-estimé le coût du personnel pour diminuer son prix. Cette reconstitution « artificielle » est cependant insatisfaisante car elle assujettit le prestataire public de service marchand à un exercice de « dimensionnement » complexe et nécessairement imparfait et donc à une obligation comptable supplémentaire et qu'elle complexifie l'office du juge qui devra procéder à une analyse – voire à une reconstitution – tout aussi « artificielle » de l'adéquation du prix aux coûts.

692. En outre, il n'est pas rare que des personnes publiques mettent à disposition¹⁰⁹⁷ certains de leurs agents à d'autres entités publiques assurant des activités concurrentielles¹⁰⁹⁸. Cette situation concerne souvent les établissements publics et, presque toujours, les groupements d'intérêt public. Or, la mise à disposition est problématique dans la mesure où l'agent continue à percevoir la rémunération correspondante à son emploi initial tout en exerçant ses fonctions dans l'organisme d'accueil. Le prestataire public de service marchand peut donc être tenté de sous-estimer le coût de ces agents pour diminuer le prix de son activité de service ou de son offre de service¹⁰⁹⁹, notamment si la mise à disposition s'est faite à titre gratuit¹¹⁰⁰. Toutefois, deux éléments viennent atténuer ce risque. En premier lieu, si les mises à disposition ont longtemps été pratiquées de manière informelle¹¹⁰¹, elles sont aujourd'hui encadrées et doivent notamment donner lieu à la signature d'une convention entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil. En second lieu, les juges et autorités de la concurrence peuvent

n'ont en réalité pas supportés, mais qu'ils auraient dû engager s'ils n'avaient pas bénéficié d'avantages structurels ? Le libre jeu de la concurrence n'implique pas que tous les opérateurs soient identiques mais la recherche actuelle de l'égalité dans le jeu concurrentiel commande qu'une réflexion d'ensemble soit menée sur ce thème ».

¹⁰⁹⁷ J.-Y. Kerbourc'h, « Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? », Dr. soc., 2009 p. 530

¹⁰⁹⁸ Par ex., concernant les groupements d'intérêt public, cf. *supra* n° 91.

¹⁰⁹⁹ Cf. not. Com., 14 décembre 1993, n° 91-21.421, *Société Guy Couach Plascoa c. Ministre de la Défense* : Bull. civ. IV, n° 482, D. 1994, somm., p. 175, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac ; DA 1994, n° 8, note Israël ; CJEG 1994, p. 124, obs. Léonnet – TA Dijon, 20 février 2002, n° 99245, *Société Jean Louis Bernard Consultants*, AJDA 2003 p. 790, concl. B. Heckel, note J.-D. Dreyfus – CAA, 11 janvier 2010, n° 07MA02180, *Agence Averous & Simay*, RLC 2014, n° 39, note Ziani.

¹¹⁰⁰ Cf. not. TA Toulouse 8 novembre 2001, 98-1935, *Préfet du Tarn c. Commune d'Albi* : AJFP 2002, n° 4, p. 49.

¹¹⁰¹ B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 331.

désormais contrôler et sanctionner les mises à disposition de personnel constitutives d'aide d'État¹¹⁰².

B. L'assistance et le conseil

693. Depuis la fin du XVIII^{ème} siècle¹¹⁰³, l'État assure des missions d'ingénierie publique, notamment par le biais de ses services déconcentrés, à destination des collectivités territoriales et de leurs groupements. L'ingénierie publique avait principalement pour vocation d'apporter une assistance à la maîtrise d'ouvrage, voire une assistance à la maîtrise d'œuvre dans des domaines relevant de qui était communément appelé le « génie civil » (c'est-à-dire les travaux et les bâtiments, par exemple dans les domaines de l'eau, de la voirie, de l'éclairage etc.).

694. La place croissante du marché par l'émergence de sociétés de droit privé spécialisées dans ce domaine et la pression grandissante du droit européen de la concurrence ont conduit à la contestation de l'assistance technique de l'État quand elle pénétrait le marché concurrentiel. Cette contestation était d'autant plus forte que l'État ne facturait pas, ou peu, ces services.

695. Cependant, l'ingénierie publique a pendant longtemps été protégée par l'« écran législatif »¹¹⁰⁴, le Conseil d'État n'autorisait l'assistance technique de l'État que « *dans la*

¹¹⁰² L'exemple donné par les mises à disposition des mutuelles, par l'État et les collectivités territoriales, de locaux et de personnels est particulièrement illustratif : Cf. not. Com. eur, déc. du 20 juillet 2005 relative à la Mutualité Fonction publique et ses mutuelles membres (JO C 295 du 26 novembre 2005, p. 12). *Adde*, sur ce sujet, M. Hocine et B. Jankovec, *Mutualité « Fonction publique : la France accepte les propositions de la Commission »*, *Competition Policy Newsletter*, n° 3, 2006, p. 82. Dans un autre ordre d'idées, cf. Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence : dans cet avis, le Conseil de la concurrence analyse les pratiques de mise à disposition – notamment de personnel – de EDF et GDF à leurs filiales. L'autorité considère que « *dès lors que ces facilités ne font pas l'objet de contreparties financières reflétant la réalité des coûts, elles peuvent être interprétées comme des subventions de l'établissement public vers les activités en dehors du métier de base* » (p. 14).

¹¹⁰³ P. Jarlier, *Pour une nouvelle architecture territoriale de l'ingénierie en matière d'urbanisme*, *Rapport d'information*, n° 654, Sénat, juillet 2012 : « *Depuis la fin du XVIII^e siècle, les prestations d'ingénierie publique en faveur des collectivités territoriales, considérées comme des missions de service public, étaient prises en charge par l'État et concernaient généralement les projets liés à l'aménagement du territoire ou aux voiries* ».

¹¹⁰⁴ Sur ce sujet, cf. not. L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 2758. *Adde* les références doctrinales citées par les auteurs : F. Moderne, « Variations sur le mythe de l'autonomie communale : l'État prestataire de services des communes », *AJDA* 1976, I, p. 478 – F. Moderne, « La concurrence des services techniques de l'État et des techniciens privés auprès des collectivités locales, un nouvel épisode », *RD imm.* 1982, p. 467 – F. Moderne, *Les conventions de prestations de service entre l'État et les collectivités locales*, Litec, coll. « EFE », 1996 – J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997 – J.-M. Peyrical, « Les contrats de prestation entre collectivités publiques », *AJDA* 2000, p. 581 – J.-D. Dreyfus, « L'ingénierie publique à la croisée des chemins », in *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 521.

mesure où ces concours sont autorisés par la législation et la réglementation en vigueur »¹¹⁰⁵. Or de tels concours étaient explicitement prévus par le législateur¹¹⁰⁶ notamment à l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983¹¹⁰⁷ et à l'article 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992¹¹⁰⁸. L'évolution remarquable de la jurisprudence du Conseil d'État singulièrement par les arrêts *Nicolo*¹¹⁰⁹, *Fédération française des sociétés d'assurances*¹¹¹⁰ et *Millions et Marais*¹¹¹¹ accrut toutefois la pression sur l'État et l'engagea à rapidement faire évoluer le principe et les conditions de l'ingénierie publique, qui était, sans contestation possible, constitutive de prestations de service économique à destination des collectivités territoriales et donc susceptibles de se voir opposer les règles du marché intérieur.

696. C'est donc le législateur qui est progressivement venu encadrer puis réduire les prestations d'ingénierie publique aux collectivités territoriales. D'abord par la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 (dite MURCEF)¹¹¹² qui vint soumettre les prestations d'ingénierie

¹¹⁰⁵ CE, 4 août 1982, n° 22753, 22754, 22772, *Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Ile de France et Union des syndicats français d'architectes* : Rec. 317 ; RD imm. 1982, p. 472, note Moderne.

¹¹⁰⁶ Cf. not. L. n° 48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des ponts et chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes (JO du 1^{er} octobre 1948, p. 9604) et L. n° 55-985 du 26 juillet 1955 réglementant l'intervention des fonctionnaires du génie rural dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes (JO du 27 juillet 1955, p. 7501). Ces deux lois ont été abrogées par l'art. 49 de la L. n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 (JO n° 0303 du 31 décembre 1999, p. 19914)

¹¹⁰⁷ Dans sa version initiale, l'art. 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État (JO du 9 janvier 1983, p. 215) disposait que : « *les services de l'État, des régions et des départements peuvent apporter leur concours technique aux communes qui le demandent pour l'exercice de leur compétence dans les conditions définies par la convention passée selon le cas entre les représentants de l'État, le président du conseil régional ou le président du conseil général et le maire de la commune concernée* ».

¹¹⁰⁸ Dans sa version initiale, l'art. 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de l'État de la République (JO n° 33 du 8 février 1992, p. 2064) disposait que « *les services déconcentrés de l'État peuvent concourir par leur appui technique aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération qui en font la demande. Dans ce cas, cet appui est fourni dans des conditions définies par convention passée entre le représentant de l'État et, selon le cas, le président du conseil régional, le président du conseil général, le maire ou le président de l'établissement public de coopération* ».

¹¹⁰⁹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* : Rec. 190 ; JCP 1989.II.21371, concl. Frydman ; RFDA 1989.812, concl. ; RTDE 1989.812 concl. ; RGDIP 1989.1041 ; RUDH 1989.262 ; Gaz. Pal. 12-14 novembre 1989, obs. Chabanol ; RJF 1989.656, note ; AJDA 1989, chron. Honorat et Baptiste, 756, et note Simon, 788 ; RFDA 1989.824, note Genevois, 993, note Favoreu, 1000, note Dubouis ; RFDA 1990.267, obs. Ruzié ; LPA, 15 novembre 1989, note Gruber, 11 décembre 1989, comm. Lebreton, 7 février 1990, comm. Flaus ; JCP 1990.I.3429, comm. Calvet ; Vie jud. 29 janvier-4 février 1990 comm. Foyer ; RTDE 1989.787, note Isaac ; D. 1990, chron. Kovar, 57, et note Sabourin, J. 135 ; JDI, 1990.5 chron. Dehaussy ; RGDIP 1990.91, note J. Boulouis, et 1990.139, note Lagarde ; RMC, 1990.384, note Lachaume ; RDP 1990.801, note Touchard ; AFDI 1989.91, comm. Rambaud.

¹¹¹⁰ CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance* : Rec. 441 ; AJDA 1997.442, chron. Chauvaux et Girardot.

¹¹¹¹ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Millions et Marais* : Rec. 406 ; CJEG 1997.441, concl. Stahl ; RFDA 1997.1228, concl. ; AJDA 1997.945, chron. Girardot et Raynaud, et 1998.427, note Guézou ; RDP 1998.256, note Gaudemet ; Rev. conc. cons. 1997, n° 100, note Maigre.

¹¹¹² L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – dite MURCEF – (JO n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703).

publique au règles du Code des marchés publics¹¹¹³, mais conserva toutefois certaines d'entre elles en dehors du champ de la commande publique. En effet, les aides techniques fournies par l'État pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT)¹¹¹⁴ impliquaient que l'État soit affranchi « *non seulement de l'obligation de mise en concurrence, mais encore de l'obligation d'aligner des prix sur des coûts, qui pèsent normalement sur les personnes publiques candidates à l'attribution d'un marché* »¹¹¹⁵ dans la mesure où il s'agissait d'une activité de service public économique (une activité de service d'intérêt économique général)¹¹¹⁶. L'affaire aurait pu parfaitement en rester là. Une telle hypothèse aurait été concevable dans la mesure où l'État aurait pu affronter la concurrence concernant les prestations d'ingénierie marchandes et assumer sa mission de service public concernant les ATESAT et, même, judicieuse si l'on considère la rentabilité du service marchand et la valeur du service public¹¹¹⁷. Mais l'État, dans un cadre établi d'abord par la « Révision générale des politiques publiques » puis par la « Modernisation de l'action publique », a décidé – au motif du contexte budgétaire et financier contraint – de supprimer l'ingénierie publique concurrençant

¹¹¹³ Dans sa nouvelle rédaction l'art. 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 modifié par l'article 1^{er} de la loi MURCEF dispose que « *les services de l'État, des régions et des départements peuvent, dans les conditions prévues par le Code des marchés publics, apporter leur concours technique aux communes, à leurs établissements publics et aux établissements publics de coopération intercommunale ainsi qu'aux établissements publics associant exclusivement des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale pour l'exercice de leurs compétences* » ; dans le même ordre d'idées, dans sa nouvelle rédaction l'art. 7 de la L. n° 92-125 du 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de l'État de la République dispose que « *les services déconcentrés et les services à compétence nationale de l'État peuvent, dans les conditions prévues par le Code des marchés publics, concourir par leur appui technique aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et des établissements publics* ».

¹¹¹⁴ Ces aides étaient prévues à l'art. 7-1 de la L n° 92-125 du 6 février 1992 qui disposait « *les communes et leurs groupements qui ne disposent pas, du fait de leur taille et de leurs ressources, des moyens humains et financiers nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans les domaines de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat bénéficient, à leur demande, pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire, d'une assistance technique fournie par les services de l'État, dans des conditions définies par une convention passée entre le représentant de l'État et, selon le cas, le maire ou le président du groupement* ».

¹¹¹⁵ L. Richer, « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence ? », AJDA 2002 p. 1056

¹¹¹⁶ En ce sens, selon le Professeur Laurent Richer (art. préc.) « *Le législateur s'est autorisé cette exonération au motif que l'État gère ici un service d'intérêt économique général ayant un objectif de solidarité nationale et d'aménagement du territoire. Ainsi, selon l'exposé des motifs du projet de loi : "s'agissant de services d'intérêt général, cette mission pourra s'exercer dans des conditions dérogatoires"* (doc. AN 23 avril 2001, n° 2990) ».

¹¹¹⁷ Le Professeur Laurent Richer rappelle ainsi que dans les années précédant 2002 l'État avait perçu « *environ 110 millions de francs (16 769 390 €) par an provenant de 34 000 communes et 1 350 groupements* » : L. Richer, « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence ? », préc.

le secteur marchand (ce retrait est établi depuis le 1^{er} janvier 2012)¹¹¹⁸ puis l'ATESAT (qui doit disparaître au plus tard le 31 décembre 2015)¹¹¹⁹.

697. S'il semble qu'il faille se résigner à la disparition de l'ingénierie publique traditionnelle de l'État aux collectivités territoriales, il n'en demeure pas moins que toute assistance technique et conseil au sein de l'État n'a pas complètement disparu.

698. En premier lieu, les départements (si tant est qu'ils survivent aux réformes territoriales à venir) ou plutôt (pour plus de prudence) l'échelon départemental, semblent tout désignés pour être les successeurs légitimes de l'ingénierie publique. Tout d'abord, car la question du devenir des agents publics affectés à cette mission se pose¹¹²⁰. Ensuite, car les besoins en ingénierie publique (notamment pour les « petites » collectivités) sont importants et il n'est pas sûr que le seul secteur privé soit à même de satisfaire, quantitativement et qualitativement, la demande. Enfin, car le département, en quête sérieuse d'identité, semble avoir une réelle utilité dans les objectifs de péréquation et de soutien territorial.

699. En second lieu, car l'État n'a pas complètement déserté les lieux¹¹²¹. Au contraire, au grand dam de certains prestataires privés, il semble davantage que la page de l'ingénierie publique traditionnelle se tourne et que s'en écrive une nouvelle, caractérisée par l'émergence d'un rôle accru de conseil aux collectivités territoriales notamment incarné par la création récente du Centre d'expertise pour les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA)¹¹²² mais également révélé par l'instauration contestée d'une mission d'appui aux partenariats public-privé¹¹²³.

¹¹¹⁸ Cf. not. D. de Legge, *Les conséquences de la révision générale des politiques publiques pour les collectivités territoriales et les services publics locaux*, Rapport d'information, n° 666, Sénat, 2011 – P. Jarlier, *Pour une nouvelle architecture territoriale de l'ingénierie en matière d'urbanisme*, Rapport d'information, n° 654, Sénat, juillet 2012.

¹¹¹⁹ Art. 123 de la L. n° 2013-1278 de finances pour 2014 (JO n° 0303 du 30 décembre 2013, p. 21829).

¹¹²⁰ Cf. not. P. Jarlier, *Pour une nouvelle architecture territoriale de l'ingénierie en matière d'urbanisme*, Rapport d'information, n° 654, Sénat, juillet 2012, p. 70 et s.

¹¹²¹ Cf. not. Gérard Marcou, « L'État et les collectivités territoriales : où va la décentralisation ? », AJDA 2013 p. 1556.

¹¹²² Art. 44 et s. de la L. n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports (JO n° 0122 du 29 mai 2013, p. 8794) et D. n° 2013-1273 du 27 décembre 2013 relatif au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (JO n° 0302 du 29 décembre 2013, p. 21799).

¹¹²³ D. n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (JO n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821).

700. On le comprend, l'assistance et le conseil entre personnes publiques ont encore de beaux jours devant eux.

701. Cependant, afin de ne pas assombrir le paysage concurrentiel, deux éclaircissements doivent être apportées : l'un relatif à la démarcation entre les activités de service public et les activités concurrentielles, l'autre relatif au prix des activités concurrentielles.

702. Ainsi, il conviendra de bien distinguer les activités de service public des activités de service marchand. La question s'était notamment posée concernant la mission d'appui aux collectivités dans le cadre de la loi sur les partenariats public-privé. Les avocats, notamment, s'étaient émus de l'atteinte au marché qu'impliquait l'attribution, sans mise en concurrence, de la prestation de service de conseil aux personnes publiques. L'Assemblée du contentieux, par son célèbre arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*¹¹²⁴, avait tenu une position très ferme – et très discutable – à cet égard, affirmant que l'activité de la mission d'appui aux contrats de partenariat ne constituait pas une « prestation de service » au sens du droit de l'Union européenne, mais simplement la réalisation de la mission de service public « *de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité* »¹¹²⁵, réalisation qui n'impliquait donc pas d'intervention sur le marché. Le raisonnement de la Haute juridiction est discutable, la solution l'est moins. La Haute juridiction aurait sans doute été encore plus avisée d'admettre le caractère économique de l'activité de conseil pour ensuite la soustraire du marché en révélant le droit exclusif qu'avait reconnu le législateur à l'activité de service public « *de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité* »¹¹²⁶.

703. On constate cependant que les collectivités territoriales (notamment les départements et les régions) peinent à faire la distinction entre les activités de service public et les activités de service marchand.

¹¹²⁴ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Ibid.*

704. Pire, l'assistance et le conseil aux collectivités territoriales donne lieu à une étonnante multiplication d'entités ayant vocation à exercer ces activités (associations, agences, syndicats mixtes, établissements publics etc.) dans des conditions de tarification douteuses. Pour ne prendre que l'exemple des agences départementales prévu à l'article L. 5511-1 du CGCT¹¹²⁷, la majeure partie d'entre-elles fonctionnent « *selon un système de rémunérations, combinant un "abonnement" qui donne droit à un minimum de services forfaitaires, et un coût à la demi-journée, selon un barème révisé chaque année* »¹¹²⁸.

705. Un tel mode de tarification ne correspond ni aux exigences du droit de la commande publique, ni à celles du droit de la concurrence. Ce problème tient à une double lacune. D'une part, il est impératif que soit clarifiée par la loi la distinction entre les activités de service public et les activités de service marchand dans le domaine de l'assistance et du conseil aux collectivités. En ce sens, il pourrait être prévu un dispositif similaire à celui de l'ATESAT qui constituerait l'activité de service public pris en charge par les départements¹¹²⁹ (par exemple) qui bénéficieraient d'un droit exclusif à offrir ce service. D'autre part, pour les activités de service marchand, la valorisation du service est nécessaire car, à défaut, elle contreviendrait aux règles du marché intérieur¹¹³⁰. Elle sera toutefois rendue complexe du fait de la proximité entre l'activité de service public et l'activité de service marchand. C'est pourquoi la « *sociétisation* » de ces services, au support d'une des sociétés publiques territoriales, pourrait être un moyen efficace de conserver la prise en charge de ces activités concurrentielles par le secteur public¹¹³¹.

¹¹²⁷ Art. L. 5511-1 du CGCT : « *le département, des communes et des établissements publics intercommunaux peuvent créer entre eux un établissement public dénommé agence départementale. Cette agence est chargée d'apporter, aux collectivités territoriales et aux établissements publics intercommunaux du département qui le demandent, une assistance d'ordre technique, juridique ou financier* ». Adde A. Papin-Puren, « *Coopération locale et agence départementale : l'oeuvre du législateur à l'épreuve d'une institution singulière* », JCP A 2013, n° 37

¹¹²⁸ Fédération des entreprises publiques locales, « *Les départements face à la réorganisation de l'ingénierie publique locale* », Rapport introductif, 2012, p. 6.

¹¹²⁹ Cf. not. M.-Ch. de Montecler, « *L'avenir de l'ingénierie publique passera-t-il par les départements ?* », AJDA 2010, p. 1293.

¹¹³⁰ Concernant la détermination des prix des activités de service marchand, cf. *infra* n° 811 et s.

¹¹³¹ Dans le même sens, cf. C. Bergeal, « *Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi* », AJDA 2010 p. 1228 – N. Laval Mader, « *La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative* », RFDA 2012, p. 1092. Adde *infra* n° 1411 et s.

§2. LES RESSOURCES PATRIMONIALES

706. La notion de « patrimoine public » a suscité de nombreux débats. Si elle est aujourd'hui largement consacrée, par le législateur, le juge et la doctrine « *sa consécration ne saurait cacher que la transposition de la notion civiliste de patrimoine en droit public s'accompagne de sa dénaturation* »¹¹³². À vrai dire, l'universalité qu'elle implique s'accommode mal de la spécificité des personnes publiques. Si l'on s'appuie, sur ce point, sur les fondement de cette notion par la doctrine civiliste, et notamment sur les travaux de Aubry et Rau, on constate que, d'une part, « *la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine* »¹¹³³, exigence qui s'accorde mal avec la situation particulière des personnes publiques qui disposent de biens relevant du domaine public et de biens relevant du domaine privé qui ne sont pas soumis au même régime et, d'autre part, que l'universalité du patrimoine a pour vocation première d'engager son détenteur vis-à-vis de ses créanciers sur l'ensemble de ces biens, utilité qui s'harmonise mal avec le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques.

707. Toutefois, deux éléments viennent justifier le recours à la notion de « patrimoine public ». En premier lieu, du côté du droit civil, l'évolution de la notion de « patrimoine » s'est notamment illustrée par des exceptions remarquables au principe d'universalité¹¹³⁴. En second lieu, du côté du droit public, il s'est produit un phénomène de « patrimonialisation » des biens des personnes publiques : ce phénomène trouve son explication dans la « découverte » de la valeur économique des biens publics, or, la tentation de valoriser ces biens justifiait de s'appuyer des notions juridiques connues et éprouvées au nombre desquelles la notion civiliste de « patrimoine »¹¹³⁵.

708. Si l'on s'autorise ces circonvolutions de la notion de « patrimoine » c'est qu'elle est au cœur de l'explication des difficultés que suscite l'activité concurrentielle des personnes publiques. Le lien peut sembler rapide, c'est pourquoi il nécessite d'être précisé.

¹¹³² N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », n° 13.

¹¹³³ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3^{ème} éd., t. 5, Cosse, 1857 cités par A. Denizot, « L'étonnant destin de la notion de patrimoine », RTD civ. 2014. 547.

¹¹³⁴ Cf. not, A. Denizot, « L'étonnant destin de la notion de patrimoine », préc. – Ph. Dupichot, « L'unicité du patrimoine aujourd'hui », JCP N 2009, n° 52, p. 1356.

¹¹³⁵ Cf. not. Ph. Yolka, « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité publique*, Travaux de l'AFDA, LexisNexis, 2007 – C. Chamard-Heim, « Les frontières de la propriété, le domaine public », Droit et ville 2006, n° 61, p. 119

709. Partant du postulat que les personnes publiques disposent d'un patrimoine, c'est-à-dire d'un ensemble de droits et d'obligations à caractère pécuniaire, présents et à venir, constituant son actif et son passif¹¹³⁶, on comprend intuitivement que le principe d'universalité de ce patrimoine implique, si ce n'est une solidarité, du moins une interaction entre les diverses activités que mènent les personnes publiques.

710. C'est la raison pour laquelle, les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence exigent que les ressources patrimoniales des personnes publiques, c'est-à-dire tous les éléments de leur patrimoine ayant une valeur économique positive et dont elles attendent des avantages économiques futurs, bref que les actifs, quand ils sont exploités dans le cadre d'un service marchand, soient neutralisés par le biais d'une reconstitution « artificielle » d'une situation de marché, notamment dans l'élaboration du prix¹¹³⁷. Cette reconstitution « artificielle » implique que les personnes publiques soient en mesure de prouver qu'elles ont intégré (valorisé) ces ressources lors de la constitution du prix du service marchand ou, à l'inverse, de démontrer qu'elles ne se sont pas appuyées sur ces ressources pour établir le prix.

711. Idéalement, le prestataire public de service marchand devrait donc agir comme s'il possédait un patrimoine propre – ce qui ajoute à la fiction juridique que constitue la notion de « patrimoine » un degré de fiction supplémentaire –, comme s'il était une « entreprise » autonome au sens du droit de l'Union européenne. Cependant, à la pratique, même l'autonomie la plus renforcée attribuée à un prestataire public de service marchand (budget annexe, personnalité morale etc.) n'évite pas les interactions avec les ressources patrimoniales de l'administration.

712. En effet, les prestataires publics de service marchand peuvent bénéficier des ressources patrimoniales de l'administration à deux niveaux : soit pour renforcer leurs actifs (A), soit pour garantir leurs passifs (B).

¹¹³⁶ Cf. V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, 18^{ème} éd., Sirey, 2013, n° 103 et 233.

¹¹³⁷ Ainsi, le Conseil d'État dans son avis contentieux du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Céliérier ; DA 2001 chr. Laidié) fixe deux conditions à la détermination du prix proposé par un candidat public : d'une part qu'il « soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat » ; d'autre part, « que cet établissement n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ». Nous reviendrons très largement sur ce point dans la seconde partie de cette étude : cf. *infra* n° 859 et s. et n° 941 et s.

A. La valeur des actifs

713. Pour mener à bien leurs activités de service public comme leurs activités concurrentielles, les personnes publiques s'appuient sur des actifs matériels, immatériels et financiers relevant de leur patrimoine.

714. Si les choses devaient être parfaites, l'activité de service marchand bénéficierait d'actifs propres. Mais en ce domaine, la réalité balaye l'idéal.

715. En effet, ces actifs sont parfois spécifiquement dédiés à certaines activités, mais la plupart du temps, leur utilisation est partagée entre deux ou plusieurs activités (on pense ici notamment aux actifs matériels) ou même communes à toutes les activités (c'est davantage le cas des actifs immatériels).

716. En outre, l'activité de service marchand jouit également d'actifs immatériels – donc invisibles – qui n'appartiennent pas forcément à la personne publique qui l'assume mais à l'administration dans son ensemble.

717. On le comprend, on touche ici du doigt le cœur de l'inadaptation des prestataires publics de service marchand, qui bénéficient d'actifs dont la valeur « extra-ordinaire » est en plus difficilement déterminable car leur périmètre est incertain (1) ce qui rend leur exploitation (concurrentielle) d'autant plus suspecte (2).

1. Le périmètre

718. La définition du Professeur Philippe Terneyre selon laquelle « *l'actif comporte l'ensemble des droits "patrimoniaux" [...] c'est-à-dire tous ses droits réels sur des choses (parmi lesquels le droit de propriété), ses droits personnels (essentiellement ses créances) mais aussi divers droits sur des objets ne constituant ni un droit de propriété, ni un droit personnel* »¹¹³⁸ va nous permettre de comprendre pourquoi la délimitation du périmètre des actifs des prestataires publics de service marchand est incertaine. Pour cela, nous distinguerons les actifs matériels (a), les actifs immatériels (b) et les actifs monétaires et financiers (c).

a. Les actifs matériels

719. Les actifs matériels correspondent aux biens mobiliers et immobiliers susceptibles d'appréhension physique et sur lesquels les personnes publiques détiennent des droits en vertu

¹¹³⁸ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », RJEP 2013, n° 714, étude 16.

de la loi, d'un règlement, d'un contrat de droit public ou de droit privé et/ou d'un titre de propriété¹¹³⁹.

720. En principe, la délimitation du périmètre de ces actifs n'est pas la plus complexe (car ils sont visibles), c'est pourquoi elle fait l'objet d'une moins grande littérature que celle des actifs immatériels.

721. Toutefois, en ce qui concerne l'activité concurrentielle, les choses ne sont pas toujours simples car il est fréquent que les actifs matériels affectés à l'activité concurrentielle le soient aussi à d'autres activités de la personne publique. Dans ce cas, il sera nécessaire de déterminer, précisément, les actifs utilisés par le prestataire public de service marchand.

722. Ce problème a notamment été révélé concernant les activités de service marchand des opérateurs publics ou privées s'exerçant au support d'un réseau dont ils sont gestionnaires et parfois propriétaires. Outre, le problème soulevé par l'accès des tiers à l'infrastructure, quand elle constitue une facilité essentielle¹¹⁴⁰, ce réseau peut constituer un avantage tout à fait considérable, notamment quand il est amorti par l'activité de service public¹¹⁴¹. En effet, le prestataire de service marchand, d'une part, peut être tenté de ne pas valoriser l'exploitation de ce réseau et donc de diminuer ses coûts, d'autre part, bénéficie d'un accès géographique à la

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Cf. not. M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 2011, n° 1119, p. 37 – M. Thill-Tayara et C. Couadou, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *CCC*, mai 1999, p. 4 – S. Nicinski, *Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles*, *JCP A* 2007, comm. 287. Concernant la jurisprudence, cf. not. TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, *Aéroport de Paris* : DA 2001, n° 87 – CAA Nancy, 29 novembre 2007, n° 06NC01189, *Société ATAC* : *RLC* 2008, n° 16, note Clamour – Cons. conc., déc. n° 90-MC-12 du 12 décembre 1990 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'école de ski Snow Fun.

¹¹⁴¹ Cf. not. Aut. conc., déc. n° 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels (à propos des biens de Météo France indistinctement alloués à ses missions de service public et à ses activités commerciales : l'Autorité considère que « *les outils de comptabilité analytique et de contrôle interne actuels de météo France n'offrent pas une lecture directe des moyens alloués à la mission de service public* ». Cette analyse est généralisable à toutes les grandes entreprises de service public de réseaux qui pratiquent des activités économiques en complément du service public. En effet, « *Parmi les [...] caractéristiques de ces entreprises figure la densité de leur présence sur l'ensemble du territoire – bureaux de poste, agences France Télécom, etc. –* » (Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, p. 81). Ces réseaux facilitent l'accès au consommateur final, il y a donc un risque que les entreprises publiques commettent un abus de position dominante en utilisant le « *réseau commercial amorti par l'activité de monopole ou plus largement l'activité de service public, en vue de développer des activités concurrentielles* » (CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE, n° 53, La doc. fr., p. 237). Sur ce pt, cf. not. Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF. au regard de la concurrence – Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence – Cons. conc., déc. n° 02-D-34 du 11 juin 2002 relative à des pratiques d'Électricité de France dans les secteurs de l'énergie et de l'ingénierie relative à l'utilisation des énergies – Cons. conc., déc. n° 03-D-44 du 17 septembre 2003 relative à des pratiques relevées dans les secteurs du chauffage collectif au gaz et des compteurs d'énergie thermique.

demande tout à fait considérable si l'on observe le maillage territorial des divers réseaux en question (quel que soit les domaines : transport, énergie, poste, télécommunication)¹¹⁴².

723. A vrai dire, plus largement, il est assez rare que des activités de service marchand bénéfiques d'actifs matériels qui leurs soient affectés spécifiquement. Dans la majeure partie des cas, c'est au support des mêmes biens immobiliers (les locaux notamment) et mobiliers que les diverses activités sont rendues. Bien évidemment, on comprend le risque que fait courir cette exploitation partagée des ressources : le mauvais dimensionnement des coûts peut conduire à la fixation d'un plus bas qu'il ne devrait être et cause un risque de « prédation » sur le marché.

724. Dans un autre ordre d'idées, un point important est souvent négligé : l'achat public – et donc l'entrée de l'actif dans le patrimoine – est, d'une part, soumis à des conditions particulières qui entraîne – du moins selon la Commission européenne – une baisse des prix liées aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence¹¹⁴³ et, d'autre part, peut donner lieu à des mécanismes de consultations collectives¹¹⁴⁴ dans le cadre d'une coordination interne à la personne publique (entre les services disposant de budget propre)¹¹⁴⁵, d'un groupement de

¹¹⁴² Ainsi, concernant la Poste, l'autorité de la Concurrence constatait l'importance de l'avantage concurrentiel prodigué pour son activité bancaire : « *Le réseau de La Poste est constitué de 17 000 bureaux et agences. Ce réseau, utilisé par les services financiers, est sans équivalent dans le secteur bancaire : ainsi, le Crédit agricole, qui dispose du réseau bancaire le plus dense, possédait 5684 guichets à la fin de 1994. Il couvre tout le territoire national et est particulièrement dense dans les zones rurales* » : Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, p. 24. Le constat est la même concernant EDF et GDF dont « *la taille du réseau constitué par l'établissement public (E.D.F. est présent dans la quasi-totalité des communes françaises, G.D.F., dans 5 500) facilite l'accès au consommateur final et permet plus aisément d'adapter l'offre à la demande* » : Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, p. 12.

¹¹⁴³ Cf. Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 relative à l'Institut français de Pétrole (JO L 14 du 17 janvier 2012, p. 1) : la commission européenne précise qu'il convient « *en matière d'achat public, de distinguer la baisse de prix liée aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence des soumissionnaires lors des appels d'offres – qui représente, comme la Commission l'a relevé dans le rapport cité par les autorités françaises, un authentique "bénéfice social" – et la baisse de prix qui résulte de l'appréciation plus favorable par ses cocontractants du risque de défaut d'une entité dont ils savent qu'elle est protégée du risque de liquidation judiciaire par son statut d'établissement public. Ces deux facteurs, bien que tendant tous deux à faire baisser les prix de l'approvisionnement public, sont d'une nature intrinsèquement différente, de sorte qu'il ne peut être question pour la Commission d'imputer les effets du second au premier* » (pt 203).

¹¹⁴⁴ Sur ce sujet, cf. not. L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 3182 et s.

¹¹⁴⁵ Cf. art. 7 du CMP.

commande¹¹⁴⁶, ou du recours à un centrale d'achat¹¹⁴⁷. Ce dernier avantage est toutefois atténué par l'existence de centrales, voire de « supercentrales » d'achats dans le secteur privé¹¹⁴⁸.

b. Les actifs immatériels

725. Les personnes publiques disposent d'actifs immatériels (incorporels) dont la détermination du périmètre et le statut juridique font toujours l'objet d'un vigoureux débat doctrinal¹¹⁴⁹.

726. Les actifs immatériels peuvent être définis comme les éléments du patrimoine ni financiers, ni matériels sur lesquels les personnes publiques détiennent des droits en vertu de la loi, d'un règlement, d'un contrat de droit public ou de droit privé et/ou d'un titre de propriété¹¹⁵⁰.

727. Cette définition est donnée « en creux » tout d'abord car il est difficile d'appréhender le périmètre exact couvert par ces biens dans la mesure où « *l'évolution des sciences et des techniques et l'imagination humaine sont sans limite et que l'activisme du législateur peut faire basculer dans le patrimoine des personnes publiques certains actifs, au détenteur*

¹¹⁴⁶ Cf. art. 8 du CMP. Adde D. Peljack, « La réforme du Code des marchés publics et les groupements d'achats locaux », AJDA 2001, p. 927.

¹¹⁴⁷ Cf. art. 9 du CMP. Sur l'affaire relative à l'UGAP (Union des groupements d'achats publics), cf. not. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Marchés publics, passation, la révolte des PME contre l'UGAP », CMP 2005, n° 4, comm. 128, p. 30 – D. Guilmain, « Un bilan mitigé, centrales d'achat : un statut consolidé mais des questions toujours en suspens », ACCP 2005, n° 41, p. 24 – O. Guézou, « Les centrales d'achat dans le nouveau code », AJDA 2004, p. 371 – M. Berbari, « Le sort de l'UGAP enfin réglé par le décret du 28 septembre 2001 », ACCP 2001, n° 5, p. 27 – F. Brenet, « Groupements et marchés publics : de l'acheteur aux prestataires », MTP, 9 novembre 2001, p. 82 – F. Llorens, « Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire », RFD adm. 2001, p. 1126. Plus largement, cf. C. Pelé, « Les marchés de fournitures de bureau, entre droit commun de la commande publique et particularités », ACCP, 2015, n° 51 – J. Sirinelli, « La passation des accords-cadres à l'épreuve des principes de la commande publique. Retour sur l'arrêt Union des groupements d'achats publics et Société SCC », RJEP 2014, n° 716 – B. Roman-Sequense, « Dans quelles conditions peut-on s'approvisionner directement à l'UGAP pour couvrir des besoins en fournitures courantes », CMP 2006, n° 5, comm. 157, p. 33.

¹¹⁴⁸ Cf. not. R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Le Lamy droit économique*, Paris, Lamy, éd. 2015, n° 4865 et s.

¹¹⁴⁹ A. Dilloard, « L'émergence des marques publiques dans le patrimoine immatériel des personnes publiques », RDP 2014, n° 1 – Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », RJEP 2013, n° 714, étude 16 – H. de Gaudemar, « La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », JCP A, n° 41, 2294 – *Le patrimoine immatériel des personnes publiques* (Colloque du 16 mars 2012), La doc. fr., 2013 – J.-D. Dreyfus, « La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel », AJDA 2009, n° 13, act., p. 696 – R. Léonetti, « La protection de l'affectation au service public des biens incorporels », AJDA 2009, p. 1689 – C. Malwe, « La valorisation du patrimoine immatériel de l'État », DA 2009, n° 4, comm., 52, p. 32 – C. Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, Thèse, Nantes, 2008 – C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ 1991 – O. de David Beauregard-Berthier, « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Mélanges Fâtome*, Dalloz, 2011 – C. Malwé, *Propriétés publiques immatérielles*, J.-Cl. adm, fasc. 410.

¹¹⁵⁰ Cette définition est inspirée de celle donnée par le Professeur Ph. Terneyre in « Les actifs immatériels des personnes publiques », préc.

incertain »¹¹⁵¹, et ensuite parce qu'il n'existe pas de consensus au sein de la doctrine sur la question – certains allant même jusqu'à considérer que peuvent être inclus dans le périmètre des actifs immatériels les services fournis par les personnes publiques (comme la mise à disposition de locaux par exemple) ou encore les autorisations données par les personnes publiques dans le cadre de leur pouvoir d'organisation du marché¹¹⁵².

728. C'est la raison pour laquelle les tentatives de classification du patrimoine immatériel des personnes publiques paraissent toujours inachevées ou insatisfaisantes.

729. Le Professeur Philippe Terneyre a toutefois pu dresser un inventaire « *de façon très artisanale* »¹¹⁵³ de ces biens. Sont ainsi concernés : les brevets, les marques, les licences, les logiciels, les œuvres originales de l'esprit, le savoir-faire des personnes publiques, règlementées par le droit de la propriété intellectuelle (Code de la propriété intellectuelle) ; les sigles et logos des personnes publiques ; l'image soit des biens publics matériels soit des monuments historiques appartenant à une personne publique ; toutes les données publiques ; toutes les créances publiques, les actions dans des sociétés commerciales, les sûretés et servitudes détenues des personnes publiques ; tous les phénomènes naturels dont le législateur a confié à l'État, soit la propriété, soit la gestion directe ou indirecte. Énumération à laquelle pourraient être ajoutés les fonds de commerce¹¹⁵⁴.

730. L'objectif des développements qui vont suivre n'est donc pas d'élaborer l'inventaire exhaustif et la typologie des actifs immatériels des personnes publiques – exercice complexe,

¹¹⁵¹ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », préc.

¹¹⁵² Un bon aperçu des différentes positions doctrinales est donné par Mme Solène Guilleron et M. Étienne Margot-Duclot dans leur compte rendu du Colloque du 16 mars 2012 organisé par le Conseil d'État : les discussions « *ont abouti à une proposition de classification partiellement incertaine des éléments qui le composent : le noyau dur comprend les éléments dont l'appartenance au patrimoine immatériel des personnes publiques est prévue par les textes et n'est donc pas discutée. Il s'agit des droits et titres de propriété intellectuelle (propriété littéraire et artistique, propriété industrielle) ainsi que des valeurs mobilières et fonds de commerce ; la seconde catégorie est composée des services fournis par les personnes publiques (...). Toutefois, la pertinence de la présence de cette catégorie au sein des éléments du patrimoine immatériel est discutée. Elle serait pour certains plus susceptible de relever d'une exploitation de biens matériels (locaux, espaces, terrains) que de la valorisation de biens immatériels ; la troisième catégorie est relative aux droits et autorisations, c'est-à-dire aux prérogatives de puissance publique : pouvoir de réglementer, d'autoriser ou d'interdire appartenant aux seules personnes publiques (droit d'organiser des paris en ligne, licences de taxi...).* Cet actif particulier des personnes publiques a pour contrepartie le respect de certaines obligations par les utilisateurs, souvent accompagné d'un complément financier » : S. Guilleron et E. Margot-Duclot, « Le patrimoine immatériel des personnes publiques », RLDI 2012, 83.

¹¹⁵³ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », préc.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

si ce n'est vain¹¹⁵⁵ – mais de s'attarder sur ceux qui ont des conséquences importantes sur le déroulement des activités concurrentielles. C'est pourquoi nous envisagerons, d'une part, les actifs immatériels relatifs à l'information des personnes publiques (i) et, d'autre part, les actifs immatériels relatifs à leur image (ii).

i. Les actifs immatériels relatifs à l'information des personnes publiques

731. L'information est un maillon essentiel d'un marché concurrentiel. Le marché « *n'est pas seulement un mécanisme d'allocation des ressources rares. Il est aussi et peut être surtout [...] une procédure de découverte et de communication d'informations. Si le marché est plus efficace que le plan, c'est parce qu'il gère un volume d'informations bien supérieur à celui qu'une autorité publique, fût-elle dotée d'importants pouvoirs d'investissements, est en mesure de gérer et qu'il peut faire circuler l'information sur la rareté des produits et services ou sur leur qualité au moindre coût. Ce sont les prix du marché qui expriment et communiquent l'information* »¹¹⁵⁶.

732. Dans un marché, où la concurrence serait « pure et parfaite » les prix varieraient et s'équilibreraient uniquement en fonction de l'offre et de la demande. L'une des conditions de ce « référent » concurrentiel est la transparence de l'information. C'est pourquoi, l'« asymétrie d'information » entre les concurrents sur un marché pose un risque à ce que soit faussé le jeu concurrentiel¹¹⁵⁷. L'avantage concurrentiel est en, effet, à son maximum quand les informations, que l'on est seul à posséder, permettent d'anticiper la variation des prix ou d'avoir une connaissance précise des offres concurrentes ou de la demande.

733. Or, la puissance de la personne publique réside notamment dans la détention d'informations, décisives pour le marché issue de ses multiples rôles.

¹¹⁵⁵ En effet, pour reprendre les propos du Vice-Président du Conseil d'État, « *eu égard à l'hétérogénéité du patrimoine immatériel, il serait audacieux, voire présomptueux et peut-être même contreproductif, de trop strictement définir le patrimoine immatériel et ses règles de gestion et de valorisation* » : J.-M. Sauvé, intervention introductive du Colloque du 16 mars 2012 sur « Le patrimoine immatériel des personnes publiques » (<http://www.conseil-etat.fr>).

¹¹⁵⁶ J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », n° 395, 2007.

¹¹⁵⁷ Par ex., dans le cadre particulier des « ententes » au sens du droit européen : cf. P. Wilhelm P. et F. Vever, « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », CCC 2006, étude 6. Pour une réflexion plus générale cf. not. Aut. conc., *Objet, effet et intention anticoncurrentiels*, Rapport annuel 2003, Paris, La doc. fr., not. p. 59 (informations et ententes) 61 et 70 (informations et marchés publics).

734. En premier lieu, les personnes publiques disposent de nombreuses données publiques qu'elles recueillent, classent, analysent, traitent, transforment, numérisent, regroupent¹¹⁵⁸ dans le cadre de leurs activités d'encadrement des marchés et d'encadrement des services publics¹¹⁵⁹. Or, si de telles données ne sont pas partagées, on comprend l'avantage qu'elles procurent aux personnes publiques dans le cadre de leurs activités concurrentielles.

735. En deuxième lieu, les personnes publiques disposent d'informations, issues de l'invention, qu'elles peuvent protéger par un titre de propriété intellectuelle ou industrielle (notamment les brevets d'inventions)¹¹⁶⁰.

736. En troisième lieu, les personnes publiques disposent de données publiques dans le cadre de leur rôle de pouvoir adjudicateur. C'est là une difficulté majeure de la participation des personnes publiques aux contrats de la commande publique même si en principe le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de cette « concurrence pour le marché » a l'obligation de ne pas avantager un candidat – y compris le candidat public – en lui communiquant des informations. En effet, le risque d'asymétrie d'information entre les candidats publics et les candidats privés se situe à un double niveau. D'une part, une personne publique peut disposer d'informations sur le souhait d'une autre personne publique d'engager une procédure de passation d'un contrat de la commande publique et donc anticiper sa candidature. D'autre part, le pouvoir adjudicateur peut être tenté de communiquer des informations sur les offres au candidat public.

737. Enfin, en quatrième lieu, les personnes publiques détiennent « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées* »¹¹⁶¹, les savoir-faire, dont l'appréhension est complexe dans la mesure où, d'une part, ils ne peuvent pas faire

¹¹⁵⁸ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », préc.

¹¹⁵⁹ Cf. not. C. Mongouachon, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques implique une (re)définition claire des missions de service public », RLC 2015, p. 42 : « *L'activité de service public peut aussi conférer à l'opérateur public des avantages immatériels, décisifs pour la conquête du marché concurrentiel : l'accès à des informations privilégiées, telles que des données exhaustives et précises que ne détiendraient pas les concurrents, ou encore l'exercice de fonctions régulatrices, tels que l'octroi d'agrèments ou des pouvoirs de contrôle sur un marché sur lequel la personne publique est elle-même opérateur* ».

¹¹⁶⁰ Ph. Yolka, « Les patrimoines publics à l'épreuve de la propriété intellectuelle », DA 2012, n° 1, p. 63 – F.-X. Fort, « Remarques sur le régime de gestion de la propriété industrielle entre personnes publiques », AJDA 2010, n° 41, p. 2292 – Th. Lambert, « L'article R. 611-13 nouveau du Code de la propriété intellectuelle relatif à la gestion de la propriété industrielle entre personnes publiques », JCP E 2009, n° 48, 2108, p. 13.

¹¹⁶¹ Règl. CE n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 123 du 27 avril 2004, p. 11).

l'objet d'un titre de propriété¹¹⁶² et, d'autre part, « *forment l'essence même de la culture propre à chaque entreprise* »¹¹⁶³.

ii. *Les actifs immatériels relatifs à l'image des personnes publiques*

738. Au-delà de sa matérialité, la personne publique véhicule une image qui est loin d'être neutre pour le marché concurrentiel. Le prestataire public de service marchand peut ainsi véhiculer l'image du service public, à laquelle l'activité concurrentielle est liée, ou encore de celle de la personne publique dont il est le prolongement.

739. La plupart du temps l'image publique est positive, ainsi, on lui associe diverses qualités : sérieux, fiabilité, pérennité, autorité voire influence¹¹⁶⁴. Cependant tel n'est pas toujours le cas, ce qui est un premier facteur de complexité dans l'appréhension juridique des actifs immatériels relatifs à l'image.

740. Une chose est certaine, la contestation par les concurrents privés de l'utilisation de l'image publique par les entreprises publiques n'est pas rare.

741. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit européen et interne de la concurrence a fait émerger la notion d' « image de marque » à laquelle il donne une définition ambiguë et une force juridique contrastée¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² En effet, bien que le savoir-faire soit « *théoriquement brevetable* » (J.-B. Blaise, *Droit des affaires. – Commerçants, concurrence, distribution*, 5^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2009, n° 689), il ne l'est jamais dans les faits car breveter reviendrait à publier le savoir faire que la personne publique ou privée voulait conserver secret. C'est pourquoi « *alors que le brevet donne naissance à un droit de propriété industrielle (...) au contraire, le savoir-faire n'est pas protégé par un droit de propriété industrielle. Le savoir-faire non breveté se trouve dans le domaine public. Il est à la disposition de tous ceux qui l'utilisent sans faute. Il n'est protégé que par une action en concurrence déloyale. L'action ne peut alors aboutir qu'à la condition que le concurrent se soit approprié le savoir faire de manière fautive, par exemple, grâce à un espionnage industriel* » (*loc.cit.* n° 690).

¹¹⁶³ GREMAQ, *Les actifs immatériels dans l'entreprise*, Rapport de recherche pour le Commissariat général du Plan, Paris, La doc. fr., 1998 (non numéroté).

¹¹⁶⁴ Cf. not. M. Lombard « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994, p. 163.

¹¹⁶⁵ Cf. not. TPICE, 7 juin 2006, aff. T-613/97, *Ufex e.a. c. Commission*, not. pt 172 et s : Rec. II-1531 – CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-146/00, *Commission c. France*, pt 74 et 75 (« *bénéfices immatériels liés à la prestation de service universel* ») : Rec I-09767 – Cons. conc., déc. n° 90-D-31 du 18 septembre 1990 relative à des pratiques relevées sur le marché de la publicité dans les pages jaunes des annuaires officiels des abonnés au téléphone, p. 5 (prestige du service public) – Cons. conc., déc. n° 92-D-35 du 13 mai 1992 relative à une saisine de la Société du Journal téléphonique à l'encontre de la direction de la Météorologie nationale, p. 6 – Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, p. 12 et s. (« *force de l'image* ») – Aut. conc., déc. n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, pt 63, 67, 73 – Aut. conc., déc. n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque p. 19 et s., p. 58 et s.

742. La définition de la notion d' « image de marque » est ambiguë, en effet, on pourrait penser qu'elle concerne l'image d'une « marque » au sens du droit européen et du droit français – et notamment de la définition qu'en donne l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* » – mais en réalité, les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence n'associent pas toujours la notion d'« image de marque » à une « marque » protégée et considèrent ainsi que les personnes publiques disposent d'une « image de marque » qui constitue un actif immatériel sur lequel elles ne détiennent pas de titre de propriété¹¹⁶⁶.

743. Plus exactement deux choses doivent être distinguées.

744. D'une part, les personnes publiques disposent du droit d'enregistrer et protéger des marques au sens du droit de la propriété intellectuelle (par exemple un logo, un sigle etc.), dont elles sont propriétaires. En principe, les marques n'ont qu'une « fonction distinctive », autrement dit « *un tel repère permet à la clientèle de différencier les produits et services d'une maison commerciale des produits et services de la concurrence, et de réitérer ses achats* »¹¹⁶⁷. Cependant, la marque peut également véhiculer une image – l'image de marque – « *c'est-à-dire le concept qui lui est immédiatement associé dans l'esprit du public (style de vie, fiabilité, respect de l'environnement, sécurité, luxe...* »¹¹⁶⁸.

745. D'autre part, plus largement, les personnes publiques disposent d'un nom, d'une image et d'une renommée¹¹⁶⁹ dont elles ne sont pas propriétaires mais sur lesquels elles détiennent des droits. L'exemple du nom est sur ce point intéressant, les personnes publiques n'en sont pas propriétaires et le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi pu juger, dans une affaire opposant la Commune de Laguiole au célèbre fabricant de couteaux, que « *s'il est de principe que le nom constitue, pour une commune, un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique, une commune n'est pas fondée à invoquer une atteinte à son nom, à son image et à sa renommée dès lors qu'il est établi que ce nom correspond aussi*

¹¹⁶⁶ C'est notamment le cas dans les exemples précités.

¹¹⁶⁷ R. Kovar et J. Larrieu, *Marque*, Rép. dr. eur., Dalloz, 2015, n° 38. Pour donner un exemple cité par les auteurs, cf. CJCE, 4 novembre 1997, aff. C-337/95, *Parfums Christian Dior* : Rec. I-6013, pt 39 : RTD eur. 1998.595, obs. Bonet ; D. 1998. 587, note Bergerès.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, n° 41.

¹¹⁶⁹ Cf. art. L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment : [...] h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale* ».

à un terme devenu générique pour désigner un produit fabriqué non exclusivement sur son territoire »¹¹⁷⁰. Autrement dit, l'usage du nom d'une collectivité territoriale par des tiers, à titre de marque (par exemple), doit porter atteinte « au nom, à l'image ou à la renommée » de la personne publique pour être sanctionné. Sans revenir sur le principe, le législateur, dans le souci de protéger davantage les collectivités territoriales, a mis en place un dispositif « d'opposition » à la demande d'enregistrement d'une marque susceptible de porter atteinte à leur nom, leur image ou leur renommée (article L. 712-4, 3° du Code de la propriété intellectuelle) accompagné d'un dispositif « d'alerte », pour les collectivités territoriales qui en font la demande à l'Institut national de la propriété intellectuelle (art. L. 712-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, notamment dans le but d'éviter tout risque de forclusion¹¹⁷¹. L'ensemble de ces éléments immatériels – le nom, la renommée, l'image, l'autorité etc. – entre dans ce véhicule qu'est l'« image de marque ». Ainsi, la Commission européenne et les juges européens n'hésitent pas à faire référence à « l'image de marque de l'État », en tant qu'investisseur global dans l'économie de marché¹¹⁷². De la même manière, les juges français protègent les collectivités territoriales, et plus largement l'ensemble des personnes publiques, de l'atteinte qui peut être portée à leur « image de marque ». Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Erika* la Cour d'appel de Paris avait pu condamner solidairement les personnes morales et physiques fautives à indemniser l'atteinte à l'« image de marque » et à la réputation des collectivités territoriales concernées¹¹⁷³.

746. Qu'elle concerne une marque ou non, la détermination de consistance de l'« image de marque » est complexe. Concernant le marché, les autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence ont tendance à considérer que la gestion du service public contribue à donner une image positive à l'entreprise publique (sous statut de droit public ou de droit privé) qui en a la charge. Pourtant, cette appréciation porte à débat. Déjà, en 1990, le Professeur Jacques Chevallier notait que l'attachement des usagers au service public variait selon leur degré de satisfaction – ainsi, selon lui, les Télécommunications bénéficiaient d'une image de marque plus positive que celle de La Poste – tout en modérant cette affirmation par l'analyse selon laquelle « les critiques elles-mêmes révèlent l'ampleur des exigences formulées à l'endroit d'un service public dont les vertus ne sont pas réellement mises en doute »¹¹⁷⁴. Ainsi, il n'est pas

¹¹⁷⁰ TGI Paris, 15 septembre 2012, n° 10/08800, *Commune de Laguiolle*.

¹¹⁷¹ Cf. Ch. Dernoncourt, « Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français », *Propriété industrielle*, n° 7-8, Juillet 2014, étude 18.

¹¹⁷² Cf. not. CJUE, 4 septembre 2014, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, *SNCM et France c. Corsica Ferries France*.

¹¹⁷³ Cf. CA Paris, Pôle 4, ch. 11 E, 30 mars 2010, 08/02278, *Clemente et a. c. Conseil Général de la Vendée et a.*

¹¹⁷⁴ J. Chevallier, « La mutation des postes et télécommunications », *AJDA* 1990 p. 667.

certain que le « service public » entraîne une image nécessairement positive. L’Autorité de la concurrence elle-même notait que La Poste « *a, pour sa clientèle, l’image du service public, elle représente l’État, elle a donc vocation à être neutre, impartiale. En contrepoint, les clients lui reprochent sa lourdeur de fonctionnement (“bureaucratique”), le manque de sens commercial de son personnel (“fonctionnaires”), le manque de confidentialité des locaux, les files d’attente aux guichets* »¹¹⁷⁵.

747. Il semble cependant, et malheureusement pour elle, que La Poste fasse l’objet d’un traitement particulier car, de manière générale, l’Autorité de la concurrence considère que, pour les consommateurs, le caractère public peut être perçu comme un élément rassurant associé « *à des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d’universalité et de continuité* »¹¹⁷⁶.

748. On le comprend, les juges et autorités de la concurrence sont visiblement « mal à l’aise » sur la consistance et la force juridique de la notion d’« image de marque ». Ainsi, concernant l’utilisation « l’image de marque », en dehors du cas spécifique du service universel des communications électroniques¹¹⁷⁷, le juge européen et l’autorité de la concurrence ne semblent

¹¹⁷⁵ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d’avis de l’Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence. *Adde* G. Calley, « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », RFDA 2006 p. 96.

¹¹⁷⁶ Ainsi, dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à la diversification des activités de EDF et GDF eu regard de la concurrence, l’Autorité de la concurrence a pu considérer que « *l’image des deux établissements publics (i.e. EDF et GDF) est, en l’espèce, un avantage immatériel important pour les filiales qui leur sont rattachées puisque souvent cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d’universalité et de continuité* », allant même jusqu’à parler de la « *force de l’image* ». *Adde* Cons. conc., déc. n° 90-D-31 du 18 septembre 1990 relative à des pratiques relevées sur le marché de la publicité dans les pages jaunes des annuaires officiels des abonnés au téléphone – CA Paris, pôle 5, ch. 7, 2 décembre 2010, n° 2010/08010 – CA Paris, pôle 5, ch. 7, 1 juin 2010, n° 2010/07349.

¹¹⁷⁷ Dans le cadre du calcul du coût du service universel, l’image de marque doit être comptabilisé comme un actif incorporel. Dès lors, comme le remarque la Professeure Sophie Nicinski (*Droit public des affaires*, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 872) « *on note [...] que la France a pu être condamnée du fait de l’absence de prise en compte de l’image de marque de France Télécom dans l’identification des coûts et profits du service universel des télécommunications* » (CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-146/00, Commission c. France : Rec. I-9767). En effet, cette exigence est mentionnée dans les considérants même de la Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (dite directive "service universel"). Ainsi, au pt n° 19 du préambule la directive dispose que « *le calcul du coût net du service universel devrait tenir dûment compte des dépenses et des recettes, ainsi que des avantages immatériels découlant de la fourniture du service universel, mais ne devrait pas compromettre l’objectif général d’une structure des tarifs qui rende compte des coûts. Les coûts nets qui découlent des obligations de service universel devraient être calculés selon des procédures transparentes* », pour préciser au pt n° 20 que « *tenir compte des avantages immatériels revient à dire qu’une estimation, en termes monétaires, des avantages indirects qu’une entreprise tire du fait de sa position en tant que fournisseur du service universel, devrait être déduite du coût net direct des obligations de service universel afin de déterminer le coût d’ensemble* ».

pas considérer qu'elle ressorte des actifs incorporels – au sens comptable – mais semble en faire un « indice » à la reconnaissance d'une aide d'État¹¹⁷⁸ ou d'un abus de position dominante¹¹⁷⁹.

c. *Les actifs monétaires et financiers*

749. Les actifs monétaires – monnaie divisionnaire, monnaie fiduciaire, monnaie scripturale – et les actifs financiers – les différents titres et opérations financières – constituent une catégorie particulière d'actifs. C'est la raison pour laquelle on a coutume de les séparer.

750. Du point de vue de leur identification, ils ne soulèvent pas de problèmes particuliers dans la mesure où le périmètre de ces actifs, quand sont concernées des personnes publiques, est clairement délimité par la loi¹¹⁸⁰.

2. *L'exploitation*

751. Les marchés ne sont pas des lieux paisibles, ils ont vocation à accueillir la compétition. Dès lors, il faut bien comprendre que l'exploitation des actifs d'une entreprise fait partie de l'essence même de la concurrence. Le concurrent cherche à accroître, développer, utiliser stratégiquement ses ressources et parfois à préserver leurs secrets (des informations, des procédés, des stratégies etc.).

¹¹⁷⁸ Le juge européen est réticent à l'idée de considérer que l'« image de marque » est susceptible de constituer une aide d'État, dans la mesure où elle remplit difficilement les conditions posés par l'article 107§1 du TFUE : la mesure doit procéder d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ; la mesure procure un avantage au bénéficiaire ; l'intervention est susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; elle fausse ou menace de fausser la concurrence (CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c. Commission*, aff. C-142/87 : Rec. I-959. Ainsi dans un arrêt relatif à des filiales de La Poste (TPICE, 7 juin 2006, aff. T-613/97, *Ufex e.a. c. Commission* : II-01531) le juge européen a pu considérer qu'« à supposer que l'image de marque de La Poste soit un actif incorporel, celle-ci n'a pas nécessairement pour conséquence que son utilisation relève d'un élément distinct de l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à la SFMI-Chronopost. À défaut d'indices démontrant que l'image de marque découle d'un tel transfert distinct, il y a lieu de considérer que l'usage de l'image de marque de La Poste résulte plutôt de la fourniture en tant que telle de cette assistance logistique et commerciale et en constitue un élément accessoire » (pt 177). Dès lors, « la Commission n'a pas commis d'erreur en considérant que l'utilisation de l'image de La Poste par sa filiale ne constituait pas une aide d'État séparée de la rémunération des coûts complets de La Poste » (pt 178). Autrement dit, si l'on force (légèrement) le raisonnement du juge européen, on comprend que l'exploitation de l'« image de marque » ne peut être sanctionnée directement par le juge européen, mais peut servir d'indice à la reconnaissance d'une aide d'État (par exemple dans le cas d'une assistance technique et commerciale d'une société mère à une filiale).

¹¹⁷⁹ Suivant la même logique que celle décrite précédemment, l'Autorité de la concurrence considère (dans le cas des filiales d'entreprise publique) que « le seul fait, pour une filiale appartenant au groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé, de mentionner son appartenance à ce groupe ne saurait en lui-même caractériser un abus de position dominante que détiendrait l'une des entités de ce groupe. Le bénéfice des avantages d'image liés à l'appartenance à un tel groupe est inhérent à la possibilité laissée à ces groupes de poursuivre ou de développer leurs activités dans des domaines ouverts à la concurrence. C'est seulement dans des circonstances particulières, comme celles conduisant à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle ou à tirer parti d'autres avantages spécifiques liés à l'activité de service public, qu'un abus du type de celui dénoncé peut le cas échéant être caractérisé » : Aut. conc., déc. n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz.

¹¹⁸⁰ Cf. *supra* n° 360 et s.

752. En réalité, l'exploitation des ressources patrimoniales n'est pas prohibée en tant que telle, c'est quand elle est susceptible de fausser la concurrence qu'elle pose problème. Sur ce point, la situation spécifique des prestataires publics de service marchand est, selon nous, à la source d'une confusion inextricable entre les ressources qu'elles dédient à leur activité concurrentielle et les ressources l'administration. Cette confusion est visible à deux niveaux : soit dans l'utilisation des actifs en renfort de l'activité de service marchand (a) soit dans la gestion de l'accès aux actifs constitutifs de facilités essentielles à l'activité de service marchand (b).

a. L'utilisation des actifs en renfort de l'activité de service marchand

753. Au-delà de la détermination du périmètre des actifs – matériels, immatériels, monétaires et financiers – utilisés par les personnes publiques, le contrôle de leur utilisation est d'une réelle complexité qui tient à la spécificité irréductible du lien entre les prestataires publics de service marchand et l'administration. Cette complexité est visible quel que soit le fondement utilisé pour sanctionner des actes ou des comportements relatifs à l'utilisation de ces actifs (notamment par le contrôle des aides d'État ou des pratiques anticoncurrentielles).

754. Nous allons cependant restreindre notre champ d'étude au contrôle des prix, qui est au centre des difficultés concurrentielles que posent les personnes publiques.

755. Pour cela, il faut tout d'abord mettre en lumière le cœur de la problématique qui découle de la spécificité des actifs des personnes publiques. En effet, nous avons préalablement vu que si les actifs matériels, monétaires et financiers peuvent facilement être circonscrits, il en va bien différemment des actifs immatériels qui ont pour originalité d'être « invisibles », donc difficilement – voire impossiblement – délimités et pour problématique d'avoir un impact – incontestable – sur l'activité concurrentielle des personnes publiques. Or, à ce problème de délimitation du périmètre des actifs vient s'ajouter une autre difficulté : la traduction économique – et donc comptable – de ces actifs.

756. Ainsi, les juges et autorités de la concurrence peuvent contrôler que les personnes publiques, dans la détermination du prix du service ou de l'offre de service marchand (dans le cadre de l'accès des personnes publiques au contrat de la commande publique), ont bien pris en compte « *l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la*

prestation »¹¹⁸¹ et donc, pour ce faire, que le prestataire public de service marchand n'a « *pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* »¹¹⁸² Afin de contrôler ce « juste » prix les juges et autorités de la concurrence s'appuient notamment sur les documents comptables fournis par les prestataires publics de service marchand eux-mêmes.

757. Or, si théoriquement ce contrôle peut sembler satisfaisant, en pratique, il s'avère d'une sévère difficulté qui tient à la détermination de la valeur économique de ces actifs. Effectivement, ces derniers peuvent :

- avoir intégré le domaine – public ou privé – de la personne publique selon des procédés exorbitants du droit commun¹¹⁸³ ou, à tout le moins, dans des conditions plus favorables que celles que connaissent les entreprises ordinaires¹¹⁸⁴ ;
- être dédiés à plusieurs activités : ce qui est souvent le cas des actifs matériels, et toujours le cas de certains actifs immatériels (informations – sauf à ce que la personne publique soit d'une vertu concurrentielle « extra-ordinaire » –, image de marque). Or, dans ce cas, au-delà du coût de l'actif, il faudra déterminer la proportion de son utilisation¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié. *Adde* not. CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : Rec. 422 ; BJCP 2001.105 et RFDA 2001.106, concl. Bergeal ; AJDA 2001.662, note Treppoz

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Sur les modes d'acquisition de droit public des biens mobiliers et immobiliers, cf. not. C. Chamard-Heim, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, t. 2, p. 313. L'auteure cite ainsi successivement : en premier lieu, l'acquisition au moyen d'un acte administratif – « *quand les biens publics échangés font partie du domaine public et son affectés à un service public* » (art. L. 2141-3 du CGPPP), pour « *l'acquisition des immeubles, droit réel immobiliers ou fonds de commerce* » (art. L. 1311-13 du CGCT ; art. L. 1212-1 du CGPPP) ou dans le cas particulier de la dation en paiement (art. L. 1111-5 du CGPPP et art. L. 1716 bis CGI) – ; en second lieu, l'acquisition au moyen de la contrainte, notamment dans le cas de la nationalisation, de l'expropriation, ou de la préemption (art. L. 1122-3 et s. CGCT) ; en troisième lieu, l'acquisition à titre gratuit dans le cas de successions en déshérence (art. 539 du Code civil ; art. L. 1122-1 CGPPP), des biens confisqués par la justice (art. L. 1124-1 du CGPPP), des objets placés sous main de justice (art. L. 1125-1 du CGPPP), des biens culturels maritimes (art. L. 1127-1 du CGPPP), des biens sans maître (art. 713 du Code civil et art. L. 1123-1 et s. du CGCT). *Adde* L. Rapp, « Entrée et sortie des biens », RFDA 2006, p. 916.

¹¹⁸⁴ Cf. Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 relative à l'Institut français de Pétrole (JO L 14 du 17 janvier 2012, p. 1) : la commission européenne précise qu'il convient « *en matière d'achat public, de distinguer la baisse de prix liée aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence des soumissionnaires lors des appels d'offres – qui représente, comme la Commission l'a relevé dans le rapport cité par les autorités françaises, un authentique "bénéfice social" – et la baisse de prix qui résulte de l'appréciation plus favorable par ses cocontractants du risque de défaut d'une entité dont ils savent qu'elle est protégée du risque de liquidation judiciaire par son statut d'établissement public. Ces deux facteurs, bien que tendant tous deux à faire baisser les prix de l'approvisionnement public, sont d'une nature intrinsèquement différente, de sorte qu'il ne peut être question pour la Commission d'imputer les effets du second au premier* » (pt 203)

¹¹⁸⁵ Cf. *infra* n° 878 et s. et n° 941 et s.

- être soumis à des règles comptables d’amortissement exorbitantes du droit commun – voire ne pas y être soumis¹¹⁸⁶.
- ou enfin, ne pas pouvoir être traduits par une valeur économique (ou à tout le moins être traduits par une valeur économique très artificielle) : c’est notamment le cas de la valeur économique de certains actifs relatifs à l’image ou à l’information des personnes publiques¹¹⁸⁷.

758. Autrement dit, la reconstitution des coûts sera à la fois artificielle et imparfaite. Sur ce point il faut bien s’entendre, les entreprises privées bénéficient également d’actifs immatériels, notamment relatifs à l’information ou à l’image¹¹⁸⁸. Toutefois, ces actifs n’ont pas pour caractéristique de puiser leurs sources dans des activités exorbitantes du droit commun et ne revêtent donc pas la même importance (à l’exception des entreprises privées en charge d’un service public, nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de cette étude).

759. On le comprend, la détermination des coûts fixes et variables reposera sur un véritable exercice de reconstitution artificielle de la part du prestataire public de service marchand et la preuve comptable reposera, en grande partie, sur la bonne foi de la personne publique, ou, dans le cas contraire, devra faire l’objet d’un contrôle poussé du juge administratif qui, pour le coup, devra déployer toute sa virtuosité technique.

b. La gestion de l’accès aux actifs constitutifs de « ressources essentielles » à l’activité de service marchand

760. Les actifs des personnes publiques peuvent parfois constituer des « ressources essentielles » (que l’on nomme également « infrastructures essentielles » ou « facilités essentielles »)¹¹⁸⁹. Ces actifs sont tout à fait particuliers dans la mesure où ils sont nécessaires

¹¹⁸⁶ cf. not. Cons. conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 relatif à une demande d’avis de l’Union des syndicats de l’industrie routière française concernant l’intervention des parcs départementaux de l’équipement dans le secteur de la production d’émulsions de bitume et des travaux routiers (Les parcs de l’équipement ne sont pas soumis à un système d’amortissement). *Adde* P. Collin, M. Guyomar, « Conditions relatives à la candidature d’un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », note sous CE, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (préc.), AJDA 2000, p. 987.

¹¹⁸⁷ Cette difficulté est implicitement révélée par l’arrêt CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-146/00, *Commission c. France* : Rec. I-9767) qui soulignait que la France n’avait pas tenu compte des bénéfices immatériels liés à la prestation du service universel pour le calcul du coût net du service. Or cette difficulté est démultipliée si l’on prend en compte l’importance de l’actif immatériel des personnes publiques. Autrement dit la complexité du patrimoine immatériel public est à l’origine de difficultés pour l’identification et la valorisation des actifs immatériels publics.

¹¹⁸⁸ Cf. not. GREMAQ, *Les actifs immatériels dans l’entreprise*, Rapport de recherche pour le Commissariat général du Plan, Paris, La doc. fr., 1998.

¹¹⁸⁹ Sur cette question cf. not. M. Thill-Tayara et C Couadou, « Le droit d’accès à l’épreuve de la théorie des installations essentielles », CCC 1999, n° 6 – L. Richer, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version

à l'exercice d'une activité marchande. Autrement dit, l'accès à l'actif conditionne l'accès au marché. Les « ressources essentielles » peuvent autant être des actifs matériels (réseau ferré, électrique, installation portuaire etc.) que des actifs immatériels (base de données, temps d'antenne etc.).

i. Le principe de l'accès

761. La théorie des « ressources essentielles » trouve ses fondement dans le droit américain de l'*antitrust* et sa première application dans la décision de la Cour suprême *United States V. Terminal Railroad Ass'n* du 22 avril 1912¹¹⁹⁰.

762. Sa transposition en droit européen fut tardive¹¹⁹¹. Cette tardivité s'explique principalement par la construction progressive du marché intérieur. En effet, la théorie des « ressources essentielles » est une expression très aboutie de la logique et de la politique de régulation des marchés : elle permet tantôt la « création » d'un marché (c'est par exemple le cas des marchés des services rendus au support de réseau), parfois la « préservation » d'un marché (dans l'hypothèse où le partage d'une « ressource essentielle » est nécessaire au bon fonctionnement, voire à la survie du marché) et pourrait même à terme favoriser le

française », D. 1999, chr., p. 523 – M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des “facilités essentielles” », Rev. conc. consom. 2001, n° 119, p. 37 – G. Terrier et L. Donnedieu de Vabres, « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », RLDA 2006/11, n° 657 – G. Canivet, « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », RLDA 2006/11, n° 658 – F. Marty et J. Pillot, « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyages-sncf.com » : une analyse économique », RLC 2009/19, n° 1333 – F. Marty et J. Pillot, « Pratiques de boycott ou refus d'accès à une facilité essentielle ? », RLC 2011/26, n° 1724.

¹¹⁹⁰ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912). *Adde* avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse qui relate les faits de l'affaire qu'a eu à connaître la Cour suprême américaine : « *le financier américain Jay Gould avait, en formant une association, notamment avec des sociétés de transport ferroviaire, acquis le contrôle de la totalité des infrastructures nécessaires pour charger ou décharger le fret et permettre le trafic passager des deux côtés du Mississippi aux alentours de Saint Louis. Le gouvernement fédéral attaqua l'association sur le fondement des dispositions du Sherman Act qui prohibent la monopolisation. La Cour suprême des États Unis, qui se prononça sur cette affaire en 1912, fût cependant sensible aux arguments des parties qui soutenaient que la réunion des infrastructures permettant de traverser le Mississippi à Saint Louis dans une même entité était de nature à permettre des gains d'efficacité substantiels. Pour permettre l'exercice de la concurrence à l'aval dans le secteur du transport ferroviaire, sans pour autant renoncer aux gains d'efficacité permis par la concentration, la Cour suprême des États-Unis choisit d'une part, d'obliger l'association à admettre en son sein toute compagnie ferroviaire qui en ferait la demande, aux mêmes conditions que celles qui avaient été consenties aux compagnies ferroviaires déjà membres de l'association et, d'autre part, de permettre aux compagnies ferroviaires qui ne souhaitaient pas devenir membres de l'association de pouvoir accéder aux infrastructures à un coût qui assurerait qu'elles ne seraient pas désavantagées dans la concurrence par rapport aux compagnies membres de l'association* ».

¹¹⁹¹ Cf. déc. n° 94/19 de la Commission, 21 décembre 1993, *Sea Containers c. Stean Sealink* (JO L 15 du 18 janvier 1994, p. 8) : Europe, mars 1994, n° 115, obs. L. Idot.

« perfectionnement du marché » (car le partage d'une « ressource essentielle » peut stimuler le développement du marché).

763. Pourtant, au départ, les critiques furent vives. Elles reposaient notamment sur l'atteinte que portait l'application de cette théorie au droit de propriété et à la liberté contractuelle. Ces critiques furent écartées avec netteté et pédagogie par les autorités européennes et internes de la concurrence. Ainsi, le juge européen considéra dans son arrêt *Bronner* du 26 novembre 1998 que si la liberté contractuelle et le droit de propriété constituaient des principes universellement consacrés, parfois même constitutionnellement, par les États, pour autant une atteinte pouvait être justifiée par le souci d'empêcher les distorsions de concurrence, dans l'intérêt des consommateurs¹¹⁹². Dans le même ordre d'idées, l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 assumait « *l'expropriation implicite* » (sic.) qu'impliquait la théorie des « ressources essentielles » et ses conséquences sur son détenteur « *soumis à deux contraintes : d'une part il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient, ou qu'il contrôle, et il n'a pas la liberté de refuser de contracter ; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents* »¹¹⁹³.

764. C'est d'ailleurs le souci de concilier le droit de propriété et la liberté contractuelle avec le droit du marché intérieur qui conduisit l'Autorité de la concurrence à formuler cinq conditions qui fixent, encore aujourd'hui, l'application de la théorie des « infrastructures essentielles »¹¹⁹⁴ :

¹¹⁹² CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, *Bronner* : Rec. 7791. *Adde*, concl. de l'avocat général Francis Jacobs : « en premier lieu, il apparaît que le droit de choisir ses partenaires contractuels et de disposer librement de sa propriété sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des États membres, en revêtant parfois un caractère constitutionnel. Les atteintes à ces droits exigent d'être soigneusement justifiées. En second lieu, la justification, sur le plan de la politique de la concurrence, d'une immixtion dans la liberté de contracter d'une entreprise dominante exige souvent de procéder à une soigneuse mise en balance de considérations divergentes. Sur le long terme, il est généralement favorable à la concurrence, et dans l'intérêt des consommateurs, de permettre à une société de réserver à son propre usage les installations qu'elle a développées pour les besoins de son activité. Par exemple, si l'accès à une installation de production, d'achat ou de distribution était trop aisément accordé, un concurrent ne serait pas incité à créer des installations concurrentes. Ainsi, tandis que la concurrence s'amplifierait à court terme, elle se réduirait à long terme. De surcroît, une entreprise dominante serait moins encouragée à investir dans des installations efficaces si ses concurrents pouvaient, sur demande, en partager les bénéfices. Ainsi, le simple fait qu'une entreprise conserve un avantage sur un concurrent en se réservant l'usage d'une installation ne saurait justifier d'exiger l'accès à celle-ci. En troisième lieu, il est important de ne pas perdre de vue, en appréciant ce problème, que l'objectif premier de l'article 86 est d'empêcher les distorsions de concurrence - et, en particulier, de sauvegarder les intérêts des consommateurs - plutôt que de protéger la position de concurrents particuliers ».

¹¹⁹³ Cons. conc., avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

- En premier lieu, l’infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- En deuxième lieu, l’accès à l’infrastructure est strictement nécessaire pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l’infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- En troisième lieu, l’infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l’entreprise qui la gère ;
- En quatrième lieu, l’accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- En cinquième lieu, l’accès à l’infrastructure est possible.

765. Bien évidemment les personnes publiques sont concernées au premier plan et la coexistence de la propriété ou de la gestion de « ressources essentielles » avec la prise en charge d’activité de service marchand (s’exerçant au support de telles ressources) pose deux principaux problèmes qui sont en réalité les faces d’une même « pièce ».

766. Si l’on regarde du point de vue de la concurrence, on s’aperçoit vite du fait que bon nombre d’actifs des personnes publiques pourraient être qualifiés de facilités essentielles. D’ailleurs les concurrents ne s’y trompent si l’on considère le contentieux important dont elles font l’objet¹¹⁹⁵. Or, l’application de la théorie des « facilités essentielles » aux personnes publiques est d’une réelle difficulté. Premièrement, parce que la personne publique n’intervient pas toujours sur un marché et dès lors peut détenir ou gérer une « ressource essentielle » pour exercer une activité marchande sans être ni en situation de position dominante, ni en situation de monopole, ressource qui peut toutefois bénéficier à un prestataire public de service marchand. Deuxièmement, car le caractère « strictement nécessaire » dépend très largement de l’interprétation qu’on en a. Or, sachant que le patrimoine public est « hors du commun » et que l’imagination en matière de création de service marchand n’a pas de limite, de nombreuses ressources des personnes publiques pourraient devenir, par cette conjonction de l’inhabituel et de l’invention, « strictement nécessaires » à l’exercice d’une activité marchande. C’est d’ailleurs, la raison pour laquelle la Professeure Sophie Nicinski avait pu proposer, en droit administratif, « *d’élargir quelque peu la notion notamment quant au caractère strictement nécessaire de l’accès à une infrastructure essentielle. En effet, on pourrait par exemple soutenir*

¹¹⁹⁵ Cf. par ex. Cons. conc., déc. n° 90-MC-12 du 12 décembre 1990 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l’école de ski Snow Fun – CA Paris, 27 janvier 1988, *EDF c. Auxiliaire de chauffage et autres* : AJDA 1998.435 note Adam et Blazy ; CJEG 1998, p. 251, note Sablière - Com., 12 juillet 2005, n° 04-12.388, *Société Nouvelles Messageries de la presse parisienne* : JCP G 2005, n° 10121.

qu'une infrastructure portuaire n'est pas essentielle, puisqu'un bateau peut toujours faire débarquer ses passagers sur n'importe quel point de la côte, ou encore que l'enceinte d'un aéroport n'est pas strictement nécessaire puisqu'une activité économique s'exerçant à l'intérieur peut s'exercer aux abords immédiats (locations de voiture par exemple). Néanmoins, il est facile de se rendre compte que l'activité s'exerce mieux et de manière plus rentable si les passagers d'une navette maritime peuvent être débarqués sur un quai proche des autres moyens de transport et si le passager tout droit débarqué d'un avion n'a pas à parcourir plusieurs kilomètres pour louer une voiture »¹¹⁹⁶.

767. Si l'on regarde du point de vue des personnes publiques, les choses s'inversent. D'une part, car la spécificité du patrimoine public n'est pas immérité et trouve sa justification dans les tâches d'intérêt général qu'accomplissent les personnes publiques. C'est d'ailleurs pourquoi les juges et autorités de la concurrence ont pu reconnaître la légalité de certains motifs avancés par les personnes publiques pour justifier des refus d'accès à leurs concurrents¹¹⁹⁷. D'autre part, car les activités concurrentielles menées par les personnes publiques, à l'instar de toutes les activités concurrentielles, interviennent dans un milieu de compétition, où l'exploitation des avantages et la préservation du secret sont cruciaux. On comprend, dès lors, la réticence de certains opérateurs publics à permettre l'accès à des actifs sur lesquels ils font reposer leur démarcation concurrentielle.

768. C'est donc un équilibre que doivent chercher les juges et autorités de la concurrence. Un équilibre qui puisse permettre de concilier l'accès des concurrents aux actifs immatériels essentiels à leur activité marchande tout en préservant à la fois les missions d'intérêt général et les activités concurrentielles des personnes publiques.

769. Sans prétendre à l'exhaustivité, voici les trois caractéristiques de l'accès aux « ressources essentielles » des personnes publiques :

¹¹⁹⁶ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, Coll. « Domat », 2014, n° 900.

¹¹⁹⁷ La Professeure Nicinski rappelle ainsi qu'il s'agit principalement de motifs liés à la sécurité (Cons. conc., déc. 92-D-35 du 13 mai 1992 relative à une saisine de la Société du Journal téléphoné à l'encontre de la direction de la Météorologie nationale), en effet, ni le droit de propriété intellectuelle (Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine) ni la protection des données à caractère personnel (Cass., 6 mai 1996, *France Télécom c. Communication média Services* : Bull. civ. IV, n° 125 ; AJDA.1003, note Bazex ; RFDA 1996.1161, note Seiller) ne peuvent justifier un refus d'accès à la ressource essentielle : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., n° 901.

770. En premier lieu, les « ressources essentielles » des personnes publiques couvrent un large champ qui, au-delà des actifs matériels, et notamment des biens publics affectés à l'usage du public ou à un service public, comprend aussi des actifs immatériels comme les données publiques, qui concernent les activités de service marchand dont le traitement de l'information est le cœur de métier – liste expurgée des abonnés du téléphone¹¹⁹⁸ ; répertoire des entreprises SIRENE¹¹⁹⁹ ; Cartes marines du Service hydrographique de la Marine¹²⁰⁰ ; logiciel « Presse 2000 »¹²⁰¹ etc. –.

771. En deuxième lieu, la théorie des « ressources essentielles » s'appliquant difficilement aux personnes publiques, les juges et autorités de la concurrence ont de plus en plus recours à la qualification de l'abus de position dominante pour sanctionner des conditions discriminatoires d'accès aux ressources des personnes publiques. Autrement dit, ce n'est pas le refus d'accès aux ressources qui est sanctionné mais la discrimination entre les usagers cherchant à accéder aux ressources¹²⁰².

772. En troisième lieu, la logique de transparence des informations publiques – dont certaines peuvent être des « ressources essentielles » – va dans le sens de la diffusion au public des données publiques dans la mesure où celles-ci ne sont pas protégées¹²⁰³.

¹¹⁹⁸ Com. 4 décembre 2001, n° 99-16.6424 : RTD com. 2002.296, obs. Claudel, et 394, obs. Poillot-Peruzzetto

¹¹⁹⁹ Cons. conc., avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE – CE, 2 avril 2003, n° 247769, Société Cegedim.

¹²⁰⁰ Cons. conc., Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine.

¹²⁰¹ Cons. conc., déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse – Com., 12 juillet 2005, n° 04-12.338 : D. 2005.2144 obs. Chevrier ; RTD civ. 2005.773 obs. Mestre et Fages.

¹²⁰² Sur le fondement de l'art. L. 420-2 du Code de commerce : Aut. conc., déc. n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales : sur cette question et cette décision, cf. not. I. Luc, « Quand les bases de données ne sont pas qualifiées de facilités essentielles... », AJ Contrats d'affaires, 2014, p. 332.

¹²⁰³ Cf. Dir. 2013/37/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 modifiant la Dir. 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public (JO L 175 du 27 juin 2013, p. 1). *Adde* L. modifiée n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JO du 18 juillet 1978, p. 2851) et D. modifiée n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques. Toutefois, l'art. 10 de la L. n° 78 du 17 juillet 1978 prévoit que ne sont pas considérées comme des informations publiques les informations contenues dans des documents ou produit ou reçu par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial.

ii. *Les conditions de l'accès*

773. Les prestataires publics de service marchand doivent (pour les « ressources essentielles ») ou peuvent (pour les autres) ouvrir l'accès aux actifs qu'elles gèrent ou dont elles sont propriétaires à leurs concurrents privés. Quelle que soit l'hypothèse, cet accès est soumis aux mêmes conditions.

774. D'une part, de manière générale, l'accès à un actif de l'administration doit se faire de manière non discriminatoire. Cette exigence, issue du principe d'égalité, a deux principales conséquences. En premier lieu, la personne publique ne doit pas favoriser un concurrent au détriment d'un autre et, à ce titre, ne doit pas favoriser sa propre activité concurrentielle¹²⁰⁴. En second lieu, la personne publique ne doit pas désavantager un ou plusieurs concurrents¹²⁰⁵. Exceptionnellement, la personne publique peut toutefois traiter différemment des opérateurs se trouvant dans des situations différentes¹²⁰⁶.

775. D'autre part, de manière plus spécifique, la personne publique peut « valoriser » l'accès aux actifs¹²⁰⁷. La « valorisation économique » de l'accès aux actifs immatériels de la personne publique est notamment une préoccupation contemporaine très forte¹²⁰⁸ qui oppose « *les tenants de l'accès libre et gratuit aux actifs immatériels des personnes publiques ('Open Data')* » à ceux de la « *valorisation économique* », même si chacun s'accorde à penser que la valorisation de tels biens ne passe pas nécessairement et exclusivement par un retour sur investissement

¹²⁰⁴ Cf. not. CE, 30 juin 2004, n° 250124, *Département de la Vendée c. Société vedettes inter-îles vendéennes* : AJDA 2004.2210 note Nicinski et 2309, note Charbit ; RJEP 2004.487 concl. Collin ; RLC 2004, n° 1, p. 50 note Destours (à propos d'une mesure favorisant l'accès à une infrastructure à un opérateur de service public).

¹²⁰⁵ Cf. not. Cons. conc., déc. n° 90-MC-12, 12 décembre 1990, *École de ski Snow Fun, Lechene* (à propos du refus d'une régie des sports de montagne d'accorder l'accès prioritaire aux remontées mécaniques aux moniteurs de ski « indépendants » au prétexte de l'existence d'une convention cadre la liant à des moniteurs concurrents) – CE, Sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA et Société Hertz* : Rec. 96 ; AJDA 1999.427, concl. Stahl et note Bazex ; CJEG 1999.264 ; D. 2000.204, note Markus ; RDP 1999.1545, note Manson, et 2000.353, obs. Guettier ; RFDA 1999.977, note Pouyaud (à propos de la passation de conventions d'occupation du domaine public pour l'exploitation de points de location de voitures sans chauffeur sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle).

¹²⁰⁶ Dans l'arrêt (précité) *Département de la Vendée* du 30 juin 2004, le juge considère, reprenant ainsi sa jurisprudence classique (CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire* : Dr. soc. 1951.168, concl. Letourneur, note Rivero ; S. 1951.3.81, note C.H.), que la différence de situation ou l'intérêt général peuvent justifier un traitement discriminatoire (conditions qui ne sont pas remplies en l'espèce).

¹²⁰⁷ Sur cette question cf. not. S. Nicinski, « Le problème de la tarification des données publiques », RJEP/CJEG octobre 2004.

¹²⁰⁸ Cf. not., sur la valorisation du patrimoine immatériel, D. n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel (JO n° 0036 du 12 février 2009, p. 2505) – D. n° 2009-157 du 10 février 2009 portant attribution de produits aux budgets des ministères concernés en application du D. n° 2009-151 du 10 février 2009 (JO n° 0036 du 12 février 2009, p. 2518).

direct au travers de la perception de redevances d'utilisation »¹²⁰⁹. Cette tarification ne doit cependant pas être établie dans n'importe quelle condition. En premier lieu, le tarif ne doit pas être fixé de manière excessivement haute¹²¹⁰ (« *pour assécher la concurrence sur le marché aval* »¹²¹¹). En deuxième lieu, le tarif ne doit pas être fixé de manière discriminatoire, sauf à ce que la différence objective de situation ou l'intérêt général le commande¹²¹². L'irrespect de ces conditions pourra entraîner une sanction sur le fondement de l'abus de position dominante¹²¹³.

776. Toutefois, là encore, en plus de la difficulté à délimiter le périmètre des « ressources essentielles », la tarification de certains actifs des personnes publiques sera délicate. La Professeure Sophie Nicinski recense ainsi les trois principales méthodes – qui ne sont d'ailleurs pas alternatives – employées par les institutions de contrôle de la concurrence pour contrôler les tarifs¹²¹⁴. Tout d'abord, elles peuvent se référer aux prix pratiqués sur le marché pour des actifs comparables. Elles peuvent ensuite procéder à une reconstitution des coûts supportés pour la production – ou l'acquisition – de l'actif, sur cette base elles détermineront le prix de revient qu'elles compareront aux tarifs de vente¹²¹⁵. Enfin, elles peuvent employer une méthode inductive en analysant l'impact du tarif sur les coûts des prestataires sur le marché amont ou aval et ainsi sanctionner les tarifs qui diminuent trop fortement leur marge, voire leur fait subir des pertes¹²¹⁶.

¹²⁰⁹ Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », RJEP 2013, n° 714, étude 16

¹²¹⁰ Cf. not. Cons. conc., déc. n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance : « *le fait, pour l'exploitant d'une structure essentielle, de refuser de façon injustifiée l'accès de cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes ; que, de même, constituerait une pratique anticoncurrentielle le fait pour l'opérateur d'une structure essentielle de mettre en œuvre une discrimination de prix visant à s'imputer des charges d'accès à la structure qu'il gère moindres que celles qu'il tarifie à ses concurrents* » (p. 7).

¹²¹¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., coll. « Domat », n° 904.

¹²¹² Cf. *supra* n° 642 et s.

¹²¹³ CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *Société Cegedim* : Rec. 280 ; AJDA 2002.1072, DA 2002, n° 173, CJEG 2003, p. 16, concl. Maugüe (« *si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État ; que, dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante* »).

¹²¹⁴ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op.cit.*, n° 905.

¹²¹⁵ Cf. not. Cons. conc., déc. n° 03-D-18 du 10 avril 2003 relative à une saisine de la société GLEM.

¹²¹⁶ C'est notamment à cette méthode que recourt le Conseil d'État dans son arrêt du 29 juillet 2002 *Cegedim* (préc.)

777. Quoi qu'il en soit, le périmètre et les modalités d'accès aux « ressources essentielles » sont, encore une fois, une source de suspicion légitime sur les conditions de la concurrence des personnes publiques.

B. La garantie des passifs

778. Au sens du droit civil, le passif est un élément du patrimoine ayant une valeur économique négative pour l'entité, autrement dit le passif est constitué par l'ensemble des dettes de la personne – c'est-à-dire ses obligations évaluables en argent –¹²¹⁷.

779. Les passifs des prestataires publics de service marchand posent une véritable difficulté quand ils sont garantis par l'administration. En effet, l'administration peut attribuer par un contrat ou un acte administratif unilatéral une aide publique à une personne publique par le biais d'une garantie, qui peut revêtir de multiples formes¹²¹⁸.

780. On sait en effet que l'article 107§1 du TFUE dispose que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

¹²¹⁷ V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, 18^{ème} éd., Sirey, 2013, n° 103 et 233.

¹²¹⁸ Ainsi, la circulaire du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises (JO n° 26 du 31 janvier 2006, p. 1602) précise le champ couvert par la notion d'aide : celle-ci « *recouvre l'ensemble des avantages, directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises, notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux, quelles que soient leurs formes, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prises de participations en capital, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations, de prêts ou de mises à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de locations ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés* » (pt 1.1). Concernant plus précisément les garanties, la note explicative n° CM7/1BLF-03-3084 de la Direction du budget du 22 juillet 2003 a fait un inventaire – non exhaustif – des dispositifs de garantie explicite ou implicite accordée par l'État au nombre desquels « *la dette garantie qui englobe les engagements de sociétés françaises, entreprises nationales, collectivités, établissements publics, organismes bancaires pour lesquels l'État s'est engagé, dans l'hypothèse d'une éventuelle défaillance du débiteur véritable, à effectuer lui-même le règlement des intérêts ou le remboursement des échéances d'amortissement périodiques prévues au contrat ; les garanties de change et autres garanties spécifiques dont bénéficient certains établissements financiers chargés d'une mission d'intérêt général gérant pour le compte de l'État des interventions financières dans les pays en développement ; les engagements pris par l'État dans le cadre d'un plan de restructuration ou d'une cession d'entreprise ; des opérations sans sous-jacent financier ou dont le sous-jacent financier devient annexe comme l'engagement de bonne fin d'une opération telle qu'un contrat d'État à État, la garantie d'une intervention militaire ou l'équivalent d'une assurance corps pour un objet prêté à un musée national dans le cadre d'une exposition* ».

781. Toutefois, les aides d'État sous forme de garantie sont particulières dans la mesure où elles matérialisent un soutien indirect – et un engagement hors bilan – de la puissance publique à des entités économiques. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne – au support de la communication du 20 juin 2008 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties¹²¹⁹ – et le juge européen sont progressivement venus encadrer l'octroi de garanties individuelles ou l'établissement de régime de garanties.

782. En premier lieu, concernant la qualification d'aide d'État, le juge européen considère que peuvent constituer des aides d'État les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État ou, à tout le moins, constituant une charge pour l'État¹²²⁰. Dès lors, peuvent constituer des tels avantages les garanties d'État (*lato sensu*) dans la mesure où, même si elles ne constituent pas des subventions, elles peuvent alléger les charges pesant normalement sur les entreprises¹²²¹ et avoir pour effet de fausser ou de menacer de fausser le jeu de la concurrence¹²²². C'est le cas si l'octroi d'une garantie contribue à diminuer le coût des emprunts pour l'entreprise bénéficiaire – ce qui est fréquent dans la mesure où une garantie de l'État réduit fortement le risque encouru par les prêteurs. Toutefois, la rémunération de la garantie par le paiement d'une prime – la prime de garantie de référence correspondante offerte sur les marchés financiers – peut exclure la présence d'une aide d'État. Quoi qu'il en soit, une fois l'avantage économique avéré, celui-là doit avoir pour conséquence d'entraîner une distorsion de concurrence et une affectation des échanges entre les États membres. Le juge européen a une appréciation assez sévère de ces conditions dans la mesure où il considère, d'une part, que « *les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales faussent, en principe, les conditions de concurrence* »¹²²³ et, d'autre part, que l'aide ne doit pas forcément entraîner

¹²¹⁹ Com. eur., 2008/C 155/02, Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties (JO C 155 du 20 juin 2008, p. 10).

¹²²⁰ Cf. not. CJUE, 19 mars 2013, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission e.a.*, pt 99. En effet, les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État ne tombent pas dans le champ d'application du droit des aides d'État : cf. not. CJCE, 17 mars 1993, aff. jointes C-72/91 et C-73/91, *Sloman Neptun*, pt 19 : Rec. I-887 – CJCE, 1^{er} décembre 1998, aff. C-200/97, *Ecotrade*, pt 35 : Rec. I-7907 – CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra*, pt 58 : Rec. I-2099.

¹²²¹ Cf. not. CJUE, 19 mars 2013, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission e.a.*, pt 101 : préc. – CJCE, 15 mars 1994, aff. C-387/92, *Banco Exterior de España*, pt 13 : Rec. I-877 – CJCE, 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Belgique c. Commission*, pt 23 : Rec. I-3671 – CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c. Commission*, pt 25 : Rec. I-6857.

¹²²² Cf. not. CJUE 19 mars 2013, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission e.a.*, pt 102 : préc. – CJUE, 5 juin 2012, *Commission c. EDF*, C-124/10 P, pt 77.

¹²²³ CJCE, 30 avril 2009, aff. C-494/06 P, *Commission c. Italie et Wam* : pt 54 : Rec. I-3639 – CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c. Commission*, pt 30 : Rec. I-6857.

« l'existence d'une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et celle d'une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence »¹²²⁴.

783. En second lieu, les aides d'État sous forme de garantie peuvent exceptionnellement être compatibles avec le marché intérieur. On peut, à ce titre, relever deux principales hypothèses qui trouvent toutes deux leur fondement dans le traité européen. Tout d'abord, sur le fondement de l'article 106 §2 du TFUE, de telles aides peuvent être attribuées en compensation des charges du service public¹²²⁵. Ensuite, sur le fondement de l'article 107 du TFUE, et dans l'intérêt général, certaines aides sont¹²²⁶ ou peuvent¹²²⁷ être compatibles avec le marché intérieur et de manière exceptionnelle justifier l'octroi de telles aides¹²²⁸.

784. Ce type d'aides publiques, notamment à destination des prestataires publics de service marchand – et plus largement à destination de l'ensemble des entreprises publiques – est étroitement contrôlé par la Commission européenne. Il y a en effet un risque que les entreprises publiques fassent l'objet d'une bienveillance particulière. D'autant qu'il faut bien admettre que, pendant longtemps, l'État ne s'est pas embarrassé d'un formalisme particulier concernant ce qui semblait « aller de soi » : les garanties accordées à ses entreprises publiques. Sous la pression du droit européen cette situation a évolué. Tout d'abord, les garanties de l'État sont

¹²²⁴ CJUE, 9 juin 2011, aff. jointes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Comitato « Venezia vuole vivere » e.a. c. Commission*, pt 134 : Rec. p. I-4727.

¹²²⁵ Cf. *supra* n° 667 et s.

¹²²⁶ Ainsi, aux termes de l'art. 106 §2, sont compatibles avec le marché intérieur : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits, b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

¹²²⁷ Ainsi, aux termes de l'art. 106 §3 du TFUE, peuvent être compatibles avec le marché intérieur : « a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale, b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun, d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun, e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission ». On peut ranger parmi ces aides, par exemple, celles octroyées par les États et les banques centrales lors de la crise économique et financière : cf. not. Com. eur., 25 octobre 2008, 2008/C270/02, Communication relative à l'application des règles en matière d'aides financières (JO du 25 octobre 2008).

¹²²⁸ Toutefois, les aides au fonctionnement sont interdites : cf. CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, *France c. Commission* : Rec. I-00307.

davantage encadrées : ainsi, la LOLF de 2001¹²²⁹ impose par son article 61 que « toute garantie de l'État qui n'a pas été expressément autorisée par une disposition de la loi de finances doit faire l'objet d'une telle autorisation » et précise à l'article 30 que « la comptabilité générale de l'État est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations » et que « les règles applicables à la comptabilité générale de l'État ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action » ce qui implique notamment qu'un suivi du hors-bilan (dont font parties les garanties) de l'État soit effectué¹²³⁰. Ensuite, corrélativement, les garanties aux entreprises publiques intervenant sur le marché ont diminué. Quoiqu'il en soit, l'État continue à octroyer de telles garanties, notamment des « garanties d'emprunt », aux entreprises chargées d'un service public économique (service d'intérêt économique général), or « si l'État n'en accorde plus qu'à de rares entreprises, la situation demeure contestable du point de vue de l'égalité de concurrence »¹²³¹.

785. Dans le même ordre d'idées, les garanties d'emprunt par lesquelles les collectivités territoriales s'engagent, en cas de défaillance de l'emprunteur, à assurer le paiement des sommes dues au titre du prêt garanti¹²³² – qui sont d'ailleurs les seules garanties qu'elles sont autorisées à octroyer¹²³³ – ont été progressivement encadrées. Cet encadrement repose d'ailleurs moins sur le souci de préserver le jeu de la concurrence que sur la préoccupation de prémunir les collectivités contre le risque de défaillance de l'emprunteur, préoccupation légitime si l'on considère l'importance de l'encours des garanties d'emprunt accordées par les

¹²²⁹ LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO n° 177 du 2 août 2001 p. 12480).

¹²³⁰ C'est pourquoi l'article 34 précise que « [...] Dans la seconde partie, la loi de finances de l'année : [...] 5° Autorise l'octroi des garanties de l'État et fixe leur régime ; 6° Autorise l'État à prendre en charge les dettes de tiers, à constituer tout autre engagement correspondant à une reconnaissance unilatérale de dette, et fixe le régime de cette prise en charge ou de cet engagement ».

¹²³¹ G. Clamour et S. Destours, *Droit de la concurrence. – Droit de la concurrence publique*, J.-Cl. coll. terr., fasc. 724-10, Paris, LexisNexis, 2014, n° 178.

¹²³² Sur ce sujet, cf. P. Lignières, *Les cautionnements et garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, 1994 - M. Bazex, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321 - F. Chouvel, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties ou cautions accordées à des personnes morales de droit privé », in *Le Financement du développement local*, PUF, 1995, p. 115 - J.-Cl. Douence, « Garantie d'emprunts et loi du 12 avril 1996 », *RFDA* 1996, p. 1141 - J.-Cl. Némery, « Les collectivités territoriales et la garantie d'emprunt », *JCP E* 1998, p. 10 - N. Nguyen, « Garanties d'emprunts : comment prévenir les risques d'irrégularité ? », *MTP*, 5 décembre 1997, p. 50 - L. Rapp, « La collectivité locale, caution d'une personne privée », *JCP E* 1992, n° 2, p. 33 et s. - B. Triquenaux, « Le cadre juridique des garanties et cautionnements d'emprunt accordés par les collectivités territoriales », *LPA* 1995, n° 138, p. 13 - G. Eckert, « La garantie des collectivités publiques », in *Etudes offertes au Doyen Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 328 - J. Moreau, « Les aides locales aux entreprises et le développement économique », *JCP A* 2006, n° 20, 1106, p. 23.

¹²³³ Concernant les communes, cf. art L 2252-1 et s. Concernant les départements, cf. art. L. 3231-4 et s. du CGCT. Concernant les régions, cf. art. L 4253-1 et s. du CGCT. *Adde*, art. D. 1511-30 et s. du CGCT (qui s'appliquent à l'ensemble des collectivités territoriales).

collectivités territoriales – d’un montant de près de 31 milliards d’euros en 2002¹²³⁴ – bien que la très large majorité des garanties d’emprunt soit dédiées au secteur du logement¹²³⁵ –. Ainsi, le juge¹²³⁶ et le législateur sont venus fixer des limites à l’octroi de garanties d’emprunt qui diffèrent notamment selon la qualité de l’emprunteur¹²³⁷ ou la nature de l’activité exercée¹²³⁸ et un certain nombre de règles de forme et de fond – notamment des règles de prudence¹²³⁹ – pour les garanties d’emprunts autorisées. Sans entrer dans les détails de ces limites et de ces règles, il convient toutefois de noter que les personnes publiques, et donc les prestataires publics de service marchand, peuvent bénéficier de garanties d’emprunt de la part des collectivités territoriales sans être soumises à des règles particulières¹²⁴⁰. Cette spécificité est d’autant plus surprenante, qu’à l’inverse, les sociétés publiques des collectivités territoriales sont soumises à de telles règles¹²⁴¹. Cette spécificité de la garantie des emprunts des personnes publiques est particulièrement problématique quand l’emprunt garanti servira à financer une activité sur le marché concurrentiel.

¹²³⁴ J. Facon et G. Mainçon-Vitrac (dir.), *Gestion et finances des collectivités locales*, Paris, Lamy, éd. 2012, n° 558-17 : les auteurs s’appuient sur des chiffres fournis par la Direction générale de la comptabilité publique. Ils soulignent aussi que « *ce sont principalement les communes (59 %, pour un montant de 1,9 milliards d’euros) et les départements (41 % pour un montant de 1,3 milliards d’euros) qui accordent de telles aides. Les régions n’utilisent plus vraiment cette technique (9 millions d’euros)* ».

¹²³⁵ *Ibid.* Les auteurs révèlent que « *le secteur du logement a l’encours le plus important (28,7 milliards), suivi du BTP (957 millions), de l’ICA (549 millions), du tourisme (62 millions) et de l’agriculture (24 millions)* ».

¹²³⁶ Cf. not. CE, 7 avril 2004, n° 255331, *Département de la Gironde* (la délibération accordant une garantie doit préciser suffisamment l’objet, le montant et la durée de l’emprunt ainsi que les conditions de la mise en œuvre de la garantie) – CE, 16 janvier 1995, n° 141148, *Ville de Saint-Denis* (sont exclues les opérations de crédit d’une autre nature que la garantie d’emprunt).

¹²³⁷ Ainsi, par ex., sont prohibées les garanties en faveur d’associations, de groupements sportifs et de sociétés anonymes à objet sportif (art. L.113-1 du Code du sport) ou aux entreprises en difficulté (L. n° 88-13 du 5 janvier 1988 d’amélioration de la décentralisation).

¹²³⁸ En ce sens l’aide doit contribuer à la poursuite d’objectifs d’intérêt général : CE, 5 mars 1997, n° 169753, *Ville de Nice*.

¹²³⁹ Ainsi, les collectivités territoriales doivent respecter trois règles dites « prudentielles » : l’aide ne doit pas dépasser un certain plafond calculé au regard leurs recettes réelles de fonctionnement (50 % du montant total de ces recettes) ; en outre, la garantie au profit d’un même débiteur ne doit pas dépasser 10 % du plafond des garanties susceptibles d’être accordées ; enfin les collectivités territoriales ne peuvent pas garantir plus de 50% du montant d’un emprunt (80 % concernant les opérations d’aménagement).

¹²⁴⁰ En effet, « *sont exclus du champ d’application des articles L. 2252-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales les cautionnements ou garanties d’emprunts accordés par les collectivités locales à une personne morale de droit public – par exemple, une autre collectivité locale – dont aucune règle légale ou réglementaire n’interdit le principe* » : L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 2559.

¹²⁴¹ Cf., à propos des sociétés d’économie mixte locales, CE, 16 janvier 1995, n° 141148, *Ville de Saint-Denis* : Rec. 34. Les garanties d’emprunt accordées à des sociétés d’économie mixte locales, à des sociétés publiques locales ou, aujourd’hui, à des sociétés d’économie mixte à opération unique, sont toutefois soumises à un contrôle renforcé : l’art. L.1524-1 du CGCT donne en effet un droit d’information au représentant de l’État, en organisant une procédure de transmission obligatoire de certains actes. Or, en vertu de l’art. L. 1524-2 du CGCT, ce contrôle peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale des comptes par le préfet lorsqu’il estime qu’une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d’une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements actionnaires, ou à accroître le risque encouru par une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements qui ont accordé leur garantie à un emprunt contracté par la société.

786. On le comprend bien, les garanties accordées par l'État ou les collectivités territoriales ne cessent de poser problème. D'autant que leur encadrement est limité pour les garanties de l'État et inexistant pour les collectivités territoriales. À vrai dire, les seules limites qui semblent pouvoir efficacement leur être opposées sont celles du droit du marché intérieur – et notamment de l'interdiction des aides d'État – cependant, là encore, deux autres difficultés vont venir définitivement révéler l'inadaptation des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel.

787. En premier lieu, les garanties ne devraient pas en principe – sauf dans des cas très exceptionnels – servir à appuyer une activité de service marchand des personnes publiques. Toutefois, elles peuvent légalement servir à compenser la charge du service public. Il faudra donc s'assurer, le cas échéant, que de telles garanties n'ont pas bénéficié aux activités concurrentielles liées aux activités de service public, ce qui devrait conduire à une distinction plus claire des activités de service public et des activités concurrentielles. Certes, on pourrait rétorquer, à juste raison, que cette situation ne diffère pas de celle des sociétés de droit privé en charge d'une mission de service public. En outre, on pourrait objecter que l'expérience prouve que les garanties de l'État aux entreprises publiques – et donc aux prestataires publics de service marchand – tendent à diminuer et que les garanties d'emprunt des collectivités concernent très largement le secteur du logement, notamment du logement social. Dès lors la garantie des passifs ne devrait pas être exagérée.

788. Cependant, en second lieu, un autre point entraîne un problème épineux : celui de la garantie illimitée. Car, si l'on généralise l'argumentation du juge européen dans une affaire récente relative à La Poste¹²⁴², les établissements publics industriels et commerciaux de l'État bénéficie d'une garantie implicite – donc illimitée et intemporelle – de la part de l'État.

¹²⁴² Cf. CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : RLC juillet 2014, n° 40, note Cheynel ; AJDA 2014.1147, chron. Aubert, Broussy, Cassagnabère ; DA 2014, n° 7, comm. 42, comm. Bazex ; AJDA 2014.1242, chron. Lombard ; RAE 2014, n° 2, p. 40, note Fartunova ; G. Eckert, JCP Adm. 2014.2160 ; AJCA 2014.139, obs. B. Cheynel ; RFDA 2014.985, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Capentier.

CONCLUSION DU TITRE II

789. Les prestataires publics de service marchand souffrent d'un manque d'autonomie. Ce défaut s'explique par le lien qui les unit à l'administration et que l'identification fictive d'une entreprise au sein de l'administration ne suffit pas à gommer. Les prestataires publics de service marchand ne sont pas des « démembrements » de l'administration dans la mesure où ils appartiennent toujours au corps de l'État : ils sont tout au plus des organes disposant d'une autonomie plus ou moins importante – même parfois dotés de la personnalité morale –.

790. Le manque d'autonomie n'est pas forcément synonyme d'inadaptation au milieu concurrentiel. On sait en effet, que la question se pose fréquemment concernant le lien entre une entreprise privée ou publique et ses filiales ou entre une personne publique et les entreprises publiques sous statut de droit privé (les sociétés publiques), voire entre une personne publique et une entreprise privée en charge d'une activité de service public. Cependant, le lien entre les prestataires publics de service marchand et l'administration est spécifique pour deux sortes de raisons. En premier lieu, il s'agit d'un lien structurel, autrement dit le prestataire public est un élément de l'administration : or, tel n'est pas le cas des entreprises publiques ou des entreprises privées en charge d'une activité de service public qui ne sont pas des institutions de l'État mais des institutions dans l'État. En second lieu, même si l'on considère qu'une filiale est structurellement liée à l'entreprise mère, la différence avec le lien qui unit l'administration aux prestataires publics s'explique simplement par la particularité de l'administration elle-même qui a vocation à accomplir des missions de service public au support de moyens exorbitants du droit commun. Ainsi, l'ampleur des interactions structurelles entre l'administration et les prestataires publics crée un risque systématique de confusion des rôles et des ressources et donc de distorsion de la concurrence qui ne trouve pas d'analogie.

791. On pourrait cependant se poser la question de savoir si ce manque d'autonomie structurel pourrait être totalement supprimé par la décision radicale de rendre indépendants les prestataires publics. Autrement dit, il s'agirait de dépasser le problème posé par le lien qui unit l'administration aux prestataires publics en le coupant net.

792. En théorie, une telle solution est possible. L'exemple des autorités publiques indépendantes le prouve. Ce « *phénomène relativement récent* »¹²⁴³ marque la volonté de confier le rôle de régulation des marchés à des entités indépendantes de l'État. Mais le sont-elles vraiment ? La question qui se posait déjà concernant les autorités administratives indépendantes (qui n'étaient pas dotées de la personnalité morale) se pose avec encore plus d'acuité concernant les autorités publiques indépendantes (qui sont dotées de la personnalité morale). Sur ce point, la différence sémantique entre autorités « administratives » et autorités « publiques » est peu importante, elle est tout au plus un indicateur. Ce sont davantage les moyens d'assurer l'indépendance qui sont cruciaux. S'agit-il d'une réelle « indépendance » ou d'une « autonomie » renforcée¹²⁴⁴ ? Pour répondre à cette question, il faut, selon nous, distinguer deux aspects. En premier lieu, l'État étant seul détenteur de la compétence de la compétence, toute l'organisation juridique au sein de l'État procède de lui, dès lors aucune institution juridique n'est tout à fait indépendante. Toutefois, en second lieu, l'État en tant que détenteur de la compétence de la compétence peut s'autolimiter et à ce titre séparer ce qui relève de l'organisation de l'État de l'organisation dans l'État. C'est le cas de la France qui par sa Constitution, sa participation à la construction de l'Union européenne et donc au marché intérieur a fait le choix de séparer le marché de l'État. Dès lors, on peut considérer que les entreprises privées sont indépendantes de l'État car elles sont protégées constitutionnellement et conventionnellement. De la même manière, les autorités publiques indépendantes sont finalement la transcription nationale des exigences de l'Union européenne et, à ce titre, sont déconnectées de l'État car elles ne sont pas soumises à sa tutelle et n'y sont pas rattachées. L'État a donc fait le choix que les autorités publiques indépendantes ne relèvent plus de l'organisation de l'État mais de l'organisation dans l'État. On en conclut, que, contrairement aux autres personnes publiques, elles sont bel et bien indépendantes de l'État (dans la limite où l'État ne décide du contraire) et ne relèvent donc plus à proprement parler de l'administration de l'État.

793. Bien qu'on puisse s'étonner « *qu'une telle indépendance soit possible dans un État unitaire* »¹²⁴⁵, il semble qu'une autonomie totale puisse être accordée à des prestataires publics.

¹²⁴³ A. Rouyère, « Les personnes publiques spécialisées », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka), p. 353.

¹²⁴⁴ Cf. not. J.-L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives », J.-Cl. adm., fasc. 75, Paris, LexisNexis, 2013, n° 60 et s. – M. Lombard, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », RJP/CJEG 2005, n° 619, p. 127 – D. Labetoulle, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'État" », RJP/CJEG 2006, n° 635, p. 359 – M. Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622 – « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? » (Colloque), RFDA 2010, p. 873.

¹²⁴⁵ M. Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », préc.

Mais est-ce bien réaliste ? Accorder une telle indépendance supposerait de « démembrer » l'entité concurrentielle de la personne publique, qui, dès lors ne lui serait plus rattachée. On conviendra, d'une part, qu'il n'y a guère d'utilité à créer de telles personnes publiques s'il est impossible de contrôler leurs activités et d'en retirer les fruits et, d'autre part, peu de rationalité à créer un nouveau « monstre » qui serait indépendant de l'administration et largement soumise au droit privé, bref, pourquoi créer une société publique de droit public quand on peut créer une société publique ?

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

794. Les prestataires publics de service marchand sont inadaptés au milieu concurrentiel. En effet, la spécificité de leur statut empêche qu'ils concurrencent à « égalité d'armes » les entreprises ordinaires.

795. Cette inadaptation s'explique simplement par le caractère irréductible du lien qui les unit à l'administration. Ce manque d'autonomie est la source de nombreuses interactions structurelles qui créent un risque de confusion des rôles et des ressources. Autrement dit, l'appartenance des prestataires publics de service marchand à l'administration systématise et amplifie le problème du lien entre les activités de service public et les activités concurrentielles.

796. Alors, est-il possible de préserver la prise en charge des activités publiques de service marchand par les personnes publiques ?

797. Il convient tout d'abord de constater l'effort d'adaptation que déploient le législateur et les autorités et juges de la concurrence. Par la banalisation des prestataires publics eux-mêmes tout d'abord : soumission au droit privé, création de nouvelles institutions, séparation des activités de service public et des activités de service marchand. Mais aussi par le « confinement » du rôle de la puissance publique : l'émergence de la régulation n'a pas seulement marqué la déconstruction et la reconstruction de l'organisation économique de l'État et le passage d'une économie dirigée à une économie de marché mais a également eu pour conséquence – critiquable – d'engendrer une contestation du rôle de l'État dans le domaine économique par crainte de sa partialité.

798. Les développements qui précèdent font émerger un doute quant à la pertinence du phénomène de banalisation et de recul de l'action économique de l'État. En effet, la dynamique elle-même repose sur un postulat erroné selon lequel l'activité concurrentielle des personnes publiques est adaptée au marché à la double condition qu'elle s'exerce à « égalité d'armes » avec les prestataires ordinaires et que l'État ne soit pas « concurrent » et « arbitre ».

799. Or, la démonstration de l'hypothèse selon laquelle les prestataires publics de service marchand sont inadaptés a deux incidences : d'une part, elle prouve la stérilité de la banalisation mais condamne aussi le prestataire public ; d'autre part, elle démontre que le problème de la

prestation publique en milieu concurrentiel relève moins du favoritisme de l'administration que de son exorbitance.

800. Il n'est cependant jamais aisé d'admettre qu'un postulat – en l'occurrence celui selon lequel les activités concurrentielles des personnes publiques sont adaptées au marché – est faux, surtout quand les conséquences d'une telle inadaptation sont d'une telle importance. C'est pourquoi notre étude ne saurait s'arrêter à la seule conclusion que les personnes publiques sont inadaptées. Il convient maintenant d'éprouver leur adaptabilité.

SECONDE PARTIE

L'IMPOSSIBLE ADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND AU MILIEU CONCURRENTIEL

801. Les prestataires publics de service marchand sont inadaptables au milieu concurrentiel dans la mesure où – quels que soient les efforts déployés pour égaliser leurs conditions de concurrence – ils ne pourront pas concurrencer également les entreprises ordinaires. Là encore, cette hypothèse a vocation à couvrir l'ensemble du champ des activités publiques de service marchand assurées par les personnes publiques, c'est-à-dire autant la concurrence pour le marché – la candidature à des contrats de la commande publique – que la concurrence dans le marché.

802. Nous avons vu que l'inadaptation des prestataires publics de service marchand tient au caractère irréductible du lien qui les unit à l'administration : le manque d'autonomie qui en résulte crée un risque de distorsion de la concurrence par la confusion des rôles et des ressources.

803. Toutefois, le risque n'est que l'éventualité de l'entorse concurrentielle. C'est la raison pour laquelle on pourrait penser que des « *mesures correctrices de nature à éviter une distorsion de concurrence entre les soumissionnaires publics et privés* »¹²⁴⁶ pourrait permettre de compenser l'inadaptation des prestataires publics de service marchand. On constate cependant que le législateur n'a – pour l'heure – pas prévu de tels « *mécanismes* »¹²⁴⁷. Alors c'est aux

¹²⁴⁶ G. Eckert, « Candidature des personnes publiques : le rappel des règles européennes », comm. Sur CJCE, aff. C-568/13, 18 décembre 2014, *Data Medical Service SR*, CMP 2015, n° 2, comm. 37 : l'auteur rappelle la question préjudicielle posée par le Conseil d'État italien à la Cour de justice de l'Union européenne de savoir « *si la législation nationale autorisant la candidature de personnes publiques doit comporter des mesures correctrices de nature à éviter une distorsion de concurrence entre les soumissionnaires publics et privés* », et la réponse de la Cour selon laquelle si « *le soumissionnaire public, à l'instar de tout opérateur économique, [doit] respecter les règles du droit de la concurrence [...] il ne saurait faire l'objet d'un contrôle particulier fondé sur sa seule qualité d'entité publique* ».

¹²⁴⁷ CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, 18 décembre 2014, *Data Medical Service SR* : CMP 2015, n° 2, comm. 37., comm. Eckert ; AJDA 2015.329 Note Broussy, Cassagnabère, Ganser ; AJCT 2015. 206, obs. Didriche (pt 41 : « *À cet égard, même si la juridiction de renvoi considère souhaitable de rechercher des mécanismes correcteurs destinés à rééquilibrer les conditions de départ entre opérateurs économiques*

autorités et juges de la concurrence que revient la délicate mission de s'assurer – notamment dans le cadre du contrôle du comportement – que les prestataires publics de service marchand ne portent pas atteinte au jeu de la concurrence. L'absence et l'interdiction d'un contrôle particulier des prestataires publics de service marchand oblige les autorités et juges de la concurrence et les prestataires eux-mêmes à une délicate reconstitution artificielle des conditions normales de marché. Autrement dit, l'application des règles ordinaires du droit de la concurrence a pour conséquence un effort d'adaptation extraordinaire des prestataires publics de service marchand.

804. En réalité, la faisabilité même de l'adaptation des prestataires publics de service marchand est discutable pour deux raisons qui tiennent à la spécificité du lien qui unit l'administration aux prestataires publics. En premier lieu, les interactions structurelles sont quantitativement si nombreuses – notamment du point de vue des ressources – qu'il est impossible d'égaliser les prestataires publics sans les mettre dans une situation concurrentielle difficile. En second lieu, les interactions structurelles sont qualitativement si exorbitantes – notamment du point de vue de la garantie implicite de l'État – qu'elles ne semblent pas pouvoir être compensées artificiellement. En peu de mots, l'égalisation des prestataires publics de service marchand et des concurrents ordinaires est impossible (Titre I).

805. Alors, on tente quand même. À grand coups de séparation – comptable d'abord, fonctionnelle ensuite – on aboutit peu à peu à esquisser l'évidence : la privatisation comme solution à l'impossible adaptation de la prestation publique. Une évidence ? Rien n'est moins sûr. Car c'est à ce moment que la dialectique est possible. Repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence implique finalement de faire des choix : résister à la privatisation en créant une société publique est celui que nous envisagerons (Titre II).

hétérogènes et qui devraient aller au-delà des procédures de vérification du caractère éventuellement anormal des offres, il convient de constater que le législateur de l'Union, tout en étant conscient de la nature différente des concurrents participant à un marché public, n'a pas prévu d'autres mécanismes que celui de la vérification et du rejet éventuel des offres anormalement basses »).

TITRE I

L'IMPOSSIBLE ÉGALISATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET DES CONCURRENTS ORDINAIRES

806. Si les personnes publiques sont autorisées à concurrencer les personnes privées, elles ne peuvent légalement le faire qu'à la condition de respecter le principe d'égalité de concurrence. Pour pallier leur exorbitance, il est attendu des personnes publiques qu'elles fassent preuve d'un comportement banal, autrement dit, qu'artificiellement elles se comportent comme des concurrents ordinaires.

807. Cependant, nous allons constater que l'irréductible spécificité des prestataires publics de service marchand rend impossible leur égalisation avec les concurrents ordinaires.

808. En premier lieu, à travers le cas de la détermination du prix des activités de service marchand que rendent les personnes publiques sur un marché. On s'aperçoit, en effet, que cette détermination requiert un contrôle contraignant des autorités et des juges de la concurrence et un effort d'adaptation rédhibitoire des prestataires publics. La raison est simple : les personnes publiques ne doivent pas utiliser les avantages issus de leur régime particulier ou les ressources dont elles jouissent au titre de leurs missions de service public pour favoriser leurs activités concurrentielles – notamment par leurs offres ou leurs pratiques de prix – au détriment du jeu de la concurrence.

809. Les efforts sont donc nombreux pour annihiler l'exorbitance de la situation concurrentielle des prestataires publics de service marchand. On voit ainsi se multiplier les méthodes et outils d'analyse des coûts et des effets du prix du service marchand pour les adapter à la spécificité des personnes publiques. Des efforts aussi nombreux que vains. La Commission européenne, les juges de l'Union européenne et les autorités et juges français de la concurrence auront beau s'échiner à développer des méthodes et des outils d'analyse « raffinés » pour contrôler et éventuellement sanctionner les abus de positions dominantes, les ententes et aides d'État illégales dont se seront rendus coupables les prestataires publics de service marchand, pour autant, ni l'exorbitance ni ses conséquences perturbatrices pour le marché ne disparaîtront (Chapitre 1).

810. Cette impossible égalisation des prestataires publics de service marchand aux concurrents ordinaires s'explique par le caractère irréductible de leur spécificité statutaire. Cette spécificité est d'ailleurs illustrée, en second lieu, par le cas de la garantie implicite dont bénéficient les prestataires publics de la part de l'État. La contestation menée depuis une dizaine d'années par la Commission européenne à l'encontre des établissements publics industriels et commerciaux français révèle – au grand jour – les limites du principe de neutralité du droit européen (Chapitre 2).

Chapitre 1 L'impossible détermination du « juste » prix de l'activité publique de service marchand

811. La concurrence des personnes publiques dans le marché ou pour le marché exige un équilibre subtil entre l'admission de la particularité de leur situation et la protection du marché. Dès lors, les avantages structurels ne sont pas prohibés *per se* mais « *comme des éléments de démonstration d'éventuelles pratiques à concrétiser* »¹²⁴⁸. C'est là tout l'enjeu de l'encadrement de leur comportement.

812. Dans cette logique, l'encadrement du prix de l'activité publique de service marchand constitue un défi majeur pour les autorités et juges de la concurrence dans la mesure où le prix est « *l'essence même* »¹²⁴⁹ du marché. Dans ce cadre, le « juste » prix n'est pas seulement la « *contrepartie équitable* »¹²⁵⁰ de la prestation mais aussi le prix conforme à l'égalité concurrence, c'est-à-dire celui qui n'est pas « *la manifestation ultime d'un comportement anticoncurrentiel* »¹²⁵¹.

813. Or, le prix formulé par les prestataires publics de service marchand soulève des craintes fondées qui s'expliquent par la particularité de leur situation. Ainsi, les prestataires publics peuvent conjointement mener une activité de service public – industriel ou commercial ou administratif¹²⁵² – et une ou plusieurs activités concurrentielles, or, « *le transfert de ressources tirées du monopole ou, plus généralement, l'utilisation d'avantages liés au monopole peuvent, en particulier, favoriser des pratiques de prix susceptibles de fausser la concurrence sur ces marchés* »¹²⁵³. En effet, dans cette hypothèse, le risque est important que les prestataires publics se servent des avantages procurés par les ressources de l'activité de service public pour avantager leur activité concurrentielle au détriment du bon fonctionnement de la concurrence.

¹²⁴⁸ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 872.

¹²⁴⁹ CA Paris, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *SARL Google France*.

¹²⁵⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2005 : s. v. « juste prix ».

¹²⁵¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n° 878.

¹²⁵² Par exemple, l'Autorité de la concurrence a jugé que le statut de service public administratif de la régie municipale des pompes funèbres de Marseille ne faisait pas obstacle à ce qu'une partie de ses interventions soient considérée comme concernant l'exercice d'une activité économique sur un marché : Cons. conc., 16 décembre 1997, déc. n° 97-D-12, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille – *Adde* Cons. conc. 10 juillet 2008, avis n° 08-A-13, relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma.

¹²⁵³ Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport public 2003, La doc. fr., p. 86.

814. Cette « *situation particulière* »¹²⁵⁴ dévoile la complexité et explique la difficulté – ces deux termes ne doivent pas être confondus¹²⁵⁵ – du contrôle des prix pratiqués par les personnes publiques. Le prix est, en quelque sorte, le révélateur et le catalyseur de l'impossible adaptation du prestataire public au marché. C'est la raison pour laquelle les juges et autorités de la concurrence se trouvent bien en peine d'établir un contrôle efficace de la juste détermination du prix de l'activité de service marchand et qu'elles fixent des contraintes de preuves qui finissent par décourager les prestataires publics à mener concurrence.

815. Avant de déterminer les causes des difficultés à contrôler le « juste » prix des activités de service marchand, il faut tout d'abord rappeler que les personnes publiques peuvent proposer deux principaux types de prix¹²⁵⁶.

816. En premier lieu, elles fixent des prix dans le cadre de leurs activités de service marchand, qui, en principe, sont liées à une activité de service public¹²⁵⁷ mais qui, parfois, sont qualifiées d'activités de service public par le juge administratif. Cette distinction a peu d'importance pour les développements qui vont suivre. Il faut toutefois rappeler que la persistance de cette confusion est regrettable et souligner qu'elle est la cause des diverses qualifications que peuvent revêtir les contreparties à l'activité de service marchand qui sont en principe toutes couvertes par la notion de « *redevance pour service rendu* »¹²⁵⁸ : prix, tarif, péage. Dans les

¹²⁵⁴ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

¹²⁵⁵ La « complexité » se définit comme le caractère de ce qui est complexe, c'est-à-dire « *composé d'éléments qui entretiennent des rapports nombreux, diversifiés, difficiles à saisir par l'esprit, et présentant souvent des aspects différents* » – en ce sens le système que constitue l'administration (cf. *supra* n° 49) est par définition complexe – alors que la difficulté se définit comme le caractère de ce qui est ressenti comme difficile c'est-à-dire « *qui n'est pas facile, se fait avec effort, peine* » : CNRTL, s. v. « complexe » et « difficile ». Sur la notion de complexité et ses rapports avec le droit : cf. not. D. de Béchillon (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ? Autour d'Edgar Morin et Georges Balandier*, Paris, L'Harmattan, 1994 (not., D. de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe », p. 33) – D. de Béchillon, *Qu'est ce qu'une règle du droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

¹²⁵⁶ Pour rappel, le prix est – schématiquement – la somme de la marge (qui est elle-même composée du bénéfice et de la part de provision qui n'est pas consommée par les aléas) et des coûts (qui sont la somme des charges directes et indirectes et des aléas liés à l'exécution de l'activité) : cf. not. *Le prix dans les marchés publics. Eléments juridiques et modalités pratiques*, DAJ, ministère de l'économie et des finances, 2013 (<http://www.economie.gouv.fr>).

¹²⁵⁷ Nous ne procéderons, dans le cadre des développements, qui suivent, qu'à une analyse concurrentielle des prix. Dans ce cadre nous aborderons évidemment la question de la tarification du service public mais pas sous l'angle de la proportionnalité entre le prix et le service rendu, ni sous l'angle de l'égalité entre les usagers. Pour une étude plus approfondie de ces deux thématiques, nous invitons le lecteur à se reporter à la première partie, not. aux n° 636 et s.

¹²⁵⁸ La définition jurisprudentielle de la redevance pour service rendu a évolué. Ainsi, en 1958, le Conseil d'État définissait cette notion comme la « *redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service*

développements qui vont suivre – par souci de simplicité et pour bien marquer le caractère « marchand » de l'activité – nous utiliserons seulement le terme de « prix ».

817. Dans ce cadre, les prestataires publics peuvent être rationnellement tentés de fixer des prix plus bas que leurs concurrents sur le marché¹²⁵⁹. Il n'y a d'ailleurs rien d'anormal à cela, sauf à ce que ces prix soient intentionnellement fixés en-deçà du coût marginal de l'entreprise pour évincer ou restreindre la concurrence¹²⁶⁰. Pour autant, tous les prix inférieurs au coût marginal ne sont pas forcément synonymes d'une intention de nuire à la concurrence. En effet, même si la situation idéale pour un opérateur économique est de pouvoir, sur la base de ses coûts, calculer ensuite une marge, toutefois, dans un milieu concurrentiel, une entreprise peut avoir intérêt à fixer des prix inférieurs à ses coûts dans le cadre d'une politique commerciale – par exemple pour pénétrer un marché ou pour obtenir un référencement dans le cas d'un appel d'offre –. Un comportement combatif n'est pas forcément un comportement prédateur.

*public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage » (CE, Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens : Rec. p. 578). En 2007, le Haut magistrat a actualisé et adapté la notion en précisant que la « redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service » (CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 293229 et 293254, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique : Rec. 349 ; RJEP novembre 2007, n° 647, concl. Devys ; DA 2007, comm. 128, obs. Bazex et Blazy ; AJDA 2007.1807, obs. Boucher et Bourgeois-Machureau ; RLCT 2007/28, n° 806, obs. Tenailleau). Sur ce point, cf. *supra* n° 637 et s. Sur les diverses qualifications, cf. not. Guide de légistique, « Créer, modifier ou supprimer une redevance », 5.2.8, (<http://www.legifrance.gouv.fr>).*

¹²⁵⁹ Deux hypothèses ne seront pas étudiées dans le cadre de ces développements. Tout d'abord, le cas ou une personne publique en situation dominante pratique des tarifs excessifs à l'égard d'un consommateur « captif » – sur ce point nous invitons cependant le lecteur à se reporter aux développements qu'y consacre la Professeur S. Nicinski (*Droit public des affaires*, préc., p. 897 et s.) –. Ensuite, le cas des ententes entre opérateurs, qui peuvent s'accorder pour fixer des prix prédateurs, situation qui pose de redoutables difficultés d'analyse – nous invitons sur ce point le lecteur à se référer à l'excellent ouvrage de Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing* (Princeton University Press, 2013) –.

¹²⁶⁰ Sur ce sujet, pour s'imprégner des notions qui seront fondamentales dans le cadre de notre analyse nous recommandons la lecture de l'article de M. Laurent Flochel dont voici un extrait : « *La théorie microéconomique a développé le concept de fonction de coût qui quantifie ce qu'il en coûte à une entreprise de produire une quantité donnée d'un ou de plusieurs biens. La fonction de coût d'une entreprise relie donc la quantité à produire et ce qu'il lui en coûte. Le concept probablement le plus important pour une entreprise est le coût marginal, qui est défini comme le coût à produire une unité supplémentaire d'un bien. Ce concept de coût marginal est prépondérant pour une entreprise car elle lui permet de comparer si la production d'une unité supplémentaire est profitable ou non. Une entreprise n'a intérêt à produire une unité supplémentaire d'un bien que si son prix de vente est supérieur au coût marginal. C'est donc ce concept de coût marginal qui détermine la quantité que chaque entreprise a intérêt à produire. Le coût marginal peut être croissant ou décroissant. Le cas d'un coût marginal croissant signifie que plus l'entreprise produira, plus le coût unitaire de production sera élevé. Dans le cas d'une entreprise ne produisant qu'un seul bien, on parle de rendements décroissants. Au contraire, si le coût marginal est décroissant, alors plus l'entreprise produit et plus le coût unitaire est bas. Dans le cas d'une entreprise ne produisant qu'un seul bien, on parle de rendement croissants ou d'économies d'échelle. Enfin, le coût marginal peut être constant, ce qui signifie que chaque unité marginale produite coûte la même chose » : L. Flochel, « Les coûts à court terme – Application aux tests de prix prédateurs », *Pratiques, Concurrences*, n° 1, 2010*

818. Classiquement, ces prix de « prédation » fixés par les entreprises ordinaires sont sanctionnés sur deux fondements principaux¹²⁶¹. D'une part, sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante – prévu aux articles 102 du TFUE¹²⁶² et L. 420-2 du Code de commerce¹²⁶³ – par le truchement du test des prix prédateurs. D'autre part, sur le fondement de l'article L. 420-5 du Code de commerce qui interdit les « *prix abusivement bas* »¹²⁶⁴.

819. Cependant, l'exorbitance du statut des personnes publiques peut potentiellement leur offrir un levier supplémentaire pour compenser leurs pertes sur un marché concurrentiel et ainsi fragiliser ou supprimer la concurrence, sans qu'elles n'aient eu l'intention ni de nuire, ni de combattre. Cette spécificité est la raison principale de l'inadaptation des règles classiques d'encadrement des prix au cas des personnes publiques (Section 1).

820. En second lieu, les personnes publiques, en tant qu'elles sont autorisées à candidater à des contrats de la commande publique, peuvent également proposer des offres anormalement basses en comparaison de leurs concurrents ordinaires. En effet, la personne publique candidate à un contrat de la commande publique doit respecter l'exigence d'égalité de concurrence et « *être soumise aux mêmes critères de sélection que les entreprises de droit privé* »¹²⁶⁵. Cette exigence

¹²⁶¹ Nous n'étudierons pas ici trois autres fondements potentiels de sanction de la détermination des prix bas, d'abord, la sanction sur le fondement de l'article 37 du TFUE concernant l'interdiction des mesures équivalentes à des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation ; ensuite, la sanction sur le fondement de l'interdiction des aides d'État illégales prévue aux articles 107 et s. du TFUE ; enfin, la sanction sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, qu'avait, dans un premier temps, retenu la Cour de Cassation (Com., 28 janvier 1992, n° 90-16.766 : Bull. civ. IV, n° 50 ; D. 1995, Jur. p. 538 ; Gaz. Pal. 1995, 2, Doctr. p. 981, note Junqua-Lamarque : « *Ne donne pas de base légale à sa décision, au regard de l'article 1382 du Code civil, la cour d'appel qui n'avait pas à prendre en considération les sujétions imposées à une société de télévision en raison de ses missions spécifiques pour justifier les prix anormalement bas qu'elle pratiquait dans le domaine de la production audiovisuelle au profit de tiers, et ne recherche pas si de tels agissements pouvaient constituer une faute à l'égard de ses concurrents* »), mais qu'elle a abandonnée dans un arrêt ultérieur (Com., 6 décembre 2005, n° 05-10.929, SA usine Merger, SA GIAT industries et A : Bull. civ. IV, n° 242 ; JCP G 2006.II.10048, note Reifegerste ; D. 2006.138, obs. Chevrier ; CCC 2006, n° 48, obs. M.-M.-V. ; D. 2006.2929, obs. Auguet).

¹²⁶² Art. 102 du TFUE (ex-article 82 TCE) : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.* ».

¹²⁶³ Art. L. 420-2 du Code de commerce : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.* »

¹²⁶⁴ Art. L. 420-5 du Code de commerce : « *Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.* ».

¹²⁶⁵ P. Cassia, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », RDTE, 2002, n° 38, p. 413-449.

impose que les candidats à l'attribution d'un contrat public soient traités à égalité¹²⁶⁶. Ainsi, si l'égalité parfaite n'est pas exigée, il n'en demeure pas moins que la personne publique ne devra pas abuser de ses avantages statutaires pour fausser le jeu du marché.

821. Cependant, là encore, la complexité du contrôle du prix de l'offre soumise par les personnes publiques est importante. En effet, les opérateurs publics peuvent être tentés de se servir des ressources dédiées à leurs missions de service public, notamment monopolistiques, pour abaisser le niveau de prix de leurs activités marchandes. Cette péréquation des coûts est un vrai risque en tant qu'elle favorise une sous-estimation des coûts réels et donc la constitution d'offres de prix artificiellement bas. Or, le contrôle classique des offres anormalement basses semble bien fragile pour identifier et sanctionner efficacement les offres anticoncurrentielles des personnes publiques (Section 2).

Section 1 LA COMPLEXITÉ DU CONTRÔLE DES PRIX DÉTERMINÉS PAR LES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND

822. A l'instar de toutes entreprises, les prestataires publics de service peuvent être tentés de restreindre ou d'évincer la concurrence en fixant des prix excessivement bas (des prix de prédation) sur le marché. Les institutions de contrôle de la concurrence se sont très tôt penchées sur ce problème délicat tant il est à la frontière de l'économie et du droit. Dans ce domaine, il faut noter l'importance du rôle joué tant par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a fixé les grands principes d'encadrement des prix des services, que par l'Autorité de la concurrence qui est régulièrement investie d'une mission d'expertise pour les juridictions administrative et judiciaire françaises dans le cadre de l'application de ces principes.

823. Rien d'original en apparence, sauf à considérer que la tentation prédatrice est d'autant plus forte pour les personnes publiques qu'elles bénéficient d'avantages structurels qui sont autant de moyens de mettre en œuvre de telles pratiques prédatrices. En effet, le fait, pour un prestataire public, de sacrifier ses profits sur son activité concurrentielle peut être compensé par

¹²⁶⁶ Cf. not. CJCE, aff. C-568/13, 18 décembre 2014, *Data Medical Service SR* : CMP 2015, n° 2, comm. 37., comm. Eckert ; AJDA 2015.329 Note Broussy, Cassagnabère, Ganser – AJCT 2015. 206, obs. Didriche – CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié – TA Dijon 20 février 2003, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : BJCP 2003, n° 29, p. 276, concl. Heckel, obs. C.M. ; DA 2003, n° 102, note Bazex et Blazy.

ces avantages exorbitants, sans d'ailleurs que ce fait soit l'aboutissement d'un choix (d'une intention).

824. Cette situation inégale constitue une limite à la banalisation comportementale des prestataires publics. En effet, la méthode classique d'analyse du prix de prédation (§1) est d'une efficacité relative concernant les prix fixés par les personnes publiques, ce qui pose un sérieux problème concurrentiel (§2).

§1. LA MÉTHODE CLASSIQUE D'ANALYSE DES PRIX DE PRÉDATION

825. Il existe deux principaux moyens de sanctionner des comportements de prédation. Le premier, la sanction des « prix prédateurs » *stricto sensu*, est d'origine européenne mais a été théorisé par des économistes américains. Le second, la sanction des « prix abusivement bas », trouve son assise dans le Code de commerce à l'article L. 420-5. S'il existe des éléments de distinction entre ces deux moyens de sanction (A), le raisonnement employé par les juges et autorités de la concurrence pour caractériser la prédation est le même (B).

A. Les éléments de distinction entre la sanction des prix abusivement bas et la sanction des prix prédateurs

826. La distinction entre ces deux moyens de sanctions repose sur deux éléments principaux : la situation des prestataires fixant le prix d'une part (1) ; la situation des destinataires du prix du service d'autre part (2).

1. La situation des prestataires fixant le prix

827. De prime abord, la différence est assez simple. L'analyse des prix prédateurs s'applique aux opérateurs en situation de position dominante sur un marché concurrentiel¹²⁶⁷,

¹²⁶⁷ La Professeure Sophie Nicinski dresse un inventaire des situations où ce type d'abus de position dominante est possible : les prix prédateurs peuvent ainsi être « *le fait d'une filiale d'un opérateur monopolistique agissant sur un marché connexe et bénéficiant des ressources du monopole* », mais également « *de l'opérateur en charge d'un service public ayant à faire face à la concurrence, sur certains segments de marché et bénéficiant d'avantages tirés de sa mission de service public (occupation privilégiée du domaine public, subventions publiques, etc.)* », ou encore « *d'un opérateur commercialisant des services sur un marché concurrentiel, services dont la production est extrêmement spécifique puisqu'elle résulte d'une mission administrative régaliennne (commercialisation des données publiques essentiellement)* » : *in Droit public des affaires*, 4^{ème} éd, *op. cit.*, n° 884.

contrairement à l'analyse des prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce.

828. A l'usage, on s'aperçoit cependant que la qualification de la position dominante sur un marché est complexe. En effet, pour obtenir cette qualification il faut que l'opérateur exerce son activité « *dans une configuration de marché structurellement déséquilibré* »¹²⁶⁸, plus précisément, il faut que « *l'agresseur [soit] en mesure d'adopter un comportement prédateur soit parce qu'il en a la capacité financière, soit parce qu'il exerce d'autres activités sur le même marché ou sur d'autres marchés et qu'à l'inverse de son ou ses concurrentes, il dispose soit de possibilités de compensation immédiate (par exemple entre clients ou entre activités), soit de la possibilités de compensation ultérieure une fois le concurrent éliminé* »¹²⁶⁹. Autrement dit, l'opérateur en cause doit disposer d'une puissance économique qui lui permette – potentiellement et temporairement – de se dégager des contraintes du marché, pour fausser le jeu de la concurrence¹²⁷⁰.

829. On le perçoit immédiatement, une étape préalable est nécessaire à la détermination de la position dominante d'un opérateur : celle de l'analyse du marché. En effet, pour qu'une position soit reconnue comme dominante, il faut *a priori* connaître la configuration, la structure du marché : plus l'opérateur en cause en détiendra une part importante, plus la qualification de la position dominante sera aisée.

830. Pour cela, le juge va avoir recours à la notion de « *marché pertinent* »¹²⁷¹ : c'est-à-dire l'espace sur lequel s'applique le droit de la concurrence, la « *zone sur laquelle se déroule la concurrence avec des conditions homogènes* »¹²⁷².

¹²⁶⁸ Cons. conc., avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997 relatif à une demande d'avis du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance au secteur du disque.

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ cf. not. CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, *United Brands Company* : « *la position dominante concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* » (point 65).

¹²⁷¹ Cf. not. TPICE, 12 décembre 2006, aff. T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati* : Europe février 2007, n° 68, obs. Idot ; RLC 2007/11, n° 745, note Arcelin. Plus largement, sur cette question, cf. not. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchestien, Précis Domat, 2013, n° 741 et s.

¹²⁷² G. de Muizon (interview), « La notion de marché pertinent », TVDMA (<http://www.tvdma.org>).

831. Pour procéder à cette qualification, le juge va s'appuyer sur un faisceau d'indices¹²⁷³ qui investissent principalement deux dimensions, matérielle et géographique.

832. La dimension matérielle du marché pertinent renvoie au caractère « *substituable* » des biens ou des services qui y sont offerts. Autrement dit, et pour simplifier, le marché est le lieu de rencontre de l'offre et de la demande de biens ou de services que les acheteurs ou utilisateurs considèrent comme substituables entre eux. Cela dit, le caractère substituable est d'une réelle complexité : c'est pourquoi la Commission européenne a pu tenter d'en donner une définition plus précise dans une communication relative à la définition du marché en cause¹²⁷⁴, elle précise ainsi qu'« *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »¹²⁷⁵. L'analyse est nécessairement empirique et le juge va recenser tous les indices qui lui permettront de dévoiler le caractère substituable ou interchangeable des produits ou services en cause. Il prendra ainsi en compte l'analyse des caractéristiques¹²⁷⁶, mais aussi, dans la majeure partie des cas, l'analyse du comportement des consommateurs. En ce sens, le juge regarde si les consommateurs considèrent que des produits ou services distincts peuvent satisfaire alternativement leurs demandes. Dans les cas les plus difficiles, le juge, notamment de l'Union européenne, a pu avoir recours à des tests tels, à l'exemple du test dit « du monopoleur hypothétique », pour

¹²⁷³ M.-C. Boutard-Labarde et D. Bureau, « La détermination du marché pertinent », RJDA, 1993, n° 11, p. 743 – M. Glais, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », RI conc., 1993, n° 171, p. 30 – B. C. Harris et J. J. Simons, « Focusing market definition: how much substitution is necessary ? », *Research in Law and Economics*, 12, p. 207, 1989 – F. Amato, L. Brannon, A. Charpin, G. de Muizon, A. Sistla, « Market définition : Is there a need for new guidance ? », *Revue Concurrences* 2012, n° 2, p. 9.

¹²⁷⁴ Com. eur., 9 décembre 1997, n° 97/372/04, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO n° C 372 du 09/12/1997, p. 5-13).

¹²⁷⁵ *Ibid*, pt 7 de la Communication.

¹²⁷⁶ CE, 16 juin 2004, n° 235176, *Mutuelle générale des services publics* : AJDA 2004.1508, chron. Richer, Jeanneney et Charbit ; RTD eur. 2004.669, chron. Idot. Un exemple intéressant est donné dans un jugement du Tribunal administratif de Paris concernant les services de véhicules en libre service qui connaissent un essor important dans l'activité des collectivités territoriales. La question était de savoir si le service rendu par le syndicat mixte entre les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ayant pour objet l'étude, la réalisation et l'exploitation d'un service de véhicules automobiles en libre-service dénommé « Autolib' » à Paris entrait sur le même marché pertinent que les services de taxis ou les services de locations de voiture. La Cour d'appel va faire preuve de minutie dans l'analyse du marché. Ainsi le juge considère que « *l'exploitation de taxis, impliquant en particulier la mise à disposition d'un chauffeur, pour un trajet librement choisi, ainsi qu'une facturation à la durée, ne saurait être regardée comme substituable à l'auto-partage des véhicules, qui offre l'accès à un véhicule sans conducteur pour une durée limitée, et dont les modalités d'utilisation et de facturation répondent à des règles entièrement distinctes, nonobstant la finalité commune de transport individuel de personnes de ces services ; qu'ainsi les organisations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le service mis en place dans le cadre d'Autolib' interviendrait sur le même marché que celui des centraux de radio taxi* ». (Comp. CAA Paris, 3 juillet 2012, n° 11PA02157 – TA Paris, 1^{er} mars 2012, n° 1108678, *Union des Loueurs Professionnels* – TA Paris, 1^{er} mars 2012, n° 110867, *Société ADA*).

reconstituer fictivement une situation de marché où le consommateur aurait à choisir entre deux produits ou services substituables¹²⁷⁷. En complément de l'analyse du caractère substituable de la demande, les institutions de contrôle de la concurrence peuvent aussi analyser le caractère substituable du côté de l'offre, cependant cette hypothèse est évidemment peu probable en matière de service¹²⁷⁸.

833. La dimension géographique renvoie au « *territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »¹²⁷⁹. Les autorités vont donc, pour délimiter géographiquement le marché, procéder à une analyse de l'homogénéité des conditions de concurrence (au niveau national, de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen par exemple).

834. La difficulté s'accroît quand un opérateur détient une position dominante sur un marché donné mais que la pratique anticoncurrentielle dont il est accusé s'exerce sur un marché connexe. Il n'est pas rare, en effet, que la pratique anticoncurrentielle se situe sur un marché connexe au marché dominé. Même dans ce cas, l'abus de position dominante pourra être sanctionné sur le fondement de l'interdiction des prix prédateurs.

835. Le juge de l'Union européenne a ainsi admis que des abus produisent des effets sur des marchés autres que les marchés dominés. Ce fut notamment le cas dans le jugement *British Gypsum c. Commission* du 1^{er} avril 1993¹²⁸⁰ du Tribunal de première instance et dans les arrêts

¹²⁷⁷ Aussi appelé SSNIP « small but significant and non-transitory increase in price ». Le test en lui-même consiste « à se demander si les clients de l'entreprise en cause seraient amenés à se tourner vers des produits de substitution » en cas d'augmentation légère mais permanente des prix et « si un effet de substitution est observé, cela élargit le marché pertinent » (N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2013, n° 755). En termes économiques, le test est le suivant « *Considérons qu'il y a un monopole hypothétique sur le marché X, est-ce que ce monopole peut augmenter son profit en augmentant le prix au dessus du niveau courant de 5 à 10% ? Si oui : X est un marché séparé ; si non : X n'est pas un marché séparé ; introduire un autre produit substitut (Y) et recommencer le test* » : (M. Bourreau, *Economie industrielle. Structure de marché et pouvoir de marché*, cours n° 06, Telecom ParisTech).

¹²⁷⁸ Com. eur., 9 décembre 1997, n° 97/372/04, pt 20 : préc (« *il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs* »).

¹²⁷⁹ Par ex. en matière de cinéma, l'Autorité de la concurrence a pu retenir l'existence d'un marché propre de l'exploitation de salles de cinéma, qu'il délimite par référence à une zone de chalandise : Cons.conc., déc. n° 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

¹²⁸⁰ TPICE, 1^{er} avril 1993, aff. T-65/89, *British Gypsum c. Commission* : Rec. II.389.

du 3 juillet 1991 *Akzo c. Commission*¹²⁸¹ et du 14 novembre 1996 *Tetra Pak c. Commission*¹²⁸² de la Cour de justice de l'Union européenne. La CJUE estime que « l'article 86 ne comporte aucune indication explicite en ce qui concerne les exigences afférentes à la localisation de l'abus sur les marchés de produits »¹²⁸³. Cependant, pour que l'abus de position dominante soit qualifié sur un marché connexe où l'opérateur ne détient pas une position dominante, il est nécessaire d'établir un lien de connexité qui repose sur des « circonstances particulières »¹²⁸⁴, l'objectif étant de révéler une « situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause »¹²⁸⁵. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt *SARL Google France*, du 20 novembre 2013, avait pu considérer que ces circonstances particulières « sont relatives, notamment, aux cas dans lesquels la position dominante sur un premier marché donne à l'entreprise concernée une "position prééminente" ou un pouvoir de dissuasion sur un marché connexe non dominé où a été commis l'abus, de telle sorte que le pouvoir de marché détenu sur le marché dominé s'étend aussi au marché non dominé »¹²⁸⁶.

836. Pour établir le lien de connexité, le juge a recours à la technique du faisceau d'indices. Ces indices tiennent soit à des rapports structurels entre les deux marchés – mêmes demandeurs ou offreurs sur les deux marchés ; marché bifaces ; existence d'un rapport vertical entre les deux marchés – soit à des rapports plus ponctuels – comme des pratiques de couplage d'offre ou de subventions croisées.

837. On le voit bien, le recours à la notion de marché pertinent ne va pas sans soulever des difficultés, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il fait l'objet de critiques régulières¹²⁸⁷ de deux ordres principalement. En premier lieu, la notion s'applique mal à l'apparition de nouveaux modèles de concurrence, notamment ceux issus des nouvelles technologies¹²⁸⁸. En

¹²⁸¹ CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo c. Commission* : Rec. I-3359 ; CCC 1991, comm. 223, note Vogel ; JCP G 1992.II.21855 et 21867, note Vogel ; RTD com. 1992, p. 310, obs. Bolze ; RAE 1991, n° 4, p. 92, obs. Blaise et Robin.

¹²⁸² CJCE, 14 novembre 1996, aff. C-333/94 P, *Tetra Pak c. Commission* : Rec. I-05951 ; Europe janvier 1997, comm. 17, obs. Idot ; CCC 1996, comm. n° 202, obs. Vogel.

¹²⁸³ *Ibid.*, pt 24 : la même analyse peut évidemment être calquée concernant les marchés de services.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, pt 27.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, pt 31.

¹²⁸⁶ CA Paris, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *SARL Google France* : CCE 2014, n° 1, comm. Chagny.

¹²⁸⁷ Cf. not. la démonstration de L. Vogel pour lequel la détermination du marché pertinent n'est qu'un élément de la recherche du pouvoir de monopole d'une entreprise sur le marché (L. Vogel, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », JCP, 1994, n° 3737) – E. Claudel, « Variations autour du marché pertinent », note sous Cass. com., 6 décembre 2005, n° 04-19.541, *Société des Caves et producteurs réunis de Roquefort* : Juris-Data n° 2005-031175.

¹²⁸⁸ Cf. not. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchestien, Précis Domat, 2013, n° 755 : l'auteur prend l'exemple de Google qui est « vraisemblablement proche de la position dominante si l'on considère que

ce sens, dans son étude thématique du Rapport annuel de 2001, l’Autorité de la concurrence notait déjà que « *les évolutions économiques récentes militent [...] en faveur d’une relativisation du rôle joué par la notion de marché pertinent. Les nouvelles technologies estompent les frontières auparavant tracées entre certains marchés. [...] Par ailleurs, les évolutions constatées sont de plus en plus rapides et nécessitent un suivi du contour des marchés au même rythme* »¹²⁸⁹. En second lieu, la notion de marché pertinent ne permet pas toujours efficacement de rendre compte de la structure du marché. En effet, il peut exister des situations « *dans lesquelles une entreprise, dont la part de marché sur le marché pertinent ainsi délimité est importante, puisse ne pas être en position dominante, par exemple parce que les barrières à l’entrée sont extrêmement faibles ou que sa part de marché ne reflète pas sa position réelle sur le marché (par exemple du fait de l’existence de forts contre-pouvoirs)* »¹²⁹⁰. Ce point est particulièrement problématique car l’analyse du juge peut conduire à surestimer la position d’un opérateur sur un marché, ou au contraire – ce qui est plus ennuyeux d’un point de vue concurrentiel – sous-estimer sa capacité à « *se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs* »¹²⁹¹.

838. Quoi qu’il en soit, la notion de marché pertinent est toujours utilisée par le juge, notamment en matière d’abus de position dominante. On comprend dès lors que l’enjeu du marché pertinent est particulièrement important et ce à un double titre : d’une part, sur le principe, car il conditionnera l’application des règles de concurrence ; d’autre part sur sa délimitation, car il permettra d’analyser la structure du marché et donc l’existence ou non d’une position dominante.

2. *La situation du destinataire du prix du service*

839. La seconde distinction entre la sanction des prix prédateurs et la sanction des prix abusivement bas au sens de l’article L. 420-5 du Code de commerce tient à la situation du destinataire du prix du service. Ainsi, les prix abusivement bas visent les offres de prix ou

Google opère sur le marché de la publicité en ligne liée aux moteurs de recherche. En revanche, son poids économique est mineur si l’on estime qu’elle agit sur le marché de la fourniture d’espace publicitaire en général ».

¹²⁸⁹ Aut. conc., *Le marché pertinent*, Rapport annuel 2001, Paris, La doc. fr.

¹²⁹⁰ OCDE, n° DAF/COMP/WD(2012)16, Table ronde sur le marché pertinent, note de la délégation française, 21 mai 2012 (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>).

¹²⁹¹ Aut. Conc., déc. n° 10-D-02 du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids.

pratiques de prix de vente aux « consommateurs »¹²⁹², contrairement aux prix prédateurs, qui ne ciblent aucun destinataire en particulier. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1998 *Société moderne d'assainissement et de nettoyage*¹²⁹³ avait défini le « consommateur » comme « la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis » : elle avait d'ailleurs précisé que cette « inexpérience » reposait sur l'incompétence technique du consommateur.

840. Cette distinction n'est pas anodine, comme nous aurons l'occasion de le voir dans la partie consacrée au « offres anormalement basse »¹²⁹⁴. La Cour d'appel avait en effet refusé de considérer que les personnes responsables de la passation de marchés soient considérées comme des « consommateurs » dans la mesure où leur capacité à analyser la composition des offres suppose une compétence technique et exclut donc l'application de ce texte à l'occasion de la passation des marchés publics¹²⁹⁵ ou des délégations de service public¹²⁹⁶ et même dans le cas de l'assistance à maîtrise d'ouvrage, ce qui est plus discutable¹²⁹⁷.

841. En réalité, le renvoi à la notion de consommateur, dans l'article L. 420-5, laisse un peu dubitatif. On ne peut que rejoindre les critiques déjà formulées en 1999 par le Professeur Jean-Pascal Chazal qui rappelait que « le consommateur n'est pas une notion juridique, mais économique. Le juriste, qui l'utilise couramment depuis quelques décennies en raison de sa consécration législative, doit en chercher la définition en dehors de son domaine naturel de compétences »¹²⁹⁸. On constate cependant qu'une telle réflexion n'a pas été menée et que le juge s'appuie toujours sur l'arrêt du 3 juillet 1998 *Société moderne d'assainissement et de nettoyage*¹²⁹⁹ pour définir la notion de consommateur. Cette définition est pourtant doublement insatisfaisante. D'une part, car le critère de technicité n'est pas pertinent : un simple

¹²⁹² Cf. not. Cons. conc., déc. n° 06-D-23 du 21 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de la cartographie et de l'information touristique.

¹²⁹³ CA Paris, 3 juillet 1998, n° 97/15750, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage* : D. 1999. 249, note Chazal ; CCC 1998, comm. 131, obs. Malaurie-Vignal.

¹²⁹⁴ Cf. *infra* n° 932 et 937.

¹²⁹⁵ Cf. not. Cons. conc., déc. n° 97-PB-02 du 27 mai 1997 relative à une saisine présentée par la société moderne d'assainissement et de nettoyage.

¹²⁹⁶ Cf. not. CA Paris, 14 novembre 2000, n° 2000/06154, *Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement c. Société de distribution d'eau intercommunale* : JCP E 2000, 1980 ; CMP 2001, comm. 51, note Eckert.

¹²⁹⁷ Cf. not. Cons. conc., 18 janvier 2008, déc. n° 08-D-01 du 18 janvier 2008 relative à la saisine présentée par la société Segard.

¹²⁹⁸ J.-P. Chazal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », D. 1999, p. 249.

¹²⁹⁹ CA Paris, 3 juillet 1998, n° 97/15750, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage* : préc.

utilisateur pouvant être doté d'une telle technicité. Sur ce point, on rejoint la définition proposée par le Professeur Jean-Pascal Chazal selon laquelle « *est un consommateur la personne qui contracte pour satisfaire ses besoins extra-professionnels et qui, en ce faisant, achève le cycle économique* »¹³⁰⁰. D'autre part, plus largement, car on voit mal ce qui justifie une telle limitation, quel est l'objectif de l'article L. 420-5 du Code du Commerce si ce n'est de protéger les concurrents ? Ici, « *la notion de consommateur ne sert de référence qu'en raison de la place occupée dans le circuit économique. Il est donc inepte de réserver, en droit de la concurrence, la qualification de consommateur aux seules personnes inexpérimentées dans le domaine où elles contractent* »¹³⁰¹.

842. Hélas, la notion de « consommateur » fait partie de ses notions « vieilles » dont on pense parfois à les dépoussiérer, sans que la pratique vienne satisfaire l'intention. C'est dommage, car on se rendra compte que la sanction des prix abusivement bas serait bien utile si l'on élargissait le champ de son application, en effet, le caractère restrictif de la notion de « consommateur » conjugué à celui de la qualification de position dominante peut avoir pour conséquence que ni la qualification de prix prédateurs ni celle de prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce ne soient reconnues et donc qu'une pratique anticoncurrentielle passe « entre les mailles du filet » du droit la concurrence.

B. Le raisonnement commun à la sanction des prix abusivement bas et à la sanction des prix prédateurs

843. La logique déployée par les autorités internes et européennes de la concurrence est la même qu'il s'agisse des prix prédateurs ou des prix anormalement bas, c'est pourquoi nous concentrerons notre analyse sur le cas des prix prédateurs. Les fondements du raisonnement sont issus de la jurisprudence *Akzo c. Commission*, de la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁰², qui, pour déterminer le caractère prédateur d'un prix, s'était appuyée sur un test

¹³⁰⁰ J.-P. Chazal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », préc.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² CJCE, 3 juillet 1991, C-62/86, *Akzo c. Commission* : Rec. I-3359 ; CCC 1991, comm. 223, note Vogel ; JCP G 1992.II.21855 et 21867, note Vogel ; RTD com. 1992.310, obs. Bolze, RAE 1991, n° 4, p. 92, obs. Blaise et Robin ; cf. également CJCE, 14 novembre 1996, C-333/94 P, *Tetra Pak c. Commission* : Rec. I-05951 ; Europe janvier 1997, comm. 17, obs. Idot – CJUE, 2 avril 2009, C-202/07, *France Télécom SA c. Commission*, : Rec. I-02369, Europe 2009, n° 6, comm., 242, p. 30, note Idot.

développé en 1975 par deux économistes américains : Areeda et Turner¹³⁰³. Ce test, consistant à comparer le prix aux coûts de l'activité « *considère ainsi de manière intuitive qu'il ne peut être rationnel pour une entreprise de vendre à un prix ne lui permettant pas de couvrir ses coûts de production sauf à admettre qu'elle veuille évincer ses concurrents* »¹³⁰⁴.

844. Avant d'étudier plus avant la méthode d'analyse des prix de prédation, il est important de souligner que la théorie des prix prédateurs, loin de faire consensus au sein de la communauté scientifique, a même fait l'objet de critiques sévères. Les économistes libéraux de l'école de Chicago ont notamment pu considérer que la pratique même des prix prédateurs était d'une rationalité douteuse. Koller, en 1971, n'avait d'ailleurs pas hésité à la qualifier de « mythe »¹³⁰⁵ après avoir analysé 123 affaires desquelles ils avaient déduit que la prédation relevait davantage du lobbying de concurrents peu efficaces que de la réalité économique. Dans la même logique, John Mc Gee et Reinhard Selten avaient pu avancer des arguments tendant à prouver l'irrationalité d'une démarche prédatrice, que les opérateurs monopolistiques n'auraient de toute façon pas intérêt à mettre en œuvre, puisqu'ils n'en retireraient aucun gain¹³⁰⁶.

845. Si l'opposition fut forte, la théorie des prix prédateurs a toutefois regagné ses « galons de noblesse » ces dernières décennies. Ce « retour en grâce » tient à plusieurs raisons développées dans les travaux de la doctrine économique : l'asymétrie financière, les barrières à l'entrée du marché, la réputation des opérateurs¹³⁰⁷ sont des problèmes contemporains qui réactualisent la question des comportements prédateurs.

846. Le principe admis, se pose toujours la question de la méthode d'analyse. En effet, détecter un comportement de prédation est délicat car tout prix bas n'est pas forcément injustifié – et il va sans dire que la compétition par le prix est l'un des principes constitutifs du marché. La subjectivité de l'opérateur dominant est en réalité au centre du débat : tout l'enjeu est de savoir si l'opérateur a une « *perspective de maximiser ses profits une fois ses concurrents*

¹³⁰³ P. Areeda, D. F. Turner, « Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act 1975 », *Harvard Law Review*, vol. 88, n° 4, 1975, p. 697.

¹³⁰⁴ CA Paris, 20 décembre 2012, n° 2011/05667, *Vedettes Inter Iles Vendéennes SARL*.

¹³⁰⁵ R. H. Koller, « Myth of Predatory Pricing : An Empirical Study », *Antitrust L. & Econ. Rev.*, n° 105, 1970-1971.

¹³⁰⁶ J. S. McGee, « Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case », *Journal of Law and Economics*, vol. 1, 1958, p. 137 – R. Selten, « The chain store paradox », *Theory and Decision*, vol. 9, Issue 2, 1978, p. 127 : l'auteur avait notamment remarqué que le gain pour l'opérateur monopolistique n'était pas dans la prédation.

¹³⁰⁷ D. Kreps, R. Wilson, « Reputation and imperfect information », *Journal of Economic Theory*, Elsevier, vol. 27/2, p. 253, 1982.

écartés »¹³⁰⁸. Autrement dit, l'attention doit être portée sur l'intention de l'auteur de la pratique en cause : celui-là a-t-il entendu évincer ou restreindre la concurrence en sacrifiant délibérément des profits présents dans l'espoir d'en récupérer davantage à l'avenir, une fois la sortie de ses concurrents réalisée¹³⁰⁹ ? Le but n'est donc pas de sanctionner *per se* un prix bas pratiqué par un opérateur en position dominante¹³¹⁰, il est en effet du jeu normal et attendu de la concurrence qu'une entreprise cherche à conquérir « *par ses propres mérites, la position dominante sur un marché* »¹³¹¹ ; il est tout aussi normal que des concurrents « *moins efficaces* »¹³¹² que l'entreprise dominante disparaissent du marché, étant entendu que ces concurrents sont « *moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation* »¹³¹³.

847. Pour faciliter l'analyse, le juge européen a eu recours à un test, développé par les deux économistes américains *Areeda* et *Turner*¹³¹⁴. Ce test repose sur deux éléments : l'analyse de la relation entre les coûts et les prix d'une entreprise d'une part, c'est-à-dire que sont suspects les prix qui ne couvrent pas les coûts ; l'appréciation de l'intention d'autre part. Plus précisément, ce test pour contourner le périlleux critère de l'intention – et donc sa subjectivité – va distinguer deux hypothèses : dans la première hypothèse, le prix est fixé à un niveau inférieur aux coûts moyens variables, dans ce cas l'intention d'éviction est présumée (c'est une présomption simple) (1) ; dans la seconde hypothèse, le prix est fixé à un niveau inférieur aux coûts moyens totaux (somme des coûts variables et des coûts fixes) dans ce cas l'intention d'éviction doit être démontrée (2).

848. Il est important de noter que dans ces deux hypothèses, le juge ne cherche pas l'effet anticoncurrentiel de la pratique mais l'objet anticoncurrentiel de celle-ci. Autrement dit, il ne

¹³⁰⁸ Cons. conc., déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le Laboratoire GlaxoSmithKline France.

¹³⁰⁹ *Ibid.* En effet « *l'effet escompté d'éviction est central dans l'examen de la pratique : le sacrifice consenti n'a, en effet, de sens que si l'entreprise prédatrice considère qu'il est possible pour elle de récupérer à plus long terme, sur le marché dominé, les pertes ou les moindres profits subis, une fois que l'éviction recherchée aura produit son effet, c'est-à-dire la capacité à exploiter son pouvoir de marché grâce à une situation devenue plus favorable après la sortie de concurrents* » (p. 166).

¹³¹⁰ Cf. not. CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, *Michelin c. Commission* : Rec. 3461, pt 57 ; 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports c. Commission* : Rec. I-1365, pt 37 ; Europe mai 2000, comm. 143, obs. Idot, CCC 2000, comm. 113, obs. Poillot-Peruzzetto.

¹³¹¹ CJUE, 17 février 2011, aff. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, 2011 : I-527, pt 24 ; CCC 2011, comm. 96, obs. Bosco ; Europe 2011, comm. 132, obs. Idot ; RLC 2011/27, n° 1787.

¹³¹² CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark*, pt 21 : CCC 2012, comm. 154, obs. Decocq, RTD eur. 2012.450, note Blaise.

¹³¹³ *Ibid.*, pt 22.

¹³¹⁴ P. Areeda, D. F. Turner, « *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act 1975* », préc.

cherche pas à savoir si une pratique ou une offre de prix a eu pour effet – pour conséquence - d'évincer ou d'empêcher un concurrent, mais à savoir si la pratique avait pour objet – pour intention – d'évincer ou d'empêcher un concurrent. Certes, l'objet et l'effet anticoncurrentiel de la pratique coexistent la plupart du temps¹³¹⁵, toutefois, la concordance n'est pas toujours remplie et surtout le juge admet la sanction de prix de prédation même en l'absence de démonstration « *des effets concrets des pratiques en cause* »¹³¹⁶.

1. Première hypothèse : Les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables de l'entreprise

849. Les institutions de contrôle de la concurrence auraient pu avoir recours à la notion de coût marginal plutôt qu'à la notion de coût variable. L'Autorité de la concurrence avait d'ailleurs précisé que « *si un prix est fixé à un niveau inférieur au coût marginal, c'est-à-dire au coût encouru pour la production d'une unité supplémentaire de bien ou service, toute vente entraîne une perte. A priori, une entreprise devrait donc, si elle poursuit un objectif de maximisation de son profit, renoncer à produire une unité de plus plutôt que la vendre à un prix inférieur au coût marginal* »¹³¹⁷. Cependant, la détermination du coût marginal a été jugée trop complexe pour que cette notion soit utilisée avec efficacité.

850. C'est la raison pour laquelle, dans l'arrêt *Akzo c. Commission*, le juge de l'Union européenne a eu recours à la notion de coût variable – c'est-à-dire le coût qui varie en fonction des quantités produites.

851. Le juge considère que si le prix du service est inférieur à la moyenne des coûts variables, la volonté d'éviction des concurrents est présumée : le prix révèle donc un abus de position dominante.

852. Les juges et autorités de la concurrence justifient le recours à cette présomption par le fait qu'une entreprise ne saurait trouver aucune justification à ce type de pratique : en effet, un prix inférieur aux coûts variables entraîne nécessairement et délibérément des pertes, ce qui ne

¹³¹⁵ Cf. not. TPICE, 30 janvier 2007, aff. T-340/03, *France télécom c. Commission* : « *la démonstration de l'objet et de l'effet anticoncurrentiel peut, le cas échéant, se confondre. En effet, s'il est démontré que l'objet poursuivi par le comportement d'une entreprise en position dominante est de restreindre la concurrence, ce comportement sera également susceptible d'avoir un tel effet* » (pt 195).

¹³¹⁶ TPICE, 30 septembre 2003, T-203/01, *Michelin c. Commission*, pts 241 et 242 : Rec. II.4071 ; Europe 2007, n° 99, obs. Idot ; LPA 2007, n° 113, p. 14, obs. Sibony.

¹³¹⁷ Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport public 2003, p. 87.

pourrait se comprendre que par l'intention rationnelle d'évincer ou de restreindre la concurrence¹³¹⁸.

2. *Seconde hypothèse : les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables de l'entreprise*

853. Dans cette hypothèse, l'intention ne peut pas être présumée. Rappelons d'abord que les coûts totaux sont la somme des coûts fixes – qui restent constants, quelles que soient les quantités produites – et variables – qui varient en fonction des quantités produites.

854. Dans l'arrêt *Akzo c. Commission*, le juge considère que si les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, la volonté d'éviction est moins évidente et doit être prouvée – elle n'est donc pas sujette à présomption contrairement à l'hypothèse précédente. Moins évidente, car le prix est fixé dans une « zone grise » et que l'intention de l'auteur d'évincer ou de restreindre la concurrence n'est pas systématique. C'est pourquoi, le juge retiendra l'abus de position dominante si, outre la condition selon laquelle les prix sont être inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, ces prix sont « *fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* »¹³¹⁹.

855. Dans l'arrêt *Tetra Pak c. Commission*, le juge renseigne sur cette intention de prédation qui « *doit être établie sur la base d'indices sérieux et concordants* »¹³²⁰ : l'intention doit donc être démontrée à partir d'indices matériels et comportementaux.

856. Du point de vue matériel, il reviendra à l'autorité de contrôle « d'enquêter » sur la base de documents qu'elle sollicitera auprès de l'entreprise soupçonnée. Ces différentes sortes de

¹³¹⁸ CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo c. Commission* pts 71 et 72 : préc.,: « *une entreprise dominante n'a [...] aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes [...], et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite* » – Cons. conc., déc. 94-D-30 du 24 mai 1994 relative au marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn : « *le fait pour un producteur qui dispose d'une position dominante et est confronté à la concurrence d'un nouvel entrant pratiquant sur le marché des prix compétitifs de chercher à éliminer un nouvel entrant en vendant son produit à un prix inférieur à son coût moyen variable constitue un abus anticoncurrentiel de sa position dominante ; qu'en effet, une telle stratégie le conduit délibérément à accumuler des pertes qu'il pourrait éviter et ne peut être compatible avec son propre intérêt que s'il espère compenser ces pertes par les profits qu'il pourra réaliser une fois le concurrent disparu et sa position dominante restaurée* » (non numérotée).

¹³¹⁹ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo c. Commission*, préc., pts 71 et 72.

¹³²⁰ TPICE, 6 octobre 1994, aff. T-83/91, *Tetra Pak c. Commission* : Rec. II.755, pt 151.

documents pourront ainsi permettre d'établir qu'il existait une intention d'éviction¹³²¹, mais posent deux problèmes, celui de leur valeur probatoire et celui de la possible atteinte au secret des affaires.

857. D'un point de vue comportemental, l'auteur sera considéré comme révélant une intention d'éviction notamment « *lorsque sa politique tarifaire est différenciée de sa politique commerciale habituelle, sans qu'aucune raison puisse l'expliquer ou lorsqu'elle a pour cible manifeste un concurrent à éliminer* »¹³²². Toutefois, ce comportement doit être rationnel : l'opérateur doit être en capacité de remonter le niveau de son prix de vente une fois le concurrent écarté du marché. C'est pourquoi, dans une affaire concernant l'entreprise GDF, l'Autorité de la concurrence n'avait pas qualifié le prix de « prédateur » car l'entreprise n'avait « *pas la capacité, ni d'intérêt, à conduire une politique de prix prédateurs, qui se résumerait [...] à accroître ses pertes, sans espoir d'en retirer un bénéfice ultérieur sous forme de consolidation de sa part de marché après l'élimination de ses concurrents. La stratégie de prédation n'est donc pas possible* »¹³²³.

858. On le voit bien, la détermination de l'intention d'éviction n'est pas évidente car elle nécessite des éléments de preuves difficiles à réunir. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui a conduit l'Autorité de la concurrence à réfléchir sur la pertinence de l'analyse par l'objet concurrentiel (l'intention d'éviction), en effet, le recours à la méthode de l'effet concurrentiel d'une pratique est peut-être le gage d'une plus grande efficacité. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a rapidement complété la seconde hypothèse de la jurisprudence *Azko* : elle

¹³²¹ Ainsi, dans l'affaire *France Télécom* la Commission avait répertorié un nombre assez impressionnant de documents qui prouvaient le plan de prédation de l'entreprise *WIN* au nombre desquels : un document de juillet 2000 exprimant clairement l'objectif prédateur pour le second semestre de l'année 2000 et pour l'année 2001 (« *préempter le marché ADSL avec offre tout compris [plus] pack et accélérer les placements 2001, mais bilan financier négatif* ») ; un courrier électronique de juillet 2000, relatif à une discussion sur le niveau adéquat de prix (indiquant « *nous aurons du mal à préempter ce marché avec un prix trop cher* ») ; la lettre de cadrage pour 2001 (comportant les indications suivantes : « *notre préemption du marché de l'ADSL est une nécessité* ») ; une présentation du 28 février 2001 évoquant une « *campagne de préemption du territoire haut débit par [WIN]* » ; le plan stratégique pour 2002-2004 rappelant pour la période 2001-2003 le fort développement du haut débit et l'objectif de « *préemption d'un marché considéré comme générateur de valeur* ». La commission avait donc considéré que « *ces propos émanent de cadres appartenant au personnel de direction de l'entreprise et que certains ont été prononcés dans le cadre de présentations formelles pour des instances de décision ou d'une lettre de cadrage très élaborée. Leur caractère spontané et irréfléchi paraît donc douteux* ». Ce travail de « *fourmi* » a amené le TPICE a jugé que la Commission avait trouvé là « *des indices sérieux et concordants de l'existence d'un plan de prédation pendant toute la période litigieuse* ». Sur tous ces éléments cf. TPICE, 30 janvier 2007, aff. T-340/03, *France télécom c. Commission*, pts 195 à 198 : préc.).

¹³²² Cons. conc., déc n° 00-D-70 du 31 janvier 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris.

¹³²³ Cons. conc., avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d'État à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France.

considère en effet dans sa décision 94-D-30 *relative au marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn* que de tels prix peuvent être considérés comme prédateurs s'ils ont pour objet (l'intention) ou pour effet (les conséquences) de restreindre ou d'évincer la concurrence¹³²⁴. Autrement dit, l'objet ou l'effet de la mesure incriminée peuvent alternativement servir à qualifier une pratique prédatrice¹³²⁵.

§2. L'INADAPTATION DE LA MÉTHODE CLASSIQUE D'ANALYSE DU PRIX DE PRÉDATION À LA COMPLEXITÉ DES PRESTATAIRES PUBLICS

859. Pour être pertinent, le test *Areeda & Turner* suppose que les institutions de contrôle de la concurrence puissent avoir une connaissance – si ce n'est parfaite, du moins approfondie – de la structure de coût de l'opérateur en cause. Or, pour qu'une telle connaissance soit accessible il est nécessaire que ces autorités disposent d'éléments comptables exhaustifs. C'est là tout le problème : le contrôle ne peut être opéré qu'à partir des preuves comptables portés par l'opérateur.

860. On peut d'ores et déjà imaginer la difficulté qu'implique la connaissance de la structure de coût d'un prestataire public. Sa situation n'étant statutairement et systématiquement pas la même que celle des opérateurs privés sur le champ concurrentiel, il y donc un risque accru à ce qu'il puisse pratiquer des prix de prédation, sans que l'analyse classique ne vienne révéler son caractère anticoncurrentiel.

861. En effet, les activités concurrentielles sont liées à des activités de service public – service public industriel et commercial, et même parfois service public administratif. Or, un

¹³²⁴ Cons. conc., déc. n° 94-D-30 du 24 mai 1994 relative à une saisine de la S.A.R.L. Sobéa concernant la situation de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn : « *le fait pour un producteur dominant confronté à l'apparition d'un nouvel entrant de réagir en pratiquant des prix inférieurs à ses coûts moyens totaux mais supérieurs à ses coûts moyens variables peut être regardé comme un abus anticoncurrentiel de position dominante s'il est établi que cette stratégie avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'interdire au nouveau concurrent de se maintenir sur le marché* ». Dans le même sens, cf. Cons. conc., déc. n° 03-D-62 du 18 décembre 2003 relative à des pratiques relevées lors de l'attribution d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise – Cons. conc., avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financières à une régie départementale de transport par un Conseil général – Cons. conc., avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997 relatif à une demande d'avis du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance au secteur du disque – Cons. conc., Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence.

¹³²⁵ Cette approche a été synthétisée dans son étude thématique du rapport public pour 2003 relatif aux monopoles publics dans le jeu concurrentiel (préc., p. 79 et s.). Sur cette question, cf. égal. A. Mazières, « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents », AJDA 2005, p. 24.

service public est soumis, au moins en partie, à un régime de droit public et bénéficie de ressources publiques qui peuvent diminuer les coûts de l'activité. Le risque principal est donc que l'activité de service public intervienne au support de l'activité concurrentielle (soit que des ressources soient mises à disposition, soit que ces ressources soient partagées, sans ou avec une faible rémunération).

862. La spécificité publique est la cause de l'inadaptation de la méthode issue de la jurisprudence *Akzo c. Commission*. C'est la raison pour laquelle, pour faire face au contentieux du prix déterminé par les prestataires publics, les institutions de contrôle de la concurrence se sont employées à faire évoluer leurs outils et méthodes de contrôle des prix de prédation. Nous verrons que si les efforts d'adaptation sont réels, pour autant leur efficacité est relative. Cela est visible à deux niveaux : d'une part concernant la méthode d'analyse elle-même (A) ; d'autre part, en ce qui concerne la structure de coût très spécifique de la personne publique qui nécessite le recours à divers outils d'analyse pour arriver à distinguer les coûts pertinents à prendre en compte pour l'analyse concurrentielle (B).

A. La difficulté à trouver une méthode d'analyse appropriée

863. Les juges et autorités de l'Union européenne ont longtemps considéré que, pour la qualification d'un prix de prédation, seul devait être pris en compte l'objet de la pratique de prix dénoncée et non pas ses effets¹³²⁶.

864. Cette méthode a vite révélé ses limites : l'analyse par l'objet concurrentiel était très largement inadaptée à la spécificité des opérateurs publics (1), c'est la raison pour laquelle, les institutions de contrôle de la concurrence ont eu progressivement recours à l'analyse des effets, dont nous verrons cependant qu'elle ne donne pas complète satisfaction (2).

1. Limite de l'analyse par l'objet

865. L'analyse de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique de prix manque de pertinence quand sont concernés des prestataires publics, notamment quand ces derniers exercent

¹³²⁶ Cf. not. TPICE, 8 octobre 1996, aff. jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, *Compagnie maritime belge transports c. Commission* : Rec. II.1201, pt 149 ; Europe décembre 1996, comm. 465, obs. Idot ; JCP E 1997.I.653, obs. Gavalda et Parléani – TPICE, 7 octobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar c. Commission* : Rec. II.2969 ; LPA 24 novembre 1999, p. 4, étude Arhel ; CCC 2000, comm. 28, obs. Poillot-Peruzzetto, pt 191 : « lorsqu'une entreprise en position dominante met effectivement en œuvre une pratique dont l'objet est d'évincer un concurrent, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne saurait suffire à écarter la qualification d'abus de position dominante au sens de l'article 82 CE ».

conjointement un une activité de service public, notamment monopolistique, et une ou plusieurs activités concurrentielles liées. En effet, comme a pu le noter l’Autorité de la concurrence, dans cette configuration « *la seule prise en compte des niveaux respectifs de coûts et de prix pratiqués par l’entreprise détenant une position dominante pour qualifier son comportement au regard des dispositions prohibant l’abus de position dominante n’est pertinente que sous certaines réserves (contrainte analogue de rentabilité, coûts sinon identiques du moins relativement proches)* »¹³²⁷. Pour être plus précis, l’opérateur public peut subir des pertes sur son activité concurrentielle sans pour autant, d’une part, que ces pertes soient injustifiées – car les coûts moyens de l’activité peuvent être plus élevés¹³²⁸ – et, d’autre part, qu’elles révèlent un objet anticoncurrentiel, même si tel peut en être l’effet¹³²⁹. C’est la raison pour laquelle il est nécessaire de s’intéresser à l’effet concret du prix sur la concurrence¹³³⁰.

866. Mais ce cas de figure n’est pas le seul à poser problème : en réalité la structure de coûts de toute personne publique exerçant une activité concurrentielle – connexe ou non à service public ; partiellement ou intégralement intégré à un service public – est exorbitante du droit commun. En effet, le régime et surtout le lien avec l’administration dont dépendent ces opérateurs les mettent en situation de supporter des coûts différents des opérateurs ordinaires – régime fiscal, comptable, du personnel, des biens etc. – et de bénéficier de ressources – parfois implicites – à même d’avantager leur activités concurrentielles¹³³¹, d’autant que la multiplicité des activités prises en charge par les opérateurs publics augmente significativement le risque de croisement des ressources.

867. En outre, déterminer l’intention prédatrice d’un opérateur public relève de l’art divinatoire. En effet, comment une telle détermination pourrait être possible quand il est de

¹³²⁷ Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif au Service hydrographique et océanographique de la Marine ; Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d’avis de l’association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste : « *les prémisses sur lesquels se fondent l’arrêt Azko peuvent n’être qu’imparfaitement satisfaites dans le cas où se trouvent confrontés sur un même marché des opérateurs publics et un opérateurs privé disposant par ailleurs d’une position de monopole associée à l’exercice de mission de service public* » (non numéroté).

¹³²⁸ Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 préc. : « *l’opérateur dominant encourt nécessairement à technique identique de production et de commercialisation, des coûts moyens plus élevés que ses concurrents pour la partie concurrencée de son activité* » (non numéroté).

¹³²⁹ Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 préc. : « *la circonstance que l’opérateur public enregistre des pertes sur la partie concurrencée de son activité ne signifie pas que la pratique de prix qui lui est reprochée s’explique nécessairement par un objet anticoncurrentiel, même si tel est son effet réel ou potentiel* ».

¹³³⁰ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 préc. : « *le fait qu’il enregistre une perte sur coût moyen dans cette activité n’indiquerait pas nécessairement que ses concurrents sont, en raison de sa politique de prix, susceptibles d’être confrontés à des difficultés financières insurmontables* ».

¹³³¹ Cf. *supra* n° 706 et s.

l'essence même de l'opérateur public que de ne pas être soumis à une logique marchande ? L'objet anticoncurrentiel est, dans ce cadre, difficile – si ce n'est impossible – à démontrer¹³³². C'est d'ailleurs les conclusions de certains membres de la doctrine économique relatives aux entreprises publiques¹³³³ qui montraient que ces dernières, n'étant pas guidées par un objectif de maximisation des profits, pouvaient se rendre coupables, sans intention, de pratiques anticoncurrentielles : une moindre attention portée au profit peut à l'inverse démontrer une certaine indifférence face aux pertes. Ce qui vient d'être dit est d'autant plus problématique que les prestataires publics interviennent sur un marché où la prise de risque est une condition et un principe de la concurrence. C'est d'ailleurs ce dont convient l'Autorité de la concurrence qui souligne que « *la circonstance que l'opérateur public adopterait sur la partie concurrencée de son activité une logique d'action qui ne relèverait pas du souci de satisfaire une contrainte de rentabilité minimum ou d'équilibre de ses comptes et accumulerait des pertes, alors même qu'il serait concurrencé par des entreprises qui seraient, elles, soumises à cette contrainte de rentabilité, pourrait, dans certaines circonstances, perturber le jeu de la concurrence sur le marché* »¹³³⁴.

868. *In fine*, si la contrainte de rentabilité et la structure de coûts des prestataires publics ne sont pas les mêmes que celles de leurs concurrents privés, comment s'assurer que la pratique ou l'offre de prix constituent véritablement un prix prédateur ?

869. Répondre à cette question c'est changer de paradigme : si la pratique anticoncurrentielle ne peut plus être analysée pertinemment sous l'angle de son objet – dont on n'est pas sûr qu'il soit anticoncurrentiel – c'est bien à son effet qu'il faudra s'attacher.

870. C'est cette logique qu'a retenue l'Autorité de la concurrence à travers un raisonnement en apparence séduisant : ainsi, dans l'hypothèse où un opérateur se trouverait dans une situation différente de ses concurrents privés, comme le sont toujours les opérateurs publics, l'Autorité de la concurrence n'appliquera pas la méthode de la jurisprudence *Akzo c. Commission* mais s'appuiera sur une méthode propre articulée autour d'une série de questions qui se décomposent en deux temps¹³³⁵. D'abord, il s'agira de savoir si les concurrents enregistrent des pertes sur leurs activités. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas d'abus de position dominante. Si tel est le cas,

¹³³² Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport public 2003, p. 88.

¹³³³ D. E.M. Sappington et J. Gregory Sidak, « Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises », *Review of Industrial Organization*, n° 22, p. 183, 2003.

¹³³⁴ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 préc.

¹³³⁵ Cf. not. Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 préc.

il s'agira ensuite de savoir si la pratique est l'aboutissement d'une stratégie d'éviction – qu'il faudra démontrer – ou à défaut d'éléments de preuves, si l'effet de la pratique a eu pour conséquence d'évincer les concurrents aussi efficaces que le prestataire public. Si l'une ou l'autre de ces conditions est remplie alors la pratique de prix sera constitutive d'un abus de position dominante.

871. Il semblerait que le « militantisme » de l'Autorité de la concurrence ait fait des émules. L'inclinaison est d'abord venue de la Commission européenne qui dans ses Orientations de 2009 sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes a fait référence à cette méthode¹³³⁶. C'est dans la même logique que le Cour de justice de l'Union européenne a fait usage de l'analyse des effets dans son arrêt du 27 mars 2012 relatif à l'ancien opérateur des postes Danoises *Post Danmark*¹³³⁷. La haute juridiction de l'Union européenne reprend les deux hypothèses de la jurisprudence *Akzo c. Commission* mais élargit le domaine d'application de la seconde : le juge considère que, dans le cas de prix inférieurs aux coûts moyens totaux mais supérieurs au coûts moyens incrémentaux, la pratique peut être anticoncurrentielle au sens de l'article 102 du TFUE si l'intention d'éviction est prouvée – c'est le cadre classique – ou, à défaut, si l'effet de la pratique conduit à évincer les concurrents aussi efficaces que l'opérateur public¹³³⁸.

2. Limite de l'analyse par effet

872. Donner un effet utile aux règles du traité n'est pas, loin s'en faut, une tâche aisée. L'analyse de la prédation dont peuvent se rendre coupables les prestataires publics en est une démonstration flagrante. En effet, si le recours à l'analyse des effets d'une pratique de prix de

¹³³⁶ JO n° C 5 du 24 février 2009, p. 7.

¹³³⁷ CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*, pt 44 : l'article 82 CE (actuel article 102 du TFUE) : « doit être interprété en ce sens qu'une politique de prix bas appliqués à l'égard de certains anciens clients importants d'un concurrent par une entreprise occupant une position dominante ne peut être considérée comme constitutive d'une pratique d'éviction abusive au seul motif que le prix appliqué par cette entreprise à l'un de ces clients se situe à un niveau inférieur aux coûts totaux moyens imputés à l'activité concernée, mais supérieur aux coûts incrémentaux moyens afférents à celle-ci, tels qu'évalués dans la procédure à l'origine de l'affaire au principal. Afin d'apprécier l'existence d'effets anticoncurrentiels dans des circonstances telles que celles de ladite affaire, il y a lieu d'examiner si cette politique de prix, sans justification objective, a pour résultat l'éviction effective ou probable de ce concurrent, au détriment du jeu de la concurrence et, de ce fait, des intérêts des consommateurs ».

¹³³⁸ Cf., sur l'évolution de l'analyse du juge, J.-B. Blaise, « article 102 TFUE et abus de position dominante », comm. sous CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark* (préc), RTD eur. 2012, p. 450 – G. decocq, « Nouveau rebondissement dans la saga des vedettes vendéennes », comm. sous CA Paris, 20 décembre 2012, *Société Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV) c. Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)*, CCC 2013, n° 3, comm. 60.

prédation est une tentative louable de s'approcher au plus près de la réalité du marché, elle n'en connaît pas moins deux limites importantes.

873. La première de ces limites tient à la notion d' « opérateur efficace » qui est une condition *sine qua non* de l'analyse des effets d'une pratique de prix : l'éviction d'un concurrent privé n'est pas toujours la manifestation d'une pratique anticoncurrentielle¹³³⁹ et il convient de savoir si l'efficacité de cet opérateur n'était pas la cause de cette éviction. Or, pour déterminer le caractère « efficace » d'un prestataire de service, le juge va devoir obligatoirement procéder à l'analyse comparative de la situation comptable du prestataire « auteur » du prix prédateur de celle du prestataire « victime » de ce prix. La difficulté est certaine, le juge devra multiplier les moyens d'investigation pour obtenir des preuves comptables. En outre, cette méthode impose nécessairement de construire un modèle théorique de « l'opérateur efficace ».

874. En second lieu, cette méthode, si elle a des vertus, ne permet toutefois pas de répondre à l'ensemble des situations anticoncurrentielles que peut créer un prestataire public par ses pratiques de prix. C'est notamment le cas de la prédation par réputation : un prestataire public en intervenant sur un marché concurrentiel peut envoyer un « signal » propre à décourager les prestataires potentiellement concurrents¹³⁴⁰. Il se construit ainsi une réputation d'agressivité qui incite les concurrents à ne pas porter concurrence. L'Autorité de la concurrence a pu tenter d'intégrer cette analyse dans sa décision n° 07-D-109 du 14 mars 2007¹³⁴¹. Si elle n'a pas été retenue en l'espèce par les juridictions de contrôle¹³⁴², toutefois, comme le note la Professeure Emmanuelle Claudel, la Cour de cassation « *ne condamne [pas] la théorie de la prédation par construction d'une réputation mais [...] la subordonne à l'envoi d'un signal clair et reçu des*

¹³³⁹ CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark*, préc. – Cons. conc. 25 juin 1996, avis n° 96-A-10, préc. – Cons. conc., 25 février 1997, avis n° 97-A-10 préc.

¹³⁴⁰ Cf. not. D. Kreps, R. Wilson, « Reputation and imperfect information », *Journal of Economic Theory*, Elsevier, vol. 27, n° 2, p. 253, 1982.

¹³⁴¹ Cons. conc., déc. n° 07-D-109 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline (à propos du marché de la céfuroxime : la sortie du produit Flavelab en 2001 avait découragé la concurrence) : RDLC 2/2007. 110, note Wachsmann et Flochel. Selon l'autorité de la concurrence : « *il s'agit d'une situation dans laquelle le prédateur soumis à la menace d'entrée de concurrents sur des marchés différents, choisit de se comporter sur un marché de manière très agressive en tarifant en dessous de ses coûts de façon à dissuader ses concurrents potentiels d'entrer sur les autres marchés par crainte d'un comportement identiquement agressif du prédateur* » (pt 257)

¹³⁴² Pour des raisons tenant à la qualification du marché pertinent : cf. not. Com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, *Ministre de l'économie c. Laboratoires Glaxo Smith Kline France* : D. 2009.867, obs. Chevrier ; RTD eur. 2009.473, chron. Idot ; D. Bosco, CCC mai 2009. comm. 144 ; JCP E 2009.1761, note Douloum ; RLDA 5/2009, note Lefebvre Dutilleul ; RDLC 2/2009. 117, note Wachsmann ; RTD com. 2010. 86, note Claudel. Concernant l'arrêt de la Cour d'appel, cf. not. D. Bosco, CCC juin 2008. comm. 166 – C. Prieto, RDLC 2/2008, p. 118.

concurrents »¹³⁴³. Cette dernière exigence n'est cependant pas remplie facilement, en effet, il est de la définition même de la réputation que d'être taillée par l'opinion. Or, par le jeu de la représentation, l'entrée d'une personne publique sur un marché enverra nécessairement un signal aux concurrents propre à décourager leurs initiatives concurrentielles.

B. La difficulté de l'orientation du prix vers les coûts

875. En 1997, Monsieur Robert Hertzog avait pu déjà constater « *l'imperfection des prix publics* »¹³⁴⁴ : cette imperfection tient à la structure de coûts très particulière des personnes publiques. Certes, de manière générale, l'orientation des prix vers les coûts est complexe car elle nécessite une méthode et des preuves comptables qui ne sont pas toujours aisées¹³⁴⁵, mais la question devient véritablement épineuse quand est concerné un opérateur public. En effet, pour déterminer le « bon » prix, il convient de s'approcher au plus près des coûts du service. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier exactement les contours de l'entreprise prestataire, ce qui nécessite une unité économique de cette dernière. Or, tel n'est pas le cas des personnes publiques, qui, si elles disposent de la personnalité morale, ont aussi la double spécificité d'appartenir à un système¹³⁴⁶ et de prendre en charge des activités de nature et d'objet très divers.

876. Dans les développements qui vont suivre nous considérerons que les activités de service marchand sont distinctes des activités de service public, bien que le juge confonde parfois ces qualifications¹³⁴⁷. Cette précision est importante pour comprendre et clarifier la problématique.

877. Dans ce cadre, orienter les prix vers les coûts relève plus de la prophétie que de la rationalité juridique. Quatre exemples devraient nous en convaincre

¹³⁴³ E. Claudel, « Prédation par construction d'une réputation : la Cour de cassation dubitative ? », RTD com. 2010, p. 86.

¹³⁴⁴ R. Hertzog, *Le prix du service public*, AJDA 1997, n° spécial, *Le service public*, p. 55.

¹³⁴⁵ Par exemple, concernant les coûts fixes et variables dans le cas d'un abonnement forfaitaire : Aut. Conc., déc. n° 04-D-10 du 1^{er} avril 2014 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma.

¹³⁴⁶ Cf. *supra* n° 460 et s.

¹³⁴⁷ Cf. *supra* n° 18 et s. et n° 621 et s.

1. Les coûts incrémentaux

878. La personne publique exerce des activités de diverses natures – certaines ont la qualité de services publics, d'autres sont des activités concurrentielles – et sous diverses formes – certains services publics sont soumis à monopole public, d'autres non –.

879. Ainsi, elles peuvent notamment développer une activité concurrentielle connexe à leurs activités de service public ou prendre en charge des activités de service public qui interviennent sur certains « segments »¹³⁴⁸ du marché (autrement une même activité peut être tantôt une activité de service public tantôt une activité de service marchand).

880. C'est pourquoi, il est difficile de comparer les coûts à charge d'un opérateur public par rapport à ses concurrents privés : « *le fait qu'il assure, par ailleurs, une mission de service public entraîne nécessairement pour lui des coûts plus élevés que ceux de ses concurrents pour la partie de son activité ouverte à la concurrence* »¹³⁴⁹. La structure des coûts n'est pas forcément plus favorable pour une personne publique, ainsi, il est probable qu'un opérateur public enregistre des pertes sur son activité concurrentielle, sans que cela soit suffisant « *pour établir que sa stratégie de prix dans cette activité [puisse] être de nature à éliminer du marché un concurrent aussi efficace que lui si les conditions de coûts unitaires des ressources qu'il emploie sont, pour des raisons associées à l'exercice de sa mission de service public ou à son statut, nettement plus défavorables que celles de ses concurrents* »¹³⁵⁰. Toutefois, une personne publique, n'étant pas soumise à la même contrainte de rentabilité, pourra accepter de subir des pertes sur la partie concurrencée de son activité et ainsi fixer des prix plus bas que ces concurrents ; en outre la technique des subventions croisées peut lui permettre de compenser ces pertes.

881. Le problème est double : le « *partage de ces coûts communs entre activités en monopole et activités concurrentielles pose non seulement un problème de mesure mais, également, celui du mode de partage* »¹³⁵¹. C'est pour cette raison, qu'inspirée de la doctrine économique¹³⁵², a émergé dans la jurisprudence de l'Union européenne et nationale la notion de « coûts

¹³⁴⁸ S. Nicinski, « La sécurisation des interventions économiques locales », AJCT 2012, p. 172.

¹³⁴⁹ Cons. conc. 25 juin 1996, avis n° 96-A-10, préc.

¹³⁵⁰ Cons. conc. 25 juin 1996, avis n° 96-A-10, préc. *Adde* CA Paris, 20 décembre 2012, n° 2011/05667, *Vedettes Inter Iles Vendéennes SARL*.

¹³⁵¹ Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, La. doc. fr, p. 89.

¹³⁵² W. Baumol, « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test », *Journal of Law and Economics*, vol. 39, n° 1, 1996, p. 49.

incrémentaux », c'est-à-dire « *les coûts communs à l'activité en monopole et qui, en tout état de cause, doivent être supportés pour la mission de service public, ne sont pas pris en compte. Les coûts incrémentaux sont, en principe, supérieurs aux coûts variables, dans la mesure où ils peuvent inclure des coûts fixes si ceux-ci ont été exclusivement engagés pour la fourniture de biens ou services sur le marché concurrentiel* »¹³⁵³.

882. Cette notion a d'abord connu un grand succès dans les secteurs de réseaux, notamment en ce qui concerne la tarification de l'accès. C'est d'ailleurs dans le but d'accélérer le processus concurrentiel qu'« *une orientation des prix vers les coûts a été prônée afin de faciliter l'accès, indispensable, aux infrastructures de réseau* »¹³⁵⁴, elle constituait effectivement « *l'ultimum remedium des politiques d'accès* »¹³⁵⁵. Le champ d'application de la notion de « coût incrémental » s'est ensuite élargi, de manière remarquable, à des « *secteurs dépourvus d'aspects marquants de technologies évolutives* »¹³⁵⁶ : la Commission européenne, dans sa décision relative à Deutsche Post¹³⁵⁷, l'a ainsi consacré dans le cas d'un opérateur détenant un monopole lié à une mission de service public et diversifiant ses activités sur le marché concurrentiel.

883. Dans ce cadre, la notion est utilisée au support du test classique *Areeda & Turner*, la méthode consacrée « *consiste à ne retenir, pour savoir si l'on est en présence d'un prix prédateur, que les coûts liés à la fourniture du service sur le marché concurrentiel ; les éléments de coûts devant de toute façon être supportés pour assurer la mission de service public ne devant pas être pris en compte* »¹³⁵⁸ ; plus précisément sont concernés « *les coûts liés à l'activité concurrentielle, à l'exclusion des coûts fixes liés aux dépenses générées par les missions de service public* »¹³⁵⁹. Autrement dit, le caractère prédateur de la pratique est analysé à partir des coûts qui ne seraient pas engagés si l'opérateur en cause n'exerçait pas l'activité

¹³⁵³ Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, La. doc. fr., p. 89.

¹³⁵⁴ A. Mazières, « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents », AJDA 2005, p. 1334.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, la pertinence de cette approche a d'ailleurs été validée par le Conseil de la concurrence en 2002 : « *Les coûts incrémentaux se définissent par les coûts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existant, alors que le coût marginal est le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un bien par rapport aux autres unités déjà produites. Les coûts incrémentaux, dont on rappellera qu'ils ne prennent en compte que les coûts fixes directement liés au service demandé, et non une contribution à l'ensemble des coûts fixes, sont particulièrement adaptés aux caractéristiques du secteur des télécommunications et aux objectifs poursuivis dans le cadre de la régulation. En effet, la prépondérance des coûts fixes, la rapidité du progrès technique, la multiplicité des services qui peuvent être supportés sur le réseau général et la diversification des activités de l'opérateur historique plaident en faveur du non-partage de l'ensemble des coûts fixes* » (Cons. conc., *L'orientation des prix vers les coûts*, Rapport annuel 2002, La doc. fr., p. 85).

¹³⁵⁶ A. Mazières, « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents », préc.

¹³⁵⁷ Com. eur., déc. n° 2001/354/CE du 20 mars 2001 relative à Deutsche Post (JO 5 mai, n° L 125) : Europe 2001, comm. 228.

¹³⁵⁸ E. Chevrier, « Prix prédateurs et coûts incrémentaux », D. act. 26 juin 2008.

¹³⁵⁹ S. Nicinski, « La sécurisation des interventions économiques locales », AJCT 2012, p. 172.

concurrentielle, ainsi les coûts communs à l'activité monopolistique et à l'activité concurrentielle ne doivent pas être pris en compte.

884. L'application de la méthode des coûts incrémentaux a fait l'objet d'une consécration solennelle de la Cour de Cassation dans son arrêt relatif à l'affaire dite des *vedettes de l'Île-d'Yeu*¹³⁶⁰ qui avait donné lieu à une « *saga judiciaire digne d'un véritable feuilleton de l'été* »¹³⁶¹. On ne s'attardera pas sur les pérégrinations contentieuses de l'affaire, elles sont connues¹³⁶². En l'espèce, il s'agissait de la régie départementale des passages d'eau de la Vendée qui exploitait toute l'année un service de transport en ferries. La question se posait de savoir si elle avait appliqué des prix prédateurs pendant la période estivale, période pendant laquelle elle avait à faire face à la concurrence d'entreprises privées.

885. L'affaire posait deux questions principales.

886. La première, sur le principe du recours à la méthode des coûts incrémentaux : tant l'Autorité de la concurrence que les juridictions de contrôle valident cette méthode au support de l'article L. 420-1 du Code de commerce, en affirmant que le prix inférieur au coût incrémental des prestations est contraire aux règles de concurrence en tant qu'il constitue un abus de position dominante.

887. La seconde question était plus délicate. Une chose était de reconnaître le principe de l'application de la notion de coût incrémental, une autre était d'en déterminer la mise en œuvre

¹³⁶⁰ Com., 13 juillet 2010, n° 09-67.439, D. 2010, p. 1933, CCC 2010, comm. 227, obs. Decocq G., JCP E 2011, n° 15, p. 20, n° 1301, obs. Decocq ; AJDA 2010.1916, note Nicinski ; D. 2010. 1933, note Chevrier ; RLC 2010/25, n° 1682, obs. Destours ; JCPG n° 42, 18 Octobre 2010, doct. 1041, obs. Nussembaum.

¹³⁶¹ E. Chevrier, « Affaire des vedettes de l'Île d'Yeu : la Cour de cassation recadre la cour de Paris », obs. sous Com., 13 juillet 2010, n° 09-67.439, D. act. 2 septembre 2010.

¹³⁶² En voici la chronologie, largement inspirée de celle élaborée par M. Eric Chevier (art. préc.). Le 23 décembre 2004, le Conseil de la concurrence fait usage pour la première fois de la méthode des coûts incrémentaux mais considère en revanche que l'infraction aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce n'est pas établie (BOCC 31 mars 2005 ; AJDA 2005. 470, obs. Richer ; RDCL 2005, n° 1, p. 66, obs. Spector ; RLC 2005, n° 2, p. 51, note Destours). Le 28 juin 2005, la Cour d'appel de Paris confirme cette décision, tant du point de vue de la méthode utilisée que son application (BOCC 28 octobre 2005 ; RLC 2005, n° 5, p. 73, obs. Cheynel). Le 17 juin 2008, la Cour de cassation confirme la pertinence du recours à la méthode des coûts incrémentaux mais censure son application (Bull. civ. IV, n° 122 ; D. 2008. AJDA 1821, obs. Chevrier ; JCP E 2008, n° 30, p. 23 ; CCC 2008, n° 211, obs. Decocq ; RJDA 2008, n° 1187 ; RDLC 2008, n° 3, p. 97, obs. Prieto, et p. 155, obs. Lescop ; RLC octobre-décembre 2008. 80, obs. Destours ; RD transp. 2008, n° 206, obs. Grard). Le 9 juin 2009, la Cour d'appel de Paris confirme, une seconde fois, la décision du Conseil de la concurrence, mais sans débattre de la question qui avait entraîné la cassation, préférant s'attacher à la délimitation du marché alors qu'elle n'était saisie d'aucun moyen y ayant trait (BOCC 3 août 2009 ; RDLC 2009, n° 3, p. 88, note Sibony ; RLC octobre-décembre 2009. 55, note Destours). Le 13 juillet 2010, la Cour de cassation censure une nouvelle fois la décision de la Cour d'appel aux vises des articles 16 du Code de procédure civile, 4 du Code civil et L. 420-2 du Code de commerce, notamment sur la question de la délimitation du marché pertinent (préc.).

et, sur ce point, on ne peut que constater la fragilité de la méthode employée par les institutions de contrôle de la concurrence. Ainsi, l’Autorité de la concurrence, pour sa part, avait considéré que « *seuls les frais variables et semi-variables d’exploitation estivale de la vedette l’“Amporelle” devaient entrer dans le calcul (assurances, réparation, salaires, publicité...) mais pas les frais fixes devant être supportés, quel que soit le nombre de traversées ou le nombre de passagers, parmi lesquels figure essentiellement le montant du loyer de l’“Amporelle”* »¹³⁶³. Cette position était discutable en ce sens que « *c’est bien les coûts fixes qui représentent la part la plus importante des frais liés à l’exploitation de la vedette rapide, de telle sorte que le Conseil a pu sans mal, selon cette analyse, retenir l’absence de prédation* »¹³⁶⁴. Sur ce point cependant, la position de l’Autorité de la concurrence correspondait parfaitement à l’approche développée par la Commission européenne dans sa décision *Deutsche Post*¹³⁶⁵ : la Commission considérait, en effet, que seuls devaient être retenus les coûts variables, liés à la fourniture du service, le reste des coûts devant, quoi qu’il en soit, être supportés pour assurer la mission de service public, ne devait pas être pris en compte.

888. La position de la Cour de Cassation sur la méthode était donc attendue, en effet, « *la solution juridique d’un tel différend est bien entendu inextricablement liée à la conception des coûts en question : en effet du choix de telle ou telle méthode de calcul des coûts résulte directement la solution, sans que la règle de droit n’en soit substantiellement affectée* »¹³⁶⁶. Cependant, la haute juridiction, n’a pas satisfait les attentes suscitées : si elle valide le principe du recours à la méthode des coûts incrémentaux, elle ne revient pas sur la question de ses modalités d’application. Cette (absence de ?) prise de position est regrettable : la prédation est évidemment plus difficile à qualifier quand ne sont pris en compte que les seuls frais variables liés à la fourniture du service. D’autant que l’Autorité de la concurrence n’avait pas exclu l’hypothèse de la prise en compte des frais fixes dans son Rapport public de 2003 où elle avait noté que « *les coûts incrémentaux sont, en principe, supérieurs aux coûts variables, dans la mesure où ils peuvent inclure des coûts fixes si ceux-ci ont été exclusivement engagés pour la fourniture de biens ou services sur le marché concurrentiel* »¹³⁶⁷.

¹³⁶³ E. Chevrier, « Prix prédateurs et coûts incrémentaux », D. act. 26 juin 2008.

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ Com. eur., déc. n° 2001/354/CE du 20 mars 2001 relative à Deutsche Post, (JO 5 mai, n° L 125) : Europe 2001, comm. 228.

¹³⁶⁶ A. Mazières, « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents », préc.

¹³⁶⁷ Aut. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, étude thématique, Rapport public 2003, p. 89.

889. Pour dire les choses clairement, le recours à la notion de coût incrémental n'a pas grand intérêt si elle est employée au « doigt mouillé », or, l'absence de réflexion de la Haute juridiction sur la question du dimensionnement de la navette, dont on rappelle que la plaignante l'estimait excessive au regard des besoins du service public hivernal, est un problème car il amène le juge à ne finalement retenir que les coûts variables qu'atteint facilement le prix. Autrement dit, si le juge continue à faire preuve d'une appréciation aussi bienveillante, la qualification de prix prédateurs n'est pas près d'être retenue.

890. On remarquera d'ailleurs que, non sans ironie, la Cour d'appel dans un arrêt du 20 décembre 2012, a tenu une position plus satisfaisante sur ce point. Elle considère ainsi que l'Autorité de la concurrence a exclu à tort du périmètre des coûts incrémentaux les coûts fixes supportés par l'Amporelle pendant la période estivale et notamment le loyer payé par la Régie au département et juge « *qu'il résulte de la décision que la prise en compte des coûts fixes (et en particulier du loyer payé par la Régie au département) aurait ramené les prix pratiques à un niveau inférieur à celui des coûts incrémentaux moyens liés à l'activité concurrentielle concernée* »¹³⁶⁸. La « saga » des vedettes de l'Île d'Yeu n'est donc peut-être pas terminée : si l'issue de ce marathon contentieux peut permettre à la Cour de Cassation d'évoluer sur sa conception des coûts incrémentaux, il n'aura peut-être pas été couru en vain.

2. Les subventions croisées

891. Toute entreprise peut être tentée d'utiliser les ressources d'une activité monopolistique pour développer des activités concurrentielles sur un marché.

892. Cette pratique dénommée « subvention croisée » n'est pas interdite en soi car, comme le souligne l'Autorité de la concurrence, « *à l'intérieur d'un groupe d'entreprises, tous les transferts de ressources d'une activité vers l'autre ne sont pas nécessairement inefficaces du point de vue économique* »¹³⁶⁹.

893. Ainsi, une entreprise « disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité ne méconnaît pas, de ce fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce »¹³⁷⁰, en revanche, cette subvention

¹³⁶⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 7, 20 décembre 2012, n° 11/05667 : CCC 2013, comm. 60, obs. Decocq.

¹³⁶⁹ Cons. conc., déc. n° 04-D-73 du 21 décembre 2004 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet, pt 51.

¹³⁷⁰ Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir ;

croisée ne doit pas favoriser une pratique anticoncurrentielle ; c'est pourquoi « est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle »¹³⁷¹.

894. En la matière, le cas des personnes publiques pose deux difficultés. D'une part, car elles assument un nombre important d'activités de service public sous forme de monopoles. La question se posera donc fréquemment de savoir si, dans le cadre de leurs activités concurrentielles, elles ne se sont pas appuyées sur les ressources d'une ou plusieurs de ces activités¹³⁷². D'autre part, car les personnes publiques prennent en charge d'autres activités de service public, qui, sans avoir la qualification de monopoles, peuvent venir en soutien des activités concurrentielles : en effet, il existe nombre d'autres activités « réservées » de la personne publique pour lesquelles, comme le notait à juste titre l'Autorité de la concurrence, « *il est malaisé d'appliquer la condition, exigée par la jurisprudence, de l'existence d'une activité en monopole venant financer une activité sur un marché concurrentiel. La notion de monopole d'exercice d'une activité ne peut pas en effet s'appliquer aux activités de la commune, qui concernent des activités régaliennes et non des marchés au sens de l'article L. 410-1, hormis les éventuels services publics à caractère industriel et commercial sur lesquels la commune peut intervenir* »¹³⁷³. Autrement dit, des échanges de ressources (humaines, mobilières etc.) pourraient intervenir entre différentes activités d'une collectivité territoriale sans pouvoir être sanctionnés sur le fondement de l'interdiction des subventions croisées. Il faut toutefois relativiser ce problème en ce qui concerne les activités concurrentielles liées à des services publics industriels et commerciaux : le cas semble plutôt exceptionnel dans la

¹³⁷¹ *Ibid.* Cf., dans le même sens, Aut. conc., déc. n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque – Cons. conc., déc. n° 04-D-73, 21 décembre 2004, préc.

¹³⁷² Cf. not. C. Mackovics, « Le financement du secteur ferroviaire par des subventions croisées en environnement concurrentiel », *Revue de droit des transports* 2011, n° 10, p. 16. Plus largement, cf. G. Clamour, et S. Destours, *Droit de la concurrence. – Droit de la concurrence publique*, J.-Cl. coll. terr., fasc. 724-10, Paris, LexisNexis, 2014, n° 193 et s. – CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., not. p. 237 et s.

¹³⁷³ Cons. conc., avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel Uniciné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma.

mesure où, en vertu de la règle du strict équilibre financier des services publics industriels et commerciaux fixé par l'article L. 2224-1 du Code général des collectivités territoriales¹³⁷⁴, de tels transferts de ressources seraient difficiles à justifier de manière comptable¹³⁷⁵. Cette règle ne joue cependant pas quand l'activité concurrentielle est liée à un service public administratif, ce qui est particulièrement problématique.

895. En somme, la question de la « lutte » contre les subventions croisées est loin d'être gagnée. Les exigences juridiques peinent à gommer une réalité bien plus « nuageuse » : il est très difficile de transcrire de manière comptable l'utilisation des ressources employées dans le cadre de l'activité concurrentielle, et encore plus difficile de contrôler les échanges de ressources, ce qui peut permettre à la personne publique (de mauvaise foi) de sous-estimer fictivement ses coûts pour accroître sa compétitivité tarifaire.

3. *L'effet de ciseau*

896. Ce cas est très particulier. Il s'agit des pratiques d'opérateurs intégrés (donc la plupart du temps des opérateurs de réseaux ou détenteurs de ressources essentielles) qui, prenant en charge un monopole en amont, (où ils commercialisent des biens ou rendent des services nécessaires au marché aval) sont également prestataires de services ou de biens sur le marché aval.

897. Ces opérateurs peuvent alors être tentés d'avoir recours à la technique de « l'effet de ciseau » – aussi appelé « ciseau tarifaire » –. Il s'agit alors de fixer un prix élevé en amont à destination des autres opérateurs pour être plus compétitifs sur le marché. Les autorités

¹³⁷⁴ L. 2224-1 du CGCT : « les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses ».

¹³⁷⁵ Le Conseil d'État a d'ailleurs une appréciation assez stricte de ce principe comme le laisse à voir l'arrêt de 1996 *Ville de Saint-Etienne* : il n'autorise le versement des excédents dégagés par l'exploitation d'un service public industriel et commercial au budget général de la commune qu'après que les besoins de financement de la section d'investissement du budget du service concerné ait été couverts, ce qui, évidemment, est rarement le cas : CE, 30 septembre 1996, *Ville de Saint-Etienne* : Rec. 335 ; DA 1996.557, note Devès. Selon le Professeur Claude Devès : « les augmentations de tarifs ainsi adoptées étaient notamment motivées par le souhait qu'une partie des redevances perçues par le service municipal de distribution des eaux puisse être reversée au budget général de la ville afin de couvrir des charges étrangères à la mission dévolue à ce service ; que, dès lors, les délibérations attaquées, qui ont institué des redevances qui ne trouvent pas leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service public municipal de distribution de l'eau, étaient entachées d'une erreur de droit ».

européennes¹³⁷⁶ et internes¹³⁷⁷ de la concurrence ont eu à se pencher sur cette question à de nombreuses reprises. Pour contrôler ce type de pratique, elles ont mis en place des tests, dits de ciseau tarifaires qui « *ne portent pas sur le niveau absolu des prix de l'entreprise dominante, mais sur l'écart entre les prix amont et aval qu'elle pratique : cet écart doit laisser un espace économique suffisant pour permettre à des concurrents efficaces d'opérer de manière viable en aval* »¹³⁷⁸.

898. Ce type de pratique concernera de moins en moins les opérateurs publics de réseaux pour la bonne et simple raison qu'ils ont aussi majoritairement été privatisés – à l'instar de La Poste, EDF, GDF et France télécom. La question pourra néanmoins se poser concernant la SNCF à l'occasion de la libéralisation totale du marché ferroviaire. En outre, il n'est pas rare que des personnes publiques soient détentrices de ressources essentielles sur un marché amont – nous pensons notamment aux données publiques¹³⁷⁹ – qu'elles peuvent commercialiser sur un marché aval, sur lequel elles interviennent également en tant que prestataires de service marchand.

¹³⁷⁶ Cf. not. Com. eur., déc. n° 2003/707/CE du 21 mai 2003, Deutsche Telekom AG (JO 14 octobre 2003, n° L 263) – conf. TPICE, 10 avril 2008, aff. T-271/03, *Deutsche Telekom AG* : Rec. II.477 : CCC 2008, comm. 165, obs. Decocq ; RLDI 2008/41, n° 1350 – conf. CJUE, 14 octobre 2010, aff. C-280/08 P, *Deutsche Telekom* : RLDA/54, n° 3116, obs. Anadon ; Europe décembre 2010, comm. 424 ; CCC 2010, comm. 274, obs. Bosco.

¹³⁷⁷ À propos du secteur des télécommunications : l'Autorité de la concurrence reprochait des pratiques de ciseau tarifaire à France Télécom et Cegetel. Au terme d'un long cheminement jurisprudentiel la Cour de cassation valide la méthode du « ciseau tarifaire » mais conclut à l'absence de pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où, notamment, « *seul le procédé d'un examen objectif et approfondi de la situation relative aux pertes subies par un concurrent aussi efficace que l'auteur de la pratique reprochée permet d'apporter la démonstration que la pratique a eu ou pouvait voir un effet anticoncurrentiel* ; [Or,] *l'Autorité de la concurrence n'a pas rapporté d'éléments de preuve suffisants de nature à identifier des pertes exactes subies par un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrées auteur de la pratique aux fins d'entrer sur le marché aval* » : Com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067 : RLDA 2012/68, n° 3878, RLC 2012/31, n° 2030. Comp. not. CA Paris, 27 janvier 2011 : D. act., 7 février 2011, obs. Chevrier ; CCC 2011, n° 70, obs. Decocq ; Gaz. Pal. 2011. 1599 ; RDLC 2011, n° 2, p. 114, obs. Sibony ; RLC avril-juin 2011. 36, obs. Cholet – Com., 3 mars 2009 : Bull. civ. IV, n° 30 ; D. 2009.2890, obs. Ferrier ; RTD com. 2010.89, obs. Claudel ; JCP E 2009, n° 16-17, p. 38 ; CCC 2009, n° 142, obs. G. D. ; CCE 2009, n° 55, obs. Chagny ; RJDA 2009, n° 893 ; RDLC 2009/2, p. 118, obs. Sibony – Cons. conc., déc. n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Telecom : RDLC 1/2005, p. 64, note Spector.

¹³⁷⁸ OCDE, n° DAF/COMP/WP2/WD(2009)17, *Les pratiques de ciseau tarifaire*, groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, 2009.

¹³⁷⁹ Sur ce sujet, cf. not. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », n° 904 et s – S. Nicinski, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », JCP A 2007, n° 44, p. 57. *Adde* L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JO du 18 juillet 1978, p. 2851).

Section 2 LA COMPLEXITÉ DU CONTRÔLE DES OFFRES SOUMISES PAR LES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND

899. Si le principe est désormais bien acté que les personnes publiques sont autorisées à candidater à l'ensemble des contrats de la commande publique¹³⁸⁰, les candidats publics ne sont pas pour autant des candidats comme les autres et les principes du droit de la commande publique s'accommodent mal de leurs spécificités. En effet, pour que le jeu de la concurrence soit respecté, il est nécessaire que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures soient garantis¹³⁸¹. Or, il existe une sorte de méfiance instinctive du marché à l'égard des candidats publics. Les principales critiques qui leurs sont adressées (au-delà de leur légitimité-même à intervenir sur le marché) sont relatives aux offres qu'ils soumettent : l'offre publique est suspecte car elle émane d'une entité structurellement différente des entreprises privées, le prix de l'offre serait ainsi faussé par des coûts et des ressources avantageux.

900. La question est à la fois importante et complexe. Importante car le critère du prix a une place centrale en droit de la commande publique interne et européenne. Ainsi, dans le cas des

¹³⁸⁰ Cf. not. CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : Rec. 422 ; BJCP 2001.105 et RFDA 2001.106, concl. Bergeal ; AJDA 2001.662, note Treppoz – CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié – CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne* : Rec. 841 ; BJCP 2009.444, concl. Lenica ; AJDA 2009.2006, note Dreyfus ; DA 2009.127, note Marson ; RFDA 2010, note Clamour – CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC* : RFDA 2015. 57, Concl. Dacosta ; AJCT 2015. 158, note Royer ; AJDA 2015 p. 449, note Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015.2030, comm. Pauliat ; JCP A 2015.2124, obs. Linditch ; DA, avril 2015, n° 4, comm. 27, comm. Brenet, CMP, février 2015, n° 2, comm. 36, comm. de Fournoux ; ACCP 2015, n° 152, note Dreiffuss.

¹³⁸¹ Ces principes, applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique en vertu de la jurisprudence *Telaustria et Telefonadress* du 7 décembre 2000 (CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress* : Rec. I-10745, BJCP 2001, n° 15, p. 112 ; CMP 2001, comm. 50, note Llorens ; AJDA 2001, p. 106, note Richer), ont été consacrés par la jurisprudence constitutionnelle (Cons. Const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA 2003.1404, note Fatôme, et 1391, note Schoettl, et 1652, note Gonod ; RDP 2003.1163, note Lichère ; DA 2003, n° 10, p. 24, note Menemenis ; JCP A 2003, n° 41, p. 1289, note Linditch ; AJDA 2003.1302, note Montecler ; RFDC, 2003, n° 56, p. 772, note Fatôme et Richer – ces principes n'ont toutefois pas valeurs constitutionnelles), administrative (dans un premier temps par CE, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin* : Rec. 297 ; BJCP 2002.427, concl. Piveteau ; AJDA 2002.755, note Dreyfus ; CJEG 2003, note Gourdou et Bourrel ; CMP 2002, n° 207, note Llorens ; DA 2002, comm. 140 – puis par CE, 23 février 2005, *ATMMP* : ACCP n° 43 avril 2005, p.8 – CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : Rec. 502 « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, [...] sont des principes généraux du droit de la commande publique ») et du Tribunal des conflits (TC 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale* : Rec. 502) et par le législateur (Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et art. 1-2 du Code des marchés publics de 2006 qui disposent que « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »).

marchés publics, même si le critère de sélection est bien celui de « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹³⁸², pour autant, l'importance donnée au prix est de premier ordre car il peut être le seul critère pris en compte par le pouvoir adjudicateur, et, même si tel n'est pas le cas, il reste l'un des critères essentiels¹³⁸³. Complexe, car sa juste détermination ne souffre pas de formule miracle. Le prix est en quelque sorte « *la pierre philosophale des marchés publics : nul n'est encore parvenu à mettre au point la formule qui donnerait à coup sûr le bon prix pour un bon "ouvrage"* »¹³⁸⁴.

901. Quoi qu'il en soit, un prix bas n'est pas toujours un bon prix. Ainsi, une offre anormalement basse, est susceptible de faire courir deux principaux risques. En premier lieu, un risque pour la concurrence car « *les entreprises les plus puissantes sont en effet tentées de casser les prix pour éliminer les entreprises plus faibles, tandis qu'à l'inverse, les entreprises à bout de souffle, que le jeu normal du marché aurait dû faire disparaître, peuvent trouver ici le moyen de survivre provisoirement, en remportant le marché à n'importe quel prix* »¹³⁸⁵. En second lieu un risque pour le pouvoir adjudicateur lui-même : d'une part, car la raréfaction, voire la disparition de la concurrence peut mettre le pouvoir adjudicateur en situation de dépendance ; d'autre part, car « *l'entreprise aux abois, prête à tout pour remporter le marché, peut se révéler incapable de répondre aux exigences techniques du cahier des charges ou, à tout le moins, d'assurer des prestations de qualité* »¹³⁸⁶.

902. C'est l'ensemble de ces raisons qui a conduit à bâtir l'encadrement des offres anormalement basses (§1). On s'apercevra cependant que cet encadrement ne répond qu'imparfaitement au cas très spécifique des candidats publics, ce qui pose de sérieux doutes quant à la pertinence même de leurs candidatures (§2).

¹³⁸² Art. 53 du CMP et art. 63 de la Dir. 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (JO L 94, 28 mars 2014, p. 65).

¹³⁸³ Ainsi, l'art. 53-I du CMP précise que « *pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel [...]; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix* ».

¹³⁸⁴ *Le prix dans les marchés publics, guide et recommandations*, Direction des affaires juridiques, Ministère de l'économie et des finances, mars 2013, version 1, p. 2.

¹³⁸⁵ L. Seurot, « L'offre anormalement basse en droit des marchés publics », AJDA 2014, p. 204.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

§1. LA MÉTHODE CLASSIQUE D'ANALYSE DES OFFRES ANORMALEMENT BASSES

903. Si les difficultés devaient immédiatement être soulevées on rappellerait que « *la notion d'offre anormalement basse est doublement difficile à apprécier dans la mesure où les prix sont libres et où la normalité n'est ni une notion juridique ni une notion économique* »¹³⁸⁷, on soulignerait également que la subtilité de la notion repose sur ses finalités, en effet, l'encadrement et la sanction des offres anormalement basses repose moins sur un souci de protection de la concurrence que sur des principes permettant d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Autrement dit, la sanction des offres anormalement basses a moins vocation à protéger la concurrence que la commande publique.

904. Nous verrons que cette hiérarchie n'est pas neutre et qu'elle a des incidences tant dans le cas des marchés publics, qui ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante ces dernières années (A), que dans le cas des délégations de service public où l'imperfection de l'encadrement des offres anormalement basses pose un problème crucial et engage à faire évoluer la réflexion (B).

A. L'offre anormalement basse dans le cas des marchés publics

905. Alors que l'article 55 du Code des marchés publics ne semblait ouvrir qu'une faculté au pouvoir adjudicateur de rejeter les offres anormalement basses¹³⁸⁸, le juge est venu progressivement consacrer une obligation (1). C'est principalement dans le cadre du référé précontractuel¹³⁸⁹ – bien que d'autres voies de recours aient pu être employées¹³⁹⁰ – que le juge

¹³⁸⁷ M. Dreifuss, « Réflexions sur la nouvelle voie du référé contractuel, enfin explorée », AJDA 2010 p. 1423.

¹³⁸⁸ Aux termes de cette article : « *si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter* ».

¹³⁸⁹ CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du sud* : RJEP n° 699, note Moreau ; BJCP 2012, n° 82, p. 177, concl. Dacosta (selon le rapporteur public : « l'offre anormalement basse fait courir au pouvoir adjudicateur le risque que le marché ne puisse être exécuté dans les conditions prévues, que l'entreprise soit défaillante ou encore qu'elle sollicite la passation d'avenants au marché initial ; le gain peut alors être totalement effacé [...] ») – TA Grenoble, ord. réf., 31 juillet 2007, n° 703381 et 703382, *Société Cars Berhelet* : JCP A 2008.2040, note Neveu. Cette évolution de l'office du juge du référé précontractuel est remarquable, en effet, en principe le juge du référé précontractuel n'est compétent que pour sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence et considère d'ailleurs sur le fondement de l'art. L. 551-1 du Code de justice administrative qu'il ne peut pas se prononcer sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles (Par ex., sur le caractère inopérant de l'application de L. 420-1 du Code de commerce, cf. not. CE, 14 mars 2003, n° 251610, *Société Air Lib* : AJDA 2003.1052, note Dreyfus ; CE, 5 juin 2007, n° 305280 *Société Corsica Ferries*).

¹³⁹⁰ Le juge du contrat a eu ainsi à en connaître dans le cadre de recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (CAA Marseille, 12 juin 2006, n° 03MA02319, *SARL Stand Azur* : CMP, comm. 251, note

du contrat a été saisi de ce type de questions : il a pu ainsi encadrer la méthode d'identification de ces offres (2).

1. *L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de rejeter les offres anormalement basses*

906. Les textes ne prévoient pas d'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres anormalement basses : l'article 55 du Code des marchés publics mentionne que ce dernier « peut » rejeter une telle offre « par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies »¹³⁹¹. La nouvelle directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics n'est pas venue porter de modifications substantielles en la matière, au contraire, elle est venue s'imprégner du Code des marchés publics français¹³⁹² : même si les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exiger que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse, ils n'ont pas en principe l'obligation de rejeter une telle offre. À ce principe, la directive 2014/24/UE prévoit cependant une exception importante : les pouvoirs adjudicateurs sont désormais tenus de rejeter les offres dont ils auront établi qu'elles sont anormalement basses en conséquence d'une violation de la législation de l'Union dans le domaine du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement¹³⁹³.

907. Le refus d'inscrire une telle obligation textuelle s'inscrit dans le cadre d'un débat qui avait suscité les passions au moment de l'écriture du Code des marchés publics de 2001. L'avant-projet de réforme, au support notamment du Rapport de Monsieur Alfred Trassy-

Eckert) ou dans le cadre du référé contractuel (TA Lyon, ord., 26 mars 2010, n° 1001296, *Société Chenil Service* : CMP 2010, comm. 205, note Eckert).

¹³⁹¹ Cf. également D. n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JO n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20782).

¹³⁹² Art. 69 de la Dir. 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (préc.). Nous ne traiterons pas spécifiquement des marchés passés par les entités adjudicatrices, pour ne pas alourdir le propos, toutefois le raisonnement qui va suivre est parfaitement reproductible : cf. art. 84 (sur le offres anormalment basses) de la Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Dir. 2004/17/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JO L 94, 28 mars 2014, p. 243).

¹³⁹³ *Ibid.*, art. 69, 3. qui renvoie à l'article 18 (art. 18, 2. : « Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X »).

Paillogues¹³⁹⁴, avait en effet prévu qu'une telle obligation soit inscrite, mais la résistance était venue de l'Autorité de la concurrence qui avait pour sa part estimé qu'il était malvenu de la mettre en place pour des raisons liées à la difficulté de distinguer, sans analyse détaillée, une « offre anormalement basse d'une offre concurrentielle »¹³⁹⁵.

908. L'issue est donc venue de la jurisprudence. En premier lieu, de l'initiative des juges du fond qui ont d'abord consacré l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de détecter les offres suspectes et donc de demander des justifications relatives à cette offre au candidat concerné¹³⁹⁶, puis, ensuite, établi l'obligation d'éliminer les offres anormalement basses lorsque le candidat n'a pas fourni de justifications convaincantes¹³⁹⁷. Cette obligation, fondée sur une lecture croisée de l'article 1^{er} et de l'article 55 du Code des marchés publics, a, en second lieu, été consacrée par le Conseil d'État : d'abord implicitement dans un arrêt rendu dans le cadre d'une référé précontractuel du 1^{er} mars 2012 *Département de la Corse du Sud*, puis explicitement dans un arrêt du 29 mars 2013, *Ministre de l'intérieur c. Société Atéis*, par lequel le juge considère qu'il « incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît

¹³⁹⁴ A. Trassy-Paillogues, *La réforme des marchés publics*, Rapport au Premier ministre, Sénat, mars 1996 : Cf., sur ce Rapport, B. Fabre, « Rapport Trassy-Paillogues : simplifier les règles et choisir le mieux-disant », *Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment*, n° 4797, p. 52.

¹³⁹⁵ Cf. not. Cons. Conc., avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique : « Une telle obligation impliquerait en effet que fussent définis a priori et avec précision les critères permettant de qualifier une offre "anormalement basse". Or, à l'exception du cas, vraisemblablement rare, où une offre est présentée à un prix inférieur au coût moyen variable de la fourniture ou de la prestation considérée, il n'existe aucun critère économiquement pertinent et juridiquement acceptable au regard du droit communautaire permettant de distinguer une offre "anormalement basse" d'une offre concurrentielle. Seule une étude détaillée de l'ensemble des offres et des circonstances dans lesquelles elles ont été présentées pourrait permettre de détecter le caractère "anormal" d'une ou de plusieurs offres. En revanche, ne serait pas incompatible avec le principe de la libre concurrence posé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 la disposition du nouveau Code des marchés publics dont s'agit qui maintiendrait les dispositions actuelles (articles 95 bis, 97 ter, 297 bis et 300 du Code des marchés publics) qui permettent à l'acheteur public de rejeter de telles offres sous réserve d'un examen contradictoire : demande écrite de précisions aux entreprises concernées sur la composition de l'offre et vérification de cette composition en tenant compte des justifications fournies. En outre, pourrait être élargie la possibilité pour l'acheteur public de demander à ces entreprises de présenter une garantie de bonne fin. Enfin, le Conseil de la concurrence est favorable aux propositions contenues dans le rapport examiné (article 27 de l' "avant-projet de réforme" en particulier), en ce qu'elles visent à ce que soit soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres tout projet d'avenant d'une certaine importance ».

¹³⁹⁶ TA Rouen, 23 juin 2000, n° 992309, *Société Jean Behotas SCP Dubos* – TA Paris, ord., 16 décembre 2010, n° 1020416, *Cave Canem surveillance sécurité*.

¹³⁹⁷ CAA Marseille, 12 juin 2006, n° 03MA02319, *SARL Stand Azur* : CMP 2006, comm. 251, note Eckert – TA Lille, ord., 25 janvier 2011, n° 0800408, *Société nouvelle SAE* « Considérant qu'une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base ; que dès lors, en application de l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article premier du Code des marchés publics et des dispositions précitées de l'article 55 du même code, et quelque soit la procédure de passation mise en oeuvre, il appartient aux pouvoirs adjudicateurs qui se voient remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse, d'une part, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, d'autre part, d'éliminer ladite offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité ».

*anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre »*¹³⁹⁸. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé dans cet arrêt que cette obligation s'appliquait « *quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre* » et donc également aux marchés en procédure adaptée¹³⁹⁹.

909. Le juge devra être pleinement vigilant à ce que cette obligation soit bien respectée dans le cadre de la « *procédure concurrentielle avec négociation* » prévue par la directive 2004/24/UE¹⁴⁰⁰ : la nouvelle directive prévoit un recours élargi à la négociation en matière de marché public dans plusieurs hypothèses tenant soit au caractère infructueux de la procédure précédemment ouverte, soit au caractère innovant ou à la complexité du service que ne pourrait satisfaire le recours à une procédure classique. Il ne faudrait pas cependant que les pouvoirs adjudicateurs s'appuient sur cette négociation pour favoriser un prestataire particulier et négocier le prix – comme cela peut être parfois le cas en matière de délégations de service public¹⁴⁰¹. La directive prévoit cependant des gardes fous : les pouvoirs adjudicateurs pour assurer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires « *ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres* », informent par écrit les soumissionnaires « *de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales* » et enfin « *prévoient suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres* ».

2. *L'identification des offres anormalement basses*

910. Le principe central de l'identification de l'offre anormalement basse est le respect d'un débat contradictoire, dans le souci de protéger les candidats du pouvoir adjudicateur¹⁴⁰². Dans

¹³⁹⁸ CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'intérieur c. Société Atéis* : BJCP 2013, n° 90, p. 348, concl. Dacosta et note Nicinski ; CMP 2013, comm. 187, note Zimmer ; JCP A 2013, n° 41, p. 36, note Linditch.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ Dir. 2004/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2004 sur la passation des marchés publics (préc.).

¹⁴⁰¹ Cf. *infra* n° 924 et s.

¹⁴⁰² L. Seurot, « L'offre anormalement basse en droit des marchés publics », AJDA 2014 p. 204. Selon l'auteur, la force du principe du contradictoire trouve son explication dans le souci de protéger les candidats du pouvoir adjudicateur, cette protection se « *manifeste de quatre manières* » : la « *demande de justification est obligatoire* » ; le pouvoir adjudicateur doit formuler « *clairement la demande adressée aux candidats concernés* » ; « *certaines*

cette logique, le juge de l'Union européenne accepte qu'une méthode d'analyse des offres anormalement basses soit définie préalablement par des textes mais impose au pouvoir adjudicateur de mettre le candidat suspecté en situation de pouvoir justifier la normalité de son offre¹⁴⁰³. Le respect du débat contradictoire est d'ailleurs confirmé en droit interne tant par l'article 55 du Code des marchés publics aux termes duquel « *avant de rejeter une offre dont le prix lui semble anormalement bas [il revient au pouvoir adjudicateur] de demander par écrit des précisions sur la composition de l'offre et de vérifier cette composition en tenant compte des justifications fournies* », que par le juge administratif dans son arrêt d'assemblée *Président de l'Assemblée nationale* du 5 mars 1999¹⁴⁰⁴.

911. C'est sur ces soubassements du contradictoire que l'identification de l'offre anormalement basse est opérée. Cette identification se fait en deux phases.

912. Dans un premier temps, il s'agit pour le pouvoir adjudicateur de détecter l'offre suspecte. Pour cela, il doit comparer le prix de l'offre en cause à une offre « standard » : ce standard peut découler de sa propre estimation dès lors qu'elle est « *préalable, sincère et raisonnable* »¹⁴⁰⁵, de la moyenne des offres nationales pour une même prestation, de la moyenne des offres qui lui sont soumises *et cætera*. Doit être considérée comme suspecte, non pas le simple écart de prix, mais l'offre « *qui paraît fondée sur une sous-estimation significative du coût des prestations* »¹⁴⁰⁶, « *sensiblement inférieure* »¹⁴⁰⁷ aux offres standard. À ce stade, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que le pouvoir adjudicateur ait recours à un critère mathématique : un seuil d'anomalie peut être fixé « *aux fins de déterminer quelles offres*

garanties sont accordées au soumissionnaire quant aux justifications qu'il peut apporter » et enfin le « *caractère anormalement bas de son offre est apprécié de manière globale* ».

¹⁴⁰³ CJCE, 27 novembre 2001, aff. jointes C-285/99 et C-286/99, *Impresa Lombardini* : CMP 2002, comm. 5 ; MTP 7 décembre 2001, p. 366, concl. Ruiz-Jarabo Colomer (selon l'avocat général « *le concept d'offre anormalement basse n'est pas un concept abstrait ; bien au contraire, il se définit par référence au marché devant être attribué et relativement à la prestation. Le pouvoir adjudicateur doit vérifier les offres qu'il considère anormalement basses, afin de les rejeter et la décision d'exclusion ne peut être adoptée qu'après avoir donné au soumissionnaire la possibilité d'expliquer son offre, c'est-à-dire après une procédure contradictoire de vérification* »).

¹⁴⁰⁴ CE, Ass., 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale* : Rec. 42 ; CJEG 1999.181, concl. Bergeal ; AJDA 1999.409, chron. Raynaud et Fombeur et 1999.240, note Lemaire ; RDI 1999.248, obs. Llorens ; D. 1999.627, note Brunet ; D. 2000. 335, note Serrand ; RFDA 1999. 333, concl. Bergeal ; RFDC 1999.615, note Trémeau ; JCP 1999.II.10090, note Desclodures ; RA 1999.164, note Molandin ; RDP 1999.1785, note Thiers ; GAJA, 19^{ème} éd., n° 100.

¹⁴⁰⁵ Ph. Neveu, « Contrôle de l'offre anormalement basse et reprise des personnels affectés au marché », JCP A 2012, n° 18, 2143.

¹⁴⁰⁶ Selon M. Bertrand Da Costa dans ses concl. sur CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, *Département de la Corse du Sud*.

¹⁴⁰⁷ Ph. Neveu, « Contrôle de l'offre anormalement basse et reprise des personnels affectés au marché », préc.

apparaissent anormalement basses, pour autant, toutefois, que le résultat auquel aboutit l'application de ce critère ne soit pas intangible et que l'exigence d'une vérification contradictoire de ces offres [...] soit respectée »¹⁴⁰⁸.

913. Dans un second temps, le pouvoir adjudicateur va devoir déterminer si l'offre est anormalement basse. Alors, « *il ne s'agit plus de comparer l'offre suspectée avec des données extérieures, mais d'analyser l'offre elle-même, ses caractéristiques intrinsèques* »¹⁴⁰⁹. La jurisprudence a pu élaborer un certains nombres de critères d'appréciation du caractère anormalement bas de l'offre, comme la « *viabilité économique* »¹⁴¹⁰ de l'offre ou encore « *l'incapacité technique de l'entreprise* »¹⁴¹¹.

914. À ce moment, le pouvoir adjudicateur a une responsabilité particulière.

915. Tout d'abord car il doit faire vivre le caractère contradictoire de la démarche, en permettant à l'entreprise en cause de pouvoir se justifier : le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter l'offre, demande, par écrit, les précisions qui lui semblent opportunes sur la composition du prix de l'offre et vérifie la pertinence de cette composition en tenant compte des justifications fournies. Les justifications peuvent être nombreuses et doivent être appréciées avec précision. Ainsi tant le Code des marchés publics que la nouvelle directive marché public précisent que peuvent justifier un prix anormalement bas : « *1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; 3° L'originalité de l'offre ; 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat* »¹⁴¹² (dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur ne pourra rejeter l'offre « *que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée* »¹⁴¹³). Toutefois, le Conseil d'État a pu préciser dans son arrêt *Département du Gard* du 29 octobre 2013¹⁴¹⁴ que l'obligation

¹⁴⁰⁸ CJCE, 27 novembre 2001, aff. jointes. C-285/99 et C-286/99, *Impresa Lombardini*, pt 73 : préc.

¹⁴⁰⁹ L. Seurot, « L'offre anormalement basse en droit des marchés publics », préc.

¹⁴¹⁰ CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'intérieur c. Société Atéis*.

¹⁴¹¹ CE, 15 avril 1996, n° 133171, *Commune de Poindimie*.

¹⁴¹² Art. 55 du CMP – Art. 69 de la Dir. 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2004 sur la passation des marchés publics (préc.)

¹⁴¹³ La Dir. 2014/24/UE (préc.) précise qu'alors « *le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission* » (art. 69, 4.).

¹⁴¹⁴ CE, 29 octobre 2013, n° 371233, *Département du Gard* : JCP A 2013, act. 883 ; JCP A 2014, n° 14, 2095, note Linditch ; AJDA 2013.2182 ; ACCP 2013/138, p. 15.

de « solliciter [...] toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé » n'entraînait pas l'obligation « de poser des questions spécifiques » à l'auteur de l'offre. Autrement dit, une lettre de demande d'information générale est suffisante et permettra d'éviter au pouvoir adjudicateur de dévoiler sa méthode d'analyse des offres¹⁴¹⁵.

916. Ensuite, car il doit procéder à une analyse approfondie de la structure du prix de l'offre. C'est pourquoi, le pouvoir adjudicateur doit se renseigner opportunément en exigeant les documents qui lui permettront de décomposer les éléments constitutifs de l'offre. L'objectif est bien ici de savoir si le prix a été orienté vers les coûts et le juge n'hésite pas à sanctionner les manquements du pouvoir adjudicateur qui n'aurait pas analysé avec sérieux la composition du prix de l'offre¹⁴¹⁶. À ce stade, il est interdit au pouvoir adjudicateur de fonder son mécanisme d'analyse sur un critère mathématique¹⁴¹⁷ sauf dans des circonstances très exceptionnelles pour les marchés à procédure adaptée¹⁴¹⁸.

917. Mais finalement, ce n'est que « si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et

¹⁴¹⁵ Sur ce point, cf. F. Linditch, note sous CE, 29 octobre 2013, n° 371233 (préc.), JCP A 2014, n° 14, 2095 : le Professeur relève une faille potentielle dans le raisonnement du juge : « on comprend que le pouvoir adjudicateur ne soit pas tenu de donner sa méthode d'analyse des offres alors même que le marché n'est pas encore attribué, mais en même temps, le principe de transparence pourrait conduire à exiger que l'administration précise un peu plus sur quels points l'offre requiert de nouvelles explications ».

¹⁴¹⁶ Cf. not. CAA Marseille, 12 juin 2006, n° 03MA02319, SARL Stand Azur, préc. : « Considérant, d'autre part, que face à une telle offre anormalement basse, la commission d'appel d'offres [...] n'a pas vérifié de façon suffisamment sérieuse la composition et la qualité de l'offre en ce qui concernait l'entretien, le nettoyage et le remplacement desdits sièges, notamment le nombre prévisionnel de sièges à remplacer ; qu'elle s'est contentée, à ce titre, d'une télécopie de la société Main Assistance Service mentionnant son engagement, irréaliste sur une période de 5 ans, de remplacer au même prix l'ensemble des chaises cassées ou disparues, même pour un nombre annuel supérieur à 40, alors que les estimations annuelles des quatre autres candidates atteignaient les montants de 200, 300, 300 et 450 ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commission d'appel d'offres doit être regardée comme ayant entaché sa décision du 14 octobre 1998 d'une erreur manifeste d'appréciation ; qu'il s'ensuit que la société SARL Stand Azur est fondée à demander à la Cour d'annuler [...] »

¹⁴¹⁷ Cf. not. CJCE, 15 mai 2008, aff. jointes. C-147/06 et C-148/06, SECAP et Santorso : CMP 2008, comm. 156 ; JCP A 2008, n° 2125, note Linditch.

¹⁴¹⁸ *Ibid.* : « Il convient donc de répondre aux questions posées que les règles fondamentales du traité concernant la liberté d'établissement et la libre prestation des services, ainsi que le principe général de non-discrimination, s'opposent à une réglementation nationale qui, pour ce qui concerne les marchés d'une valeur inférieure au seuil établi par l'article 6, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/37 et revêtant un intérêt transfrontalier certain, impose impérativement aux pouvoirs adjudicateurs, lorsque le nombre des offres valides est supérieur à cinq, de procéder à l'exclusion automatique des offres considérées comme anormalement basses par rapport à la prestation à fournir, selon un critère mathématique prévu par cette réglementation, sans laisser auxdits pouvoirs adjudicateurs aucune possibilité de vérifier la composition de ces offres en demandant aux soumissionnaires concernés des précisions sur celles-ci. Tel ne serait pas le cas si une réglementation nationale ou locale ou encore le pouvoir adjudicateur concerné, du fait d'un nombre excessivement élevé d'offres qui pourrait obliger le pouvoir adjudicateur à procéder à la vérification, de manière contradictoire, d'un nombre d'offres si élevé que cela dépasserait sa capacité administrative ou serait susceptible, en raison du retard que cette vérification pourrait entraîner, de mettre en danger la réalisation du projet, fixaient un seuil raisonnable au-dessus duquel l'exclusion automatique des offres anormalement basses s'appliquerait » (pt. 35).

de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché »¹⁴¹⁹ que le pouvoir adjudicateur devra rejeter l'offre.

918. Le juge opérera un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation tant pour la décision de retenir une offre anormalement basse (dans ce cas la charge de la preuve reposera sur le pouvoir adjudicateur)¹⁴²⁰ que pour la décision de rejeter une offre anormalement basse (et dans ce cas la charge de la preuve reposera sur le candidat)¹⁴²¹. Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Département du Gard* du 29 octobre 2013, est venu préciser que si l'obligation de motivation d'une décision de rejet doit être respectée, cette motivation peut intervenir en cours d'instance devant le juge des référés.

B. L'offre anormalement basse dans le cas des délégations de service public

919. On pourrait penser que la philosophie même de la passation des délégations de service public exclut la pertinence de la sanction des offres anormalement basses. En effet, le délégant n'assumant pas le risque économique lié à la mise en œuvre du service, il n'aurait qu'indirectement à supporter les conséquences d'une offre sous-évaluée¹⁴²². En outre, la méthode d'analyse elle-même trouverait ses limites en la matière car l'équilibre économique d'un tel contrat repose sur des prévisions de charges et de résultats, notamment liées à la politique tarifaire du délégataire. Dès lors, une analyse comparative des prix aux coûts aurait une moindre grande pertinence qu'en matière de marchés publics.

920. Cependant, nous rejoignons l'analyse opérée par la Professeure Sophie Nicinski qui appelait de ses vœux une réflexion plus poussée sur l'application de la sanction des offres anormalement basses, au support de plusieurs questions : « *Lors des renouvellements de délégation, on constate indéniablement d'importantes baisses des prix. Mais s'agit-il là du résultat d'une concurrence vertueuse et bénéfique ou celui d'une guerre des prix mettant en danger l'état de la concurrence sur le marché ? Par ailleurs si in fine la réduction des prix profite aux usagers, faut-il vraiment chercher à détecter puis sanctionner l'offre anormale ?* »

¹⁴¹⁹ CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'intérieur c. Société Atéis*.

¹⁴²⁰ CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du sud* : préc. – TA Grenoble, ord., 31 juillet 2007, n° 703381 et 703382, *Société Cars Berhelet* : JCP A 2008, 2040, note Neveu.

¹⁴²¹ CE, 15 avril 1996, n° 133171, *Commune de Poindimie*.

¹⁴²² CE, 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée* : Rec. t. 805, BJCP 2009, n° 62, p. 55, concl. Boulouis ; RLCT 2009/43, n° 1238, obs. Capitant ; AJDA 2008.2454, note Richer.

Au contraire, au nom de la préservation d'une concurrence durable et de la qualité du service, ne faut-il pas plutôt réprimer les comportements irrationnels et les effets d'éviction des pratiques des opérateurs dominants ? »¹⁴²³.

921. La réflexion sur ce sujet nous conduit à penser que la sanction des offres anormalement basses en matière de délégation de service public est nécessaire (1) et à observer que si ce raisonnement trouve écho dans la jurisprudence des juges du fond, il n'est pas encore satisfaisant et mériterait d'être amélioré (2).

1. Une nécessité

922. Deux séries de raisons rendent nécessaire l'application de la sanction des offres anormalement basses au cas des délégations de services public.

923. Tout d'abord, l'objectif de préservation d'une concurrence saine et non faussée. Même si le droit de la commande publique tend à justifier la sanction des offres anormalement basses par la nécessité « *d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* »¹⁴²⁴ pour autant cet objectif ne peut être rempli qu'à la condition que l'offre soit loyale et sincère. En effet, une offre anormalement basse fait naître un double risque : d'une part, que le service ne soit pas assuré de manière satisfaisante, d'autre part, que le marché soit définitivement capté par un opérateur qui aurait épuisé la concurrence. Or, l'expérience prouve que ces situations de monopole de fait ne sont jamais profitables au délégant¹⁴²⁵.

924. Ensuite, l'analyse empirique montre que les cas d'offres anormalement basses ne sont pas rares. Il existe deux raisons principales qui peuvent conduire à ce qu'une offre anormalement basse soit retenue en matière de délégation de service public. D'une part, le fait du candidat lui-même qui veut pénétrer un marché quitte à mentir sur sa capacité réelle à assumer les prestations ou le candidat sortant qui tient coûte que coûte à garder le marché. D'autre part, le fait de la personne publique, qui transforme « *la négociation Sapin [...] en*

¹⁴²³ S. Nicinski, « L'offre anormale dans les délégations de service public », AJDA 2011, p. 879.

¹⁴²⁴ Art. 1^{er} du CMP.

¹⁴²⁵ Comme le note la Professeure Nicinski « *On se rend ainsi compte que quelle que soit la branche du droit public ou privé, en cause la régulation du social par la norme juridique d'inspiration ordo-libérale poursuit un objectif de préservation de l'avenir sans jamais céder aux sirènes très éphémères du profit de prix cassé à très court termes. Dès lors, on ne voit pas pourquoi et sur le fondement de quelles considérations il en serait autrement pour les délégations de services public. Il n'est pas inconcevable qu'en matière de délégations de service public, après une phase de concurrence sauvage par la guerre des prix, le marché connaisse des situations de duopoles dont on sait qu'elles sont particulièrement nuisibles* » : S. Nicinski, « L'offre anormale dans les délégations de service public », préc.

enchères inversées et joue le rôle d'incubateur d'offres anormalement basses »¹⁴²⁶ en informant discrètement les candidats potentiels.

925. Ce dernier point est sans doute un des plus problématiques, en effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent être tentés, lors des négociations préalables, de discuter sur le prix¹⁴²⁷.

926. Certes, le juge du contrat contrôle l'étendue des informations qui sont fournies aux candidats : en matière de délégation de service public, il s'assure ainsi que l'ensemble des éléments nécessaires à l'élaboration d'une offre ont été diffusés, de manière non discriminatoire, à l'ensemble des candidats¹⁴²⁸, sous réserve que cette communication ne porte pas atteinte à la loyauté de la concurrence¹⁴²⁹.

927. Cependant, le Conseil d'État autorise qu'un candidat, dans le cadre de la phase de négociation, puisse faire fortement évoluer le prix de son offre sans que cela soit contraire au principe d'égalité, à l'exception du cas où cette offre révélerait un bouleversement des conditions initiales de la concurrence ou une modification du projet de l'autorité délégante, dont les candidats n'auraient pas été préalablement informés¹⁴³⁰.

928. Or, des exemples contentieux particulièrement révélateurs ont mis à jour des pratiques qui, si elles ne constituent pas forcément des pratiques anticoncurrentielles, laissent au moins émerger un doute. C'est le cas dans deux affaires concernant la passation de contrats d'affermage du service public de l'assainissement d'une part et de l'eau d'autre part, où étaient en question les offres de la Compagnie générale des eaux qui avaient emporté les marchés grâce au support d'offres dont les montants finaux étaient très inférieurs au montant initiaux (une baisse de 20% environ !). Le juge du référé du Tribunal administratif de Bordeaux avait accueilli la demande de la société concurrente Agur en considérant que l'offre révisée après

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ Cf. not. L. Richer, « DSP : quelle latitude dans la négociation du prix ? », ACCP 2006, janvier 2006, n° 51, p. 63 – S. Braconnier, « Etendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », AJDA 2006, p. 554 – P. Zavoli, « Délégation de service public et exigence de sincérité », AJDA 2006, p. 1150.

¹⁴²⁸ CE, 2 juillet 1999, n° 206749, *SA Bouygues et autres* : Rec. 265 ; RFDA 1999.1113 ; CJEG 1999. 357, concl. Bergeal ; BJCP 1999.620, concl. ; RDI 1999. 639, 647 et 648, obs. Llorens – CE, 5 juin 2007, n° 305280, *Société Corsica ferries* : JCP A 2007, n° 2163 ; CMP 2007, comm. 253, note Eckert.

¹⁴²⁹ CE, 15 juin 2001, n° 223482, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré* : CMP 2001, comm. 163 ; AJDA 2001.1090 ; AJDA 2001.1090, note Markus ; JCP G 2002, n° 1946, p. 1064, obs. Rouault.

¹⁴³⁰ CE, 22 janvier 1998, n° 173025, *Préfet du Puy-de-Dôme* : JCP E 1999, p. 570, obs. M. Guibal.

négociation constituait une offre nouvelle, alors que le Tribunal administratif de Pau avait jugé en sens inverse¹⁴³¹.

929. Le Conseil d'État dans son arrêt *Compagnie générale de eaux*¹⁴³² tranche le débat en annulant les ordonnances du juge des référés du Tribunal administratif de Bordeaux : la Haute juridiction considère que le juge du fond avait commis une erreur de droit « *en jugeant que de telles offres devaient être regardées comme des offres nouvelles et non comme des aménagements des offres initiales et traduisaient de ce fait un manquement par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* »¹⁴³³. Dans ses conclusions, Monsieur Didier Casas considérait en effet qu'« *il n'existe aucune règle selon laquelle il serait impossible à une entreprise de faire évoluer son offre de façon très significative en cours de négociation* »¹⁴³⁴.

930. Si le Conseil vient fixer une limite à l'étendue du pouvoir de négociation qui ne doit pas méconnaître « *le principe d'égalité entre les candidats* »¹⁴³⁵, le règlement contentieux de cette affaire laisse un goût d'inachevé : s'il est parfaitement conforme à l'esprit de la délégation de service public que l'étendue du pouvoir de négociation soit important, pour autant, la Haute juridiction ne vient pas compenser cette liberté par une règle permettant efficacement de combattre les offres anormalement basses, qui peuvent potentiellement porter atteinte à la concurrence et à la commande publique.

¹⁴³¹ TA Bordeaux, ord., 26 septembre 2005, n° 0503373, *Société Agur* ; comp. TA Pau, ord., 17 octobre 2005, n° 0501995, *Société Agur* : AJDA 2006.554, note Braconnier ; AJDA 2006.1150 ; ACCP, Janvier 2006, n° 51, p. 63, obs. M. Richer.

¹⁴³² CE, 9 août 2006, n° 286107, *Compagnie générale des eaux* : AJDA 2006.2064, note Morel. Adde CAA Marseille, 6^{ème} ch., n° 10MA00243, 25 mars 2013, *Société de distributions d'eau intercommunales* : AJDA 2013.1553.

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ D. Casas, concl. sur CE, 9 août 2006, n° 286107, *Compagnie générale des eaux* (préc.), cité par J.-B. Morel, « Le Conseil d'État se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », AJDA 2006 p. 2064.

¹⁴³⁵ CE, 9 août 2006, n° 286107, *Compagnie générale des eaux* : préc.

2. Des insuffisances

931. Aucun texte n'encadre les offres anormalement basses en matière de délégation de service public, ni la loi Sapin du 29 janvier 1993¹⁴³⁶, ni la nouvelle directive 2004/23/UE de l'Union européenne¹⁴³⁷.

932. Sans appui textuel, le juge n'avait donc pas à sa disposition de fondements adéquats pour édicter une obligation à l'égard du pouvoir adjudicateur. D'autant, qu'en la matière, ni le fondement des prix prédateurs, ni celui des prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 ne sont pertinents. En effet, la qualification de prix prédateurs nécessite que l'opérateur déterminant le prix, en l'espèce le candidat, se trouve dans une position dominante vis-à-vis du marché, or, comme le rappelle la Professeure Sophie Nicinski, il faudrait que le candidat détienne « *au moins 50% de parts de marché* »¹⁴³⁸ pour se trouver dans une telle situation, ce qui est rare. En outre, le délégataire sortant intervient sur un nouveau marché en cas de nouvelle procédure de passation du contrat, dès lors, il sera nécessaire que le marché soit reconnu comme connexe au marché antérieur pour que la sanction trouve à s'appliquer, or, il conviendra alors de démontrer « *la présence de puissants facteurs susceptibles de leur conférer un avantage très substantiel* »¹⁴³⁹ pour que le lien de connexité soit établi¹⁴⁴⁰. Le fondement des prix abusivement bas n'est également pas opérant, en effet, l'article L. 420-5 s'adresse aux « consommateurs » qui ne peuvent pas être des pouvoirs adjudicateurs selon la jurisprudence¹⁴⁴¹.

933. Le juge s'est donc appuyé sur un autre fondement, ceux des principes généraux de la commande publique, pour sanctionner le pouvoir adjudicateur qui retient une offre anormalement basse en matière de délégation de service public¹⁴⁴². Le Tribunal administratif de Lyon a ainsi pu considérer dans une ordonnance de référé du 2 avril 2010 que « *les principes généraux de la commande publique rappelés ci-dessus font obstacle à ce qu'une collectivité*

¹⁴³⁶ L. modifiée n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JO n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588)

¹⁴³⁷ Dir. 2004/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2004 sur la passation des marchés publics (préc.)

¹⁴³⁸ S. Nicinski, « L'offre anormale dans les délégations de service public », préc.

¹⁴³⁹ S. Nicinski, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », RFDA 2012 p. 1181

¹⁴⁴⁰ Cf. not. Cons. Conc., déc. n° 08-D-24 du 22 octobre 2008 relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à St-Jean-d'Angély – Cons. conc., déc. n° 06-MC-02 du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc Bel Air.

¹⁴⁴¹ Cf. *supra* n° 840.

¹⁴⁴² Cf. not. CAA Lyon 14 décembre 2006, n° 02LY00043, SA SEMERAP – TA Rennes, ord., 19 octobre 2010, req. n° 1003858, Société Nantaise des eaux services – TA Lyon, ord., 2 avril 2010, n° 1001591, Société de distribution d'eau intercommunales.

délégante choisisse une offre anormalement basse à l'issue d'une procédure de délégation de service public, alors même que la délégation s'exécute aux frais et risques du délégataire »¹⁴⁴³.

934. Dans cette logique, la Cour administrative d'appel de Lyon a pour la première fois procédé à l'annulation de la procédure de passation sur ce fondement, dans un arrêt *Société Semerap*, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction du concurrent évincé¹⁴⁴⁴. Il s'agissait en l'espèce du renouvellement d'un contrat de gestion de l'assainissement collectif et non collectif pour une durée de douze ans. Quatre sociétés avaient candidaté, dont la société Semerap et la Société Lyonnaise des eaux. Le juge fait une analyse détaillée du prix proposé par cette dernière et en déduit que l'offre étant « structurellement et manifestement déficitaire »¹⁴⁴⁵, sans perspective d'équilibre en cours de convention, elle constituait une offre anormalement basse que le délégant aurait dû rejeter¹⁴⁴⁶. Cette solution est d'autant plus satisfaisante que, dans le cadre de son office de pleine juridiction, le juge va procéder à une annulation différée pour éviter de porter atteinte à la continuité du service public¹⁴⁴⁷.

935. Si les juges du fond font preuve d'une audace appréciable, on peut cependant regretter que la sanction des offres anormalement basses en matière de délégation de service soit trop rare.

936. La raison est simple : le fondement retenu n'implique pas d'obligation à la charge des pouvoirs adjudicateurs d'identifier ce type d'offre – contrairement aux marchés publics – dès

¹⁴⁴³ TA Lyon, ord., 2 avril 2010, n° 1001591, *Société de distribution d'eau intercommunales*.

¹⁴⁴⁴ CAA Lyon, 12 juin 2014, n° 13LY01340, *Société Semerap*.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ *Ibid.* : « dans le dernier état de son offre, la société Lyonnaise des eaux a présenté un compte d'exploitation mentionnant un total de charges de 178 465 euros HT, un total de recettes de 181 715 euros HT et un résultat bénéficiaire de 3 310 euros HT ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que l'équilibre de ce compte a été obtenu en tenant compte à tort, d'une recette d'exploitation de 11 275 euros correspondant au traitement d'effluents de deux autres collectivités, alors que les volumes correspondants devaient rester inclus dans l'assiette de facturation des eaux usées fixée globalement à 160 000 m³ dans le cadre de réponse fournis aux candidats dans le dossier ; que, par suite, la société Semerap est fondée à soutenir que l'offre de la société Lyonnaise des eaux était, pour ce motif, structurellement et manifestement déficitaire ; que ni la commune de Saint Eloy des Mines ni la société attributaire ne soutiennent ni même n'allèguent que les résultats de l'exploitation étaient amenés à s'équilibrer en cours de convention ; que, par suite, la société Semerap est fondée à soutenir que la commune de Saint Eloy des Mines a commis une erreur manifeste d'appréciation en choisissant la société Lyonnaise des Eaux comme délégataire »

¹⁴⁴⁷ Cette solution devrait satisfaire le directeur juridique de la Lyonnaise des eaux, M. Jean-Paul Ducharne, qui prévenait avant que cet arrêt soit rendu : « nous cherchons à identifier dans les mois à venir un cas caractérisé pour obtenir la première annulation de délégation de service public fondée sur des prix anormalement bas. Ceci permettrait d'envoyer un signal fort tant vis-à-vis des collectivités que de leurs conseils sur la nécessité de vérifier que le niveau de prix du candidat retenu ne constitue pas une offre anormalement basse » : J.-P. Ducharne « La stratégie contentieuse des entreprises partenaires : exemple de la Lyonnaise des eaux », AJCT 2012 p. 192.

lors, c'est aux concurrents eux-mêmes que reviendra la délicate tâche de prouver l'anormalité, mission très difficile, même rédhibitoire.

937. Deux principales pistes d'amélioration pourraient alors être suivies¹⁴⁴⁸. En premier lieu, une interprétation ou une modification de l'article L. 420-5 du Code de commerce relatif aux prix anormalement bas, pour élargir la notion de consommateurs aux pouvoirs adjudicateurs. Cette solution n'est cependant pas complètement satisfaisante car elle n'entraînerait pas d'obligation à la charge du pouvoir adjudicateur étant donné qu'il serait la « victime » du prix de prédation. En deuxième lieu, la solution la plus cohérente serait de compléter l'arsenal juridique relatif aux délégations de service public pour imprimer la même règle que celle applicable aux marchés publics. La transposition de la directive concession (par ordonnance semble-t-il)¹⁴⁴⁹ ouvre, à n'en pas douter, une porte qu'il ne faudra pas hésiter à franchir.

§2. L'INADAPTATION DE LA MÉTHODE CLASSIQUE D'ANALYSE DES OFFRES ANORMALEMENT BASSES À LA COMPLEXITÉ DES CANDIDATS PUBLICS

938. Si la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique est aujourd'hui un principe durablement consacré¹⁴⁵⁰, elle n'en est pas moins fortement encadrée sous le sceau de l'égalité et loyale concurrence : le candidat public a notamment l'obligation de fixer un prix qui n'y porte pas atteinte.

939. Le juge a pu préciser cette obligation dans son avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, aux termes duquel rien ne s'oppose à la candidature publique « à la condition cependant que la personne publique ne bénéficie pas, comme opérateur économique

¹⁴⁴⁸ Pour d'autres pistes de solutions, cf. not. S. Nicinski, « L'offre anormale dans les délégations de service public », préc.

¹⁴⁴⁹ Cf. not B. Rallu, « Transposition de la directive concessions : une ordonnance et une consultation à l'automne », *Le moniteur*, 23 mars 2015 (<http://www.lemoniteur.fr>).

¹⁴⁵⁰ Cf. not. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié – CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* : Rec. 11037 ; LPA 20 mars 2001, p.14, note Y. Claisse ; CMP 2001, comm. n° 36, note Soler-Couteaux ; MTP 19 janvier 2001, p. 86, étude Guiavarc'h. Cette jurisprudence a été confirmée par l'art. 1^{er} du Code des marchés publics qui dispose que : « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

et notamment dans les prix qu'elle pratique, d'avantages qu'elle tirerait de son statut ou de sa situation particulière »¹⁴⁵¹.

940. En principe, comme a pu le noter Monsieur Alain Ménéménis, « ceci ne signifie évidemment pas qu'ils ne pourront pas tirer d'avantages concurrentiels (c'est le propre de tout opérateur économique que de s'efforcer de construire de tels avantages) mais seulement que ces avantages ne devront pas être "artificiels" ; en particulier, si le prix d'une prestation paraît bas, le prestataire devra être en mesure de démontrer qu'il s'explique par un motif économique normal (comme le fruit d'un investissement désormais amorti par exemple) et non par des comportements anormaux (non prise en compte de certains coûts, subventions, abus de position dominante...) »¹⁴⁵². À l'usage, cependant, on constate que l'encadrement des offres des candidats publics pose de sérieuses difficultés¹⁴⁵³. Le juge a eu, à de nombreuses reprises, à se positionner sur cette question¹⁴⁵⁴ et l'on peut inférer de l'ensemble de cette jurisprudence deux

¹⁴⁵¹ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc.

¹⁴⁵² A. Ménéménis, « La loi MURCEF et l'ingénierie publique », DA 2002 n° 2, comm. 25.

¹⁴⁵³ J.-D. Dreyfus, « Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché », AJDA 2003, p. 790. Sur cette question, cf. not. C. Bettinger, « La concurrence loyale entre personnes publiques et entreprises privées dans les procédures d'appel à la concurrence : un rêve d'égalité à l'origine d'une utopie », note sous CAA Douai, LPA, 9 juin 2005, 21 novembre 2005, n° 231, p.4. – Cabinet Landot, « La personne publique, soumissionnaire ordinaire », BJCL 2006, n° 3, p. 162 – L. Renouard, « Participation des personnes publiques à un marché public ou une délégation de service public : licéité de la participation, détermination du juste prix de l'offre faite par l'opérateur public », ACCP 2010, n° 97, p. 32 – S. Ziani, « Travaux portuaires : candidature d'une personne publique à un marché public », note sous CAA Bordeaux, 25 novembre 2013, n° 12BX01145, CCI de Bayonne-Pays basque : RLC 2014, n° 39.

¹⁴⁵⁴ Sur le principe de la candidature publique, cf. not. CJCE, 17 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE* : préc. – CJCE, 23 décembre 2009, aff. C-305/08, *CoNISMa* – CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc. – CE, 5 septembre 2001, *Guiavarc'h* : ACCP 2001, n° 5, p. 7, note Nicinski – CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour. Sur les modalités de la candidature publique, cf. not. TA Amiens, 21 novembre 2002, *Compagnie générale des eaux c. Commune de Saint-Michel* : CMP 2003, n° 105, p. 30 – TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003, p. 790, note Dreyfus J.-D., concl. Heckel, Dr. adm. 2003, comm. n° 102, note Bazex et Blazy, BJCP 2003, p. 276, concl. Heckel, obs. Maugüe – CE, 28 avril 2003, n° 233360, *Fédération nationale des géomètres experts et autres* : CMP 2003, n° 119, p. 17, note Delelis – CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA00341, *Commune de Quiévreachain* : RLC 2007/12, n° 847, obs. Clamour – TA Poitiers, 28 décembre 2006, n° 0501848, *SA Merceron c. Commune de Saint-Denis-d'Oléron* : RLC 2007/13, n° 913, chron. Clamour – TA Limoges, 4 octobre 2007, n° 0500896, *Fédération régionale des TP du Limousin* : RLC 2009, n° 18, p. 57, obs. Clamour – CAA Marseille, 13 décembre 2007, n° 04MA00975 et 04MA00976, *Compagnie générale des eaux*, RLC 2008/15, n° 1091, p. 68, obs. Clamour G – CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, n° 07BX00373, *Société Merceron TP* : RLC 2009/19, n° 1289, obs. Clamour – CAA Douai, 9 juin 2005, n° 03DA00269, *Compagnie générale des eaux* – CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA00341, *Commune de Quiévreachain* – CAA Douai, 8 avril 2008, n° 05DA00188, *Saur France* – CE, 10 juillet 2009, n° 324156, *Département de l'Aisne et Ministre de la santé et des sports* : Rec. 841 ; BJCP 2009.444, concl. Lenica ; AJDA 2009.2006, note Dreyfus ; DA 2009.127, note Marson ; RFDA 2010, note Clamour – CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, n° 10BX01569, *Centre Hospitalier Bigorre, Hôpitaux de Lannemezan et Centre Hospitalier Lourde* : RLC 2012/33, n° 2155, obs. Clamour.

enseignements : d'une part, l'analyse du prix est d'une redoutable complexité, notamment due à la spécificité de la structure des coûts des activités concurrentielles des prestataires publics (A) ; d'autre part, et en conséquence, la pression s'accroît sur les candidats publics à justifier préventivement leurs prix, or, cette exigence de la preuve est un frein supplémentaire – et parfois rédhibitoire – à la prise en charge d'activités concurrentielles par les personnes publiques (B).

A. Une analyse difficile

941. Dans son avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, le Conseil d'État fixait deux conditions à la détermination du prix proposé par un candidat public, d'une part qu'il « *soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat* »¹⁴⁵⁵ ; d'autre part, « *que cet établissement n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* »¹⁴⁵⁶.

942. A l'usage, cet encadrement a rapidement montré ses limites. Partant du postulat, dressé par Mme Catherine Bergeal dans ses conclusions sous l'avis du 8 novembre 2000, selon lequel « *le fait qu'une personne publique propose des prix très inférieurs à ceux de ses concurrents privés [...] ne suffit pas à établir la sous-estimation de ses coûts* »¹⁴⁵⁷, par conséquent, une décomposition du prix doit être opérée afin de vérifier qu'il intègre bien l'ensemble des coûts et des avantages systémiques du candidat public.

943. Or, une telle décomposition entraîne deux difficultés. D'une part, la structure de coûts d'une entité publique n'est évidemment pas comparable à celle de ses concurrents privés : c'est pourquoi il est nécessaire de procéder à une reconstitution des coûts – en faisant « comme si » l'opérateur public était en situation commerciale normale –. Or, une telle démarche a un caractère théorique très insatisfaisant (1). D'autre part, l'imputation aux coûts des avantages concurrentiels dont disposent les candidats publics est délicate tant ces avantages sont nombreux et la plupart du temps implicites (2).

¹⁴⁵⁵ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ C. Bergeal, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », concl. sur CE, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (préc.), RFDA 2001 p. 112.

1. La reconstitution théorique des coûts

944. En imposant aux personnes publiques de déterminer leurs prix « *en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat* »¹⁴⁵⁸, le Conseil d'État les oblige ainsi à procéder à la « *ventilation des frais généraux permettant d'imputer précisément à la prestation offerte la part des dépenses qui lui a été consacrée* »¹⁴⁵⁹. Autrement dit, la personne publique devra ventiler ces frais entre les divers types d'activités qu'elle prend en charge.

945. Cette obligation pose trois séries de problèmes.

946. En premier lieu, « *une telle reconstitution théorique des comptes est susceptible de poser quelques difficultés, notamment en raison de l'existence d'immobilisations qui ne sont pas amortissables* »¹⁴⁶⁰, d'autant que l'opérateur public peut ne pas être soumis à un tel système d'amortissement¹⁴⁶¹.

947. En deuxième lieu, une telle reconstitution peut ne pas représenter fidèlement les coûts réels de l'activité. Ainsi, l'exemple du statut social des personnels publics employés par les prestataires publics est des plus révélateurs. Aujourd'hui, le juge considère que l'emploi d'un

¹⁴⁵⁸ J.-D. Dreyfus, « Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché », AJDA 2003, p. 790.

¹⁴⁵⁹ P. Collin, M. Guyomar, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », note sous CE, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (préc.), AJDA 2000, p. 987.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.* Sur la prise en compte des frais d'amortissement, cf. not. CAA Nantes, 4 novembre 2011, n° 10NT01095 : « *la commission d'appel d'offres du département de la Vendée, après avoir constaté que l'offre du département de la Charente-Maritime se situait légèrement en dessous de sa propre estimation mais était largement en dessous de celle des deux entreprises privées ayant soumissionné, a demandé à ce dernier département la production d'un sous-détail des prix de "dragages avec clapage" et "dragages avec dépôt sur l'estran", lequel lui a, notamment, permis de procéder à la comparaison des prix unitaires, à l'identification de prix journaliers d'intervention et à la vérification, en particulier, de la prise en compte, dans l'offre du département de la Charente-Maritime, de l'ensemble des charges directes et indirectes se rattachant à cette activité ; que la commission d'appel d'offres a déduit de cette analyse que l'offre présentée par le département de la Charente-Maritime n'était pas anormalement basse et que la différence de prix s'expliquait en l'espèce par la mise en oeuvre de techniques différentes caractérisées essentiellement par l'emploi d'une drague aspiratrice par le seul département de la Charente-Maritime ; qu'en égard à la nature des précisions demandées par la commission d'appel d'offres, il ne ressort pas des pièces du dossier que ledit département aurait présenté une offre qui ne tenait pas compte de tous ses coûts et notamment des frais d'amortissement de la drague aspiratrice ou de l'intégralité de ses charges de personnels ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le département de la Charente-Maritime aurait procédé à une sous-estimation du coût de la prestation proposée ou aurait bénéficié d'avantages en méconnaissance des principes de libre concurrence et d'égalité de traitement, doit être écarté* ».

¹⁴⁶¹ C'est le cas, par exemple, des parcs départementaux de l'équipement : cf. not. Cons. conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers.

personnel de droit public « ne saurait, en lui-même, constituer un avantage concurrentiel »¹⁴⁶². Suivant la même logique, l'Autorité de la concurrence a pu affirmer qu'« aucune étude ne permet de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que salarié de droit privé représente [...] du point de vue des coûts globaux, un avantage ou un handicap »¹⁴⁶³. Nous ne prétendons pas porter ici une démonstration selon laquelle le statut social d'une personne publique serait un avantage concurrentiel du point de vue des coûts. Cependant, nous soulignons le caractère artificiel de la reconstitution des prix qui laisse en tout état de cause émerger une suspicion dont s'accommode mal le marché concurrentiel¹⁴⁶⁴.

948. Si l'on ajoute à cela, en troisième lieu, que la question de la répartition comptable des coûts entre les diverses activités d'une personne publique est nécessairement arbitraire (car on fixe artificiellement cette répartition en fonction des besoins supposés de l'activité), approximative (car on ne peut pas savoir quelles ressources seront en réalité utilisées dans le cadre du service concurrentiel) et imparfaite (car on intègre rarement à ces coûts les avantages

¹⁴⁶² Cf. not. TA Dijon, 20 février 2002, n° 99245, *Société Jean Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003 p. 790, concl. B. Heckel et note J.-D. Dreyfus : « Considérant qu'il n'est pas établi que le nombre de journées de travail prévu pour assurer la prestation dans les conditions ci-dessus décrites serait insuffisant, qu'un ingénieur des travaux géographiques serait insuffisamment qualifié pour exécuter la mission, que le coût de la journée ingénieur, qui à la différence du barème public des prix de l'Institut géographique national, cité par le requérant n'intègre pas les coûts indirects, serait sous évalué ou que la part des frais de structure imputée dans le prix aurait été sous estimée ; qu'à l'inverse le seul fait que l'Institut géographique national perçoive des subventions à raison de ses missions de service public, ainsi qu'en attestent le budget et le compte financier de l'année 1998 produits à l'instance, ou que les activités concurrentielles de l'Institut n'aient pas été isolées dans une structure juridique qui leur soit propre, ne suffisent pas à établir que l'offre remise au District de l'agglomération dijonnaise aurait porté atteinte au principe de libre concurrence ». Adde CE, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc. : « Les agents des établissements publics administratifs qui, lorsqu'ils sont, comme c'est le cas en principe, des agents publics, sont soumis, en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, à une législation pour partie différente de celle applicable aux salariés de droit privé. Toutefois les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de déplacer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public ».

¹⁴⁶³ Cons. conc., avis n° 96-A-10, 25 juin 1996, *relatif à une demande d'avis de l'association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence*.

¹⁴⁶⁴ Un bon exemple est donnée par l'arrêt de la Cour administrative de Marseille du 11 janvier 2010, n° 07MA02180, *Agence Averous & Simay*, où était en cause une prestation d'ingénierie publique : l'offre de la direction départementale de l'équipement (DDE) faisait apparaître une différence importante de prix par rapport à celle de ses concurrents. Le juge analyse, en premier lieu, le nombre de journées de travail prévu par la DDE et considère « qu'avec un total de 99,5, le nombre de journées de travail prévu par la direction départementale de l'équipement pour assurer la prestation ne s'écarte pas sensiblement, sur ce point, de l'offre classée en deuxième position qui proposait 102,5 journées de travail » – ce qui nous semble parfaitement convaincant – ; puis, en second lieu, affirme que « si la direction départementale de l'équipement fait davantage appel à des personnels de catégorie B (87 jours) qu'à des personnels de catégorie A (12,5 jours) pour exécuter la prestation, rien ne permet d'affirmer que ces personnels seraient insuffisamment qualifiés pour exécuter la mission » – sur ce point le raisonnement du juge nous laisse plus dubitatif dans la mesure où il ne l'étaye pas.

immatériels : image, information etc.) on finira de se convaincre que la reconstitution théorique finit par devenir absconde.

949. En réalité une telle reconstitution des coûts ne permettra de sanctionner que les disparités – très – manifestement excessives entre le prix et les coûts de l'entreprise publique. Par exemple, dans son arrêt du 16 novembre 2006, *Commune de Quiévrechain*, la Cour administrative d'appel de Douai avait pu sanctionner le pouvoir adjudicateur qui n'avait pas rejeté une offre anormalement basse d'un établissement public, candidat à un contrat d'affermage d'eau potable, alors que cette offre était inférieure de 37% à celle de son unique concurrent privé et qu'elle n'avait été rendue possible que par la « *péréquation générale des coûts que l'établissement public supporte pour l'accomplissement de ses différentes missions* »¹⁴⁶⁵.

2. La neutralisation incertaine des ressources et moyens

950. Les personnes publiques doivent « *neutraliser les avantages découlant des ressources et des moyens attribués au titre de leur mission* »¹⁴⁶⁶. L'obligation est claire : il leur est interdit d'utiliser, dans l'exercice de leurs activités concurrentielles, les avantages systémiques dont elles sont dotées à raison de leurs missions de service public¹⁴⁶⁷. Elle est aussi d'une exigence surprenante. Ainsi, « *La formulation adoptée par le Conseil d'État est à la fois relativement neutre et d'une acception fort large : les "ressources et moyens" couvrent ainsi les subventions directes, les mises à disposition de personnels, de matériel ou de locaux, comme l'accès privilégié ou gratuit à des données. Il s'agit d'éviter que ces "ressources et moyens" ne soient*

¹⁴⁶⁵ CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA00341, *Commune de Quiévrechain* : CCC 2007, chron. 2, note Marso ; RLC 2007/12, n° 847, obs. Clamour.

¹⁴⁶⁶ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc. Adde CE, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats généraux d'agents d'assurance* : Rec. 160 – CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys* : Rec. 234 ; BJCL 2003, n° 10, p. 753, concl. Collin ; DA octobre 2003, n° 208, note Lombard ; RFDA 2004.299, note Faure – CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* : Rec. 189 ; AJDA 2003.1150, chron. Donnat et Casas – CE, Sect., 10 mars 2006, n° 264098, 264123, 268524, *Commune d'Houlegate et Société d'exploitation du casino d'Houlegate* : BJCP 2006, n° 46, p. 203, concl. Casas, et obs. Maugüé ; RJEP 2007.288, étude Jouguelet ; DA 2006, comm. 94, obs. Ménéménis ; CMP 2006, comm. 150, obs. Eckert – CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : préc.

¹⁴⁶⁷ Ainsi, il n'est pas rare qu'un établissement public – par exemple – perçoive des subventions au titre de ses activités de service public. Ces subventions ne sont pas illégales en soi mais ne devront pas pour autant bénéficier à l'activité concurrentielle. Cf., par exemple, CE, 10 juillet 2009, n° 324156, *Département de l'Aisne et Ministre de la santé et des sports* : préc. (« *si le laboratoire départemental de l'Aisne a reçu en 2007 une subvention de 280 000 euros, d'une part, celle-ci a compensé des missions particulières dont il a par ailleurs la responsabilité et, d'autre part, il ne résulte pas de l'instruction qu'il aurait usé de ces fonds pour abaisser ses prix et fausser la concurrence* »).

utilisés pour obtenir un prix de la prestation commerciale inférieur au coût de revient réel. L'activité commerciale doit donc être clairement distinguée des missions de service public »¹⁴⁶⁸.

951. Cette obligation pose deux sortes de difficultés. D'une part, celle de la pratique d'identification des ressources et moyens. Le pouvoir adjudicateur, ou le juge, devront vérifier si les ressources et moyens indiqués dans la proposition d'offre du candidat public sont bien suffisants pour prendre en charge l'activité concurrentielle, en effet, le candidat public peut avoir sous-estimé ses coûts pour baisser son niveau du prix. Le pouvoir adjudicateur, ou le juge, devront donc fictivement recréer une structure de coût « type » pour juger de la normalité de l'offre publique¹⁴⁶⁹. Dans le même sens, tous les moyens et ressources des personnes publiques ne sont pas facilement identifiables, ainsi, elles peuvent bénéficier d'avantages immatériels (informations, image du service public etc.¹⁴⁷⁰) qui seront difficilement quantifiables comptablement. D'autre part, celle du principe même de l'identification des ressources et des moyens : entre l'ambition juridique et les réalités pratiques le fossé est important. On voit mal, en effet, comment, en dehors de la bonne foi de l'administration on pourrait s'assurer que des ressources matérielles et/ou humaines supplémentaires ne soient pas affectées à l'activité concurrentielle une fois le marché emporté. Or, une telle pratique avantage structurellement le prestataire public dans la mesure où, contrairement à une entreprise privée soumise à une logique concurrentielle sur l'ensemble de ses activités, elle peut être réalisée sans dommage économique pour la personne publique qui n'est pas soumise à concurrence sur une grande partie de ces activités.

952. *In fine*, le contrôle du pouvoir adjudicateur et du juge est particulièrement complexe car il reposera sur la qualité et la sincérité des productions comptables qui lui sont soumises par le candidat lui-même !

¹⁴⁶⁸ P. Collin et M. Guyomar, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », note sous CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (préc.), AJDA 2000 p. 987.

¹⁴⁶⁹ Par exemple, concernant les coûts du personnel : le juge pourra analyser les modalités d'affectation des personnels à l'aide de documents budgétaires et recherchera, par exemple, si une personne publique a affecté des fonctionnaires ou des agents publics disponibles et moins rémunérés, dans le but de réaliser une prestation à moindre coût (sur cette question cf. not. CAA Marseille, 13 décembre 2007, n° 04MA00975 et 04MA00976, *Compagnie générale des eaux* : préc. – CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, n° 10BX01569, *Centre Hospitalier Bigorre, Hôpitaux de Lannemezan et Centre Hospitalier Lourde* : préc.) ; cependant, une telle démarche ne pourra pas prendre en compte les spécificités statutaires des fonctionnaires ou des agents publics, la reconstitution fidèle des coûts est en réalité un objectif impossible à atteindre.

¹⁴⁷⁰ Cf. *supra* n° 706 et s.

B. Des obligations contraignantes

953. La présence d'un candidat public rend la procédure de passation particulière à double titre : tout d'abord, pour le pouvoir adjudicateur qui devra faire démonstration d'une attention renforcée à ce que le candidat public ne viennent pas fausser le principe d'égalité concurrence (1) ; ensuite, pour le candidat public qui doit faire la preuve de la juste détermination du prix et est donc soumis à une exigence particulière et parfois rédhitoire (2).

1. Pour l'acheteur public, le renforcement des obligations de détection et d'identification des offres anormalement basses

954. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur a une obligation d'identifier et de rejeter les offres anormalement basses. Cependant, quand des candidats publics soumissionnent à un contrat de la commande publique cette obligation se trouve renforcée : « *si l'écart de prix, même important, entre l'offre d'une personne publique et celles de ses concurrents n'est pas, en soi, constitutif d'un manquement au principe de libre concurrence, il lui incombe [...] lorsque cet écart est significatif, de vérifier les modalités de formation du prix et de demander tout justificatif correspondant* »¹⁴⁷¹.

955. Si l'on doit synthétiser les obligations du pouvoir adjudicateur à l'égard des candidats publics, il nous semble que deux points ressortent.

956. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur doit se nourrir d'une présomption simple selon laquelle le prix fixé par des candidats publics est anticoncurrentiel si l'écart de prix entre son offre et celles de ses concurrents est significatif. Cette présomption ne peut être levée qu'après que le pouvoir adjudicateur aura demandé et obtenu des preuves comptables de la juste détermination du prix¹⁴⁷². D'ailleurs, si le pouvoir adjudicateur ne satisfait pas cette obligation, le juge pourra se substituer à lui en demandant au candidat public de justifier son prix¹⁴⁷³ : il demandera ainsi, avant-dire droit, un supplément d'instruction¹⁴⁷⁴. Le caractère « significatif » est laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur sous le contrôle du juge et les tribunaux

¹⁴⁷¹ CAA Marseille, 10 janvier 2010, n° 07MA02180, *Agence Averous & Simay*. Adde TA Limoges, 4 octobre 2007, n° 0500896, *Fédération régionale des travaux publics du Limousin* : CMP 2008, comm. 234, obs. Llorens et Soler-Couteaux ; RLC 2009/18, n° 1297, obs. Clamour.

¹⁴⁷² TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc.

¹⁴⁷³ TA Limoges, 17 octobre 2008, n° 0500896, *Féd. régionale travaux publics Limousin c. Commune Bussière Dunoise* : CMP 2009, comm. 125, note Eckert.

¹⁴⁷⁴ CAA Douai, 2^{ème} ch., 10 avril 2007, n° 05DA00188, *Saur France* : CCC 2007, chron. 3, note Marson ; RLC 2008/14, n° 1003, note Clamour – TA Limoges, 4 octobre 2007, n° 0500896, *Fédération régionale des travaux publics du Limousin* : préc.

administratifs et Cours administratives d'appel, qui ont eu à connaître de recours contre des candidats publics et ont pu avoir des jugements plus ou moins sévères de la pertinence de cette appréciation. Ainsi, la Professeure Sophie Nicinski compare la position de la Cour administrative d'appel de Bordeaux (qui a pu considérer que « *le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander à l'opérateur public de produire des documents de nature à justifier la détermination du prix proposé dès lors que "son activité est assurée par un service doté d'un budget annexe et soumis à des obligations fiscales et comptables comparables à celles des entreprises privées"* » alors au surplus que le prix proposé par [l'opérateur] n'est pas le moins élevé »¹⁴⁷⁵) à celle du Tribunal administratif de Limoges qui « *semble avoir adopté une position beaucoup plus sévère à l'égard du pouvoir adjudicateur puisque, alors même que l'opérateur public bénéficiait d'un budget annexe et qu'il était tenu à des obligations fiscales et sociales comparables aux candidats privés, il a été considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait retenir l'offre du candidat public sans s'être assuré qu'elle ne résultait pas d'une sous-estimation des coûts. Dans cette affaire, un poids conséquent est accordé au fait que l'offre du candidat public était inférieure à plus de 16 % à l'estimation du maître d'œuvre* »¹⁴⁷⁶. Quoiqu'il en soit, le seul écart « significatif » entre une offre publique et celles des concurrents privés ne doit pas conduire le pouvoir adjudicateur à rejeter l'offre¹⁴⁷⁷.

957. En effet, le pouvoir adjudicateur, une fois l'offre publique anormalement basse détectée, devra, en second lieu, procéder à une analyse de la structure de cette offre. Là encore, le mouvement est au renforcement de l'obligation de vigilance des pouvoirs adjudicateurs à l'égard des candidats publics : leur rôle ne se résume pas à une simple lecture des documents comptables fournis par le candidat public. En réalité, ils doivent procéder à une analyse détaillée de l'offre publique et donc adapter cette analyse à la spécificité publique en observant si les coûts directs et indirects supportés ont été pris en compte par le candidat public et si les ressources et moyens ont bien été intégrés à l'offre suspecte.

¹⁴⁷⁵ S. Nicinski, *La sécurisation des interventions économiques locales*, AJCT 2012, p. 172.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ A contrario, concernant une offre trop élevée, cf. CAA Lyon, 22 mars 2012, n° 11LY01323, *Régie des transports de l'Ain*.

2. Pour le candidat public, l'exigence de la preuve

958. Le candidat public est soumis à une obligation positive de fournir les documents de nature à justifier le prix¹⁴⁷⁸. Le principe a été formulé dans l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* aux termes duquel le candidat public doit, s'il lui est demandé, pouvoir justifier de la juste détermination de son prix « *par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »¹⁴⁷⁹. Cette obligation de preuve est indispensable en cas de doute sur le prix fixé par l'opérateur public, l'objectif étant de montrer qu'il existe une séparation réelle entre ses activités de service public et son activité concurrentielle.

959. Le juge est particulièrement attentif sur ce point et, comme le relève Monsieur Didier Casas, il « *apprécie in concreto le comportement des personnes publiques lorsqu'elles agissent ainsi comme opérateur économique en présentant leur candidature à l'attribution de contrats publics* »¹⁴⁸⁰. D'ailleurs, la Cour administrative d'appel de Douai, dans son arrêt du 9 juin 2005, *Compagnie générale des eaux*, n'avait pas hésité, à annuler l'octroi d'une délégation de service public au motif que « *la personne publique qui avait emporté le contrat en faisant état d'offres tarifaires sensiblement inférieures à celles des autres candidats n'avait pas été en mesure de justifier, par la production de documents comptables par exemple, que ses prix reflétaient effectivement l'ensemble de ses coûts* »¹⁴⁸¹.

960. Si l'exigence est sévère, elle n'en est pas moins imprécise : les moyens de la preuve ne sont pas clairement établis et sont donc laissés à l'appréciation des candidats publics. En tout état de cause, ils doivent refléter la « *sincérité des éléments comptables [...] pour justifier de la réalité des modalités d'établissement du prix de son offre* »¹⁴⁸². À l'usage, on constate qu'ils peuvent, en premier lieu, résulter d'un budget annexe « *soumis à des obligations fiscales et comptables comparables à celles des entreprises privées* »¹⁴⁸³ ; ils peuvent également résulter

¹⁴⁷⁸ Cf., pour un rappel de cette exigence, CE, 5 septembre 2001, *Guiavarc'h* : ACCP 2001, n° 5, p. 16, note Nicinski.

¹⁴⁷⁹ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc.

¹⁴⁸⁰ D. Casas, « Assistance des services de l'État et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », concl. sur CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* (préc.), RFDA 2006 p. 1048.

¹⁴⁸¹ CAA Douai, 9 juin 2005, n° 03DA00269, *Société Compagnie générale des eaux* : JCP A 2005, 1633, note O. Mesmin ; LPA 21 novembre 2005, p. 4, étude Bettinger ; ACCP 2005, n° 50, p. 71, note Palmier et Cabannes ; RLC 2006/7, n° 509, note Clamour.

¹⁴⁸² B. Heckel, concl. sur TA Dijon, 20 février 2003, *Jean-Louis Bernard Consultants* : préc.

¹⁴⁸³ CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, n° 07BX00373, *Société Merceron TP* : RLC 2009/19, n° 1289, obs. Clamour.

d'une comptabilité analytique distinguant l'allocation des coûts et l'affectation des ressources et des moyens¹⁴⁸⁴.

961. De plus en plus émerge l'idée que le meilleur moyen de justifier de la bonne détermination du prix est le recours à une comptabilité analytique. Ainsi, même si, comme le rappelait le Commissaire du gouvernement Bernard Heckel, la tenue d'une comptabilité analytique n'est pas obligatoire¹⁴⁸⁵ car « *il n'existe pas [...] d'obligation juridique de satisfaire à une telle exigence* » et que « *le respect du principe d'égalité entre les concurrents, qui sous-tend les conditions d'une concurrence loyale, ne se résume donc pas à une stricte question d'arithmétique* » ; cependant, la tenue d'une comptabilité analytique reste « *la solution la plus efficace* »¹⁴⁸⁶ pour prouver la sincérité de l'offre.

962. Quoi qu'il en soit, la personne publique doit présenter des documents précis permettant de lever la présomption d'absence de vérité des prix bas¹⁴⁸⁷ et « *en cas de contestation par un candidat évincé, [...] doit simplement pouvoir apporter les justifications requises au moyen de documents de toute nature, tel un audit ou une expertise par exemple* »¹⁴⁸⁸. Cette exigence est encore plus complexe en matière de délégations de service public qui reposent sur une appréciation prospective des charges et des recettes du service : le candidat devra établir un bilan prévisionnel « raisonnable » en intégrant l'ensemble de ses coûts et avantages. Le juge évaluera le caractère « raisonnable » de cette évaluation en procédant par comparaison avec les offres des concurrents et les résultats de l'ancien délégataire¹⁴⁸⁹.

963. Il n'en demeure pas moins que la particulière exigence de la preuve à l'endroit des candidats publics pose deux problèmes importants : en premier lieu, le « secret des affaires »

¹⁴⁸⁴ TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : préc – CAA Douai, 10 avril 2007, n° 05DA00188, *Société SAUR France*.

¹⁴⁸⁵ B. Heckel, conclusions sur TA Dijon, 20 février 2003, *Jean-Louis Bernard Consultants*, préc. : « *Il ressort des éléments chiffrés détaillés par l'IGN dans ce mémoire que les coûts directs d'exécution du marché représentent un peu plus de 65% du prix de l'offre, soit une somme de 142 080 F HT sur celle 217 000 F. Alors que le poids des coûts indirects, et notamment des frais généraux, estimés par l'IGN à 52 870 F hors frais commerciaux correspondant aux dépenses engagées par l'Institut pour l'établissement du dossier d'appel d'offres, est d'environ un tiers des coûts directs. Cette répartition des composantes de l'offre de prix ne traduit pas a priori une sous-évaluation manifeste de la proposition de l'IGN* ».

¹⁴⁸⁶ M. Guyomar et P. Collin, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p. 987 .

¹⁴⁸⁷ CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, n° 10BX01569, *Centre Hospitalier Bigorre, Hôpitaux de Lannemezan et Centre Hospitalier Lourde* : préc.

¹⁴⁸⁸ M. Guyomar, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p. 987.

¹⁴⁸⁹ CAA Marseille, 13 décembre 2007, n° 04MA00975, *Compagnie Générale des Eaux* : RLC 2008/15, n° 1091, obs. Clamour G.

peut être affecté par l'exigence de type de preuve ; en second lieu, il est difficile « *d'apprécier dans cette comptabilité les choix faits par le gestionnaire dans la détermination des clés de répartition de la part de ses charges incluse dans les différents éléments composant son prix* »¹⁴⁹⁰. Ainsi, l'appréciation de l'anormalité de l'offre ne pourra être que « grossière » et le prix devra être manifestement sous-évalué pour sanctionner le candidat public.

964. C'est la raison pour laquelle des propositions de méthode ont émergé pour tendre vers une plus grande sincérité du prix de l'offre des personnes publiques tout en préservant leur liberté contractuelle. Le Conseil d'État en a ainsi relevé quatre dans son Rapport public pour 2002¹⁴⁹¹. Tout d'abord, deux méthodes retenues par les opérateurs de l'État, notamment dans le cadre de services d'ingénierie aux collectivités, qui consistent : d'une part, à ajouter à la prise en compte des coûts complets propres à chaque opération – directs et indirects, y compris les charges dues à l'intervention des services centraux dans les opérations importantes, ce qui est effectivement indispensable – « *une sorte de 'profit', qualifié de 'marge', ce qui, aux yeux des administrations concernées, offrira le double avantage d'écarter, par construction même, le risque d'un prix prédateur et plus généralement d'ôter un argument sur la prétendue concurrence déloyale de l'État résultant d'un régime fiscal et social différent des opérateurs privés* »¹⁴⁹² ; d'autre part, à « *l'établissement au niveau national d'un prix de journée par agent, servant de base à la facturation de chaque niveau de qualification, ce qui doit éviter une trop forte disparité des tarifs sur le territoire et notamment des tarifs trop élevés dans les zones de faible activité comme les départements ruraux* »¹⁴⁹³. Pour le Conseil d'État, ces deux dernières propositions témoignent « *de la façon très active dont les services de l'État ont pris en compte les exigences pesant sur eux et il doit leur en être donné acte, même s'il doit être conseillé d'éviter tout systématisme, source de rigidité et aboutissant à une sorte d'affichage à l'avance du prix des offres des opérateurs publics, néfaste à la libre concurrence* »¹⁴⁹⁴. En outre, deux propositions, à notre connaissance, n'ont jamais été mises en œuvre : en premier lieu celle de la Commission européenne qui, dans sa décision *BBC News24* du 14 décembre 1999, proposait « *pour arriver à une meilleure sincérité des coûts, d'organiser les différents services d'une même entreprise en unités de travail distinctes (production, facturation, administration...) et de développer la pratique de facturation des prestations internes à taux pleins. Étape transitoire*

¹⁴⁹⁰ B. Heckel, concl. sur TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245, *Jean-Louis Bernard Consultants* (préc) : préc.

¹⁴⁹¹ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 276.

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 276.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, p. 276.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 276.

qui doit, ensuite, aboutir à la mise en place d'une comptabilité analytique »¹⁴⁹⁵ ; en second lieu, celle d'auteurs de la doctrine qui ont pu suggérer d'introduire de « ‘nouvelles formes d'appel d'offres ou de mises en concurrence dès lors qu'un opérateur privé potentiel serait susceptible d'être intéressé par l'activité économique que se propose de prendre en charge un opérateur public’ » : cet opérateur potentiel bénéficierait des mêmes conditions financières que celles offertes à l'opérateur public (telles les subventions d'équilibre) »¹⁴⁹⁶.

965. Ces propositions, bien loin de régler le problème, renforcent le caractère artificiel des moyens mis à l'œuvre pour compenser la spécificité de la situation des prestataires publics. Elles sont révélatrices d'une « fuite en avant » qui n'est pas satisfaisante dans la mesure où elles laissent toujours planer une suspicion à l'égard de l'offre publique ce qui ne facilite donc pas l'analyse du pouvoir adjudicateur et du juge et la situation du candidat public qui est soumis à un lot de sujétions plus important que celui de ses concurrents privés. *In fine*, les moyens utilisés pour atteindre l'objectif d'égale concurrence finissent par desservir cet objectif même.

966. On le comprend, c'est la spécificité du prix public qui induit la spécificité de son contrôle. Elle en explique aussi les limites. L'effort de banalisation du comportement des opérateurs publics devient paradoxalement un frein à leurs interventions : la multiplication des exigences de preuves (comptables notamment), l'obligation renforcée sur le pouvoir adjudicateur (en matière de commande publique), la complexité même de la détermination du juste prix, sont autant de freins à la prise en charge d'activités économiques.

967. Certes, la tâche du juge n'est pas facile : ballotté entre l'impératif de faire respecter les règles européennes et internes de concurrence et la nécessité d'éviter « d'étouffer » commercialement les prestataires publics en leurs fixant des contraintes trop fortes, il s'efforce de trouver un équilibre. Nous pensons cependant que cet équilibre n'est aujourd'hui toujours pas atteint. Mais est-il seulement atteignable ? On peut craindre que non. Il y a là le symptôme d'une impossible conciliation entre l'exigence du marché, d'une part, qui implique le principe d'égalité entre les concurrents, et la personne publique, d'autre part, dont l'exorbitance de la structure des coûts rend systématiquement impossible une égale concurrence. On atteint peut être la frontière de ce qui distingue le comportement et l'être de la personne publique. Si la

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 276. *Adde* Com. eur., déc. n° NN 88/98 du 14 décembre 1999, BBC News24 (JO C 78 du 18 mars 2000).

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 276. Le Conseil d'État fait référence à l'ouvrage de N. Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, L'Harmattan, 2002, n° 970.

personne publique peut difficilement se comporter comme une entreprise ordinaire et semble inadaptée au jeu de la concurrence c'est aussi parce que son statut ne le lui permet pas.

Chapitre 2 L'inévitable garantie de l'État aux prestataires publics de service marchand

968. L'État peut – par divers mécanismes – se porter garant des prestataires publics, y compris dans le cadre de leurs activités publiques de service marchand. Ces garanties font l'objet d'un contrôle étroit de la part des juges et autorités de la concurrence car elles peuvent constituer des aides d'État au sens de l'article 107 du TFUE au terme duquel « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

969. La Cour de justice de l'Union européenne donne en effet une définition large de la notion d'aide d'État considérant qu'elle comprend à la fois les prestations positives (des subventions par exemple) mais également les avantages, de diverses formes, qui allègent les charges de l'entreprise¹⁴⁹⁷. Dès lors sont ainsi considérées comme des aides les interventions de l'État qui « *sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché* »¹⁴⁹⁸.

970. À ce titre, une aide d'État peut prendre la forme d'une garantie, comme le confirme la Haute juridiction européenne pour qui « *il ne saurait être exclu qu'une garantie d'État consente elle-même des avantages qui peuvent impliquer une charge supplémentaire pour l'État* »¹⁴⁹⁹. La spécificité de cette aide s'inscrit dans le contexte de l'application de la directive 80/723/CEE de la Commission européenne relative à la transparence des relations financières entre les États

¹⁴⁹⁷ Cf. not. CJUE, 19 mars 2013, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission européenne et Commission européenne c. France*, pt 101 – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 94 (« *La notion d'aide comprend non seulement des prestations positives, mais également les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques* »).

¹⁴⁹⁸ Cf. not. CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, pt 84 : Rec. I-7747 – CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*, pt 8 : Rec. I-7671 – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 94.

¹⁴⁹⁹ CJUE, 1^{er} décembre 1998, aff. C-200/97, *Ecotrade*, pt 43 : Rec. I-7907 – CJUE, 19 mars 2013, aff. jointes. C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission européenne et Commission européenne c. France*, pt 107 – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 95.

membres et les entreprises publiques. Les garanties d'État sont clairement sous le feu du droit de l'Union européenne et la position de la Commission européenne est sévère. Elle a ainsi apprécié généreusement le champ d'application des articles 107 et 108 du TFUE (ex articles 87 et 88 du traité CE) relatifs aux aides d'État dans une communication du 20 juin 2008¹⁵⁰⁰ en considérant que les mécanismes de garanties vont bien au-delà des seules garanties liées à un prêt ou à une autre obligation financière contractée par un emprunteur auprès d'un prêteur, accordées individuellement ou dans le cadre d'un régime. Selon la Commission européenne, il peut en effet exister « *diverses formes de garanties, selon la base juridique, le type d'opération couverte, la durée, etc.* »¹⁵⁰¹.

971. Dans cette logique, la Commission européenne identifie comme une forme de garantie les « garanties illimitées » qu'elle oppose aux garanties limitées dans leur montant et/ou dans le temps. Pour l'instance européenne, constituent un tel avantage, d'une part, « *les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont la forme juridique exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État* »¹⁵⁰², d'autre part « *l'acquisition par l'État d'une participation dans une entreprise lorsqu'elle s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale* »¹⁵⁰³.

972. La sévérité de cette logique a présidé au « procès » du principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics. Ce principe a fait l'objet d'une jurisprudence et d'une doctrine florissante sur la question de savoir s'il engendrait une garantie illimitée de l'État au bénéfice des établissements publics qui viendrait automatiquement fausser le jeu de la concurrence. Cette question a suscité un débat âpre, les autorités françaises considérant que l'existence d'une telle garantie relevait d'avantage du « *mythe* »¹⁵⁰⁴ que de la réalité.

973. Les conséquences sont potentiellement graves. Car derrière la sanction, c'est bien l'intervention même du prestataire public sur le marché qui semble remise en question. C'est en tout cas la portée que l'on peut donner à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne

¹⁵⁰⁰ Com. eur., 2008/C 155/02, Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties (JO C 155 du 20 juin 2008, p. 10).

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, pt 1.2.

¹⁵⁰² *Ibid.*

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste : pt 114.

du 3 avril 2014¹⁵⁰⁵ qui, en jugeant que La Poste (avant sa transformation en société anonyme) avait bénéficié d'une garantie illimitée de l'État contraire aux règles de concurrence (Section 1), condamne, à notre avis, l'intervention même des établissements publics, et, par ricochet, l'ensemble des prestataires publics intervenant sur le marché (Section 2).

Section 1 ANALYSE DE L'APPROCHE CONTENTIEUSE, LA GARANTIE IMPLICITE DE L'ÉTAT AUX ÉTABLISSEMENTS PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX EST INCOMPATIBLE AVEC LES RÈGLES DE L'UNION EUROPÉENNE

974. Les institutions européennes de contrôle de la concurrence ont attaqué de manière frontale le principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics et ses corolaires, l'inapplication des voies d'exécution et des procédures collectives de droit commun, en tant qu'ils prenaient la forme d'une garantie « illimitée » de l'État à ses établissements publics. La « fronde » s'est faite sous l'angle des aides d'État : le caractère « illimité » de la garantie ne pouvant avoir qu'un effet perturbateur du marché concurrentiel et l'étendue de cette garantie ne pouvant être mesurée de façon adéquate au moment de son octroi, la Commission européenne « *considère par principe que les garanties illimitées sont incompatibles avec l'article 87 du traité* »¹⁵⁰⁶.

975. La procédure appliquée a toujours été la même. Comme il s'agissait, en la matière, d'aides d'État existantes, c'est l'article 108§1 du TFUE qui trouvait à s'appliquer selon une procédure bien connue : dans un premier temps, dans le cadre d'un échange contradictoire, la Commission européenne analyse avec les autorités françaises le régime de garantie illimitée dont bénéficie l'établissement public en cause et propose des mesures utiles propres à ôter son caractère anticoncurrentiel ; dans un second temps, la Commission, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, demande aux autorités françaises de modifier ou supprimer ce régime d'aide, quand elle le juge incompatible avec le marché

¹⁵⁰⁵ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : RLC juillet 2014, n° 40, note Cheynel ; AJDA 2014.1147, chron. Aubert, Broussy, Cassagnabère ; DA 2014, n° 7, comm. 42, comm. Bazex ; AJDA 2014 p. 1242, chron. Lombard ; RAE 2014, n° 2, p. 40, note Fartunova ; G. Eckert, JCP Adm. 2014.2160 ; AJCA 2014.139, obs. B. Cheynel ; RFDA 2014.985, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Capentier.

¹⁵⁰⁶ Com. eur., 2008/C 155/02, Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, pt 4, 1.b. (préc.).

intérieur¹⁵⁰⁷. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions de l'Union européenne.

976. Concernant la France, l'attention de la Commission européenne s'est exclusivement portée sur les établissements publics industriels et commerciaux nationaux. Ainsi, pas moins de quatre d'entre eux ont fait l'objet d'une procédure contentieuse. Avant de détailler le raisonnement des institutions de l'Union européenne, voici un portrait rapide du contentieux de la garantie des EPIC.

977. 1) Le cas d'EDF : EDF est une entreprise dotée du statut d'EPIC depuis sa création en 1946. Par une lettre en date du 16 octobre 2002¹⁵⁰⁸, la Commission a proposé aux autorités françaises, la suppression, au titre de mesure utile, de la garantie illimitée dont bénéficie EDF sur tous ses engagements en vertu de son statut d'établissement public industriel et commercial (EPIC) qui rend inapplicable la législation sur la faillite et l'insolvabilité. Cette proposition a cependant été déclinée par les autorités françaises par une lettre en date du 11 décembre 2002. Elles estimaient que le statut d'EPIC ne comprenait aucun élément d'aide d'État et contestait la mesure utile proposée par la Commission. C'est la raison pour laquelle, par une lettre du 4 avril 2003, la Commission a notifié à la France sa décision d'ouvrir la procédure de l'article 88 §2 du TCE¹⁵⁰⁹. Cette procédure a cependant par la suite été clôturée comme le révèle un communiqué de presse de la Commission du 16 décembre 2003 qui relate que « *le 11 novembre 2003, la France a notifié à la Commission son intention de transformer EDF en une société anonyme. De ce fait, la garantie de l'État serait supprimée* »¹⁵¹⁰.

978. 2) Le cas de l'Institut français du pétrole : L'IFP Énergies nouvelles (IFPEN) anciennement dénommé Institut Français du Pétrole (IFP) a été créé le 13 juin 1944¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁷ Art. 108 du TFUE (ex-article 88 TCE) : « 1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur. 2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259 ».

¹⁵⁰⁸ JO C 280 du 16 novembre 2002, p. 8.

¹⁵⁰⁹ JO C 164 du 15 juillet 2003, p. 7.

¹⁵¹⁰ IP/03/1737.

¹⁵¹¹ Il était alors dénommé « Institut du pétrole, des carburants et des lubrifiants », il a été renommé une première fois en 1973 « Institut français du Pétrole » puis une seconde fois, en 2010, par la loi dite « Grenelle II » (L. n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JO n° 0160 du 13 juillet 2010, p. 12905) qui a également changé son statut.

Autrefois organisme professionnel chargé par la loi de la « gestion des intérêts professionnels ou interprofessionnels »¹⁵¹², il devient un établissement public national à caractère industriel et commercial en 2005¹⁵¹³. Par une lettre datée du 18 juillet 2006, les autorités françaises ont transmis des informations concernant la transformation de l'IFP en établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC). Après un échange de courrier infructueux¹⁵¹⁴, la procédure formelle d'examen a été ouverte le 16 juillet 2008¹⁵¹⁵. Dans sa décision rendue le 29 juin 2011¹⁵¹⁶ la Commission établit une différence selon les activités exercées par l'IFP. Elle considère ainsi que la couverture par la garantie d'État des activités non économiques de l'établissement public IFP ne constitue pas une aide d'État. Elle admet toutefois que les activités économiques que sont les activités de transferts technologiques menées par l'établissement public IFP avec ses filiales Axens et Prosernat et les prestations de recherche contractuelle et de services tant pour le compte de tiers que pour le compte des filiales, constitue des aides d'État compatibles avec le TFUE. Il est à noter qu'un recours a été déposé par les autorités françaises le 9 septembre 2011.

979. 3) Le cas du Laboratoire national de métrologie et d'essais : Le Laboratoire national de métrologie et d'essais a été créé en 1901 comme département du Conservatoire national des arts et métiers. Il prend la forme d'un établissement public industriel et commercial en 1978. L'ouverture de la procédure formelle d'examen est notifiée aux autorités françaises le 5 juillet 2005. Cependant la Commission n'a rendu de décision que concernant les aides d'État relatives aux compensations de service public mises illégalement à exécution par la France¹⁵¹⁷. À notre connaissance la décision relative à la garantie illimitée n'a pas été rendue.

980. 4) Le cas de La Poste : Le cas du contentieux relatif à La Poste est assurément le plus révélateur. Il concerne le cas bien connu de La Poste qui, jusqu'à sa transformation en société anonyme par l'intermédiaire d'un décret du 26 février 2010¹⁵¹⁸, était dotée du statut

¹⁵¹² En vertu du titre III de la L. n° 43-612 du 17 novembre 1943 sur la gestion des intérêts professionnels (JO du 18 novembre 1943, p. 2962) : l'institut était alors constitué sous la forme d'un établissement professionnel de droit privé, placé sous le contrôle économique et financier du gouvernement français.

¹⁵¹³ Art. 95 de la L. n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique

¹⁵¹⁴ Par courrier, en date du 3 août 2007, la Commission a soumis une demande d'informations supplémentaires aux autorités françaises. Celles-ci ont répondu par une lettre en date du 28 septembre 2007.

¹⁵¹⁵ JO C 259 du 11.10.2008, p. 12.

¹⁵¹⁶ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole » (JO L 14 du 17 janvier 2012, p. 1).

¹⁵¹⁷ Com. eur., déc. n° 2007/217/CE du 22 novembre 2006 concernant des aides d'État mises à exécution par la France en faveur du Laboratoire national de métrologie et d'essais (JO L 95 du 5 avril 2007, p. 25).

¹⁵¹⁸ D. n° 2010-191 du 26 février 2010, fixant les statuts initiaux de La Poste et portant diverses dispositions relatives à La Poste (JO n° 0049 du 27 février 2010, p. 3775).

d'établissement public industriel et commercial. Après une communication adressée à la France en 2007 dans laquelle la Commission estimait que La Poste bénéficiait d'une garantie illimitée de l'État, la Commission sanctionne la France dans une décision du 26 janvier 2010 sur le fondement de l'interdiction des aides d'État illégales. Elle constate que la garantie illimitée tient à « *certaines particularités intrinsèquement liées à son statut d'établissement public* »¹⁵¹⁹. À la suite de cette condamnation la France a introduit un recours en annulation devant le juge de l'Union européenne. Le TPIUE valide la position de la commission considérant, pour l'essentiel, qu'une telle garantie illimitée constitue un avantage au profit de La Poste¹⁵²⁰. L'affaire arrive alors au rôle de la CJUE qui, dans un arrêt en date du 3 avril 2014¹⁵²¹, prend une décision qui marque un temps important de la jurisprudence de l'Union européenne. La Cour devait notamment répondre à deux questions principales. Tout d'abord, celle de savoir si le statut même d'EPIC pouvait constituer une garantie implicite de l'État Français. Ensuite, celle de savoir si cette garantie était constitutive d'une aide d'État.

981. La réponse apportée par la CJUE à ses deux questions est dans le droit fil du raisonnement de la Commission européenne sur l'ensemble des affaires précitées. Certes, l'approche des juges et autorités de la concurrence se veut « réaliste » et la méthode employée du « faisceau d'indices » tend à prouver que l'analyse est casuistique et empirique ; certes, le raisonnement des institutions européennes de contrôle la concurrence s'est affiné au fil des échanges contradictoires entre les institutions européennes et les autorités françaises (nombreux ont ainsi été les courriers échangés, les réunions organisées afin que se confrontent les positions de la France, qui souhaitait éviter la sanction européenne à ses établissements publics, et celles des institutions de l'Union européenne, notamment la Commission européenne, qui avaient très clairement pris « pour cible » l'avantage statutaire dont elle les pensaient destinataires) ; mais s'il y a bien eu « dialogue », il est cependant difficile d'admettre qu'il ait été particulièrement fructueux.

982. Ainsi, la position de la CJUE n'a, sur les grandes lignes, pas sensiblement variée de celle de la Commission européenne. La différence la plus significative étant que le débat ait « *porté davantage sur la question de l'existence même d'une garantie illimitée liée au statut*

¹⁵¹⁹ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 116 à 255 (JO L 274 du 19 octobre 2010, p. 1).

¹⁵²⁰ TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne* : DA 2012, n° 54, note Noguellou ; Gaz. Pal. 2013, n° 16, Chron. Paulin et Carayol ; AJDA 2013.335 chron. Aubert, Broussy et Cassagnabère ; AJDA 2012.2313 note Lombard.

¹⁵²¹ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : préc.

d'établissement public que sur la qualification d'aide d'État d'une telle garantie »¹⁵²². La Cour de justice confirme que les établissements publics bénéficient d'une garantie « illimitée » de la part de la France (§1) ; l'existence même d'une telle garantie constitue une présomption simple de sa qualification d'aide d'État illégale sur le fondement de l'article 107 du TFUE (§2).

§1. UNE GARANTIE ILLIMITÉE

983. Dans son arrêt du 3 avril 2014, la Cour de justice de l'Union européenne reprend sans surprise son raisonnement habituel au terme duquel l'État peut venir aider une entité publique privé de diverses manières, au nombre desquelles figurent les mécanismes de garantie¹⁵²³. En effet, selon la Haute instance européenne « *un emprunteur qui a souscrit un prêt garanti par les autorités publiques d'un État membre obtient normalement un avantage, dans la mesure où le coût financier qu'il supporte est inférieur à celui qu'il aurait supporté s'il avait dû se procurer ce même financement et cette même garantie aux prix du marché* »¹⁵²⁴.

984. La question était cependant posée de savoir si les établissements publics bénéficiaient d'une telle garantie de l'État. Question d'autant plus épineuse qu'il n'existe pas de textes qui en prévoient explicitement l'existence. Les institutions de l'Union européenne vont cependant considérer qu'il s'agit en réalité d'une garantie implicite – donc illimitée et intemporelle – de l'État à ses établissements publics. Ainsi, la Commission dispose « *que, s'il est vrai qu'il n'existe pas de texte ou décision confirmant ou excluant l'existence d'une garantie explicite de l'État en faveur des EPIC, cette absence ne permet pas d'exclure l'existence d'une garantie implicite* »¹⁵²⁵, d'autant que la République française avait elle-même (maladroitemment) révélée explicitement cette garantie implicite. André-Guy Delion et Michel Durupty révèlent ainsi que « *l'existence de cette garantie, automatique et illimitée, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de la prévoir par un texte spécifique et sans être cantonnée à certaines créances ou à certains montants, reposait sur un consensus juridique, mais à l'état de "non-dit" jusqu'à une note du Conseil d'État non publiée* »¹⁵²⁶. Cette note rédigée à l'occasion de la mise en place de l'établissement public de financement et de restructuration du Crédit Lyonnais a cependant été

¹⁵²² M. Lombard, « Statut d'établissement public, service public et aide d'État », AJDA 2012, p. 2313.

¹⁵²³ Cf. *supra* n° 970 et s.

¹⁵²⁴ CJUE 8 décembre 2011, aff. C-275/10, *Residex Capital IV*, pt 39 : Rec. I-13043 – CJUE, 3 avril 2014, *République française c. Commission européenne*, pt 96 : préc.

¹⁵²⁵ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 102 : préc.

¹⁵²⁶ A.-G. Delion et M. Durupty, *Chronique du secteur public économique*, RFAP 2012, n° 144, p. 1143.

reprise publiquement dans le Rapport du Conseil d'État de 1995, mention que ne se sont pas privées de relever les institutions européennes pour qui il s'agit d'une reconnaissance explicite de la garantie implicite dont bénéficie l'établissement public¹⁵²⁷.

985. Sur ce point le juge valide la position de la Commission européenne selon laquelle, l'existence d'une garantie illimitée de l'État au bénéfice des établissements publics tient aux « *particularités intrinsèques* »¹⁵²⁸ de leurs statuts et peut être démontrée par le recours à un « *faisceau d'éléments convergents, dotés d'une certaine fiabilité et cohérence* »¹⁵²⁹.

986. Le raisonnement des institutions de l'Union européenne se fait en deux temps. C'est parce que les établissements publics ne sont pas assujettis au droit commun relatif au redressement et à la liquidation d'entreprise en vertu du principe d'insaisissabilité (A), que l'État se porte automatiquement garant de ses établissements publics (B).

A. Le non assujettissement des établissements publics au droit commun relatif au redressement et à la liquidation d'entreprises en difficulté

987. Les juges et autorités de l'Union européenne vont s'appuyer sur les dispositions du droit national français pour démontrer que les établissements publics ne sont jamais susceptibles d'être soumis aux procédures collectives de droit commun¹⁵³⁰.

988. Le raisonnement est assez difficilement contestable. Selon les institutions de l'Union européenne, les procédures d'insolvabilité et de faillite ne sont pas applicables aux EPIC en tant que personnes morales de droit public en vertu du principe général d'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public¹⁵³¹. Les institutions de l'Union européenne s'appuient

¹⁵²⁷ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 107 : préc. – Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 139 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pt 71 : préc.

¹⁵²⁸ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 98 : préc.

¹⁵²⁹ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pts 27 et 66 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pt 120 : préc.

¹⁵³⁰ Cf. *supra* n° 169 et s.

¹⁵³¹ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 22 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, *République française c. Commission européenne*, aff. T-154/10, pt 80 : préc.

sur ce point sur la « *jurisprudence française depuis la fin du 19^{ème} siècle* »¹⁵³² et notamment sur l'arrêt de Cour de cassation *BRGM* du 21 décembre 1987¹⁵³³.

989. La Cour d'appel de Paris, notamment dans son arrêt *SNCF c. GARP* de 1984, avait en effet considéré, en vertu du principe général du droit d'insaisissabilité, qu'il était impossible de recourir aux voies d'exécution à l'encontre des établissements publics¹⁵³⁴. Plus exactement, comme le rappelle Martine Lombard, la Cour avait produit une analyse plus fine en proposant que « *les EPIC non soumis aux règles de la comptabilité publique [puissent] faire l'objet d'une saisie-arrêt à condition qu'elle ne compromette pas, par la nature ou l'importance des biens saisis, le fonctionnement régulier et continu du service public* »¹⁵³⁵. Cette dernière analyse n'avait cependant été retenue par la Cour de Cassation¹⁵³⁶ qui était revenue « *sans égard au lien ainsi proposé avec la mission de service public, à la distinction initiale entre les entreprises publiques en forme de sociétés et celles en forme d'EPIC, ces dernières bénéficiant du 'principe général du droit selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables'* »¹⁵³⁷.

990. Le principe d'insaisissabilité est donc applicable à tous les établissements publics, y compris industriels et commerciaux, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés. Cet aspect exorbitant du régime des personnes publiques a de prime abord l'apparence d'une sujétion car « *le caractère insaisissable d'un bien prive les créanciers de gage, ce dont les relations commerciales s'accommodent mal* »¹⁵³⁸. C'est la raison pour laquelle, des voix se sont régulièrement élevées pour demander une dérogation au principe de l'insaisissabilité pour les EPIC issu d'anciennes entreprises privées nationalisées¹⁵³⁹ ou pour les EPIC sans comptable public¹⁵⁴⁰. Mais la Cour de cassation est restée inflexible¹⁵⁴¹, soutenue sur ce point par la

¹⁵³² Com. eur., 29 juin 2011, déc. n° 2012/26/UE concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 25 : préc.

¹⁵³³ TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pt 80, préc.

¹⁵³⁴ CA Paris, 1^{ère} ch., *SNCF c. GARP*, 11 juillet 1984 : AJDA 1984, p. 625, note Bazex ; RFDA 1985, p. 85, note Delvolvé ; D. 1985, Jur. p. 174, note Denoix de Saint Marc ; Gaz. Pal. 1984, II p. 565, étude Gaudemet ; JCP 1986, I, n° 3236, étude Amselek.

¹⁵³⁵ M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA 2006. 79.

¹⁵³⁶ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, *BRGM c. Société Lloyd Continental* : Bull. civ. I, n° 348 ; RFDA 1988.787, concl. Charbonnier et note Pacteau ; CJEG 1988.107, note Richer ; RTD civ. 1989.145, note Perrot ; JCP G 1989.II.21183, note Nicod.

¹⁵³⁷ M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », préc.

¹⁵³⁸ G. Vedel, « Le régime des biens des entreprises nationalisées », CJEG 1956.23 – *Adde Civ.*, 9 juillet 1951, *SNEP* : D. 1952.141 note Blaevoët ; S. 1952.I.125, note Drago.

¹⁵³⁹ CA Paris, 11 juillet 1984, *SNCF c. Groupement régional ASSÉDIC région parisienne* : AJDA 1984.615, note Bazex ; D. 1985.175, note Denoix de Saint Marc ; Gaz. Pal. 1984.2.565 ; RFD adm. 1985.85, note Delvolvé.

¹⁵⁴⁰ P. Delvolvé, « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », EDCE, n° 35, 1983-1984, p. 111.

¹⁵⁴¹ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, *BRGM c. Société Lloyd Continental* : préc.

« position de la doctrine majoritaire, fondée sur l'absence de lien entre l'existence ou non d'un comptable public et la qualité de biens publics »¹⁵⁴².

991. Le principe d'insaisissabilité va, en l'occurrence, servir de soubassement à un raisonnement qui condamne la garantie implicite de l'État à ses établissements publics industriels nationaux.

B. Le rôle de garant de l'État sur les activités menées par les établissements publics

992. Il y a ici un des aspects les plus délicats du raisonnement des institutions de l'Union européenne. Elles considèrent en effet que l'État se trouve être toujours garant en dernier ressort des activités économiques menées par les établissements publics pour deux raisons qui découlent toutes deux du principe d'insaisissabilité des personnes publiques.

993. Le raisonnement est le suivant : c'est parce que le principe d'insaisissabilité est applicable à la personne publique et notamment à l'établissement public qu'il est fait obligation à l'État de répondre des dettes des établissements publics en cas de défaillance. Pour les juges et autorités de l'Union européenne, l'impossibilité de mettre en œuvre des procédures collectives et d'exécutions forcées à l'égard des établissements publics doit forcément être compensée par des mécanismes alternatifs, ainsi « *si un établissement public ne peut pas être mis en faillite, c'est qu'il existe nécessairement des procédures qui le garantissent contre un tel risque ; en cas de nécessité, en cas de grave déficit financier, l'établissement public peut donc compter, comme ressource ultime, sur des avances de l'État : il faut bien désintéresser les créanciers* »¹⁵⁴³. Autrement dit, c'est parce que les biens des personnes publiques ne sont pas saisissables qu'il existe des mécanismes de garanties. L'État serait donc structurellement dans l'obligation de garantir ses établissements publics. Pour justifier cette position, les institutions de l'Union européenne prennent à témoin la doctrine française et la pratique qui « *en font une garantie inhérente, donc implicite et automatique : la loi qui crée un établissement public n'a pas besoin de la prévoir expressément* »¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² B. Plessix, *Établissements publics – statut, structures*, JCP A, fasc. 136, Paris, LexisNexis, 2014, n° 76 et 77 – P. Amselek, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », JCP G 1986, I, 3236. – R. Ducos-Ader, « Le principe de l'insaisissabilité : un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux », Gaz. Pal. 1986, 2, p. 474.

¹⁵⁴³ B. Plessix, *Établissements publics. – Statut. Structures*, préc., n° 76.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

994. Selon André-G. Delion et Michel Durupty, les institutions de l'Union européenne ont ici recours à une conception selon laquelle les établissements publics étant considérés « *comme des démembrements personnalisés des collectivités publiques [...] bénéficient d'une sorte de garantie de survie de leur part, l'autonomie juridique leur ayant été conférée pour des raisons qui ne sauraient remettre en cause la responsabilité de leur créateur* »¹⁵⁴⁵.

1. Une garantie de l'État sur le remboursement des créances individuelles

995. Pour les juges et autorités de l'Union européenne, le créancier d'un établissement public est assuré de voir sa créance remboursée dans l'hypothèse où cet établissement serait en difficulté financière et ne pourrait pas honorer ses dettes¹⁵⁴⁶. À titre de preuve, elles avancent deux arguments principaux.

996. En premier lieu, la législation nationale prévoirait elle-même un mécanisme de garantie par l'État de la carence des collectivités territoriales et des établissements publics. Cette garantie trouverait son fondement dans la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980¹⁵⁴⁷ et son décret d'application qui « *désignent expressément l'État comme l'autorité compétente pour le recouvrement des dettes des établissements publics [et] lui confèrent des pouvoirs important tels que le mandatement d'office et la création de ressources suffisantes* »¹⁵⁴⁸. Cette prérogative particulière autorise en effet le représentant de l'État au niveau local, en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, de procéder à l'inscription d'office et au mandatement des sommes dues au budget de la collectivité territoriale ou de l'établissement

¹⁵⁴⁵ A. G. Delion et M. Durupty, *Chronique du secteur public économique*, RFAP 2012, n° 144, p. 1143.

¹⁵⁴⁶ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pts 110 et s. : préc. – Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 148 et s. : préc. – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, République française c. Commission européenne, pt 15 : préc.

¹⁵⁴⁷ Art. 1^{er} de la L. n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO du 17 juillet 1980, p. 1799) : « II. - *Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice. À défaut de mandatement ou d'ordonnancement dans ce délai, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office. En cas d'insuffisance de crédits, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office* ».

¹⁵⁴⁸ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 25 : préc.

public local défaillant, passé un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice. Selon la même logique, le créancier d'un établissement public national peut, lorsque l'ordonnateur refuse d'honorer sa dette, se pourvoir devant le ministre de tutelle qui peut procéder à l'inscription et au mandatement d'office dans la limite des crédits ouverts¹⁵⁴⁹.

997. Il y a là une interprétation particulièrement large donnée à ces textes. C'est la raison pour laquelle les autorités françaises avaient argué du fait que la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 n'entraîne pas d'obligation pour l'État d'engager ses propres ressources et que l'expression « y *pourvoit* » mentionnée à l'article 1^{er} confère seulement à l'autorité de tutelle un « *pouvoir de substitution* » à l'exécutif de la personne publique concernée (collectivité territoriale ou établissement public). Plus précisément, la décision prise par l'autorité de tutelle de procéder à l'inscription d'office et au mandatement d'office des sommes qu'aurait été condamnées à payer une personne publique ne saurait se confondre avec l'obligation pour cette autorité de tutelle de payer lesdites sommes sur son propre budget.

998. En outre, les institutions de l'Union européenne oublient que cette procédure n'est valable qu'en tant que la personne publique en cause (établissement public ou collectivité territoriale) refuse d'honorer une dette au paiement de laquelle elle a été condamnée par une décision juridictionnelle. Autrement dit, en dehors d'une telle condamnation, la faculté de l'autorité de tutelle (tutelle dont on rappelle qu'elle ne doit pas être confondue avec le pouvoir hiérarchique en l'absence de texte exprès¹⁵⁵⁰) « *à réquisitionner le comptable public pour assurer l'exécution forcée d'un titre qu'il aurait émis, n'est pas reconnue* »¹⁵⁵¹.

999. La France avait également tenté de prouver que la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) prévoit que seule une disposition de lois de finances peut créer

¹⁵⁴⁹ Cette possibilité était avant spécifiquement prévue par l'art. 170 du D. n° 62-1587, 29 décembre 1962 (JO du 30 décembre 1962, p. 12828). Cette disposition a toutefois été abrogée par le D. n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 (JO n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713). Dès lors, pour les établissements publics industriels et commerciaux nationaux « *le directeur départemental ou régional des finances publiques peut s'adresser au ministre de tutelle technique. Si le règlement particulier de l'EPIC le prévoit, il est alors procédé à l'inscription d'office des crédits ou au mandatement d'office des sommes dues dans la limite des dotations inscrites. En l'absence de telles dispositions, le directeur précité intervient auprès de la direction de l'EPIC débiteur* » : C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 605-270.

¹⁵⁵⁰ Cf. not., CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie, boulangerie-pâtisserie et fabrications annexes* : Rec. 23 – CE, 8 novembre 1961, *Sieur Coutarel* : Rec. 632 – CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Centre hospitalier de Lannion* : Rec. 179. Adde M. Vialettes, « Pouvoir hiérarchique et établissement public », concl. sur CE, 12 décembre 2012, n° 354635, 350479 et 350890, *SYNERPA*, AJDA 2013, p. 481.

¹⁵⁵¹ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 605-270. Adde les réf. citées par les auteurs : not. cf. concl. du rapporteur du TA Versailles, 11 décembre 2008, n° 0508993, *M. Montravers c. Commune de Brétigny-sur-Orge* : BJCL 2009, n° 6, p. 398.

une garantie, ce qui aurait été confirmé par le Conseil d'État dans son Rapport annuel de 2006. La Commission rejette cependant cet argument au motif que la LOLF impose cette inscription dans les lois de finances pour le seul « octroi » de la garantie, ce qui exclut par définition les garanties implicites¹⁵⁵².

1000. Aussi contestable soit-elle, la position des juges et autorités de l'Union européenne est révélatrice d'une conception systémique selon laquelle l'établissement public est un démembrement d'une collectivité publique, et plus largement une incarnation institutionnelle de l'État, il paraît alors inévitable que l'autorité de tutelle se substitue, en cas de défaillance, pour honorer ses créances, ce que viendrait simplement confirmer la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980.

1001. C'est dans cette logique, qu'en second lieu, les juges et autorités de l'Union européenne considèrent qu'à défaut de créer les conditions du remboursement des créanciers au sein du budget de l'entité en question (ou de procéder lui-même à son remboursement) il existe un principe de responsabilité « *en dernier recours* » de l'État pour les dettes des personnes morales de droit public¹⁵⁵³.

1002. Ce point est sans doute le plus contestable. Pour y répondre, les autorités françaises avaient ainsi déployé deux arguments. L'un reposant sur le constat que la responsabilité sans faute de l'État ne peut être mise en jeu du seul fait d'une insuffisance d'actifs (en effet, toute garantie suppose pour le garant d'assumer le fait du garanti), or, dès lors que la responsabilité implique d'assumer une faute ou, dans le cas de la responsabilité sans faute, les conséquences d'une action propre, il ne peut être question de garantie. L'autre s'appuyant sur le fait que la responsabilité de l'État n'était en réalité pas engagée systématiquement car, en vertu du principe de continuité du service public, les représentants de l'État, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la loi, pourraient décider de ne pas céder certains actifs nécessaires à l'accomplissement

¹⁵⁵² Com. eur., 29 juin 2011, déc. n° 2012/26/UE concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole » (préc.) : « *le fait d'octroyer une garantie couvre les cas dans lesquels, par une manifestation explicite de volonté, l'État décide de conférer sa garantie à un organisme ou à une opération* »; par conséquent, « *le champ d'application de l'obligation d'inscrire les garanties en loi de finances ne couvre donc pas les garanties nées d'un statut ou d'une obligation jurisprudentielle, caractérisées par leur caractère implicite et automatique; que cette seconde catégorie ne relève pas d'une décision de l'État mais du fait que l'État se place dans un cadre juridique préexistant dont la garantie n'est qu'un effet* » (pt 104).

¹⁵⁵³ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 23 et s., 222 et 255 : préc. – Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pts 25 et 123 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pts 5 et 69 : préc.

de la mission de service public et dès lors qu'« *une telle procédure ne conférerait pas aux créanciers de l'établissement public [...] des droits supérieurs à ceux qu'ils auraient en application du droit commercial* »¹⁵⁵⁴.

1003. Cependant aucun de ces arguments n'a convaincu et, pour prouver la mise en jeu de la responsabilité de l'État, les institutions de l'Union européenne se sont appuyées sur la jurisprudence du Conseil d'État, notamment issue de l'affaire *Campoloro*. En l'espèce, il s'agissait d'une commune française qui, après avoir résilié unilatéralement des contrats de concession, avait été condamnée au paiement de dommages et intérêts par le juge administratif, dette qu'elle n'a pas honorée au prétexte d'un manque de ressources et alors même que la décision juridictionnelle était passée en force de chose jugée. Dans son arrêt de Section du 18 novembre 2005¹⁵⁵⁵, le Conseil d'État considère que les pouvoirs de l'autorité de tutelle étaient limités par les compétences légales de l'autorité préfectorale et donc par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980. Le Préfet peut à ce titre venir dégager les ressources nécessaires pour honorer la créance en procédant à la vente de biens appartenant à la collectivité par exemple. Le Conseil d'État vient cependant fixer deux hypothèses de responsabilité de l'État que peut engager le créancier d'une commune : l'une pour faute lourde si l'autorité de tutelle s'est abstenue ou a négligé d'utiliser ses pouvoirs, l'autre, sans faute pour préjudice anormal et spécial si le Préfet a légalement estimé que la créance ne pouvait pas être honorée eu égard à la situation de la collectivité – notamment à l'insuffisance de ses actifs – ou en raison d'impératifs d'intérêt général¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁴ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 44. b. : préc.

¹⁵⁵⁵ CE, Sect., 18 novembre 2005, n° 271898, *Société fermière de Campoloro c. Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire* : Rec. 515, BJCL 2006.43, concl. Boulouis ; AJDA 2006. 137, chron. Landais et Lenica, et 2007. 1218, étude Cassia ; D. 2006. 13 ; RFDA 2006. 341, note Bon ; DA mars 2006.33, note Guettier ; JCP 2006.II.10044, note Moustier et Béatrix. *Adde* CE, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro* : Rec. 3409, D. 2000. 249, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA 2000. 1096, note P. Bon.

¹⁵⁵⁶ Comme le note M. Jacques Dabreteau, la Cour administrative d'appel de Paris « *a fait sienne un tel raisonnement en retenant l'abstention fautive de l'État à exercer ses pouvoirs pour faire exécuter une décision de justice condamnant l'UGAP – EPIC de l'État – à verser des sommes à la société Epson France (CAA Paris 6 juin 2006, Société Espon France SA, req n° 03PA03529) et en condamnant l'État à verser la différence entre le montant versé par l'UGAP et le montant encore dû à la société. La portée de cet arrêt doit cependant être relativisé, le Conseil d'État l'ayant a posteriori annulé en considérant que la décision de justice alléguée par le créancier ne constituait pas, au sens de la loi du 16 juillet 1980, une condamnation de l'UGAP au paiement d'une somme d'argent (CE 12 décembre 2007, Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, Union des groupements d'achats publics, req. n° 296345, AJDA 2007.2410)* » : J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit de ses EPIC », AJDA 2010 p. 2346.

1004. Pour étoffer ce raisonnement, les institutions de l'Union européenne s'appuient également sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) relative à l'affaire *Campoloro*¹⁵⁵⁷ : Les autorités de l'Union européenne observent ainsi que la CEDH a finalement constaté une violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour estime en effet qu'en s'abstenant d'exécuter, pendant plus de 14 ans, les jugements rendus par le Tribunal administratif en faveur des sociétés requérantes, la France a privé ces dernières d'accès à un tribunal ; elle rappelle également qu'une autorité de l'État ne saurait prétexter du manque de ressources pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice et déclare inopérants les arguments tirés par le Gouvernement de l'autonomie des collectivités locales par rapport à la responsabilité internationale de l'État. Cette analyse amène la CEDH à mettre à la charge de l'État l'intégralité de la dette des communes débitrices.

1005. Les juges et autorités de l'Union européenne considèrent que ces arrêts prouvent que le régime de responsabilité de l'État, dans la mise en œuvre de la procédure de recouvrement des dettes des communes et des établissements publics, présente toutes les caractéristiques d'un mécanisme de garantie¹⁵⁵⁸.

1006. La doctrine française a pu contester cette approche. Monsieur Olivier Schrameck a ainsi considéré que la garantie illimitée « *est plutôt une garantie d'occasion pour répondre à certaines obligations internationales de la France [...], mais ce n'est pas du tout l'application d'une règle générale selon laquelle l'État serait le gage permanent et absolu de la pérennité financière et commerciale d'un établissement public* »¹⁵⁵⁹. Dans le même sens, des auteurs ont pu considérer que cette décision « *témoigne sans doute plus du souci de la CEDH de sanctionner l'État pour avoir omis sur une longue période de prendre les dispositions*

¹⁵⁵⁷ CEDH, 6 décembre 2006, aff. 57516/00, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France* : D. 2007.545, note Hugon. Adde CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce* : Rec. I-495 ; AJDA 1997.986, obs. Flauss ; D. 1988, note Fricero ; JCP 1997.II.22949, note Dugrip et Sudre ; RTD civ. 1997.1009, note Marguenaud.

¹⁵⁵⁸ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 42, 49, 63, 188, 201, 211 et 228 : préc. – Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pts 36, 44, 103, 106, 120, 122, 126 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pts 92, 93, 97, 99 : préc. – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pts 72 et 85 : préc.

¹⁵⁵⁹ X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, *Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'État*, AJDA 2010 p. 1238.

nécessaires à l'exécution des jugements de condamnation, que de la reconnaissance d'une forme de garantie permanente et absolue au profit des autres personnes publiques »¹⁵⁶⁰.

1007. La même critique a été déployée par les autorités françaises qui, en réponse au raisonnement des juges et autorités de l'Union européenne, ont tenté de mettre en avant la reconnaissance de la « responsabilité propre » de l'établissement public au support de la décision d'assemblée du Conseil d'État de 1938 *Société de l'hôtel d'Albre* relatif à un établissement national de tourisme. Cependant, c'est à juste titre que la Commission rejette cet argument au motif que dans cet arrêt « *le Conseil d'État a uniquement refusé de faire droit à la demande du créancier adressée directement au ministre des travaux publics. Or, l'intervention d'une garantie suppose une situation d'insolvabilité, et non pas que, sur simple demande du créancier, l'État soit tenu d'acquitter la dette d'un établissement public* »¹⁵⁶¹. Les autorités nationales auraient plutôt dû mettre en avant l'arrêt du Conseil d'État du 25 septembre 1970, *Commune de Batz sur mer*, par lequel la Haute juridiction administrative considérait que « *l'inexécution d'une dette démesurée par rapport aux capacités financières d'une collectivité locales n'est pas de nature à faire échapper celle-ci à ses obligations, ni à transférer la charge de sa dette sur l'État* »¹⁵⁶².

1008. Toutefois, là encore, la jurisprudence nationale n'aurait pas constitué une preuve de l'inexistence d'une garantie illimitée dans la mesure où, *in fine*, les juges et autorités de l'Union européenne considèrent que la garantie implicite de l'État est révélée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Société de gestion du port de Campoloro*¹⁵⁶³ : l'État est responsable de l'inexécution par les personnes publiques des décisions juridictionnelles devenues définitives sur le fondement de l'article 6 §1 de la convention européenne des droits de l'Homme.

1009. Sur ce point, la position des institutions de l'Union européenne est fortement critiquable car elle consiste à qualifier la mise en jeu de la responsabilité de l'État, en cas de refus ou d'abstention des personnes publiques d'exécuter une décision de justice, de garantie implicite.

¹⁵⁶⁰ J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit de ses EPIC », AJDA 2010 p. 2346.

¹⁵⁶¹ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 103 : préc.

¹⁵⁶² CE, Sect., 25 septembre 1970, n° 73.707 et 73.727, *Commune de Batz-sur-mer et Dame veuve Tesson* : Rec. 540 ; D. 1971.55, concl. Morisot ; AJDA 1971.37, chron. Labetoulle et Cabannes ; JCP 1970.II.16525, note X ; RTDSS 1971.294, note Dubouis.

¹⁵⁶³ CEDH, 6 décembre 2006, aff. 57516/00, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France* : préc.

Certes, la Cour européenne des droits de l'Homme avait également pu reconnaître, dans un arrêt *Bourdov c. Russie* du 7 mai 2002, qu'« une autorité de l'État ne saurait prendre prétexte de l'absence de crédit pour ne pas honorer sa dette »¹⁵⁶⁴, toutefois, il semble quelque peu exagéré de considérer qu'une telle interdiction constitue une garantie de l'État sur les créances des personnes publiques.

1010. En réalité, les institutions de l'Union européenne s'appuient sur des fondements hasardeux pour conforter une intuition qui, elle, ne nous semble pas contestable : celle selon laquelle le privilège dont disposent les personnes publiques de ne pas être soumises aux voies d'exécution du droit commun et aux procédures collectives doit indispensablement avoir pour contrepartie l'institution de voies d'exécution administratives, qui appellent, *in fine*, à une solidarité de l'État dans le règlement des créances.

2. *Une garantie de l'État « sur le maintien de l'existence et/ou des obligations » dans le cas d'une disparition de l'établissement public*

1011. Les juges et autorités de l'Union européenne estiment que même si, après l'utilisation des procédures de recouvrement spécifiques, le créancier d'un EPIC n'obtenait pas satisfaction, il demeurerait assuré qu'elles ne disparaîtraient pas¹⁵⁶⁵. Les institutions de l'Union européenne déploient ici une analyse empirique, en considérant que dans l'hypothèse d'une dissolution d'un EPIC « le principe du transfert des dettes à l'État ou à une autre entité publique est généralement applicable, de sorte que tout créancier d'un EPIC est assuré de ne jamais perdre la créance qu'il détient sur un établissement public »¹⁵⁶⁶.

1012. Le raisonnement des institutions de l'Union européenne est cependant fragile car, du propre aveu de la Commission, il ne s'appuie pas sur l'existence d'un régime juridique général de la disparition des établissements publics mais sur la pratique qui démontre que le texte juridique, détaillant les modalités de la disparition, « organise toujours un transfert des droits

¹⁵⁶⁴ CEDH, 7 mai 2002, aff. 59498/00, *Bourdov c. Russie*, pt 34 : CEDH 2002-III ; Dr. et procéd. 2002, n° 5, p. 290, obs. Fricero.

¹⁵⁶⁵ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 230 à 250 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pt 26 : préc. – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : pt 16 : préc.

¹⁵⁶⁶ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 25 : préc.

*et obligations de l'établissement venant à disparaître soit vers l'État, soit vers l'entité qui reprend sa mission »*¹⁵⁶⁷.

§2. UNE GARANTIE ILLIMITÉE PRÉSUMÉE CONSTITUTIVE D'UNE AIDE D'ÉTAT ILLÉGALE

1013. Une fois l'existence de la garantie illimitée confirmée, la Commission européenne s'est employée à démontrer qu'elle constituait une aide d'État incompatible avec les règles du droit de l'Union européenne. Son raisonnement n'a pas manqué de faire l'objet de vives critiques tant de la part des autorités françaises que de la doctrine juridique, comme nous aurons l'occasion de le voir. D'ailleurs, l'avocat général devant la Cour reconnaissait volontiers dans ses conclusions que « *la spécificité de la présente affaire procède avant tout de la nature implicite du cas de figure concerné, ce qui rend particulièrement complexe l'application des critères constitutifs de la notion d'aide d'État [...]* ».

1014. La Cour de justice de l'Union européenne va venir trancher ce débat en considérant, sur le support des conclusions de l'avocat général, qu'il « *existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget* »¹⁵⁶⁸. Cette position de la Haute juridiction de l'Union européenne a de quoi faire « frémir » les autorités françaises car, à compter d'aujourd'hui, la Commission européenne n'aura qu'à prouver l'existence d'une garantie illimitée pour la qualifier d'aide d'État illégale, sans avoir à rechercher les effets réels de celle-ci¹⁵⁶⁹ (A). Cette présomption ne sera levée que dans de rares cas dérogatoires (B).

A. Un principe contesté

1015. Si la présomption simple vient clarifier – mais pas forcément apaiser – le débat sur la question de savoir si la garantie illimitée était une d'aide d'État illégale, il n'est pas inintéressant de se pencher sur les termes du débat lui-même.

¹⁵⁶⁷ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 31 : préc.

¹⁵⁶⁸ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 98 : préc.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, pt 99.

1016. En effet, la défaite a un goût amer pour les autorités françaises qui ont contesté avec force (et souvent avec raison) deux points du raisonnement des institutions de l'Union européenne.

1. La question du transfert de ressources

1017. La Professeure Rozen Noguellou, dans son commentaire de la décision du Tribunal de première instance de l'Union européenne relative à La Poste, avait relevé la « *faute* »¹⁵⁷⁰ de la République française, qui « *n'avait pas contesté la décision de la Commission sur [...] l'existence d'une intervention au moyen de ressources d'État - si bien que l'argument développé ensuite devant le Tribunal a été jugé irrecevable* »¹⁵⁷¹. Selon la Professeure il y avait pourtant là « *un élément de faiblesse dans le raisonnement de la Commission et il aurait été intéressant d'avoir la position du Tribunal sur cette question : en l'état, en effet, le transfert n'était que "potentiel", l'aide étant constituée d'une garantie "implicite" de l'État français* »¹⁵⁷².

1018. Il est vrai que le caractère « implicite » de la garantie pouvait la faire échapper à la qualification d'aide d'État au regard de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle une aide d'État ne peut être retenue qu'à la condition qu'elle soit suffisamment « *précise, inconditionnelle et ferme* »¹⁵⁷³. Michel Bazex et Sophie Blazy, dans un commentaire de la décision n° 2005/145 de la Commission du 16 décembre 2003 européenne relative à EDF, avait également noté que « *le seul fait d'échapper aux procédures collectives ou aux voies d'exécution du droit commun n'obère pas par principe les finances publiques* »¹⁵⁷⁴.

1019. Il était donc regrettable que le TPIUE n'ait pas été amené à se prononcer sur cette question. C'est la raison pour laquelle, à l'appui de son pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne, la République Française a soulevé un moyen de procédure qui a donné lieu à une réponse surprenante de la CJUE. La Cour va, en effet, répondre habilement (mais peut-être un peu rapidement) sur la question du transfert de ressources, en jugeant, dans un premier temps, que l'argumentation concernant le transfert de ressources était en réalité

¹⁵⁷⁰ R. Noguellou, « La condamnation du statut de l'EPIC », DA n° 11, novembre 2012, alerte 54.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ TPIUE, 21 mai 2010, aff. jointes. T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *France c. Commission* : Europe 2010, n° 7, comm., 248, p. 29, note Idot ; RAE 2009, n° 4, p. 877, note Bertrand

¹⁵⁷⁴ M. Bazex et S. Blazy, « Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'État ? », comm. sur Com. eur., déc. n° 2005/145 du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières (JO n° L 49/9 du 22 février 2005), DA 2005, n° 5, comm. 61.

contenue dans la requête introductive d'instance de la République française devant le TPIUE et ne constituait pas un moyen nouveau invoqué au stade de la réplique ; pour cependant, conclure, dans un second temps, que la qualification erronée de moyen nouveau ne saurait entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué dans la mesure où la question du transfert de ressources avait en réalité été tranchée par le TPIUE qui avait procédé à « *une pleine et complète vérification du bien-fondé de l'argument soulevé par la République française, pris d'une méconnaissance de la condition relative au transfert de ressources d'État* »¹⁵⁷⁵.

1020. C'est donc à la lecture de la décision du TPIUE qu'il faut retourner. Mais, en réalité, le raisonnement du juge de première instance ne permet pas de répondre clairement sur la question du transfert de ressources. En effet, s'il admet que l'État n'est pas explicitement dans l'obligation de dégager des ressources étatiques pour garantir ses établissements publics, il précise que c'est « *selon toute probabilité* »¹⁵⁷⁶ que l'État viendra « *honorer les dettes de l'établissement public débiteur* »¹⁵⁷⁷.

1021. Le raisonnement est pour le moins osé, les institutions de l'Union européenne considèrent que le transfert de ressource n'est pas « potentiel » car il est « certain ». Autrement dit, comme l'État viendra nécessairement rembourser les créances de son établissement défaillant, on peut considérer que le transfert est déjà fictivement constitué.

2. La question de l'avantage économique sélectif

1022. Pour les institutions de l'Union européenne, la garantie implicite de l'État à l'égard des établissements publics constitue un « *avantage économique sélectif* » du fait des conditions de crédit favorables qu'ils peuvent obtenir sur le marché¹⁵⁷⁸. Les autorités françaises et la doctrine

¹⁵⁷⁵ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 46 : préc.

¹⁵⁷⁶ TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pt 86 : préc.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pts 192 à 250 : préc. – Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 256 à 300 : préc. – TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne*, pts 106 à 110 : préc. – CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pts 18, 97 et 102 : préc. Il faut noter que, dans la déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011, la Commission européenne avançait un argument, que n'ont pas repris les juges européens, aux termes duquel : « *en ce qui concerne les fournisseurs, contrairement à ce que les autorités françaises indiquent [...], il ne suffit pas que l'établissement public IFP soit soumis, par le droit de l'Union européenne ou par le droit national, à une obligation de mise en concurrence pour écarter tout avantage tiré de son statut d'EPIC: dans le cadre des marchés publics organisés, chaque candidat- fournisseur peut anticiper l'impossibilité de faillite de l'établissement public IFP lorsqu'il répond à un appel d'offres. Aussi convient-il, en matière d'achat public, de distinguer la baisse de prix liée aux gains d'efficacité que permet la mise en concurrence des soumissionnaires lors des appels d'offres – qui représente, comme la Commission l'a relevé dans le rapport*

se sont employées à venir contredire ce raisonnement sur le fondement de trois arguments principaux.

1023. Premièrement, concernant le recours de la Commission aux données fournies par les agences de notation. En effet, pour établir l'avantage économique dont bénéficient les établissements publics, la Commission européenne s'est principalement appuyée sur les analyses et les méthodes de ces agences. Or, selon la Commission, la notation financière des établissements publics prend en compte l'existence d'une garantie implicite de l'État et leur est donc favorable, ce qui, par conséquent, influence positivement les conditions de crédit qu'ils peuvent obtenir sur le marché¹⁵⁷⁹.

1024. Cette analyse, si elle a été validée par la Haute instance de l'Union européenne¹⁵⁸⁰, ne fait pas pour autant l'unanimité. Au contraire, beaucoup ont pu rappeler le caractère très aléatoire de la notation : les établissements publics, notamment dans une période de crise, peuvent voir leur noter fluctuer, notamment à la baisse. Ainsi, selon Rozen Noguellou « *La question pourrait également être posée, à l'heure où un grand nombre d'États font face à des dégradations de leurs notations financières, de savoir si la garantie d'un État est vraiment un "avantage" concurrentiel pour les entreprises concernées* »¹⁵⁸¹.

1025. Dans une autre perspective, la critique émise par la Professeure Sophie Nicinski est des plus intéressantes : elle considère que « *l'articulation de la contestation ne semble pas devoir reposer sur une inexacte appréciation des faits, mais sur les faiblesses du raisonnement adopté par la Commission* »¹⁵⁸². Elle prend ainsi l'exemple d'Aéroport de Paris qui bénéficie d'une bonne notation, alors qu'il est doté d'un statut de droit privé et que ses biens sont insaisissables. Selon la Professeure Sophie Nicinski, « *soit l'insaisissabilité des biens est un argument fondamental pour démontrer l'existence d'une garantie illimitée de l'État mais cette garantie n'influence pas le coût du crédit ; soit l'insaisissabilité des biens ne permet pas de démontrer*

cité par les autorités françaises, un authentique "bénéfice social" – et la baisse de prix qui résulte de l'appréciation plus favorable par ses cocontractants du risque de défaut d'une entité dont ils savent qu'elle est protégée du risque de liquidation judiciaire par son statut d'établissement public. Ces deux facteurs, bien que tendant tous deux à faire baisser les prix de l'approvisionnement public, sont d'une nature intrinsèquement différente, de sorte qu'il ne peut être question pour la Commission d'imputer les effets du second au premier ».

¹⁵⁷⁹ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 256 à 300 : préc.

¹⁵⁸⁰ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pts 106 et 107 : préc.

¹⁵⁸¹ R. Noguellou, « La condamnation du statut de l'EPIC », DA n° 11, novembre 2012, alerte 54.

¹⁵⁸² S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35.

*l'existence d'une garantie illimitée de l'État liée à un statut puisque des sociétés anonymes peuvent bénéficier de cet avantage et ce sont alors les prémisses du raisonnement de la Commission qui ne sont plus valables. Le raisonnement suivi par la Commission est par ailleurs parfaitement circulaire : elle se fonde sur les rapports des agences de notation, lesquelles réagissent aux prises de position de la Commission ! »*¹⁵⁸³. Il est vrai que le législateur a pu mettre en place des régimes spécifiques de protection des biens nécessaires ou indispensables à l'exécution des missions de service public au profit des anciens établissements publics transformés en société¹⁵⁸⁴. On pourrait d'ailleurs ajouter à cette hypothèse, le cas très spécifique de la protection des actions détenues par les personnes publiques qui participent au capital de sociétés anonymes lorsque celles-ci assurent une mission de service public. Ainsi, dans une affaire relative à la mise en œuvre d'une procédure conduisant à la vente forcée des parts sociales détenues par un département (procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire), la Cour de cassation a estimé que « *le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, s'il s'oppose à la mise en œuvre, à leur encontre, des voies d'exécution du droit commun, ne fait pas obstacle à la cession, fût-elle forcée, des biens dépendant de leur domaine privé* »¹⁵⁸⁵. Toutefois, cet arrêt, ainsi que l'arrêt rendu préalablement par le juge administratif (saisi par voie de question préjudicielle)¹⁵⁸⁶, « *est intéressant puisqu'il n'exclut pas que des actions ou des titres détenus par des personnes publiques puissent appartenir à leur domaine public* »¹⁵⁸⁷ s'ils sont indispensables au service public, dès lors ces actions ou titres pourraient bénéficier du principe d'insaisissabilité et conduire indirectement à une protection spécifique de ces sociétés anonymes.

1026. Deuxièmement, la doctrine française a pu arguer du fait que la garantie de l'État ne s'adresse pas qu'aux opérateurs publics. En effet, notamment concernant les entreprises privées nationales défailtantes, l'État a pu intervenir pour garantir leurs pertes. S'il ne devait être cité qu'un exemple, le plan de restructuration de Dexia SA est parfaitement illustratif. La Commission européenne, dans un communiqué de presse du 26 février 2010, rappelait ainsi

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ Par ex., cf. art. L. 251-3 du Code de l'aviation (concernant Aéroport de Paris). *Adde*, art. L. 451-10 du Code du patrimoine pour les biens des collections des musées de France appartenant aux personnes morales de droit privé.

¹⁵⁸⁵ Com., 21 janvier 2014, n° 12-29.475, *Département de Saône-et-Loire* : DA n° 4, Avril 2014, comm. 26, note Giacuzzo ; *Revue de Droit bancaire et financier* n° 2, Mars 2014, comm. 79, note Martin et Giuliani.

¹⁵⁸⁶ TA Paris, 21 octobre 2011, n° 1105713, *Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône et Société Eiffarie* : AJDA 2012.208, note Rohan et Leonetti ; RFDA 2012.1140, note Sorbara. *Adde*, sur le question de la compétence, CE, 4 juillet 2012, n° 356168, *Département de Saône-et-Loire* : RJEP n° 704, Janvier 2013, comm. 4, note Eckert

¹⁵⁸⁷ J.-G. Sorbara, « Les sociétés publiques locales et la propriété publique », RFDA 2012, p. 1140.

que, face aux difficultés qui menaçaient la survie même de la banque, la Belgique, la France et le Luxembourg ont octroyé des aides d'État au sauvetage¹⁵⁸⁸.

1027. Ce plan a été validé par la Commission européenne, en vertu des règles de l'Union européenne relatives aux aides d'État. Il ne s'agit certes pas là d'une garantie implicite et illimitée de l'État, mais l'apparence est trompeuse, tant il est difficile de croire que des États ne garantiraient des entreprises privées de cette importance.

1028. Troisièmement, certains auteurs, à l'instar du Président Olivier Schrameck, ont pu inviter à « *relativiser la conception même des instances communautaires qui ont tendance à exagérer l'avantage concurrentiel que procure la garantie illimitée dont disposent les établissements publics* »¹⁵⁸⁹. En effet, le statut public est une somme de sujétions et d'avantages dont la mise en balance ne permettrait pas de dévoiler de manière évidente que les uns priment sur les autres.

1029. Au support de ces trois critiques on pourrait citer l'exemple de la décision de la Commission, à propos de l'Institut français du pétrole, qui, à partir des éléments communiqués par les autorités françaises, avait reconnu que « *sur la période comprise entre son changement de statut et l'année 2010, l'établissement public IFP n'a pas tiré d'avantage économique réel de son statut d'EPIC dans ses relations avec les institutions bancaires et financières. En d'autres termes, il apparaît que l'avantage potentiel que l'entreprise aurait pu retirer de la garantie illimitée sous la forme de taux d'intérêt d'emprunt plus favorables que les conditions de marché n'a pas trouvé à se matérialiser sur la période considérée* »¹⁵⁹⁰. Il faut toutefois relativiser la position de la Commission qui revêt plutôt les atours d'une décision d'espèce. D'une part, elle ne manque pas, de son propre chef, d'émettre des réserves en disant qu'« *une telle conclusion ne vaut naturellement que pour le passé, la Commission ne pouvant présumer des comportements futurs des opérateurs du marché, ni de l'évolution de leur perception de*

¹⁵⁸⁸ IP/10/201 : la Commission précise le contenu de cette aide, à savoir : « *une augmentation de capital de € 6 milliards, dont € 5,2 milliards sont considérés par la Commission comme des aides d'État; une garantie des États belge, français et luxembourgeois sur certains éléments de passif de Dexia, d'un montant maximum de €150 milliards, réduit à €100 milliards depuis le 1^{er} novembre 2009; un soutien de liquidité d'urgence de la part de la Banque nationale de Belgique, garantie par l'État belge et une garantie des États belge et français portant sur un portefeuille d'actifs dépréciés de Financial Security Assurance Asset Management (FSAM) d'un montant nominal de \$16,6 milliards au 30 janvier 2009* ». Adde Cour des Comptes, *Dexia, un sinistre coûteux, des risques persistants*, Rapport thématique, juillet 2013, La doc. fr.

¹⁵⁸⁹ X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum et O. Schrameck (entretien), « Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'État », AJDA 2010 p. 1238.

¹⁵⁹⁰ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 199 : préc.

l'impact de la garantie d'État sur le risque de défaut de l'établissement public IFP » ; autrement dit, la position de la Commission n'engage pas l'avenir, c'est pourquoi, les autorités françaises devront fournir régulièrement des données tendant à prouver que les conditions d'emprunt ne lui sont pas plus favorables qu'à ses concurrents¹⁵⁹¹. D'autre part, elle considère que l'établissement public dispose, quoi qu'il en soit, d'un avantage sélectif tant au niveau des relations avec les fournisseurs qu'au niveau de relations avec les clients.

1030. Pour conclure, si les arguments déployés par la doctrine et la République française au soutien du modèle de l'établissement public ont une force indéniable, la Cour de justice semble clore le débat en considérant que la caractéristique statutaire de l'établissement public « *est, de manière générale, de nature à conférer un avantage, car elle est octroyée sans contrepartie et permet à son bénéficiaire d'obtenir des conditions de crédit plus favorables que celles qu'il aurait obtenues du fait de ses seuls mérites, réduisant ainsi la pression qui pèse sur son budget* »¹⁵⁹².

B. Des dérogations exceptionnelles

1031. La méthode applicable aux aides d'État issues d'une garantie illimitée fait figure d'exception au sein du régime général applicable aux aides d'État.

1032. En principe, il n'est pas rare que des aides, sous forme de garanties étatiques à des prestataires publics ou privés, soient considérées comme compatibles avec le traité en raison des obligations de service public qui sont assignées à ces prestataires. Les juges et autorités de l'Union européenne tentent ainsi de concilier la préservation des obligations de services publics, et donc l'octroi de garanties, avec les règles du marché intérieur dans la mesure où de telles aides sont indispensables au fonctionnement de certains services publics. En effet, les opérateurs en charge d'un service public ne sont, d'une part, pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité que les entreprises privées et, d'autre part, doivent supporter des charges inhérentes à la satisfaction de l'intérêt général qui peuvent être un désavantage concurrentiel

¹⁵⁹¹ *Ibid.* : « dans le cadre des rapports annuels que les autorités françaises seront appelées à communiquer à la Commission à l'avenir, conviendra-t-il que les autorités françaises fournissent des informations relatives aux niveaux et aux conditions d'endettement de l'établissement public IFP, et apportent la preuve que ces prêts sont conformes aux conditions de marché, ou ajoutent l'équivalent-brut de l'aide correspondante dans l'estimation des montants maxima des effets de la garantie » (pt 200).

¹⁵⁹² CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 102 : préc.

sérieux. C'est la raison pour laquelle l'octroi d'aides peut leur permettre de compenser ce désavantage¹⁵⁹³.

1033. Cependant, en matière de garantie illimitée, cette dérogation ne joue pas : l'octroi de telle garantie ne peut pas « être justifié par des missions économiques d'intérêt général, dans la mesure où il s'avère impossible, dans le cas d'une garantie illimitée, de vérifier que le montant de l'aide ne dépasse pas les coûts nets de la fourniture du service public »¹⁵⁹⁴.

1034. En réalité, il n'existe que deux hypothèses dans lesquelles l'établissement public pourra échapper à la sanction : d'une part, si l'établissement public n'exerce pas une activité économique (1), d'autre part, s'il en exerce une, mais à titre accessoire (2).

1. Dans le cas où l'établissement public n'exerce pas une activité économique

1035. Dans cette hypothèse, c'est la jurisprudence classique de l'arrêt *Höfner*¹⁵⁹⁵ qui est mise en pratique. En effet, les règles de concurrence de l'Union européenne s'appliquent dans la mesure où l'organisme en cause exerce une activité économique, c'est-à-dire une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, et ce indépendamment de son statut légal et de son mode de financement¹⁵⁹⁶.

1036. Dès lors qu'un établissement public n'exerce pas d'activité économique par conséquent la sanction de la garantie illimitée ne trouve pas à s'appliquer. Cette hypothèse, rare, a été

¹⁵⁹³ Cf. not. CJUE, 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00 : Rec. p. I-9067, note L. Idot, Europe janvier 2002, comm. n° 28, p. 23 et JDI 2002, p. 618, obs. C. Prieto – CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark* : Rec. I-7747 ; AJDA 2003, p. 1739, note Rodrigues ; RMCUE 2004.633, note Thouvenin et Lorieux ; RTDE 2004.33, note Bracq ; D. 2003.2814, note Clergerie ; CCC 2003, n° 12, p. 30, note Poillot-Peruzzetto ; DA 2003, comm. n° 186, note Bazex. *Adde* le nouveau cadre juridique posé par la Commission européenne dans le cadre du paquet « Almunia » : Com. eur, déc. 2012/21/UE du 21 décembre 2011 concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public – Com eur., communication 2012/C 08/03 du 20 décembre 2011 relative à l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public – Com. eur. Communication 2012/C 8/02 du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général. *Adde* Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général, SGAE, (<http://www.economie.gouv.fr>).

¹⁵⁹⁴ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 274 : préc.

¹⁵⁹⁵ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, pt 21 : Rec. 1979 ; RTD com. 1991.524, obs. Bolze.

¹⁵⁹⁶ Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, préc. – CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91 – CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, aff. C-244/94 – CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre*, aff. C-55/96 – CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96. En ce sens, il n'est même pas nécessaire que l'entité en charge de l'activité économique dispose de la personnalité juridique : cf. not. CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. République italienne*, aff. C-118/85 : Rec. 2599 – CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : Rec. I-5335.

rencontrée dans la décision de la Commission relative à l'institut français du pétrole. La Commission considère que les principales activités de l'établissement sont non économiques¹⁵⁹⁷.

2. *Dans le cas où l'établissement public exerce à titre accessoire une activité économique*

1037. La Commission européenne, dans sa décision relative à l'Institut français du Pétrole du 29 juin 2011, a pu admettre que la garantie de l'État applicable à des activités économiques pouvait exceptionnellement être qualifiée d'aide d'État compatible avec le droit de l'Union européenne à la condition que ces activités soient accessoires à l'activité principale¹⁵⁹⁸.

1038. La Commission européenne fixe cependant un certain nombre de conditions, assez strictes, pour que l'activité soit reconnue comme accessoire¹⁵⁹⁹ : Premièrement, elle doit « être tarifée à un prix de marché, ou en l'absence de prix du marché, à un prix qui reflète, à l'exception de l'impact potentiel de la garantie d'État, l'intégralité des coûts, augmentés d'une marge raisonnable »; deuxièmement, elle doit « faire l'objet d'une comptabilité distincte de celle des activités de recherche publique indépendante (séparation comptable de leurs coûts et financements respectifs), et les profits qu'elles génèrent doivent être intégralement réinvestis dans l'activité principale de recherche publique indépendante »; troisièmement, elle doit « être intrinsèquement liées à l'activité principale de recherche publique indépendante dudit établissement public IFP, en raison notamment de l'utilisation des mêmes infrastructures, équipements, matériels ou technologies, ou de l'emploi des mêmes chercheurs, scientifiques, ingénieurs, concepteurs ou techniciens »; quatrièmement elle doit « représenter une part

¹⁵⁹⁷ A savoir, « les activités de formation en vue de ressources humaines accrues et plus qualifiées ; les activités de R&D indépendantes en vue de connaissances plus étendue et d'une meilleure compréhension, y compris la R&D en collaboration ; la diffusion des résultats de recherche ; le transfert de technologie (cession de licence, création de produits dérivés ou d'autres formes de gestion de la connaissance produite par l'organisme de recherche) dès lors qu'il est effectué au niveau interne et que toutes les recettes qu'il génère sont réinvesties dans les activités principales des organismes de recherche » : Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 183 préc.

¹⁵⁹⁸ En l'occurrence, les « prestations de service consistant essentiellement en la location de matériels et locaux, la mise à disposition de personnel, et la fourniture de services juridiques au profit des filiales » ; les « prestations de recherche contractuelle pour le compte de tiers et pour le compte de ses filiales » ; les « transferts technologiques, en particulier ceux issus de travaux de recherche industrielle entre l'établissement public IFP et ses filiales Axens, Beicip-Franlab et Prosernat » : Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pts 187 et 188 : préc.

¹⁵⁹⁹ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », art. 8 : préc.

résiduelle du budget consacré par l'établissement public IFP à ses activités de recherche publique indépendante ».

1039. Cette exception ne jouera donc qu'exceptionnellement et impose aux autorités françaises des contraintes de preuve particulières. En ce sens, la Commission, concernant les activités accessoires de l'IFP avait imposé que lui soit remise chaque année « *un rapport sur les activités de recherche contractuelle et de prestations de services menées par l'établissement public IFP, qui précise le ratio de leur montant dans le budget consacré par l'établissement public IFP à ses activités de recherche publique indépendante* »¹⁶⁰⁰.

Section 2 **SYSTÉMATISATION DE L'APPROCHE CONTENTIEUSE, LA MISE EN CAUSE DE LA GARANTIE IMPLICITE DE L'ÉTAT AUX PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND EST INÉVITABLE**

1040. L'établissement public industriel et commercial aura reçu à son chevet de nombreuses visites doctrinales¹⁶⁰¹. Si l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 avril 2014 relatif à La Poste¹⁶⁰² semble engager le pronostic vital, le diagnostic nous semble cependant devoir être repensé et élargi.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ M. Lombard, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », AJDA 2014, n° 22 – G. Eckert, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP A 2014, n° 21 – L. Idot, « Notion d'aide, garantie de l'État et existence d'un avantage », Europe novembre 2012, comm. n° 11, p. 39 – R. Noguellou, « La condamnation du statut d'EPIC », DA novembre 2012, focus n° 54, p. 3 – D. Berlin, « La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée constitutive d'une aide d'État », JCP G 2012, n° 41, p. 1833 – J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit des EPIC », AJDA 2010, p. 2346 – « Les EPIC dans tous les États. Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », Dossier, JCP A 2009, p. 569 – S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35 – F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », RFDA 2008, p. 35 – F. Bérroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA 2008, p. 25 – B. Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », JCP A 2007, n° 13, p. 38 – M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA 2006, p. 79 – D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », RJEP 2006, p. 105 – Ch. Barthelemy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP octobre 2004, p. 423 – M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RDA 2002, p. 95 – S. Nicinski, « Les établissements publics en quête d'identité sur le marché concurrentiel », AC-ACCP novembre 2001, n° 5, p. 7.

¹⁶⁰² CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : RLC juillet 2014, n° 40, note Cheynel ; AJDA 2014.1147, chron. Aubert, Broussy, Cassagnabère ; DA 2014, n° 7, comm. 42, comm. Bazex ; AJDA 2014 p. 1242, chron. Lombard ; RAE 2014, n° 2, p. 40, note Fartunova ; G. Eckert, JCP Adm. 2014.2160 ; AJCA 2014.139, obs. B. Cheynel ; RFDA 2014.985, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Capentier.

1041. Repenser le problème car il s'agit moins de la survie du modèle que de la pérennité de l'intervention concurrentielle des prestataires publics qui, après tout, pourraient fort bien s'accommoder de la seule prise en charge d'activités non concurrentielles, ce qui ne remettrait pas en cause leurs « modèles ». Toutefois, il faut bien admettre qu'en ce qui concerne leurs activités concurrentielles, il semble bien que ce soit la forme publique des prestataires qui pose problème en tant qu'y est attaché le principe d'insaisissabilité de leurs biens. On pourrait alors en déduire une solution simple à l'instar d'Etienne Fatôme pour qui « *si, dans une hypothèse déterminée il apparaît que la formule de l'établissement public est la meilleure mais que tel privilège pose problème, il paraît possible de décider que cet établissement public n'en bénéficiera pas* »¹⁶⁰³. Cependant, l'établissement public n'est pas un corps vide et il est de sa définition même que d'être structurellement exorbitant. Nous verrons pourquoi la suppression pure et simple de la garantie n'est pas possible (§1).

1042. Élargir le problème car, au-delà du cas de l'établissement public nous tâcherons de démontrer que c'est potentiellement l'ensemble des prestataires publics de service marchand qui pourraient pâtir de la position des institutions de l'Union européenne (§2).

§1. L'INSUFFISANCE DES SOLUTIONS PROPOSÉES POUR ENCADRER OU SUPPRIMER LA GARANTIE IMPLICITE

1043. Pour les juges et autorités de l'Union européenne, la garantie implicite de l'État semble inévitablement constitutive d'une aide d'État illégale.

1044. Des propositions ont cependant émané de la doctrine pour contourner l'obstacle européen. Selon les porteurs de ces solutions, il convient de relativiser l'impact juridique de la position des acteurs de l'Union européenne qui semble davantage demander une adaptation de la formule de l'établissement public que sa disparation.

1045. Cependant, on peut fortement douter de la réussite de la démarche. En effet, contrecarrer l'avantage concurrentiel que procure la garantie implicite de l'État aux prestataires publics de service pour préserver le modèle de l'établissement public reviendrait à encadrer la garantie dont ils sont prétendument détenteurs. C'est cette option qu'ont retenue les autorités françaises qui ont multiplié les propositions pour éviter la sanction de la Commission européenne.

¹⁶⁰³ X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'État », AJDA 2010 p. 1238.

Plusieurs pistes ont ainsi été ouvertes mais aucune n'a réellement convaincu la Commission (A), qui, de son côté, a proposé la suppression pure et simple de la garantie illimitée par un texte juridiquement contraignant. Les autorités françaises n'ont, fort heureusement, jamais appliqué cette solution qui juridiquement révèle bien des fragilités tenant à l'inhérence de la garantie au statut des personnes publiques (B)

A. L'insuffisance des solutions proposées par les autorités françaises pour satisfaire les exigences du droit de l'Union européenne

1046. Dans le cadre de la procédure de contrôle des aides d'État existantes, la France et la Commission européenne ont multiplié les échanges. Si les autorités nationales sont toujours restées convaincues de l'erreur de raisonnement de la Commission européenne sur l'existence même de la garantie illimitée, elles n'en ont pas moins fait des propositions visant à prévenir tout octroi de garantie.

1047. La Commission européenne n'a cependant jamais considéré que les mesures proposées par la France permettent « utilement » de garantir le respect des règles de l'Union européenne. On peut relever trois types de propositions, la clarification du décret d'application de la loi du 16 juillet 1980 (1), l'insertion d'une mention précisant l'absence de garantie dans les contrats du prestataire public impliquant une créance (2) et enfin la compensation financière de la garantie d'État (3).

1. La clarification du décret d'application de la loi du 16 juillet 1980

1048. L'article 1-II de la loi du 16 juillet 1980 dispose qu'« *En cas d'insuffisance de crédits, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle, adresse à la collectivité ou à l'établissement, une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office* »¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁴ L. n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO du 17 juillet 1980, p. 1799).

1049. La modification proposée par les autorités françaises visait à supprimer tout doute quant à la portée de l'expression « y *pourvoit* » dans l'organisation du pouvoir de tutelle conféré au Préfet ou à l'autorité de tutelle.

1050. C'est pourquoi elle proposait de remplacer la version ancienne du décret d'application de la loi du 16 juillet 1980¹⁶⁰⁵ par une nouvelle rédaction, stipulant clairement que les ressources de l'État ne seraient en aucun cas impactés par la décision du préfet, aux termes de laquelle « *Lorsque la mise en demeure est restée sans effet à l'expiration de ces délais, le représentant de l'État ou l'autorité chargée de la tutelle procède à l'inscription de la dépense au budget de la collectivité ou de l'établissement public défaillant. Il dégage, le cas échéant, les ressources nécessaires au sein du budget de la collectivité ou de l'établissement soit en réduisant des crédits affectés à d'autres dépenses et encore libres d'emploi, soit en augmentant les ressources* » (modifications soulignées)¹⁶⁰⁶.

1051. Selon les autorités françaises, cette proposition permet d'exclure explicitement le risque que, dans l'exercice de son pouvoir de tutelle, le représentant de l'État puisse augmenter les ressources de la collectivité ou de l'établissement défaillant par une subvention de l'État ou une injection de ressources publiques¹⁶⁰⁷.

1052. Une telle modification n'a cependant jamais été opérée de manière préventive, ni dans l'ancien décret ni par le nouveau décret d'application n° 2008-479 du 20 mai 2008 relatif à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des collectivités publiques dont l'article 10 reprend cette même formulation. Elle semble de toute façon inutile dans la mesure où elle ne convainc pas la Commission européenne qui considère, d'une part, que la prise en charge sur le budget de l'établissement public des ressources nécessaires au paiement

¹⁶⁰⁵ D. n° 81-501 du 12 mai 1981 pris pour l'application de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public et relatif à « la section du rapport et des études » du Conseil d'État (JO du 14 mai 1981, p. 1406) : dont voici les termes : « *Lorsque la mise en demeure est restée sans effet à l'expiration de ces délais, le représentant de l'État ou l'autorité chargée de la tutelle procède à l'inscription de la dépense au budget de la collectivité ou de l'établissement public défaillant. Il dégage, le cas échéant, les ressources nécessaires soit en réduisant des crédits affectés à d'autres dépenses et encore libre d'emploi, soit en augmentant les ressources* ».

¹⁶⁰⁶ D. n° 2008-479 du 20 mai 2008 relatif à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des collectivités publiques (JO n° 0119 du 23 mai 2008, p. 8380).

¹⁶⁰⁷ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pts 94 à 96 : préc. – Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole » : « *que le dégagement des ressources puisse se faire grâce à une augmentation des ressources préalablement rendue possible par une subvention ou une injection de ressources publiques* » (pt 54).

des créanciers pourra potentiellement être compensée par l'injection de ressources d'État¹⁶⁰⁸ et rappelle, d'autre part, qu'en tout état de cause, dans le cas où les ressources de l'établissement seraient insuffisantes pour honorer les créances, les créanciers pourront toujours engager la responsabilité de l'État sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁶⁰⁹.

2. *L'insertion d'une mention précisant l'absence de garantie dans les contrats du prestataire public impliquant une créance*

1053. Conjointement à la proposition précédente, les autorités françaises proposaient d'insérer, pour chaque opération, dans les contrats de financement et les prospectus d'émission, la clause écrite suivante : « *L'émission / le programme / l'emprunt ne bénéficient d'aucune garantie d'aucune sorte, directe ou indirecte, de la part de l'État. En cas d'insolvabilité, l'État ne serait pas tenu de se substituer financièrement à (l'établissement public) pour le paiement de la créance* »¹⁶¹⁰.

1054. Cette proposition des autorités françaises s'appuie sur la jurisprudence française relative à « l'exception de risque accepté » – c'est-à-dire « *le préjudice résultant d'une situation à laquelle la victime s'est sciemment exposée ne lui ouvre pas droit à réparation* »¹⁶¹¹ – qui s'applique tant au régime de responsabilité sans faute que pour faute de l'État. Selon les autorités françaises, un tel mécanisme « *permettrait d'écartier tout risque de mise en jeu de la responsabilité sans faute de l'État fondée* »¹⁶¹² sur la seule insolvabilité de l'établissement public.

1055. La Commission va avoir une réception contrastée de cette proposition. En effet, si elle « *reconnaît qu'il s'agit d'une mesure susceptible de restreindre les possibilités pour le*

¹⁶⁰⁸ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 183 : préc. – Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 121 : préc.

¹⁶⁰⁹ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste : « *si le représentant de l'État privilégiait le maintien de la continuité du service public sur le droit du créancier à voir sa dette remboursée, il ne serait pas exclu que la responsabilité sans faute de l'État puisse être engagée* » (pt 53).

¹⁶¹⁰ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 58 : préc.

¹⁶¹¹ CE, 10 juillet 1996, n° 143487, *Meunier* : Rec.289 ; RDP 1997, p. 246, concl. Stahl. *Adde* I. Mariani-Benigny, « L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité », RDP 1997, p. 841.

¹⁶¹² Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 224 : préc. – Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 55 : préc.

créancier ayant signé un tel contrat d'obtenir le remboursement de sa créance pour une action en justice »¹⁶¹³, et qu'elle permettra « *de limiter considérablement les éventuelles répercussions négatives de la garantie* »¹⁶¹⁴ ; elle a pu cependant émettre des doutes sur la pérennité de cette solution, doutes qui, *in fine*, conduisent à ôter toute utilité à cette solution.

1056. En premier lieu, elle considère que la règle jurisprudentielle relative à « l'exception de risque accepté » est susceptible d'évoluer. Cette position a de quoi surprendre, d'autant qu'elle repose sur une analyse prospective de la jurisprudence française : selon la Commission européenne « *le revirement jurisprudentiel est d'autant moins à exclure que la jurisprudence évolue vers une extension du régime de responsabilité sans faute de l'État* »¹⁶¹⁵, il y aurait donc une « *fragilité du cadre juridique* »¹⁶¹⁶ qui résulterait de cette proposition. On ne peut sur ce point qu'acquiescer aux remarques des autorités françaises qui s'étaient étonnées de la réponse de la Commission considérant que cette objection « *revient à considérer que même si le droit interne d'un État membre ne prévoit pas une disposition à cet égard, le seul risque de retournement jurisprudentiel [...] suffirait à fonder l'existence d'une aide d'état* »¹⁶¹⁷ et donc que la Commission ne « *saurait fonder une potentielle mesure d'aide sur un éventuel changement du droit* »¹⁶¹⁸.

1057. En deuxième lieu, la Commission européenne estime que « cette proposition découlant des principes fondamentaux du droit public, par le biais d'instruments secondaires, semble imparfaite, car ces instruments seraient susceptibles d'être annulés assez facilement en cas de conflit »¹⁶¹⁹.

1058. En troisième lieu, la Commission européenne juge que cette proposition ne peut pas combler tous les problèmes posés par la garantie illimitée au support de trois exemples. Tout d'abord, la garantie illimitée pourrait, en effet, « *jouer pour tout type de responsabilité, incluant*

¹⁶¹³ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 224 : préc.

¹⁶¹⁴ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 202 : préc.

¹⁶¹⁵ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 224 : préc.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 57 : préc.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 101 : préc.

notamment la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité pénale »¹⁶²⁰, ce que ne peut pas prévoir la clause proposée. Ensuite, une telle proposition ne prend pas en compte le cas de l'éventuelle fusion/absorption d'un établissement public avec des établissements tiers, car, dans ce cas, il serait impossible de prévoir une telle clause et donc d'exclure la responsabilité de l'État¹⁶²¹. Enfin, en quatrième lieu, selon la Commission européenne, si ce type de proposition bloque la possibilité pour un créancier financier d'engager la responsabilité de l'État pour obtenir le remboursement de la créance « *ces propositions ne permettent pas d'établir clairement ce qui se passerait en cas d'insolvabilité [de l'établissement public]* »¹⁶²² : un créancier pourra ainsi « *toujours espérer qu'il obtiendra le remboursement de sa créance dans le cadre d'un redressement global [de l'établissement public], financé par l'État* »¹⁶²³.

1059. Très clairement, selon la Commission européenne, cette proposition ne permet pas de pallier la garantie illimitée de l'État. Elle a admis qu'elle ne pouvait servir qu'à titre de preuve du caractère accessoire d'une activité d'un établissement public : dans ce cadre, une telle proposition sera de nature à rendre compatible l'aide d'État avec le TFUE dans la mesure où « *même [si elle] ne permettra pas de régler à [elle seule] la question de l'existence de la garantie, [elle] permettra le cas échéant de faire jouer l'exception de risque accepté, et de limiter considérablement les éventuelles répercussions négatives de la garantie* »¹⁶²⁴. L'exigence est d'ailleurs forte car la Commission européenne recommande que ce type de clause soit contenu dans l'ensemble des contrats impliquant une créance, quelle que soit la nature de cette créance (financière, commerciale, etc.).

3. La compensation financière de la garantie d'État

1060. On ne trouve trace de cette proposition des autorités françaises que dans la décision de la Commission européenne relative à La poste

1061. Les autorités françaises proposaient d'étudier « *la mise en place d'un dispositif de rétrocession par La Poste à l'État, à l'euro-l'euro, d'un éventuel effet négatif sur le « spread* »

¹⁶²⁰ *Ibid.*, pt 225.

¹⁶²¹ *Ibid.*, pt 225.

¹⁶²² *Ibid.*, pt 226 – Com. eur., 29 juin 2011, déc. n° 2012/26/UE, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 124 : préc.

¹⁶²³ Com. eur., déc. n° 2012/26/UE du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », pt 124 : préc.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, pt 202.

qui serait lié à la non soumission de La Poste aux procédures collectives de droit commun, selon un mécanisme de calcul qui serait validé par la Commission et pourrait être audité »¹⁶²⁵.

1062. Cette proposition a tout l'air d'un « chant du cygne » tant on perçoit immédiatement la complexité (l'impossibilité ?) du calcul d'une garantie dont la nature est d'être implicite. C'est d'ailleurs la réponse que va donner la Commission qui considère que « *compte tenu du caractère illimité de la garantie, il n'est pas possible de calculer le montant de la prime de marché que La Poste devrait payer à l'État, ce qui rend inapplicable le dispositif de rétrocession proposé par les autorités françaises* »¹⁶²⁶. Elle l'argumente, de manière assez convaincante, en expliquant que « *pour toute garantie, l'aide est accordée au moment où la garantie est offerte. Or, dans le cas d'une garantie illimitée, qui peut potentiellement couvrir toutes les dettes de l'entreprise et pour un période indéterminée, il est impossible de déterminer par avance le montant de l'aide accordé au moment de l'octroi et donc de calculer une prime de marché adéquate. Ceci rend inapplicable le dispositif de rétrocession proposé par les autorités françaises* »¹⁶²⁷. Cette position a d'ailleurs été systématisée dans sa communication relative aux aides d'État sous forme de garanties ou elle considère qu'« *en vertu du principe de proportionnalité, (les garanties illimitées) ne peuvent notamment pas être justifiées par des missions d'intérêt général. En effet, il s'avère impossible, dans le cas d'une garantie illimitée, de vérifier que le montant de l'aide ne dépasse pas les coûts nets de fourniture du service public* »¹⁶²⁸.

1063. Pourtant, la France semble largement indifférente à l'analyse des institutions de l'Union européenne. Le cas de la réforme de la SNCF est révélateur de cette « surdité » surprenante. Le Professeur Michel Bazex souligne ainsi que la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire « *maintient l'organisation du groupe public ferroviaire sous la forme de plusieurs établissements publics industriels et commerciaux, tout en précisant les différentes catégories de ressources dont ils devraient disposer, ouvrant ainsi la voie à la possibilité de définir leur compatibilité avec les objectifs économiques et donc leur analyse en termes d'aides d'État* »¹⁶²⁹. Autrement dit, les autorités nationales conservent l'espoir de faire échapper les établissements

¹⁶²⁵ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, pt 114 : préc.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, pt 256.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, pt 299.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, pt 299.

¹⁶²⁹ M. Bazex, « Le régime des aides d'États octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », DA, n° 7, juillet 2014, comm. 42.

publics industriels et commerciaux à la sanction européenne, espoir il est vrai en apparence entretenu par le point 26 des conclusions de l'Avocat général devant la Cour de justice de l'Union européenne qui considérait qu'« *une garantie implicite déduite d'un faisceau d'indices devra être considérée comme existante aussi longtemps que la preuve contraire de son inexistence n'aura pas été apportée* »¹⁶³⁰, mais en l'occurrence l'apparence est bien trompeuse car il semble que seule la suppression pure et simple de la garantie illimitée, telle qu'elle est entendue par les juges et autorités de l'Union européenne, soit de nature à éviter une sanction.

B. L'incompatibilité de la solution esquissée par la Commission européenne au système juridique français, la suppression pure et simple de la garantie illimitée serait inconstitutionnelle

1064. La solution la plus radicale a été proposée par la Commission européenne. Il s'agirait de supprimer purement et simplement la garantie implicite de l'État en excluant la possibilité d'engager la responsabilité de l'État lorsque le refus du Préfet sur le fondement de la loi du 16 juillet 1980¹⁶³¹ serait motivé par l'insuffisance d'actifs. Elle a ainsi pu proposer aux autorités françaises qu'« *afin de mettre fin à toute incertitude relative à l'interprétation de la loi de 1980, il semble nécessaire de compléter la modification proposée par les autorités françaises en incluant dans un texte juridiquement contraignant une disposition qui exclurait la possibilité pour un créancier d'engager la responsabilité de l'État dans le cas de figure précité (lorsque le refus du Préfet serait motivé par l'insuffisance d'actifs)* »¹⁶³².

1065. La pertinence juridique d'une telle démarche est fragile. Ce texte, s'il était adopté par les autorités françaises, aurait de fortes chances d'être déclaré inconstitutionnel. C'est d'ailleurs l'argumentation des autorités françaises qui s'appuient sur ce point sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶³³. Selon elles, « *il serait contraire à la Constitution française de*

¹⁶³⁰ N. Jääskinen, concl. sur CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* (préc.), présentées le 21 novembre 2013 (<http://curia.europa.eu>).

¹⁶³¹ L. n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO du 17 juillet 1980, p. 1799).

¹⁶³² Com. eur., 29 novembre 2007, C(2007)5778, décision d'ouverture de la procédure formelle à propos de La Poste : préc. – *Adde* Com. eur., 4 avril 2003, 2003/C 164/03, décision d'ouverture de la procédure formelle à propos d'EDF (JO C 164 du 15 juillet 2003, p. 7) : la Commission avait proposé « *la suppression, au titre de mesure utile, de la garantie illimitée dont bénéficie EDF sur tous ses engagements en vertu de son statut d'EPIC* ».

¹⁶³³ Cons. Const, déc. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle : Rec. 78 ; AJDA, 1986, p. 17, note Boulouis ; JCP, 1986.I.3237, note Dufau ; RDP 1986, p. 395, étude L. Favoreu ; AIJC1985, p. 421, étude Genevois ; Dalloz, 1986.J.345 note Luchaire ; CJEG, 1986.109, note Sabliere ; D.1986.47, note Drouot ; RA 1985.572, note Etien – Cons. Const., déc. n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des

préciser le champ de responsabilité de l'État par voie réglementaire [d'autant que] la capacité d'action du législateur est [elle-même] étroitement encadré »¹⁶³⁴. Il est vrai, que le régime de responsabilité de la puissance publique est fondé sur des principes à valeurs constitutionnelles, qui ne sauraient être contredits par des normes subalternes. Selon les autorités françaises « si le législateur peut aménager un régime de responsabilité de l'État, il ne peut exclure totalement la réparation de certains préjudices. Dès lors, l'hypothèse évoquée par la Commission d'une mise en jeu d'une responsabilité sans faute de l'État en cas d'insuffisance d'actifs pour un établissement public, ne lui permettant pas de faire face à ses dettes, ne peut pas être écartée par l'adoption d'un texte législatif »¹⁶³⁵.

1066. Une autre solution aurait pu être esquissée. Celle de soustraire certaines personnes publiques, notamment les établissements publics industriels et commerciaux, du principe d'insaisissabilité. Plus exactement, il s'agirait, soit de restreindre le champ de l'insaisissabilité, aux biens affectés à l'intérêt général (biens indispensables ou nécessaires à l'activité de service public), soit « si la soumission des établissements publics industriels et commerciaux aux procédures de redressement et de liquidation du Code de commerce n'apparaissait pas comme une solution, il resterait possible d'envisager de créer une procédure de faillite qui leur serait spécifique »¹⁶³⁶.

1067. Certes, le principe d'insaisissabilité puise son fondement dans le principe de continuité du service public, qui a valeur constitutionnelle, pour autant, en réservant un régime de protection spécifique à l'endroit des seuls biens indispensables (voire nécessaires) du service public, le législateur pourrait tenter de se conformer à l'exigence de l'Union européenne. Cette solution est portée par une partie de la doctrine qui considère qu'il faudrait « considérer spécialement la situation des entreprises publiques à forme d'établissement public »¹⁶³⁷ et donc l'acceptation organique du principe d'insaisissabilité qui ne pouvant résister à la confrontation du communautaire accepterait « à l'inverse, une acceptation plus nuancée, limitée à certaines

institutions représentatives du personnel : Rec. 61 ; Pouvoirs, 1983, n° 25, p. 195-196, note Avril et Gicquel ; RDP, 1983, p. 333, étude Favoreu ; Gaz. Pal., 1983, n° 28/29, p. 6, note Chabas ; Dr. soc., 1983, p. 155, note Hamon ; D. 1983.189, note Luchaire.

¹⁶³⁴ Com. eur., 29 novembre 2007, C(2007)5778, décision d'ouverture de la procédure formelle à propos de La Poste : pt 49.

¹⁶³⁵ *Ibid.* : pt 49.

¹⁶³⁶ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 610-20.

¹⁶³⁷ Y. Gaudemet, « Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques », RJEP, août 2007, p. 3.

*activités spécifiques – l’acception fonctionnelle – devrait être approfondie : elle n’est pas exclue par le droit communautaire ; elle est plébiscitée en droit comparé »*¹⁶³⁸.

1068. Cependant une telle réforme ne serait pas sans conséquence et sa pertinence doit être discutée.

1069. En premier lieu, elle conduirait à amender un principe que la Cour de Cassation, elle-même, qualifie de « *principe absolu du droit* »¹⁶³⁹, le « *noyau dur de la propriété publique* »¹⁶⁴⁰, dont les origines remontent à la période révolutionnaire et qui « *était déjà en germe dans le droit canon protégeant les biens de l’église* »¹⁶⁴¹. La doctrine souligne la force organique de ce principe qui « *puise sa source dans la quintessence de la personnalité morale de droit public* »¹⁶⁴². Le principe d’insaisissabilité paraît d’autant plus indétachable de la personne publique qu’il la caractérise. Ainsi, selon le Doyen Maurice Hauriou, un « *établissement privé marche librement, mais il court le risque d’être mis en liquidation par ses créanciers. S’il ne court plus ce risque, il devient un établissement public* »¹⁶⁴³. Toutefois, à la puissance théorique de ces analyses il faut opposer la pratique qui révèle, d’une part, que de nombreux États recourent à une distinction du régime de protection de leurs biens en fonction de leurs destinations (indispensables ou non à une exécution du service public)¹⁶⁴⁴, d’autre part, qu’il existe « *au moins une personne publique identifiée dont le patrimoine immobilier est soumis au voies d’exécution ordinaires : la Banque de France* »¹⁶⁴⁵. Dès lors, le Rubicon pourrait être franchi, sans que, selon nous, ce franchissement porte atteinte à des règles et principes de valeurs constitutionnelles.

¹⁶³⁸ F. Blanc, « L’insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », RDP 2009, n° 6, p. 1553.

¹⁶³⁹ Civ., 5 mai 1885, *Caratier-Terrasson* : Bull.108.188 ; S. 1886. I. 353, note Chavegrin.

¹⁶⁴⁰ H.-G. Hubrecht et F. Melleray, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », DA n° 8, Août 2006, étude 15.

¹⁶⁴¹ C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l’exécution forcée, op. cit.*, n° 610-10. Sur ce point, les auteurs s’appuient sur un travail doctrinal : S. Demangel-Peudpièce, *Eléments pour une théorie de l’immunité de contrainte de l’État*, Strasbourg III, 2000.

¹⁶⁴² B. Plessix, « L’éternelle jouvence du service public », JCP A 2004, n° 43, p. 1614.

¹⁶⁴³ M. Hauriou, note sous TC, 9 décembre 1899, n° 00515, *Association syndicale du canal de Gignac c. Ducornot*, S. 1900.3.51.

¹⁶⁴⁴ « *Les partisans d’une restriction du champ de l’insaisissabilité à certaines propriétés publiques mettent aussi en avant des dispositifs de ce type existant dans d’autres pays. En Italie, en Suisse, en Allemagne, en Italie, en Grèce, au Portugal et en Belgique, l’insaisissabilité ne joue que pour les biens affectés à l’intérêt général* » : C. Brenner, P. Crocq (dir.), *Lamy droit de l’exécution forcée*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 610-30. *Adde* (art. cité par les auteurs) F. Blanc, « L’insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », RDP 2009, n° 6, p. 1553 : « *L’acception organique de l’insaisissabilité ne résiste pas à cette confrontation. Elle est condamnée par le droit communautaire ; elle est ignorée par le droit comparé. À l’inverse une acception plus nuancée, limitée à certaines activités spécifiques – l’acception fonctionnelle – devrait être approfondie : elle n’est pas exclue par le droit communautaire ; elle est plébiscitée en droit comparé* ».

¹⁶⁴⁵ H. de Gaudemar, « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », JCP A 2006, n° 28.

1070. Pour autant, en second lieu, il n'est ni sûr qu'une telle réforme satisfasse les exigences de la législation de l'Union européenne, ni sur qu'elle soit totalement satisfaisante pratiquement.

1071. Tout d'abord, car la distinction entre le régime applicable aux biens nécessaires ou indispensables à l'exécution des missions de service public n'exclut pas, selon nous, la responsabilité de l'État en cas d'inexécution par un établissement public d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée. En effet, en cas de défaut de paiement, l'établissement public soumis aux voies d'exécution et aux procédures collectives, autrement dit ne bénéficiant plus d'une immunité d'exécution, bénéficiera de la protection d'une partie de ses biens, ceux affectés au service public. En toute logique, la propriété de ces biens devrait donc revenir à l'autorité de rattachement (l'État ou la collectivité territoriale). Dès lors, on voit mal pourquoi ces autorités ne devraient pas assumer le règlement des créances et, à défaut, en cas de décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, sachant qu'« *une autorité de l'État ne saurait prendre prétexte de l'absence de crédit pour ne pas honorer sa dette* »¹⁶⁴⁶, pourquoi l'État ne verrait-il pas sa responsabilité engagée en dernier ressort du fait de l'inexécution de cette décision ? À ce titre, il nous semble d'ailleurs que les sociétés nationales de droit privé qui assurent conjointement des activités de service public et des activités concurrentielles et bénéficient donc d'un régime de protection dérogatoire du droit commun pour leurs biens affectés au service public¹⁶⁴⁷ peuvent faire l'objet de la même contestation que les établissements publics industriels et commerciaux, en effet, une grande partie de leurs biens est insaisissable. Or, une telle protection est un privilège non seulement pour la société elle-même mais également pour l'État qui *in fine* pourra récupérer ces biens. C'est d'ailleurs sur ce point précis que des membres de la doctrine, à l'instar de la Professeure Martine Lombard, ont pu relever une aporie dans le raisonnement de la CJUE. En effet, la Professeure rappelle une partie du raisonnement du TUE qui faisait référence au principe de continuité du service public pour justifier que « *dans la mise en œuvre de la loi n°80-539, les biens nécessaires à l'accomplissement par un EPIC d'une mission de service public ne peuvent être cédés* »¹⁶⁴⁸. La Professeure en conclut que c'est « *l'existence d'une mission de service public, plus que la forme*

¹⁶⁴⁶ CEDH, 7 mai 2002, aff. 59498/00, *Bourdov c. Russie*, pt 34 : CEDH 2002-III ; Dr. et procéd. 2002, n° 5, p. 290, obs. Fricero.

¹⁶⁴⁷ le législateur a pu prévoir des régimes spécifiques concernant la transformation d'établissements publics en sociétés : par ex., cf. art. L. 251-3 du Code de l'aviation (concernant Aéroport de Paris).

¹⁶⁴⁸ M. Lombard, « Statut d'établissement public, service public et aide d'État », note sous TPIUE, 20 septembre 2012, *République française c. Commission européenne*, AJDA 2012, p. 2013.

*juridique d'établissement public, qui permet de conclure que l'État devait bel et bien prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public »*¹⁶⁴⁹. En réalité, cela pose la question plus cruciale de la distinction organique entre les services publics et les services concurrentiels.

1072. D'autant, qu'en pratique, le découpage du régime de protection des biens en fonction de leurs destinations – distinction entre les biens indispensables au fonctionnement du service public et les autres – est d'une rationalité douteuse. Ce découpage aurait inévitablement un caractère très artificiel, *a fortiori* car, dans la majeure partie des cas, l'activité qu'elle soit concurrentielle ou non concurrentielle se fait au support des mêmes ressources immobilières et mobilières. Permettre le recours aux voies d'exécution ou aux procédures collectives en fonction de la nature de l'activité reviendrait toujours à impacter l'ensemble des activités de la personne publique et donc porterait une atteinte – plus ou moins grave – à la continuité du service public.

1073. En somme, il n'est guère réaliste de penser que l'État peut être hermétiquement « séparé » de ses établissements publics, mais également de l'ensemble des personnes publiques. Pour autant cela constitue-t-il un avantage sur le marché ? La réponse ne peut être certaine. D'aucuns pensent que les organismes de crédit traitent de manière plus favorable les prestataires publics de service marchand, d'autres soutiennent que non. Loin de cette approche binaire, nous pensons que le problème est ailleurs : l'effort d'adaptation demandé est tel, qu'il revêt les atours d'une contestation du statut même des établissements publics. Comme le note le Professeur Étienne Fatôme, « *si le droit communautaire ne condamne pas le recours à la formule de l'établissement public non seulement bien sûr pour organiser juridiquement des activités non marchandes, mais également pour organiser juridiquement des activités marchandes, il est malgré tout à l'origine de difficultés qui sont source d'insécurité juridique et auxquelles il serait donc nécessaire d'essayer de remédier* »¹⁶⁵⁰. Finalement, si la Commission européenne se défend de toute pression à l'égard du statut public en s'efforçant de rappeler régulièrement son attachement au principe de neutralité de l'Union européenne, ou en promettant qu'elle « *aurait pu accepter le maintien d'un statut public avec une suppression de la garantie de l'État* »¹⁶⁵¹, si elle assure « *qu'elle ne remet en aucune façon en cause le caractère*

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'État », AJDA 2010 p. 1238.

¹⁶⁵¹ Communiqué de presse de la Commission européenne du 16 décembre 2003 (IP/03/1737).

public du capital (d'EDF), ni ne conteste le statut d'EPIC en tant que tel »¹⁶⁵², pour autant la donne est claire, la Commission requiert la suppression de la garantie illimitée qui créé une distorsion de concurrence et peut-être que tout est dit quand elle considère, dans l'affaire relative à La Poste, « que la transformation effective de La Poste en société anonyme supprimera de ce fait la garantie illimitée dont celle-ci bénéficie »¹⁶⁵³.

**§2. LA MISE EN CAUSE DE LA GARANTIE IMPLICITE EST INÉVITABLE POUR
L'ENSEMBLE DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND**

1074. Le caractère automatique de la sanction de la garantie implicite de l'État a de quoi faire frémir les dirigeants des établissements publics industriels et commerciaux qui n'ont pas encore fait l'objet des « foudres » de Bruxelles (A). Mais, au-delà, on peut aussi craindre que ce raisonnement soit généralisable à l'ensemble des prestataires publics de service marchand nationaux et locaux (B).

**A. La remise en cause attendue des établissements publics
industriels et commerciaux de l'État assurant des activités de
service marchand**

1075. Après la décision de la Cour de justice de l'Union européenne relative à La Poste, les pronostics vont bon train sur la question de savoir quel sera le prochain établissement public industriel et commercial de l'État à faire l'objet de l'attention de la Commission européenne. Il n'y a, sur ce point, pas grand risque à prédire que seront concernées au premier chef la SNCF et la RATP. Bien évidemment, les établissements publics ne sont menacés qu'en tant qu'ils rendent des activités de service marchand. S'ils ne remplissent que des activités de service

¹⁶⁵² Com. eur., déc. n° 2003/C 164/03 du 4 avril 2003 d'ouverture de la procédure formelle à propos d'EDF, pt 354 (JO C 164 du 15 juillet 2003, p. 7). Mario Monti, alors membre de la Commission européenne chargé de la concurrence, à cette occasion, avait pu déclarer : « *Je me félicite de l'issue favorable de ce dossier très sensible, à laquelle ont coopéré aussi les autorités françaises. On a créé, pour la première fois, une situation concurrentielle pour EDF sans distorsions dues aux aides d'État. L'instauration des conditions d'une concurrence loyale et la correction des distorsions qui ont pu se produire sont d'autant plus importantes dans des secteurs qui, comme l'énergie, sont en cours de libéralisation, et vont permettre à cette libéralisation de produire tous ses effets favorables. La suppression de la garantie à EDF s'inscrit dans notre politique visant à créer des conditions de concurrence équitable aussi dans les marchés où des entreprises publiques et privées coexistent. Cela a été le cas notamment pour les décisions concernant les garanties aux banques publiques en Allemagne, Autriche et France* » (IP/03/1737).

¹⁶⁵³ Com. eur., déc. n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, art. 4 du dispositif.

public, telles que des missions de régulation ou des prestations de service public – y compris à caractère économique –, ils ne seront pas remis en cause. Autrement dit, le modèle-même de l'établissement public industriel et commercial n'est pas condamné, c'est la prise en charge d'activités de service marchand qui est mise en cause.

1076. En outre, la question des règles procédurales applicables en la matière n'est pas neutre. Jusqu'à aujourd'hui l'intervention des institutions de l'Union européenne s'est faite en vertu de la procédure relative au contrôle des aides d'État préexistantes visée par l'article 108 §1 et 2 du TFUE (ex-article 88 §1 et 2 du TCE)¹⁶⁵⁴ et non pas en vertu de la procédure relative au contrôle des aides nouvelles visée par l'article 108 §3 (ex-article §3). Dans son arrêt *République française c. Commission européenne*, la Cour de justice de l'Union européenne a en effet considéré que la garantie implicite trouvait son origine antérieurement au 1^{er} janvier 1958, date d'entrée en vigueur du traité communautaire¹⁶⁵⁵.

1077. La différence est importante. En premier lieu, les aides d'États existantes font l'objet d'un examen permanent de la Commission européenne en lien avec les États concernés¹⁶⁵⁶ alors que les aides d'États nouvelles doivent, d'une part, être obligatoirement notifiées préalablement à leur institution, d'autre part, être reconnues conforme au traité avant d'être mises en œuvre. En second lieu, et de manière corrélative, les aides d'État nouvelles illégalement versées

¹⁶⁵⁴ Cf. art. 1^{er} b) du Règlement n° 659/1999 du 22 mars 1999 (JO 27 mars 1999, n° L 83) qui considère comme aide existante : « i) sans préjudice des articles 144 et 172 de l'acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède, toute aide existant avant l'entrée en vigueur du traité dans l'État membre concerné, c'est-à-dire les régimes d'aides et aides individuelles mis à exécution avant, et toujours applicables après, ladite entrée en vigueur ; ii) toute aide autorisée, c'est-à-dire les régimes d'aides et les aides individuelles autorisés par la Commission ou le Conseil ; iii) toute aide qui est réputée avoir été autorisée conformément à l'article 4, paragraphe 6, du présent règlement, ou avant le présent règlement, mais conformément à la présente procédure ; iv) toute aide réputée existante conformément à l'article 15 ; v) toute aide qui est réputée existante parce qu'il peut être établi qu'elle ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre. Les mesures qui deviennent une aide suite à la libéralisation d'une activité par le droit communautaire ne sont pas considérées comme une aide existante après la date fixée pour la libéralisation ». Sur le sujet plus large de la transformation des aides existantes – aides préexistantes et aides préalablement autorisées –, cf. S. Caussanel, « Aides d'État existantes ou nouvelles : comment peut-on créer ou passer de l'une à l'autre sans (presque) le vouloir ? », RLDA 2011/57, n° 3281.

¹⁶⁵⁵ CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, pt 9 : préc. Adde M. Bazex, « Le régime des aides d'État octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », DA n° 7, Juillet 2014, comm. 42, comm. Bazex : « La mise en oeuvre de cette procédure, qui est donc différente de celle applicable aux aides nouvelles, a été explicitement justifiée par la Cour dans l'arrêt commenté (n° 9), au motif que la garantie litigieuse existait avant le 1^{er} janvier 1958, date d'entrée en vigueur du TCE en France et donc fondait bien l'injonction de suppression formulée par la Commission dans sa décision du 26 janvier 2010 (art. 1 et 2) ».

¹⁶⁵⁶ Cf. not. CJCE, 9 août 1994, aff. C-44/93, *Namur-Les Assurances du Crédit* : Rec. I-3829.

doivent être récupérées¹⁶⁵⁷ alors que les aides d'État existantes et les aides d'État illégales ne peuvent être remises en cause que pour l'avenir. Enfin, en troisième lieu, les juridictions nationales sont compétentes à connaître des recours contre le versement d'aides d'État nouvelles et notamment de l'obligation de notification préalable¹⁶⁵⁸ alors qu'elles ne le sont pas vis-à-vis des aides d'État existantes¹⁶⁵⁹.

1078. On le comprend bien « *l'enjeu de la qualification d'« aide existante » ou d'« aide nouvelle » est donc tout à fait fondamental pour les États dispensateurs comme pour les entreprises bénéficiaires* »¹⁶⁶⁰. Sur ce point deux précisions méritent d'être particulièrement soulignées.

1079. D'une part, la plupart des établissements publics industriels et commerciaux nationaux seront traités de la même manière que La Poste dans la mesure où leur création (parfois leur transformation en établissements publics industriels et commerciaux) sont antérieures à l'entrée en vigueur du traité communautaire (c'est notamment le cas de la RATP¹⁶⁶¹). Dès lors, c'est sur le fondement de la procédure relative aux aides d'État existantes et donc sur l'action de la Commission que repose leur avenir. Peut-on alors penser qu'un changement de majorité au sein de la Commission européenne puisse venir adoucir l'appréciation qu'elle porte à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux de la France ? C'est très incertain, en effet, la consécration jurisprudentielle de la garantie implicite donne un appui particulièrement fort à la reconnaissance d'une aide d'État illégale, d'autre part, la composition même de la Commission européenne implique que les aides publiques qui conduiraient à avantager une entreprise nationale au détriment du marché de l'Union européenne et des entreprises étrangères n'aient pas vocation à recueillir une appréciation bienveillante.

1080. D'autre part, concernant les établissements publics industriels et commerciaux créés après l'entrée en vigueur du traité communautaire (c'est notamment le cas de la SNCF¹⁶⁶²), la procédure applicable peut être discutée. En effet, soit l'on considère que cette création implique le bénéfice d'une garantie implicite de l'État constitutif d'une aide d'État nouvelle, ce qui

¹⁶⁵⁷ Cf. not. CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Royaume de Belgique c. Commission* : Rec. I-959 – CJCE, 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Royaume de Belgique c. Commission* : Rec. I-3671 – CJCE, 12 février 2008, aff. C-199/06, *Centre d'exportation du livre français*.

¹⁶⁵⁸ Cf. not. CJCE, 11 décembre 1973, aff. 120/73, *Lorentz* : Rec. 1471.

¹⁶⁵⁹ Cf. not. CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-6/12, *P Oy*, pt 41.

¹⁶⁶⁰ B. Cheynel, « Epique EPIC et ... colégram », RLC 2014, p. 40.

¹⁶⁶¹ L. n° 48-506 du 21 mars 1948 portant réorganisation et coordination des transports de voyageurs dans la région parisienne : création de l'office régional des transports parisiens et de la RATP (JO du 26 mars 1948, p. 2970).

¹⁶⁶² L. n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (JO du 31 décembre 1982, p. 4004).

aurait deux incidences importantes : d'une part, à propos des établissements publics déjà créés se posera la question de savoir si la qualification « d'aides réputées existantes », « à savoir celles à l'égard desquelles le délai de prescription de 10 ans en matière de récupération a expiré », en vertu des articles 1^{er} et 15 §3 du règlement n° 659/1999¹⁶⁶³, est applicable, ce qui permettrait de faire échapper ces établissements à l'obligation de récupération des aides publiques illégales (notamment, le cas échéant, pour la SNCF) ; d'autre part, à propos des établissements publics dont la création est envisagée ou en cours, les autorités nationales devront obligatoirement notifier le projet de création pour vérifier la compatibilité de la garantie implicite avec les règles du traité. Toutefois l'on pourrait tout aussi bien défendre la position selon laquelle la garantie implicite, étant consubstantielle à l'organisation de l'État, ne trouve pas de date précise ou pourrait, à tout le moins, en trouver dans les fondements textuels et jurisprudentiels relatifs au principe d'insaisissabilité et de responsabilité de l'État, qui sont antérieurs à l'entrée en vigueur du traité communautaire. Dès lors, l'aide publique serait nécessairement préexistante.

1081. Quoi qu'il en soit, la prochaine institution concernée devrait sans aucun doute être la « SNCF ». On se souvient de la communication de la Commission européenne du 22 juillet 2008, relative aux « Lignes directrices communautaires sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires »¹⁶⁶⁴, qui traite en partie des garanties d'État aux entreprises ferroviaires : la Commission européenne, après avoir rappelé les termes d'une précédente communication sur l'application des articles 87 et 88 du TCE aux aides d'État sous forme de garanties¹⁶⁶⁵ et la considération selon laquelle « sur la base d'une pratique constante [...] les garanties illimitées dans un secteur ouvert à la concurrence sont incompatibles avec le traité CE »¹⁶⁶⁶, a appliqué cette logique au cas précis des entreprises ferroviaires en considérant que « plusieurs entreprises ferroviaires bénéficient de garanties illimitées »¹⁶⁶⁷. Selon la Commission européenne, « ces garanties sont en général un héritage de statuts particuliers de monopoles historiques mis en place pour les entreprises de chemin de fer avant l'entrée en vigueur du

¹⁶⁶³ B. Cheynel, « Epique EPIC et ... colégram », RLC 2014, p. 40 : l'auteur mentionne « les EPIC créés postérieurement au 1^{er} janvier 1958 mais exerçant leurs activités depuis parfois plusieurs décennies (à l'instar du BRGM, de l'INA, de l'INC, du CNES) ».

¹⁶⁶⁴ Com. eur., communication du 22 juillet 2008, Lignes directrice communautaires sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires (JO C 184 du 22 juillet 2008, p. 13).

¹⁶⁶⁵ Com. eur., 2008/C 155/02, Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties (JO C 155 du 20 juin 2008, p. 10).

¹⁶⁶⁶ Com. eur., communication du 22 juillet 2008, Lignes directrice communautaires sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires (JO C 184 du 22 juillet 2008, p. 13).

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*

traité ou avant l'ouverture du marché des services de transport ferroviaire à la concurrence »¹⁶⁶⁸. La Commission a d'ailleurs clairement dressé l'avertissement que « *selon les informations dont [elle] dispose [...], ces garanties constituent, dans une très large mesure, des aides existantes. Les États membres concernés sont invités à informer la Commission des conditions d'application de ces régimes d'aides existantes ainsi que des mesures envisagées pour les supprimer* »¹⁶⁶⁹.

1082. C'est dans ce cadre, qu'une lettre aurait été envoyée le 11 février 2010¹⁶⁷⁰ aux autorités françaises par la Commission européenne sur le même format que celui concernant les autres EPIC de l'État. Si publiquement les autorités de l'État étaient apparues réticentes sur la question du changement de statut de la SNCF¹⁶⁷¹, selon la Professeure Martine Lombard, la réflexion des autorités françaises progressait déjà en 2012 sur la question de modification du statut de la SNCF, ainsi à la suite de l'arrêt de la CJUE concernant La Poste « *la réforme ferroviaire à venir en France, [...] pourrait se traduire par une profonde réforme de l'architecture institutionnelle des grands acteurs de ce secteur, pour mieux intégrer RFF au groupe SNCF, quitte à faire évoluer le statut de la SNCF elle-même* »¹⁶⁷².

1083. La Professeure Lombard était bien renseignée car la réforme ferroviaire est, en effet, porteuse de bouleversements importants pour l'établissement public SNCF.

1084. Il est important tout d'abord de rappeler que cette réforme intervient au moment où s'accroît la pression de l'Union européenne sur les États membres pour procéder à une

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ A. Counis et R. Honoré, « Le statut de la SNCF dans la ligne de mire de Bruxelles », Les Échos, 31 mai 2010.

¹⁶⁷¹ Cf. not. La question n° 2314 du 2 juin 2010 posée au Gouvernement par M. J.-C. Guibal relative au statut de la SNCF et la réponse de M. Dominique Bussereau, Secrétaire d'État chargé des transports : « *Monsieur le député, le Gouvernement n'a pas l'intention de modifier le statut juridique de la SNCF. C'est un EPIC, c'est-à-dire un établissement public industriel et commercial. Ce statut est ancien et adapté à la situation de l'entreprise. Vous avez vous-même rappelé qu'il n'impliquait pas juridiquement et économiquement la garantie illimitée de l'État. La remarque, récurrente, de la Commission européenne n'est donc pas justifiée. Nous avons évidemment saisi les instances juridiques de l'Union européenne à ce sujet. J'ai répondu hier clairement à la Commission et Pierre Lellouche, mon collègue en charge des affaires européennes, est allé confirmer ce point au président de la SNCF. Cela n'empêche pas le système qui entoure la SNCF d'avoir évolué. Par une loi de 1997, nous avons mis en œuvre la séparation des infrastructures et de l'exploitation. Je rappelle au demeurant que cette loi n'a pas été remise en cause par la majorité qui nous a succédé en 1997. Nous avons appliqué la libéralisation du fret qui permet à d'autres entreprises que la SNCF de faire des trains de fret, – qui représentent aujourd'hui à peu près 14 % du trafic – et nous appliquerons l'ouverture du trafic international de voyageurs. Nous sommes donc de bons élèves de la classe européenne, mais nous n'entendons pas remettre en cause le statut juridique de la SNCF. Il faut que tous les acteurs du transport en France le sachent et les cheminots au premier chef* » (JO AN du 3 juin 2010, p. 3960).

¹⁶⁷² M. Lombard, « Statut d'établissement public, service public et aide d'État », préc.

libéralisation complète du transport de voyageur. Les monopoles doivent donc être démantelés. C'est à cette tâche que s'est d'abord employée l'Allemagne, qui en « bonne élève » de l'Union européenne, a immédiatement opté, dès 1994, pour la privatisation de son opérateur public en une société anonyme publique de droit privé (DB AG) dont les activités sont réparties en plusieurs filiales. La France, quant à elle, montre des réticences à changer le statut de son opérateur public. Ainsi, la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire crée un groupe industriel public composé de trois EPIC¹⁶⁷³. Un EPIC de tête (SNCF)¹⁶⁷⁴, qui assurera le pilotage et la stratégie et deux EPIC filiales, l'un pour l'entretien du réseau (SNCF Réseau)¹⁶⁷⁵, l'autre pour la prestation de service (SNCF Mobilités)¹⁶⁷⁶.

1085. Force (et surprise) est de constater que rares ont été les fois où la question de la garantie illimitée a été posée. Elle n'apparaît dans aucun des documents officiels, ni l'étude d'impact, ni le projet de loi. Et l'on en perçoit trace que brièvement dans les discussions au sein des Commissions développement durable et finances de l'Assemblée nationale¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷³ L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (JO n° 0179 du 5 août 2014 p. 12930) : DA, 2014, n° 12, étude Laget-Annamayer – AJDA 2014.1881, comm. Broussolle – JCP A 2014.2342, étude Videlin – RLC 2014.41, étude Idoux – RLC 2015.42, étude Geffard.

¹⁶⁷⁴ La SNCF est donc constituée sous forme d'EPIC pour assurer : « 1° Le contrôle et le pilotage stratégiques, la cohérence économique, l'intégration industrielle, l'unité et la cohésion sociales du groupe public ferroviaire ; 2° Des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national, exercées au bénéfice de l'ensemble des acteurs de ce système, notamment en matière de gestion de crise et de préservation de la sûreté des personnes, des biens et du réseau ferroviaire, et de la sécurité, sans préjudice des missions de l'Établissement public de sécurité ferroviaire définies à l'article L. 2221-1 ainsi qu'en matière de coordination des acteurs pour la mise en accessibilité du système de transport ferroviaire national aux personnes handicapées ou à mobilité réduite ; 3° La définition et l'animation des politiques de ressources humaines du groupe public ferroviaire, dont les politiques de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et de mobilité entre les différents établissements publics du groupe public ferroviaire ainsi que la négociation sociale d'entreprise, en veillant au respect de l'article L. 2101-2 ; 4° Des fonctions mutualisées exercées au bénéfice de l'ensemble du groupe public ferroviaire, dont la gestion des parcours professionnels et des mobilités internes au groupe pour les métiers à vocation transversale, l'action sociale, la santé, la politique du logement, la gestion administrative de la paie, l'audit et le contrôle des risques » (Art. L. 2102-1 du Code des transports).

¹⁶⁷⁵ SNCF « Réseau » est l'une des filiales de la SNCF, constituée également sous la forme d'EPIC qui a pour objet « 1° L'accès à l'infrastructure ferroviaire du réseau ferré national, comprenant la répartition des capacités et la tarification de cette infrastructure ; 2° La gestion opérationnelle des circulations sur le réseau ferré national ; 3° La maintenance, comprenant l'entretien et le renouvellement, de l'infrastructure du réseau ferré national ; 4° Le développement, l'aménagement, la cohérence et la mise en valeur du réseau ferré national ; 5° La gestion des infrastructures de service dont il est propriétaire et leur mise en valeur » (Art. L. 2111-9 du Code des transports).

¹⁶⁷⁶ SNCF « Mobilités », seconde filiale, est elle aussi constituée sous forme d'EPIC qui a pour objet : « 1° D'exploiter selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire de personnes sur le réseau ferré national, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 2121-12 ; 2° D'exploiter d'autres services de transport ferroviaire, y compris internationaux ; 3° De gérer, de façon transparente et non discriminatoire, les gares de voyageurs qui lui sont confiées par l'État ou d'autres personnes publiques et de percevoir à ce titre auprès des entreprises ferroviaires, toute redevance » (Art. L. 2141-1 du Code des transports).

¹⁶⁷⁷ Cf. not. débat relatif au rapport n° 1990 fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire par M. Gilles Savary sur le projet de loi portant réforme ferroviaire. Deux interventions méritent à ce titre d'être notées. D'une part, celle du président de l'ARAF, Pierre Cardo qui s'est

1086. Il nous semble cependant que sur la question de l'établissement public SNCF « Mobilités » (qui est un prestataire public de service marchand), la position européenne ne souffre pas grand débat, son statut est parfaitement à celui de La Poste, dès lors, si les autorités nationales décident de maintenir le statut d'établissement public industriel et commercial (pour des raisons politiques et sociales évidentes) juridiquement ce statut fera assurément l'objet d'un contentieux dont l'issue ne fait pas grand doute.

B. La remise en cause potentielle de l'ensemble des personnes publiques prenant en charge à titre principal des activités de service marchand

1087. Si les établissements publics sont la cible principale de l'attention de l'Union européenne, en réalité l'analyse est potentiellement généralisable aux autres personnes publiques. Le raisonnement employé par la Commission européenne pourrait en premier lieu trouver à s'appliquer aux formes publiques de gestion locale.

1088. Ainsi, un établissement public local ou une régie autonome s'apparentent exactement au cas des établissements publics industriels et commerciaux de l'État. Ils sont des démembrements de l'État, le principe d'insaisissabilité leur est applicable et donc le non assujettissement aux voies d'exécutions et aux procédures collectives de droit commun. En outre, le raisonnement de la CJUE concernant la garantie d'État peut être calqué en tant que la loi du 16 juillet 1980 dit clairement qu'elle s'applique aux collectivités locales et aux

publiquement interrogé sur la question de savoir si l'EPIC SNCF mobilités : « *pourra conserver son statut d'EPIC. En effet, l'Union européenne ne conteste pas le recours à des EPIC, mais elle peut contester le fait que ce transporteur, qui est soumis à la concurrence, possède un tel statut – problème qui ne se pose pas pour le GIU, puisqu'il s'agira d'un monopole. Le fait que la dette de la SNCF soit adossée à l'État peut amener l'Europe à y voir un avantage susceptible de fausser la concurrence* » (Assemblée nationale, mercredi 24 juillet 2013, compte rendu n° 87). D'autre part, celle du rapporteur du texte Gilles Savary qui considère que « *le montage découle du choix que nous avons fait de créer un groupe public plutôt que de maintenir deux entités séparées. Ces trois EPIC seront en effet directement dépendants de l'État, en circuit court. D'un point de vue juridique, je reconnais qu'il s'agit d'un montage sui generis. Deux problèmes se posent à cet égard : celui de la remontée de dividendes de SNCF Mobilités à la SNCF et de leur affectation à SNCF Réseau ; celui de la compatibilité du montage avec le régime européen des aides d'État. Un bras de fer se joue en ce moment à Bruxelles sur cette seconde question. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt condamnant La Poste au regard du droit de la concurrence : elle a considéré que La Poste était alors, en tant qu'EPIC, une émanation de l'État, et qu'elle bénéficiait de ce titre d'une garantie universelle et perpétuelle. Certains États membres répliquent que le droit de la concurrence est censé ne pas avoir d'incidence sur le statut des entreprises. Quoiqu'il en soit, le montage a été soumis par le gouvernement français à la direction générale de la mobilité et des transports – DG MOVE –, qui l'a agréé dans sa totalité. Il n'en reste pas moins que l'EPIC "de tête" ne détient pas le capital des EPIC "filiales" » (Assemblée nationale, Commission des Finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, mercredi 21 mai 2014, compte rendu n° 77).*

établissements publics¹⁶⁷⁸, et les arrêts du Conseil d'État *Société fermière de Campoloro*¹⁶⁷⁹ et de la Cour européenne des droits de l'Homme *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France*¹⁶⁸⁰ concernait spécifiquement la responsabilité de l'État du fait de l'inexécution par une collectivité territoriale d'une décision passée en force de chose jugée. Si nous réaffirmons que la qualification de « garantie » sur le fondement des jurisprudences précitées par la Cour de justice de l'Union européenne est très contestable, pour autant, on voit mal ce qui justifierait que la sanction de la garantie illimitée, dans le sens que lui donne la haute juridiction européenne, dont elles sont elles aussi destinataires ne soit pas applicable.

1089. Plus largement, la question peut se poser de savoir si ce raisonnement peut s'appliquer à l'ensemble des activités économiques des collectivités territoriales (c'est-à-dire y compris pour les régies simples, un service public administratif pouvant être exercé sur le secteur concurrentiel). En effet, la collectivité territoriale en tant que telle peut être considérée comme un démembrement de l'État, que ce dernier aurait l'obligation de garantir.

1090. On pourra évidemment nous reprocher d'extrapoler, mais il semble que la pure logique juridique tendrait à confirmer l'analogie et à condamner l'intervention même des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

1091. Si l'on osait d'ailleurs pousser le raisonnement plus loin, la même question pourrait se poser concernant les services de l'État lui-même. En effet, nous avons vu que les services déconcentrés de l'État peuvent (encore) être prestataires de service marchand¹⁶⁸¹. Certes, parler d'une garantie d'État serait logiquement impropre, l'État ne pouvant se garantir lui-même, on voit mal, dès lors, comment la qualification d'aide d'État pourrait être retenue. Toutefois un élément peut laisser penser qu'une telle situation n'est pas complètement fantaisiste. En effet, la notion « d'entreprise » retenue par la Cour de justice de l'Union européenne pour identifier les activités économiques tend à identifier des entités autonomes¹⁶⁸². Ainsi, il n'est pas

¹⁶⁷⁸ Art. 1 de la L. n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO du 17 juillet 1980, p. 1799)

¹⁶⁷⁹ CE, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro* : JCP A 2005, p. 1738, concl. Boulouis ; AJDA 2006, p. 137, chron. Landais et Lenica ; AJDA 2007, p. 1218, étude Cassia ; RFDA 2006, p. 341, note Bon ; DA mars 2006.33, note Guettier ; JCP 2006.II.10044, note Moustier et Béatrix.

¹⁶⁸⁰ CEDH, 6 décembre 2006, aff. 57516/00, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France* : D. 2007.545, note Hugon.

¹⁶⁸¹ Cf. *supra* n° 693 et s.

¹⁶⁸² Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, préc. – CJCE, 17 février 1993, aff. jointes C-159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre* – CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* – CJCE,

impossible qu'un service de l'État rendant une activité économique soit considéré comme une « entreprise » au sens du droit de la concurrence, ce qui pourrait permettre la qualification d'aide d'État à l'octroi de la garantie illimitée dont il nécessairement détenteur.

1092. Plus largement encore, la pure cohérence intellectuelle devrait conduire à s'interroger sur la comptabilité de l'octroi d'un régime dérogatoire à des sociétés anonymes telle qu'Aéroport de Paris, dont on rappelle que les biens nécessaires à la bonne exécution de ses missions de service public sont insaisissables.

1093. Pour résumer, la question de la sanction de la garantie illimitée ne fait plus doute en ce qui concerne les établissements publics de l'État exerçant à titre principal une activité économique et fait menace, si l'on a bien voulu valider notre raisonnement précédent, en ce qui concerne les autres personnes publiques, au premier chef desquelles les établissements publics des collectivités territoriales exerçant à titre principal une activité économique, et les sociétés de droit privé exerçant une activité de service public. Bien évidemment, si un tel principe devait être acté, il conviendrait d'atténuer la sévérité de la position des juges et autorités de l'Union européenne sur deux points : d'une part, car les personnes publiques peuvent bénéficier de la dérogation prévue par la Commission européenne quand les activités économiques ne revêtent qu'un caractère accessoire¹⁶⁸³, d'autre part, car l'aide publique en question doit, d'une part, affecter les échanges entre les États membres¹⁶⁸⁴, d'autre part, provoquer une distorsion de la concurrence¹⁶⁸⁵. Si cette double condition n'est aujourd'hui pas toujours réunie concernant les aides publiques de dimension locale – en l'occurrence la garantie illimitée des prestataires

11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Job Centre* – CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*. En ce sens, il n'est même pas nécessaire que l'entité en charge de l'activité économique dispose de la personnalité juridique : cf. not CJCE, aff. C-118/85, 16 juin 1987, *Commission c. République italienne* : Rec. 2599 – CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : Rec. I-5335.

¹⁶⁸³ Cf. *supra* n° 1037 et s.

¹⁶⁸⁴ Cf. not. CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-78/08 et C-80/08, *Paint graphos et autres* : RLCT 2011/73, n° 2034, p. 25 – CJCE, 13 juillet 1988, aff. C-102/87, *France c. Commission* : Rec. 406. En l'occurrence, « l'appréciation des incidences d'une mesure – qualifiée d'aide d'État – sur les échanges intracommunautaires est effectuée à partir d'une analyse in concreto des effets de la mesure en tenant compte d'un certain nombre de circonstances de fait : 1° l'importance de l'entreprise ou des entreprises concernées (part de marché qu'elle détient sur son propre marché national et, plus encore, sur le marché communautaire) ; 2° la réalité et l'importance des courants commerciaux intracommunautaires du produit dont il s'agit ; et la participation effective de l'entreprise bénéficiaire à ces courants d'échanges ; 3° la situation économique du marché concerné et le rôle de l'aide sur ce marché qui, par exemple, parce qu'il connaît une difficulté conjoncturelle peut se trouver durablement perturbé par l'institution d'un régime d'aide d'État ; 4° l'intensité de l'aide dont les effets sont très différents, selon qu'elle agit d'une manière marginale ou qu'elle vise à modifier les comportements en transformant les conditions du marché ».

¹⁶⁸⁵ Cf. not. CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *La Poste, Syndicat français de l'Express International (SFEI) et autre* : Rec. I-3547.

publics locaux – il faut prendre en compte la logique d’expansion du droit du marché intérieur qui peu à peu s’applique, y compris à des aides publiques ayant un impact réduit à l’échelle européenne.

1094. Partant de ce constat, nous partageons la suggestion formulée par Monsieur Laurent Ayache selon laquelle « *la filialisation des activités concurrentielles, sous réserve que le financement sur les marchés se fasse directement par les filiales, permet de cantonner la garantie implicite de l’État au niveau de l’EPIC, sans en faire bénéficier ses filiales* »¹⁶⁸⁶. Autrement dit, la lumière doit aujourd’hui être portée sur la séparation organique des activités de service public et des activités concurrentielles¹⁶⁸⁷. Seul un cloisonnement étanche entre l’entité publique ou privée en charge d’une mission de service public et ses filiales, en charge des activités concurrentielles, permettrait de confiner une garantie implicite tout en préservant l’action économique de ces acteurs.

1095. Pour conclure, la sévérité de la position des juges et autorités de l’Union européenne pose problème car elle constitue, si ce n’est une atteinte, au moins une « brèche » au principe de neutralité du droit européen. Cette « *conjonction d’une acception large de la notion d’aide d’État et d’une interprétation extensive du principe d’insaisissabilité des biens des personnes publiques* »¹⁶⁸⁸ pose question. En effet, derrière la sanction des garanties octroyées aux établissements publics émerge, l’idée d’une contestation plus globale du statut même de ces établissements. Et même si la Commission prend soin de toujours rappeler le principe de neutralité issu de l’article 345 du TFUE, la réalité tend à prouver que c’est le modèle même de l’intervention des prestataires publics qui pose problème.

1096. Alors, on pourra toujours regretter la contestation dont les prestataires publics font l’objet mais, selon nous, la question de la garantie illimitée ne souffre guère d’autres reproches que celui de la contradiction que soulève la méthode d’analyse employée par le juge européen :

¹⁶⁸⁶ Cf. not. Th. Dahan, « La réforme de la SNCF reste à faire », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2015, n° 5, entretien 5.

¹⁶⁸⁷ Cf. L. Ayache, « Aide d’État et secteur public économique », CCC 2014, n° 7, chron. 2 : « *selon la Commission, l’avantage découlant de l’existence d’une garantie implicite de l’État au bénéfice des EPIC ne profite pas, automatiquement, aux filiales de ces établissements. Cette position ressort, en particulier, de la décision de la Commission concernant l’Institut français du Pétrole (Comm. UE, déc. n° C(2011)4483, 29 juin 2011 concernant l’aide d’État C 35/08 accordée par la France à l’établissement public Institut Français du Pétrole : JOUE n° L 14, 17 janvier 2012)* ».

¹⁶⁸⁸ J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l’État au profit de ses EPIC », *AJDA* 2010, p. 2346.

en effet, en faisant reproche à l'établissement public d'être ce qu'il est, il risque de fermer plus largement la porte du marché aux prestataires publics.

CONCLUSION DU TITRE I

1097. De l'ensemble des propos précédents, il nous semble que trois enseignements peuvent être inférés.

1098. En premier lieu, la banalisation des prestataires publics de service marchand ne permettra pas d'assurer l'égalité de concurrence. En effet, les personnes publiques sont soumises à un statut qui, s'il peut être largement banalisé, ne pourra pas l'être de manière satisfaisante dans la mesure où le lien entre l'administration et les prestataires publics de service marchand est la marque de leur irréductible spécificité. De surcroît, en s'efforçant d'adapter les prestataires publics de service marchand, on finit par les mettre dans une situation si inconfortable qu'elle devient le signe d'une nouvelle inadaptation. Finalement, il y a presque plus de sincérité dans l'appréciation – certes sévère mais finalement assez logique – qu'ont les institutions européennes de la question de la garantie illimitée des établissements publics par l'État.

1099. En deuxième lieu, dans cette affaire, les institutions européennes ne sont pas responsables des difficultés concurrentielles que connaissent les prestataires publics de service marchand. Bien au contraire, on rejoint largement l'appréciation de Monsieur Xavier Domino selon qui « *il faut garder à l'esprit deux choses, l'extraordinaire complexité de la tâche qui incombe aux instances de droit communautaire, qui est de synthétiser au sein de notions a priori homogènes pour l'ensemble des États de l'Union une diversité de choix d'organisation, de conception même, de la sphère publique et de la sphère privée, qui demandent nécessairement un temps pour apporter les précisions et les ajustements nécessaires. En outre, il ne faut pas oublier l'apport essentiel du droit de l'Union, qui a d'ailleurs contribué à profondément renouveler notre approche nationale, qui consiste à ne point s'attacher trop aux formes organiques que prennent les modes de gestion publique mais à déterminer la réalité des activités et des services* »¹⁶⁸⁹. D'autant que la France n'est pas le seul État à devoir défendre son modèle traditionnel de prise en charge des services publics¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁹ X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'État », AJDA 2010 p. 1238.

¹⁶⁹⁰ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr : « *L'Allemagne est actuellement très en pointe pour la défense des services publics et notamment des services publics locaux : la Commission cherche en effet à remettre en cause les privilèges dont jouissent les Landesbanken, établissements publics de crédit gérés par les länder et qui bénéficient d'apports financiers et de garanties* »

1100. En troisième lieu, il semble qu'il n'y ait pas de solution qui permette de préserver la prestation publique de service marchand. On peut repérer deux principaux courants doctrinaux sur cette question. Le premier, que l'on qualifiera d'optimiste, considère que l'adaptation des prestataires publics peut être renforcée pour satisfaire aux exigences européennes. En ce sens, Olivier Schrameck invite à « combattre » une « théorisation négative » à propos des établissements publics industriels et commerciaux. Dès lors, il faudrait sécuriser les prestataires publics en amplifiant la banalisation de leur régime et en les déconnectant de l'administration par des techniques de séparation comptable et juridique. Le second mouvement doctrinal – pessimiste – part du postulat que les prestataires publics – et notamment les établissements publics industriels et commerciaux – sont condamnées *per se* et donc que la privatisation est la seule solution envisageable pour échapper aux sanctions européennes.

1101. Selon nous, ces deux courants doctrinaux finiront par se rejoindre. En effet, derrière l'idée d'adaptation se cache finalement la transformation de l'initiative publique. La notion même de transparence justifie la séparation comptable et juridique des activités concurrentielles et des activités de service public. Autrement dit, peu à peu, les activités de service marchand sont détachées comptablement puis organiquement des autres activités publiques, jusqu'à devenir parfaitement autonomes (indépendantes) de l'administration. Tout cela est une histoire du temps. Une forme d'intervention remplace une autre. Ce mouvement persistant semble annoncer la fin des prestataires publics de service marchand en même temps qu'il contraint le pouvoir politique au choix : encadrer le marché ou intervenir sur le marché, faire le jeu ou être le jeu de la concurrence.

illimitées de ceux-ci. En juillet 1998, la Commission européenne a engagé des procédures contre six Landesbanken et demande à celle contrôlée par la Rhénanie du Nord – Westphalie de rembourser à son land de tutelle la somme de 808 millions d'euros au titre d'apports d'actifs regardés comme des aides d'État. L'affaire a été portée devant la CJCE en mai 2000. Le 17 juillet 2001, les autorités allemandes ont décidé d'éliminer le régime de garanties ».

TITRE II

LA RÉSISTIBLE PRIVATISATION

DES ACTIVITÉS DES PRESTATAIRES PUBLICS

DE SERVICE MARCHAND

1102. Le principe de neutralité du droit de l'Union européenne à l'égard des régimes de propriété existant dans les États membres se heurte à la réalité de la pratique concurrentielle. À cet égard, le juge rappelle que ce principe n'a pas pour effet de faire échapper les États membres au respect des règles fondamentales du Traité européen¹⁶⁹¹. Or, cette exigence est incompatible avec la spécificité du statut des prestataires publics de service marchand.

1103. Ce problème est important car il est à la source d'un paradoxe majeur du droit de la concurrence : d'un côté, les autorités et juges de la concurrence évoquent régulièrement le principe de neutralité et approuvent conséquemment la licéité de l'intervention marchande des prestataires publics ; pourtant, d'un autre côté, elles se trouvent bien en peine à faire respecter les règles de concurrence que constitutivement les prestataires publics sont conduits à enfreindre. Le renforcement de la banalisation par le législateur et du contrôle par les autorités et les juges de la concurrence se heurte à la spécificité persistante et irréductible des personnes publiques, prestataires de service marchand. À vrai dire, les prestataires publics, eux-mêmes, sont assez « brimés » de cette spécificité qui les contraint à s'efforcer d'adapter leurs comportements à un marché qui n'est pas fait pour eux : l'effort d'adaptation devient ainsi le marqueur d'une nouvelle inadaptation (Chapitre 1).

1104. C'est pour ces raisons que la solution la plus empruntée est celle de la privatisation, au sens large : c'est-à-dire le phénomène qui consiste à ce que les personnes publiques transfèrent ou externalisent la gestion des activités publiques de service marchand – et même plus largement des activités de service public économique – au secteur privé. L'environnement concurrentiel est favorable à ce phénomène. Certes, on pourrait rétorquer à cette affirmation qu'il n'existe pas d'obligation juridique à privatiser et que *in fine* cette décision relève toujours

¹⁶⁹¹ CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-302/97, *Konle* : Rec. I-3099, pt 44 – CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c. France* : Rec. I-4781, pt 44 (affaire dite des « actions privilégiées » au profit de l'État dans les anciennes entreprises nationalisées françaises).

d'un choix politique ; cependant, s'il est incontestable que la décision est finalement politique, l'analyse juridique nous amène à conclure qu'on assiste en la matière à un resserrement du choix : le contexte juridique dans lequel évoluent les prestataires publics de service marchand n'est qu'en apparence favorable à leur intervention concurrentielle et est en réalité hostile à leur déploiement sur le marché.

1105. Le fossé qui se creuse entre les exigences du marché et la spécificité des personnes publiques génère une pression croissante sur les interventions concurrentielles des personnes publiques sous statut de droit public qui conduit logiquement à leur remise en cause. Mais il ne faut pas penser que la gestion publique sera, de toute façon, préservée par la bienveillance d'une « main invisible », au contraire, l'environnement concurrentiel est favorable à la privatisation. Cependant, une alternative existe, qui permet aux personnes publiques de pouvoir concilier trois impératifs : la préservation du jeu concurrentiel, la gestion directe des activités publiques de service marchand et la souplesse statutaire nécessaire au déploiement sur le marché. C'est pourquoi, les années qui viennent devraient, selon nous, marquer l'essor des interventions concurrentielles des personnes publiques sous statut de droit privé. Un essor qui ne sera possible qu'à la condition qu'on sécurise fortement ce mode d'intervention (Chapitre 2).

Chapitre 1 La pression croissante du droit du marché intérieur sur les activités de service économique des personnes publiques

1106. Le statut de droit public est-il condamné ? Avant de répondre à cette question, il nous faudra constater que ce statut subit une pression croissante des autorités et juges de la concurrence : il s'agit d'obliger les concurrents publics à isoler leurs activités concurrentielles.

1107. En principe, les prestataires publics sont soumis à un contrôle renforcé de leurs activités marchandes de la part des autorités et juges européens et internes de la concurrence n'intervient que *ex post* : c'est-à-dire après l'éventuelle commission d'infractions concurrentielles, y compris si ces infractions se font au support d'avantages statutaires¹⁶⁹². Les personnes publiques doivent alors prouver qu'elles ont adopté un comportement « ordinaire », conforme au principe d'égalité de concurrence et donc neutralisé leurs avantages statutaires.

1108. A la simplicité de ce principe viennent se confronter les difficultés de la pratique. En effet, comme nous l'avons évoqué tout au long de cette étude, l'inadaptation des prestataires publics de service marchand est à la fois persistante et irréductible et crée une distorsion concurrentielle problématique entre opérateurs sous statut de droit public et opérateurs sous statut de droit privé. L'inadaptation des prestataires publics entraîne, de la part des autorités européennes et internes de contrôle de la concurrence, une vigilance renforcée. Les personnes publiques, bien loin de pouvoir intervenir « librement » sur le marché, doivent au contraire faire preuve d'une précaution vétilleuse à ne pas porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

1109. C'est la raison pour laquelle, afin d'endiguer ces risques de distorsion de la concurrence, se sont développés ces dernières années, dans une logique de transparence¹⁶⁹³, des moyens de prévention. Ce contrôle *ex ante* « signifie l'édition de multiples règles précises de comportement, qui gouvernent les opérateurs dont l'action ultérieure devra intégrer la prescription »¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹² Le cas de la garantie implicite est toutefois particulier comme nous venons le voir : cf. *supra* n° 968 et s.

¹⁶⁹³ Cf. not. F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2003.

¹⁶⁹⁴ M.-A. Frison-Roche, « Le couple ex-ante – ex-post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 33.

1110. Dans ce cadre, on a ainsi vu se renforcer une exigence qui tend à séparer les activités concurrentielles des personnes publiques de leurs activités de service public : l'objectif étant de faire en sorte que les personnes publiques ne se servent pas des moyens et ressources des secondes pour nourrir la réussite des premières. L'exigence de séparation permet ainsi de prévenir les atteintes concurrentielles en faisant pression sur le statut de droit public¹⁶⁹⁵. En outre, elle permet de faciliter le contrôle des juges et autorités de la concurrence. Pour être efficace, ce contrôle implique que puisse être connue de manière détaillée la structure de l'entreprise concernée. Or, selon l'Autorité de la concurrence : « *les remèdes "structurels", consistant à séparer les activités concurrentielles et monopolistiques, permettent de vérifier l'absence d'aide ou de subvention croisées [et] d'en estimer, le cas échéant, le montant (qui est un élément d'appréciation de leur effet sur le marché)* »¹⁶⁹⁶.

1111. Le souci de prévention des infractions concurrentielles causées par les personnes publiques a conduit les institutions européennes et internes de contrôle de la concurrence à renforcer considérablement cette exigence de séparation des activités concurrentielles et donc à accroître la pression sur le statut de droit public. Si l'objectif est louable, on s'aperçoit, dans la pratique, qu'il conduit à un résultat (inattendu ?) : en souhaitant concilier la préservation du jeu de la concurrence et l'intervention des personnes publiques, on finit par transformer l'effort d'adaptation en obstacle concurrentiel pour les prestataires publics de service marchand (Section 1).

1112. Tout ceci crée un environnement particulièrement favorable à la privatisation des activités publiques de service marchand. Nous n'avons pas vocation à être l'énième prophète de la fin de la gestion publique ; toutefois, il faut bien constater que cette dernière, de crise en crise, depuis maintenant plus d'une cinquantaine d'années¹⁶⁹⁷, s'est considérablement affaiblie, sans jamais mourir vraiment. Il ne s'agit donc pas, dans les développements qui suivent, de prouver que la gestion publique n'est plus – car elle existe encore – ou ne sera bientôt plus – car nul ne pourrait le prédire ; seulement, nous démontrerons qu'aujourd'hui le basculement de l'effort d'adaptation à la privatisation est le chemin le plus empruntable, le moins épineux et

¹⁶⁹⁵ L'efficacité de ces mécanismes de prévention est d'ailleurs relevée dans le rapport public du Conseil d'État de 2002 : CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE, n° 53, La doc. fr., 2002, p. 273 et s.

¹⁶⁹⁶ Cons. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, Paris, La doc. fr., p. 112.

¹⁶⁹⁷ Cf. not. R. Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950.

donc le plus usité. La pratique ne nous démentira pas sur ce point : l'heure est plus que jamais à la privatisation de la gestion des activités publiques (Section 2).

Section 1 LE RENFORCEMENT DE L'EXIGENCE DE SÉPARATION DES ACTIVITÉS DE SERVICE MARCHAND ET DES ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC

1113. L'exigence de séparation est issue d'une méfiance. Cette méfiance est due à l'exorbitance de la personne publique. En effet, les prestataires publics disposent statutairement de moyens « extra-ordinaire » pour accomplir leurs missions de services publics. Or, selon les règles du droit de la concurrence les prestataires publics doivent, dans le cadre de leurs activités concurrentielles, se comporter en opérateurs « ordinaires » et ne doivent donc pas se servir des moyens exorbitants dont ils disposent pour venir fausser le jeu concurrentiel en établissant des prix prédateurs notamment grâce à des subventions croisées. Le contrôle de cet usage est cependant complexe. Si l'on prend l'exemple de la tarification du service, qui est assurément celui qui pose le plus de difficulté, on s'aperçoit vite que la comptabilité publique ne permet pas de faire apparaître les éléments qui ont concouru à la formation du prix et que la justification de prix par des « *documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »¹⁶⁹⁸, pour reprendre la formulation du juge, manque sensiblement de clarté. C'est pourquoi, tant le droit que les acteurs de contrôle et de régulation du marché sont progressivement venus mettre en place une exigence de séparation, dans cet objectif de transparence.

1114. En principe, cette exigence est applicable à toutes les entités en charge d'une mission de service public, qu'elles soient de droit privé ou de droit public. Toutefois, plus le statut de l'entité en charge sera exorbitant du droit commun (et donc soumis au droit public), plus l'exigence se renforcera.

1115. Cette séparation peut prendre diverses formes¹⁶⁹⁹. Il peut s'agir d'une simple séparation comptable. Il peut également s'agir d'une séparation fonctionnelle consistant à séparer, au sein

¹⁶⁹⁸ CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

¹⁶⁹⁹ Sur ce sujet, cf. not. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », n° 875 (la Professeure Nicinski recense trois types de séparations : comptable ; fonctionnelle et structurelle) – L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, « Diversification des établissements publics. – Le Conseil de la concurrence fait une nouvelle application de la procédure d'engagements pour prévenir un abus automatique d'un établissement public », p. 1657 (les auteurs utilisent le triptyque séparation juridique, comptable et matérielle) – C.

de la même entité juridique, les activités de service public des activités concurrentielles. Il peut en outre s'agir d'une séparation juridique consistant à imposer la filialisation de l'activité marchande, afin de rendre plus transparentes encore les relations entre celle-ci et l'activité d'intérêt général de l'opérateur en cause. Enfin, l'étape ultime est la séparation de propriété, c'est-à-dire le détachement complet de l'activité concurrentielle, au profit d'une entité indépendante de l'opérateur public, elle est en théorie le seul moyen d'éliminer complètement tout comportement anticoncurrentiel de l'opérateur public.

1116. A première lecture, il n'existe pas de principe juridique général qui impose une séparation des activités concurrentielles et monopolistiques (de service public). Le vocabulaire employé tant par le Conseil d'État que par l'Autorité de la concurrence tend plutôt à en faire « recommandation »¹⁷⁰⁰, ou « préconisation »¹⁷⁰¹. Toutefois, sous l'effet conjugué de la réglementation et de la jurisprudence, la séparation des activités concurrentielles et monopolistique tend à devenir une véritable exigence qui progressivement s'étend à toutes les activités concurrentielles des personnes publiques et revêt une portée de plus en plus contraignante ; si contraignante que l'effort d'adaptation (§1) tend à devenir la source d'une nouvelle inadaptation (§2).

§1. UN EFFORT D'ADAPTATION

1117. Cet effort d'adaptation est visible à deux niveaux : d'une part, dans le cadre de l'encadrement sectoriel – notamment pour les services rendus au support d'un réseau – les textes de l'Union européenne et leurs transcriptions nationales imposent une séparation des activités de l'opérateur public et d'ailleurs, la plupart du temps, les exigences nationales sont supérieures à celle issues du droit de l'Union européenne (A) ; d'autre part, pour l'ensemble des activités concurrentielles, les institutions de contrôle de la concurrence tendent à faire naître

Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law », p. 474 et s. (l'auteur distingue les exigences de séparations minimales – séparation comptable, séparation fonctionnelle – des exigences de séparations maximales – séparation juridique et séparation de propriété). Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a également eu l'occasion de faire la typologie des mécanismes de séparation : cf. Aut. conc., avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, pts 178 et s.

¹⁷⁰⁰ Cf. not. Cons. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, Paris, La doc. fr., p. 103.

¹⁷⁰¹ Cf. not. CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 274.

un principe de précaution concurrentielle particulièrement contraignant pour les prestataires publics (B).

A. Un « *principe de régulation sectorielle* »¹⁷⁰²

1118. Les entreprises publiques de réseaux sont traditionnellement des opérateurs verticalement intégrés, c'est-à-dire qu'elles regroupent les divers stades d'activités d'une filière, de la production à la distribution, nécessaires au rendu d'un service final au consommateur (au client ou à l'utilisateur).

1119. La mise en concurrence des anciens monopoles de réseaux – énergies, transports, télécoms, postes – a conduit à reconsidérer la pertinence d'une telle intégration. Le risque étant que la concurrence soit faussée par les opérateurs historiques qui bénéficient d'un avantage concurrentiel important. En effet, le cumul d'activités économiques intégrées par une entreprise est de nature à lui conférer un pouvoir de marché particulièrement fort, notamment si elle a en charge la gestion du réseau et/ou le pouvoir de régulation et/ou l'activité de service universel¹⁷⁰³.

1120. C'est la raison pour laquelle, le droit de l'Union européenne est venu principalement poser une exigence de séparation comptable qui tend à devenir un véritable « *principe de régulation sectorielle* » (1) ; cette exigence a même été renforcée par les autorités internes de contrôle de la concurrence qui tendent à imposer une séparation structurelle (2).

1. *Les obligations principalement comptables du droit de l'Union européenne*

1121. Afin de favoriser la libre et égale concurrence, le droit de l'Union européenne est venu appliquer le principe de transparence aux relations qu'entretiennent les États membres avec les entreprises publiques de réseau. Dans ce cadre, quatre obligations peuvent être recensées.

¹⁷⁰² Cette formule est empruntée à Mme Claire Mongouachon *in Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law », p. 479.

¹⁷⁰³ Sur sujet, cf. not, G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 99 et s. – C. Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public*, préc., p. 472 et s. – L. Richer, « Droit d'accès au service public », AJDA 2006, p. 73 – R. Le Mestre, *La soumission des secteurs nationaux à la déréglementation communautaire*, Lille, ANRT, 2003, p. 388 et s. – J. Bergougnoux (prés.), *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulation*, Commissariat général du Plan, La doc. fr., 2000.

1122. En premier lieu, les institutions européennes imposent le détachement organique de l'entreprise publique de réseau et de l'administration de l'État, autrement dit, un simple détachement fonctionnel de l'entreprise en cause ne suffit pas, il est nécessaire qu'une entité juridique, distincte de l'État, soit créée, sous forme d'établissement public ou de société de droit privé, par exemple¹⁷⁰⁴.

1123. En deuxième lieu, les institutions européennes posent l'exigence que soit séparée l'activité de régulation – plus précisément de prescription et de contrôle – des activités de gestion du réseau et de prestations de services sur ce réseau. Cette exigence, développée tant par le législateur¹⁷⁰⁵ que par le juge de l'Union européenne¹⁷⁰⁶, a conduit la France à multiplier la création d'autorités de régulations – sous forme d'autorités administratives ou publiques indépendantes la plupart du temps – pour encadrer les activités de réseaux soumises à libéralisation.

1124. En troisième lieu, le législateur de l'Union européenne impose que soient séparées l'activité de gestion du réseau et les activités de prestations de services sur ce réseau. Sur ce point, deux enseignements principaux peuvent être tirés.

1125. D'une part, la propriété du réseau (tous les biens immobiliers et mobiliers tels que les rails, câbles, tuyaux etc.) peut être conservée par l'État. En effet, même si les institutions de l'Union européenne ont pu tenter d'imposer une séparation patrimoniale, nombre d'États

¹⁷⁰⁴ Si l'on prend le cas du transport ferroviaire, cf. not. l'art. 4 de la dir. 91/44/CE relative au développement des chemins de fers communautaires (JO L 237 du 24 août 1991, p. 25) qui dispose que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'en matière de direction, de gestion, d'administration et de contrôle administratif, économique et comptable interne, les entreprises ferroviaires soient dotées d'un statut d'indépendance selon lequel elles disposent notamment d'un patrimoine, d'un budget et d'une comptabilité séparés de ceux des États* ».

¹⁷⁰⁵ Cf. not. Dir. 88/301/CEE du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, art. 6 (JO L. 131 du 27 mai 1988 p. 73) – Dir. 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence sur les marchés de services de télécommunications, art. 7 (JO L 192 du 24 juillet 1990 p. 10) – Dir. 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, art. 6-5 (JO L.027 du 30 janvier 1997 p. 20).

¹⁷⁰⁶ Cf. not. CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, *France c. Commission* : Rec. 1123, pt 52 – CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *RTT c. GB Inno* : Rec. I-5973, pt 26 : « *le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent que la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services concurrents dans le domaine des télécommunications* » – CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : à propos d'une Direction du ministère des postes et Télécommunications chargée de l'exploitation du réseau public de télécommunication – Com. eur., 23 octobre 2001, déc. n° 2002/344/CE relative à l'absence de contrôle exhaustif et indépendant des conditions tarifaires et techniques appliquées par La Poste aux entreprises de routage pour l'accès à ses services réservés (JO L 120 du 7 mai 2002) : Europe 2002, comm. 246, note Idot.

¹⁷⁰⁶ Sur ce point, cf. not. CE, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001 ECDE, n° 52, La doc. fr., p. 261 et s. – A. Bouveresse, comm. sur CJUE, 3 décembre 2009, aff. C-424/07, *Commission c. Allemagne*, Europe, février 2010, comm. 77.

membres, à l’instar de la France, s’y sont fermement opposés¹⁷⁰⁷. Plusieurs solutions sont alors envisageables pour l’État. Il peut choisir de conserver la pleine propriété du réseau, la confier à l’opérateur historique – qui est bien souvent également gestionnaire du réseau et opérateur de service – ou encore la confier à une entité indépendante de l’État. La plupart du temps, l’État cherche à concilier deux considérations antagonistes : d’un côté, il ne souhaite pas « perdre la main » sur le réseau qui est un outil stratégique en terme de développement territorial et de sécurité nationale, mais, d’un autre côté, les coûts inhérents à l’entretien et au développement du réseau sont très importants et rendent attractifs les financements privés. C’est la raison pour laquelle la République française a majoritairement opté pour la solution intermédiaire en ne conservant pas la pleine propriété du réseau mais en la confiant à l’opérateur historique, dont il est actionnaire (parfois majoritaire). C’est par exemple le cas dans le secteur des télécommunications où France Télécom est propriétaire de la boucle locale cuivre (qui comprend à la fois les équipements passifs de raccordement et la ligne téléphoniques – paires de cuivre – allant du répartiteur de l’opérateur jusqu’à la prise de l’abonné)¹⁷⁰⁸. Dans d’autres cas, l’État a confié la propriété du réseau à un établissement public : c’est le cas du transport ferroviaire, où la propriété du réseau était attribuée, avant la réforme ferroviaire de 2014, à Réseau ferré de France (RFF) – RFF gérant, à quelques exceptions près, toutes les lignes ferrées françaises – et est aujourd’hui attribué à l’établissement public industriel et commercial SNCF Réseau¹⁷⁰⁹. Il reste enfin des cas où l’État n’a pas la faculté de conserver la maîtrise directe ou indirecte du réseau : c’est notamment l’exemple du secteur des communications électroniques

¹⁷⁰⁷ Sur ce sujet, cf. not, G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 107 : « *La séparation patrimoniale des gestionnaires de réseaux implique le transfert de la propriété des infrastructures de réseau à une entité totalement indépendante des entreprises du secteur afin de supprimer tout risque de conflit d’intérêts. Cette mesure radicale, qui conduit au démantèlement de l’entreprise publique de réseau verticalement intégrée, a été proposée par la Commission lors de l’élaboration des directives du troisième “paquet énergie” [...]. Suite à l’opposition de plusieurs États membres, dont la France et l’Allemagne, les directives “gaz” et “électricité” du 13 juillet 2009 laissent aux autorités nationales le choix entre la séparation patrimoniale des réseaux de transport de gaz ou d’électricité, la gestion des réseaux par une société tierce (modèle ISO) ou le renforcement de l’indépendance des gestionnaires de réseaux (modèle ITO)* ».

¹⁷⁰⁸ Le secteur de l’énergie est plus complexe. En effet, le marché étant lui-même fragmenté en plusieurs segments : production, transport, distribution, la propriété est divisée entre plusieurs opérateurs. Ainsi, les équipements de production (biens mobiliers et immobiliers), appartiennent aux divers prestataires présents sur le marché. La propriété des réseaux de transport a été confiée à une filiale de l’opérateur historique : RTE (filiale à 100% d’EDF). Par contre, les réseaux publics de distribution d’électricité et de gaz appartiennent toujours aux collectivités territoriales en vertu du Code de l’énergie : Cf. art. L. 432-4 du Code de l’énergie (pour le gaz) et L. 322-4 du Code de l’énergie (pour l’électricité). *Adde* art. L. 2224-31 du CGCT.

¹⁷⁰⁹ Art. 6, 7, 29, 30, 31, 36 de la L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (JO n° 0179 du 5 août 2014 p. 12930) : DA, Décembre 2014, n° 12, étude Laget-Annamayer ; AJDA 2014.1881, comm. Broussolle ; JCP A 2014.2342, étude Videlin ; RLC 2014.41, étude Idoux ; RLC 2015.42, étude Geffard.

où les opérateurs de service peuvent construire, dans le respect de la réglementation, un réseau parallèle au réseau existant¹⁷¹⁰.

1126. D'autre part, l'entreprise, publique ou privée, gestionnaire du réseau est autorisée à intervenir sur le marché à condition qu'il y ait une séparation étanche entre l'activité de gestion du réseau et les activités de prestations de services. Le droit de l'Union européenne n'interdit pas en principe un tel cumul d'activités car l'expérience de l'opérateur historique est précieuse pour le bon développement du marché. Cependant, le problème se pose de la confusion des rôles de gestionnaire et de prestataire de service. C'est pourquoi, afin de pallier les risques de distorsion de la concurrence, une séparation de l'activité de gestion du réseau et des activités de prestations de services est exigée. Cette exigence est assurément celle qui a posé le plus de difficultés, notamment en ce qui concerne le degré de séparation requis – comptable, fonctionnelle ou juridique. En principe, les institutions de l'Union européenne se sont toujours contentées d'exiger une simple séparation comptable, comme ce fut le cas en matière ferroviaire¹⁷¹¹, de télécommunication¹⁷¹², ou d'énergie¹⁷¹³. La définition du degré de séparation était donc laissée à l'appréciation des législateurs nationaux.

1127. Enfin en quatrième lieu, les institutions de l'Union européenne imposent la séparation comptable de l'activité de service universel et des activités concurrentielles « *de la même façon*

¹⁷¹⁰ Bien évidemment, la plupart du temps cette question ne se pose pas pour une raison financière. Par exemple, il est inenvisageable que des opérateurs de télécommunication construisent un réseau cuivre concurrent à celui détenu par France Télécom. En outre, pour d'évidentes raisons techniques et de sécurité, la construction d'autres réseaux de transport d'électricité et de gaz est exclue. En réalité la question se pose notamment dans le secteur de la télécommunication. La question du déploiement de la fibre optique est révélatrice. En la matière, les prestataires (Orange, SFR, Free, Bouygues Telecom) n'ont pas hésité à investir massivement dans la construction de réseau de fibre optique, d'abord dans les centres urbains pour s'étendre ensuite dans les zones moins densément peuplées. Quoi qu'il en soit, ces déploiements de réseaux privés restent sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante. Dans le cas des télécommunications, par exemple, l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) a le pouvoir d'encadrer ces constructions de réseaux (<http://www.arcep.fr>). Dans un autre ordre d'idées, les collectivités territoriales peuvent construire des réseaux publics locaux de télécommunication, appelés « Réseaux d'initiative publique » (infrastructures passives ou actives), en cas d'insuffisance voire d'absence d'initiative privée. Des textes législatifs sont venus favoriser ce type de réseau (cf. not. art. L. 1425-1 du CGCT).

¹⁷¹¹ Cf. not. Dir. 91/440/CE du 29 juillet 1991 relative au chemin de fers communautaires, art. 6.1 (JO L 237 du 24 août 1991, p. 25) – Dir. 2012/34/CE, du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, art. 6.1 (JO L 343 du 14 décembre 2012, p. 32).

¹⁷¹² Cf. not. Dir. 97/33/CE relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fournitures d'un réseau ouvert, art. 8 (JO L 199 du 26 juillet 1997, p. 33).

¹⁷¹³ Par ex., en matière d'électricité, cf. Dir. 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, articles 7.6 et 14.3 (JO L 027 du 30 janvier 1997 p. 20) – Dir. 2009/72 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Dir. 2003/54/CE, article 30.3 (JO L 211 du 14 août 2009, p. 55).

que si ces activités étaient entreprises par des sociétés juridiquement indépendantes »¹⁷¹⁴. Ainsi, en matière postale, a pu être exigée la tenue de comptes séparés pour les activités relevant du secteur réservé¹⁷¹⁵. Il en va de même en matière d'énergie où une distinction comptable doit être faite entre l'activité de fourniture aux clients éligibles et les autres activités concurrentielles¹⁷¹⁶. Cette obligation comptable découle de l'exigence que soient précisément délimitées les obligations de service public, cette délimitation devant être opérée « *de façon explicite, claire et précise* »¹⁷¹⁷.

1128. En résumé, il est désormais clair que l'exigence de séparation tend à devenir un véritable principe de régulation sectorielle. Du point de vue du niveau d'exigence, on constatera que, la plupart du temps, les directives sectorielles imposent simplement aux prestataires publics de séparer comptablement leurs activités concurrentielles de leurs activités de service public¹⁷¹⁸ (de gestion du réseau ou de service universel). Cependant, à l'usage, et face aux difficultés inhérentes aux processus de libéralisation, les institutions de l'Union européenne ont parfois eu tendance à durcir l'exigence en imposant une séparation structurelle. Il en va ainsi, par exemple, en matière d'énergie : les directives de l'Union européenne imposent aux États membres de procéder à une séparation juridique (mais pas de propriété) du gestionnaire de réseau de distribution quand il fait partie d'une entreprise verticalement intégrée en le rendant « *indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de*

¹⁷¹⁴ Dir. 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (JO L 108 du 24 avril 2002, p. 33). Pour une application cf. not. art. L. 33-1.II du Code des postes et des communications électroniques qui impose aux opérateurs autorisés à établir et à exploiter les réseaux ouverts au public, à individualiser les activités autorisées sur le plan comptable et dans certains cas sur le plan juridique.

¹⁷¹⁵ Dir. 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, article 14 (JO L 15 du 21 janvier 1998, p. 14) – Cf. également, Com. eur, déc. 2001/354/CE 20 mars 2001 relative à Deutsche Post (JO L 125 du 5 mai 2001) : Europe 2001, comm. 228, note Idot.

¹⁷¹⁶ Art. 17 de la Dir. 2003/55 du 25 juin 2003 sur les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (L. 176 du 15 juillet 2003, p. 57) et sa transposition en droit interne par l'art. 8 de la L. n° 2003-8 du 3 janvier 2003 modifiée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (aujourd'hui abrogé et codifié au Code de l'énergie à l'article L. 111-88).

¹⁷¹⁷ Cons. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport public 2003, p. 109. *Adde* Cons. conc., avis n° 03-A-07 du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques, pt 27 (à propos de la délimitation du champ du service universel lié à l'accès à internet).

¹⁷¹⁸ Art. 14-3 de la Dir. 96/92 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27/70 du 30 janvier 1997) – Art. 19-3 de la Dir. 2003/54/CE du 26 juin 2003 (JO L 176 du 15 juillet 2003, p. 37) – Art. 14-2 de la Dir. 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15 du 21 janvier 1998, p. 14).

décision, des autres activités non liées à la distribution »¹⁷¹⁹. D'ailleurs, la directive prévoit des critères minimaux à respecter en termes de séparation juridique, par exemple concernant les personnes responsables, les pouvoirs de décisions ou l'adoption de programmes d'engagements¹⁷²⁰. L'objectif de cette séparation est de garantir l'absence effective de discrimination dans l'accès des opérateurs aux réseaux. Mais, « rendons à César » ce qui lui revient, car, à cette exception près, les directives de l'Union européenne n'imposent pas une séparation juridique et « *les autorités nationales, notamment le Conseil de la concurrence, sont allées au-delà de ce qu'il exige, en recommandant à plusieurs reprises une telle séparation* »¹⁷²¹.

2. Les déclinaisons structurelles du droit interne

1129. Il est chaque fois surprenant de constater combien la République française a tendance à aller au-delà des exigences de l'Union européenne – tout en arguant bien sûr du caractère contraint de ses choix. En matière de transparence, l'exemple est parfaitement topique.

a. La critique des limites de la seule séparation comptable

1130. Là où le droit de l'Union européenne n'imposait qu'une séparation comptable, le législateur national a souvent opté pour une séparation fonctionnelle, juridique ou de propriété des activités de gestion du réseau et de gestion des activités de prestation de service.

1131. Il est vrai que le militantisme, assez remarquable, de l'Autorité de la concurrence a dû influencer le législateur : elle rappelle régulièrement que « *d'un point de vue théorique général, les voies couramment préconisées pour prévenir les subventions croisées sont principalement d'ordre structurel et consistent en une séparation des activités sous monopoles des activités concurrencées, avec différents degrés : séparation juridique et création de deux entités, séparation fonctionnelle au sein d'une même entreprise, chaque secteur bénéficiant d'une*

¹⁷¹⁹ Art. 26-1 de la Dir. 2009/73 du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la Dir. 2003/55 (JO L 211, 14 août 2009). Cependant aux termes de l'article 26-4 de la même directive : « *Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les paragraphes 1, 2 et 3 aux entreprises intégrées d'électricité qui approvisionnent moins de 100 000 clients connectés ou approvisionnement de petits réseaux isolés* ».

¹⁷²⁰ *Ibid.*, art. 26-2.

¹⁷²¹ E. Fatôme, A. Ménémenis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques », AJDA 2006 p. 67. À ce sujet, cf. not. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié.

autonomie de gestion, simple séparation comptable »¹⁷²² et recommande comme une « *impérieuse nécessité* »¹⁷²³ que ces activités soient exercées « *dans des conditions comparables à celles des entreprises privées du même secteur* »¹⁷²⁴.

1132. Dès lors, on comprend bien que pour l’Autorité de la concurrence, la séparation comptable n’est que le plus petit dénominateur commun entre l’exigence de transparence et la liberté d’organisation des personnes publiques¹⁷²⁵ ; c’est pourquoi, très tôt, elle a pu au-delà de cette seule exigence inciter les personnes publiques à recourir à une séparation fonctionnelle, juridique, ou de propriété en matière de réseau, parfois avant même les institutions de l’Union européenne et l’engagement des processus de libéralisation¹⁷²⁶. Pour l’Autorité de la concurrence la seule séparation comptable ne semble pas suffire à satisfaire les exigences du droit de la concurrence en tant qu’elle « *se limiterait à un jeu d’écritures, [qui] n’est pas de nature à régler une question aussi importante que celle de la nécessaire autonomie de gestion du transporteur* »¹⁷²⁷.

1133. Elle n’est d’ailleurs pas contredite sur ce point par le Conseil d’État qui, dès son Rapport public de 2002, considérait qu’ « *une séparation plus complète, juridique, financière et organisationnelle entre activités de service public et activités ouvertes à la concurrence s’avère, chaque fois que cela est possible, une solution plus claire et sûre* »¹⁷²⁸. Dès lors « *la position générale du Conseil et désormais de l’Autorité de la concurrence est de privilégier la*

¹⁷²² Cons. conc., avis n° 04-A-11 du 22 juin 2004 relatif au projet de décret relatif aux tarifs de cession de l’électricité aux distributeurs non nationalisés, pt 84.

¹⁷²³ Cons. conc., avis 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste, p. 31.

¹⁷²⁴ Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d’avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d’E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, p. 20.

¹⁷²⁵ Cf. not. Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d’avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE – Cons. conc., avis n° 03-A-16 du 5 septembre 2003 relatif à la séparation comptable des activités des opérateurs de gaz naturel : « *Lorsqu’une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d’intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d’activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l’exercice des missions d’intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés. Les autorités de concurrence considèrent généralement que la séparation des comptes constitue une condition nécessaire à l’exercice du contrôle du respect des règles de la concurrence* ».

¹⁷²⁶ Cf. not. Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d’avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d’E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence – Cons. conc., avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d’avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence – Cons. conc., avis 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste.

¹⁷²⁷ Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d’avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE (non numéroté).

¹⁷²⁸ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 277.

*filialisation de l'activité régulée, et à défaut ou en cas d'impossibilité, de mettre en place des comptes séparés. Ces comptes doivent dès lors se rapprocher le plus possible de ce que seraient ceux d'une véritable filiale »*¹⁷²⁹.

b. L'incitation à l'emploi de techniques de séparation structurelle

1134. Dans cette visée d'approfondissement de l'exigence de transparence, trois techniques ont pu être « recommandées » en matière de libéralisation des services de réseau.

i. La séparation fonctionnelle

1135. L'exigence de séparation fonctionnelle « *consiste en la création d'un département séparé et la mise en œuvre de règles de fonctionnement permettant d'ériger entre celui-ci et les autres services de l'opérateur historique des "murailles de Chine" »*¹⁷³⁰

1136. Ce fut notamment, dans un premier temps, le cas en matière de télécommunication¹⁷³¹ ou d'énergie¹⁷³². Pour ne retenir que ce dernier exemple, concernant la gestion des réseaux de transport (de gaz ou d'électricité), le Conseil de la concurrence avait pu considérer que « *le cumul des activités de gestionnaire de réseau et de producteur par une seule et même entité pourrait soulever des problèmes au regard de la concurrence »*¹⁷³³ et, qu'*a minima*, une séparation fonctionnelle devait être mise en place en s'assurant « *que cette activité fasse au minimum l'objet d'une individualisation comptable de nature à dissuader les pratiques de subventions croisées et à permettre d'identifier les coûts de transport, que le responsable chargé de la direction de cette unité fasse l'objet d'une protection statutaire et que des sanctions pénales soient prévues à l'encontre des personnes physiques en charge des opérations de gestion, notamment au sein d'EDF, qui divulgueraient des informations*

¹⁷²⁹ Aut. conc., avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011 relatif au projet de séparation des comptes de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF, pt 28.

¹⁷³⁰ Aut. conc., avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, pt 89.

¹⁷³¹ Cf. not. Cons. conc., avis n° 04-A-21 du 28 octobre 2004 relatif à une demande d'avis de la Fédération Interprofessionnelle de la Communication d'Entreprise (FICOME) ayant trait aux conditions d'exercice par France Télécom, des activités d'opérateur d'accès d'une part, et d'installation-maintenance de systèmes de télécommunications d'autre part.

¹⁷³² Cf. not. Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE – Cons. conc., avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

¹⁷³³ Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE (avis non numéroté).

*commerciales susceptibles de créer un désavantage en matière de concurrence pour les producteurs concernés »*¹⁷³⁴.

1137. La technique de la séparation fonctionnelle est aujourd'hui encore utilisée en matière ferroviaire concernant la gestion des gares. En effet, Gares et connexions est une branche de la SNCF créée en 2009 pour gérer et développer les gares « voyageurs » du réseau national. Le choix retenu par l'État n'a donc pas été de filialiser Gares et connexions mais d'opter pour une individualisation comptable. Ce choix a fait l'objet de vives critiques de la part de l'Autorité de la concurrence qui a pu considérer que la seule individualisation comptable ne permettait pas de conférer à l'entité une autonomie financière suffisante au regard des conditions usuelles d'équilibre et de financement. C'est pourquoi, elle a pu émettre plusieurs propositions tendant tout d'abord à ce que les modalités de financement des investissements et la mise en place des avances de trésorerie fassent l'objet d'une convention pluriannuelle entre la SNCF et Gares et connexions, traitant notamment des conditions d'octroi et de rémunération des concours ; ensuite, à ce que les pouvoirs de gestion reconnus aux dirigeants de Gares et connexions sur le patrimoine immobilier affecté soient équivalents à ceux prévus par l'article L. 2141-13 du Code des transports pour les dirigeants de la SNCF et enfin, à ce que les demandes de prestations des transporteurs concurrents de la SNCF auprès de Gares et connexions ne puissent pas, comme actuellement, être traitées par un service de la direction générale de l'établissement public SNCF (la « plateforme de service aux entreprises ferroviaires »)¹⁷³⁵.

1138. Il n'est pas certain que la réforme ferroviaire, issue de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014¹⁷³⁶, permette de répondre pleinement aux exigences du droit de la concurrence. Le montage actuel est le suivant : l'article 10 de la loi prévoit le transfert de plein droit à SNCF Réseau de l'ensemble des biens, droits, obligations, contrats, conventions et autorisations de toutes natures de SNCF Mobilités attaché aux missions de gestion de l'infrastructure ; toutefois l'article 12 prévoit que « *la gestion des gares de voyageurs et des autres infrastructures de service, lorsqu'elle est effectuée par SNCF Mobilités, fait l'objet d'une comptabilité séparée de la comptabilité de l'exploitation des services de transport* »¹⁷³⁷. Autrement dit, SNCF mobilités,

¹⁷³⁴ *Ibid.* (avis non numéroté).

¹⁷³⁵ Cf. not. Aut. conc., avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

¹⁷³⁶ L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (JO n° 0179 du 5 août 2014 p. 12930) : DA, Décembre 2014, n° 12, étude Laget-Annamayer ; AJDA 2014.1881, comm. Broussolle ; JCP A 2014.2342, étude Videlin ; RLC 2014.41, étude Idoux ; RLC 2015.42, étude Geffard.

¹⁷³⁷ Art. L. 2123-1 du Code des transports.

qui est opérateur concurrentiel de service, aura également la charge de l'exploitation et de la gestion des gares. Fallait-il que tout change pour que rien ne change ? Certes, le législateur a pris deux précautions : d'une part l'article 13 de la loi prévoit que « *L'Autorité de régulation des activités ferroviaires veille à ce que l'accès au réseau, aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de service, ainsi qu'aux différentes prestations associées, soit accordé de manière équitable et non discriminatoire* »¹⁷³⁸ et « *émet un avis conforme sur la fixation des redevances relatives à l'accès aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de service ainsi qu'aux prestations régulées qui y sont fournies, au regard des principes et des règles de tarification applicables à ces infrastructures* »¹⁷³⁹ ; d'autre part, car « *dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet aux commissions permanentes du Parlement compétentes en matière ferroviaire un rapport relatif à la gestion des gares de voyageurs ainsi qu'aux modalités et à l'impact d'un transfert de celles-ci à SNCF Réseau ou à des autorités organisatrices de transport. Ce rapport étudie également la possibilité de créer un établissement public reprenant l'intégralité des missions de Gares & Connexions et qui serait intégré au sein du groupe public ferroviaire* »¹⁷⁴⁰. Mais pour l'heure, en dépit de ces précautions, il n'est pas sûr que la seule séparation comptable conservée par la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 satisfasse les exigences concurrentielles¹⁷⁴¹.

ii. La séparation juridique

1139. La séparation juridique semble la solution la plus convenable aux yeux de l'Autorité de la concurrence¹⁷⁴² en tant qu'« *elle permet d'assurer une meilleure transparence comptable et financière et de doter la filiale d'organes de direction dédiés. Elle peut également permettre à la collectivité de bénéficier des synergies possibles entre réseau et exploitation lorsqu'elles existent* »¹⁷⁴³. L'Autorité de la concurrence a ainsi pu en faire recommandation concernant la

¹⁷³⁸ Art. L. 2131-4 du Code des transports.

¹⁷³⁹ Art. L. 2133-5 du Code des transports (article 13 de la L. n° 2014-872 du 4 août 2014 préc.).

¹⁷⁴⁰ Art. 29 de la L. n° 2014-872 du 4 août 2014 (préc.).

¹⁷⁴¹ En ce sens, cf. not. Th. Dahan (vice-président de l'Autorité de la concurrence), « La réforme de la SNCF reste à faire », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 5, Mai 2015, entretien 5.

¹⁷⁴² Elle a pu préconiser cette solution à plusieurs reprises. Par exemple pour l'activité « mobiles » de France Télécom : cf. Cons. conc., 27 mai 1997, avis n° 97-A-07 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole. *Adde* Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste – Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE

¹⁷⁴³ Aut. conc., avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, pt 87.

diversification des activités des entreprises publiques de réseau¹⁷⁴⁴, incitant à la filialisation des activités de diversification d'EDF¹⁷⁴⁵, de la SNCF¹⁷⁴⁶, de La Poste¹⁷⁴⁷ et France Télécom¹⁷⁴⁸.

1140. La séparation juridique a été l'option majoritairement retenue par le législateur français. Par exemple, en matière de transport d'énergie, le législateur français a consacré le principe de la séparation entre les activités de transport et les activités de production ou de fourniture (« *la gestion d'un réseau de transport d'électricité ou de gaz est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture, selon le cas, d'électricité ou de gaz* »¹⁷⁴⁹) et confié la gestion du réseau de transport d'électricité à une filiale dont les capitaux sont intégralement détenus par EDF (RTE) et le réseau de transport de gaz à une filiale dont les capitaux sont intégralement détenus par GDF (GRDF)¹⁷⁵⁰.

iii. La séparation de propriété

1141. *In fine*, la séparation de propriété semble la solution préférable pour l'Autorité de la concurrence car elle implique une indépendance totale du gestionnaire de réseau : la séparation

¹⁷⁴⁴ Cf. Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence – Cons. conc., avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole – Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence – Cons. conc., avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence – Cons. conc., avis n° 00-A-29 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité – Cons. conc., avis n° 03-A-16 du 5 septembre 2003 relatif à la séparation comptable des activités des opérateurs de gaz naturel. *Adde* Com. eur., déc. n° 2001/354/CE du 20 mars 2001 relative à Deutsche Post (JO 5 mai, n° L 125) : Europe 2001, comm. 228.

¹⁷⁴⁵ Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence.

¹⁷⁴⁶ Cons. conc., avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence.

¹⁷⁴⁷ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence.

¹⁷⁴⁸ Cons. conc., avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole.

¹⁷⁴⁹ Art. L. 111-7 du Code de l'énergie (L. n° 2004-803 du 9 août 2004, art. 5).

¹⁷⁵⁰ L'art. 5 de la Loi n° 2004-803 du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (aujourd'hui codifiée à l'art. L. 111-7 du Code de l'énergie) impose la filialisation obligatoire de l'activité de transport du gaz, au sein d'une personne morale distincte et dédiée à l'ensemble des opérations correspondantes. *Adde* Cons. conc., 21 décembre 2006, avis n° 06-A-23, relatif à la séparation comptable des activités régulées de Total Infrastructures Gaz France (TIGF).

de propriété consistant en un transfert de l'activité de gestion des infrastructures à une entreprise distincte de l'opérateur de service. Ainsi, concernant la gestion du réseau de transport d'électricité, l'Autorité de la concurrence a pu considérer que « *la création d'une filiale spécialisée au sein d'EDF ne serait pas non plus de nature à garantir un accès au réseau non discriminatoire, dès lors que cette filiale ne disposerait pas d'une autonomie suffisante par rapport à sa société mère* »¹⁷⁵¹ et suggérer « *que la création d'un établissement public, distinct d'EDF et totalement autonome sur le plan de la gestion, serait à cet égard porteur de la meilleure garantie d'indépendance souhaitable* »¹⁷⁵².

1142. Si le législateur français n'a pas retenu cette option en matière d'énergie, un tel choix a cependant été opéré en matière ferroviaire, principalement pour des considérations stratégiques. Rappelons que les directives communautaires n'imposaient qu'une séparation comptable entre l'exploitation des services de transport et la gestion de l'infrastructure ferroviaire afin d'éviter des subventions croisées¹⁷⁵³ ; la seule séparation juridique, organisationnelle et décisionnelle exigée concernait l'activité de régulation, c'est-à-dire « *(les) fonctions essentielles que sont l'allocation de capacité, la tarification de l'usage de l'infrastructure, l'octroi des licences et le contrôle des obligations de service public* »¹⁷⁵⁴. Pourtant, pour des raisons, parfaitement compréhensibles, de facilités techniques et financières, l'État a eu recours à un mécanisme de séparation de propriété en raison de la difficulté de l'opérateur historique à faire face au coût de gestion du réseau¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵¹ Cons. conc., 28 avril 1998, avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE (avis non numéroté).

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ Cette exigence, initialement posée par la Dir. 91/440/CEE du 29 juillet 1991 (JO L 237 du 24 août 1991 p. 25), a été reprise dans le Livre blanc de la Commission du 30 juillet 1996, *Une stratégie pour revitaliser les chemins de fers communautaires*, (COM(96)421 final), puis dans les trois « paquets ferroviaires » : Dir. 2001/12/CE du 26 février 2001 (JO L 75 du 15 mars 2001, p. 1) – Dir. 2004/49/CE du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires (JO L 164 du 30 avril 2004, p. 44) – Dir. 2007/59/CE du 23 octobre 2007 (JO L 315 du 3 décembre 2007, p. 51).

¹⁷⁵⁴ P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », RFDA 2010 p. 35.

¹⁷⁵⁵ Cf. I. Bon-Garcin et M.-O. Nicoud, *Transports ferroviaires*, Rép. dr. com., Paris, Dalloz, 2014, pt 6 : « pour permettre l'assainissement financier du système ferroviaire (fin 1995, l'endettement de la SNCF atteignait 200 milliards de francs et son déficit annuel 15 milliards de francs) et clarifier les responsabilités entre l'État et la SNCF, notamment sur l'infrastructure qui représentait la part la plus lourde de la dette, la loi du 13 février 1997 a créé un nouvel établissement public de l'État, RFF, responsable des infrastructures ferroviaires, de leur développement et de leur financement. Cet établissement public assume la charge de la dette d'infrastructure de la SNCF, soit 134,2 milliards de francs. En contrepartie, il devient propriétaire, à la place de l'État, des infrastructures ferroviaires ».

1143. Le plus étonnant était sans doute que la SNCF assurait toujours, dans les faits, la gestion du réseau, soit au titre de la convention de gestion signée avec RFF, soit au titre de sa compétence à gérer les gares, ce qui bien évidemment ne satisfaisait pas complètement les exigences de transparence du droit de la concurrence¹⁷⁵⁶.

1144. À première vue, la récente réforme ferroviaire, issue de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014, permet de répondre à l'exigence de séparation : SNCF réseau se voit transférer l'ensemble des biens, droits, obligations, contrats, conventions et autorisations de toute nature de SNCF mobilités attaché aux missions de gestion de l'infrastructure¹⁷⁵⁷ ; en outre, l'attribution des sillons autrefois effectuée par la Direction des circulations ferroviaires, service spécialisé de la SNCF est désormais prise en charge par SNCF réseau qui aura pour mission de gérer l'accès à l'infrastructure ferroviaire¹⁷⁵⁸.

1145. Toutefois, on peut émettre des doutes sur le principe même de la fusion au sein d'un même groupe public ferroviaire, fiscalement intégré en vertu de la loi de finance rectificative n° 2014-891 du 8 août 2014¹⁷⁵⁹ et au « *caractère indissociable et solidaire* », aux termes mêmes de l'article 1^{er} de la loi du n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, de l'ensemble des activités de gestion du réseau et de prestation de service. Si comptablement l'individualisation est certaine, la proximité organique forte entre les trois établissements publics ne manquera pas d'attirer les critiques de l'Autorité de la concurrence et pourrait, à terme, attirer l'attention des institutions de l'Union européenne et se révéler incompatible avec les futures législations européennes en matière de libéralisation du transport ferroviaire.

¹⁷⁵⁶ Cons. conc., 3 septembre 2008, avis n° 08-A-17, sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, pt 31 : l'Autorité de la concurrence releva notamment que « *les relations entre RFF et la SNCF sont, de fait, déséquilibrées en raison du faible nombre de personnes mises à la disposition de RFF, l'essentiel des moyens humains et des compétences techniques étant toujours affecté à la SNCF. Si RFF est chargé de l'exploitation de ses infrastructures, notamment la gestion de l'accès et la répartition des capacités aux transporteurs, il n'en a pas les moyens matériels et c'est la SNCF qui réalise les études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons au sein de ses bureaux des horaires (article 21 du décret n° 2003-194 précité). Ainsi, RFF a-t-il déclaré ne pas être en mesure aujourd'hui de conduire réellement l'attribution des sillons et de le faire dans des conditions garantissant une stricte égalité entre les transporteurs* ».

¹⁷⁵⁷ Cf. art. 6, 7, 29, 30, 31, 36 de la L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (JO n° 0179 du 5 août 2014 p. 12930) : DA, Décembre 2014, n° 12, étude Laget-Annamayer ; AJDA 2014.1881, comm. Broussolle ; JCP A 2014.2342, étude Videlin ; RLC 2014.41, étude Idoux ; RLC 2015.42, étude Geffard.

¹⁷⁵⁸ Cf. art. L. 2111-9 du Code des transports.

¹⁷⁵⁹ Art. 26 de la L. n° 2014-891 du 8 août 2014 de finances rectificative pour 2014 (JO n° 0183 du 9 août 2014, p. 13328). *Adde* not. M.-A. Coudert, « Groupes de sociétés : ouverture du régime aux EPIC », D. fiscal, n° 36, septembre 2014, p. 490.

1146. Car, finalement, c'est bien le pragmatisme qui semble guider l'appréciation des autorités européennes et internes de la concurrence : seule l'autonomie réelle de l'activité concurrentielle exercée compte.

1147. Dès lors, on comprend mieux que même le recours à la technique de filialisation est apprécié avec sévérité par l'autorité de la concurrence qui ne considère la séparation satisfaisante qu'à compter du moment où l'activité s'exerce dans « *des conditions comparables à celles des entreprises privées du même secteur* » et dans la mesure où des cloisonnements « *étanches* » sont mis en place entre la maison mère et les filiales, notamment concernant le financement qui doit être opéré « *aux conditions du marché* »¹⁷⁶⁰. C'est sur la base d'un faisceau d'indices que l'Autorité de la concurrence fixera son appréciation¹⁷⁶¹.

B. Un principe de précaution concurrentielle

1148. L'exigence de séparation n'est pas applicable qu'aux seules activités des entreprises publiques de réseau et a été généralisée à l'ensemble des entreprises du secteur public par une série de directives relatives à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques¹⁷⁶².

1149. Plus largement, elle tend, sous l'effet conjugué du droit de l'Union européenne et du droit interne, à s'incarner en un principe de précaution concurrentielle applicable à l'ensemble des prestataires publics dans le cadre de leurs activités concurrentielles tant son champ d'application s'élargit (1) et sa portée juridique se raffermir (2).

1. Un champ d'application large

1150. La directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 présente clairement le problème et les exigences posés par la confusion au sein d'une même entreprise d'activités de service public et d'activités concurrentielles : « *les situations complexes découlant de la diversité des entreprises*

¹⁷⁶⁰ Cons. Conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15, *relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F. et de G.D.F. au regard de la concurrence*, (avis non numéroté).

¹⁷⁶¹ Cf. Aut. conc., 4 octobre 2013, avis n° 13-A-14, *relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire*, pt n° 93 : « *indépendamment du modèle de séparation considéré, l'architecture de la gouvernance proposée doit, de façon concrète, préserver la pleine autonomie organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure en apportant des garanties tangibles de l'absence d'influence d'une ou plusieurs entreprises ferroviaires. Ces garanties peuvent revêtir des formes très variées, mais doivent toutes, prises ensemble, former un faisceau permettant de garantir l'autonomie du gestionnaire d'infrastructure* ».

¹⁷⁶² Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 (JO L 318 du 17 novembre 2006, p. 17). Ce texte remplace la Dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75), qui remplaçait la Dir. 80/723/CEE du 25 juin 1980 (JO L 195 du 29.7.1980, p. 35).

publiques et privées auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs sont accordés ou qui sont chargées de l'exploitation de services d'intérêt économique général, l'éventail des activités susceptibles d'être exercées par une même entreprise, ainsi que les degrés variables de libéralisation des marchés dans les différents États membres, peuvent être de nature à compliquer l'application des règles de concurrence, et en particulier de l'article 86 du traité. Il est, par conséquent, nécessaire que les États membres et la Commission disposent de données détaillées sur la structure financière et organisationnelle interne de ces entreprises, en particulier de comptes séparés et fiables concernant les différentes activités exercées par une même entreprise »¹⁷⁶³. Dans cette perspective, l'ordonnance de transposition de la deuxième directive « transparence »¹⁷⁶⁴ établit l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour les entreprises publiques – sous statut de droit public ou de droit privé – qui assument de front des activités concurrentielles et des activités de service public¹⁷⁶⁵. Sur ce point le militantisme de l'Autorité de la concurrence a fait son œuvre et contribué à la prise en compte du « caractère indispensable d'une comptabilité séparée pour une application effective du droit de la concurrence »¹⁷⁶⁶.

1151. Le principe de séparation n'est donc pas seulement un principe de régulation sectorielle applicable aux entreprises exerçant des activités de réseaux mais, plus largement, un principe de précaution concurrentielle applicable à l'ensemble des entreprises exerçant conjointement des activités concurrentielles et des activités de puissance publique (comme la gestion d'une infrastructure essentielle¹⁷⁶⁷) ou des activités de service public¹⁷⁶⁸. Il a vocation à empêcher que les personnes publiques ne disposent d'avantages disproportionnés qui leur permettent, soit de défavoriser les activités de leurs concurrents, par exemple en leur restreignant l'accès à des infrastructures essentielles, soit de favoriser leurs activités concurrentielles notamment en

¹⁷⁶³ *Ibid.*, cons.14.

¹⁷⁶⁴ Ord. de transposition n° 2004-503 du 7 juin 2004 (JO n° 133 du 10 juin 2004, p. 10232).

¹⁷⁶⁵ Selon l'article 2-II de l'ordonnance précitée, ces organismes « ont l'obligation de tenir des comptes séparés relatifs, d'une part, aux activités pour lesquelles ils sont soit chargés d'une mission de service public pour laquelle ils reçoivent une compensation, soit bénéficiaires de droits exclusifs ou spéciaux, d'autre part, à leurs autres activités de production de biens ou services marchands. Les comptes séparés font ressortir les produits et les charges associés aux deux catégories d'activités mentionnées au premier alinéa et la méthode retenue pour l'imputation ou la répartition des produits et des charges entre ces deux catégories d'activités en reflétant fidèlement la structure financière de ces organismes et leur organisation. Sauf exception dûment motivée par les organismes, cette méthode est identique d'un exercice à l'autre ».

¹⁷⁶⁶ Cons. conc., *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, La doc. fr., p. 107.

¹⁷⁶⁷ Cf. not. Aut. conc., avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

¹⁷⁶⁸ Cf. not. Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine.

pratiquant une politique de prix abusivement bas ou de prix prédateurs grâce aux ressources du service public¹⁷⁶⁹.

1152. Le principe de séparation trouve également à s'appliquer à l'occasion de la candidature des personnes publiques à un contrat de la commande publique. Ainsi, l'exigence de séparation a été implicitement recommandée par le Conseil d'État dans son avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du 8 novembre 2000 aux termes duquel « *pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »¹⁷⁷⁰. Certes, les moyens de la preuve sont laissés à la libre appréciation des candidats publics¹⁷⁷¹ ; cependant, ils ne pourront produire de telles preuves qu'à la condition qu'une séparation comptable minimale ait été opérée, notamment par la production d'une comptabilité analytique. En ce sens

¹⁷⁶⁹ Ainsi, Le Conseil d'État dans son rapport public de 2002 confirme que la spécificité de l'action publique « *doit conduire les collectivités publiques pratiquant une activité marchande à une grande vigilance quant aux conditions de leur intervention, en particulier pour ce qui est de la détermination des prix proposés. Si en effet il peut être tenu pour acquis que le régime juridique de la personne publique ne lui confère pas par principe un avantage sur les concurrents privés, incompatible avec la liberté de la concurrence, il ne faut pas sous-estimer le risque de la part de cette personne publique de pratiques anticoncurrentielles, sous forme de ce qui est qualifié de prix prédateur, notamment grâce aux subventions croisées, entre activités de service public et activités concurrentielles. Ce risque invite à des formules de séparation comptable ou physique, sinon juridique et organisationnelle, des activités et à la mise en place des outils permettant de justifier les prix pratiqués* » (CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 267). *Adde* CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié – Cons. conc., avis n° 99-A-11 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général. Plus largement, cf. *supra* n° 811 et s.

¹⁷⁷⁰ Cf. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.

¹⁷⁷¹ Cf. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc. – CE, 5 juillet 2010, n° 308564, *Syndicat national des agences de voyages* : RTD Com. 2011 p. 66 ; AJDA 2010.1346, chron. Nicinski, et AJDA 2011.18, concl. Glaser ; RJEP 2010, comm. n° 51, note Cortot-Boucher ; JCP Adm. 2010, 2304, note Chrestia ; RLCT 2010, n° 60, p. 11, note Glatt.

une séparation comptable sera un élément favorable – et donc fortement conseillée – à la reconnaissance de la licéité de la candidature de l'opérateur public.

1153. Pour résumer, quel que soit le cadre d'intervention de la personne publique (directe ou par le biais d'une candidature à un contrat de la commande publique), quelle que soit la forme de gestion publique (régies publiques des collectivités territoriales, établissements publics¹⁷⁷², régies dotées de la seule autonomie financière¹⁷⁷³, services internalisés de l'État¹⁷⁷⁴) l'application du principe de séparation est vivement recommandé, et pour tout dire, indispensable.

2. Une application de plus en plus contraignante

1154. L'exigence de séparation peut être considérée comme un principe de précaution concurrentielle car la séparation comptable, matérielle voire juridique des activités concurrentielles est une preuve déterminante que peut apporter la personne publique à la démonstration de son comportement « ordinaire » sur le marché. On peut d'ailleurs s'interroger sur la question de savoir si l'exigence de séparation a toujours le caractère d'une recommandation ou si elle ne tend pas à s'établir en véritable obligation indirectement mais juridiquement sanctionnée, ce qui marquerait la transformation du principe de précaution concurrentielle en un principe concurrentiel de précaution (a).

¹⁷⁷² Cf. not. Aut. Conc., avis n° 09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris.

¹⁷⁷³ Cf. not. Cons. conc., avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général : « *il convient que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectée à chacune de celles-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée* » (non numéroté).

¹⁷⁷⁴ Il faut noter le problème particulier que pose l'intervention des services techniques déconcentrés de l'État au bénéfice des collectivités territoriales qui selon le Conseil d'État peut relever d'un « *conflit d'intérêt* » qui peut prendre deux aspects : l'un « *lié au cumul d'une fonction de conseil ou de prescription avec la candidature à un appel d'offres* » ; l'autre « *lié à l'exercice du contrôle de légalité sur des marchés auxquels les services techniques ont soumissionné* » (CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 272). Cf. également, Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine – Cons. conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers.

1155. Si l'on ajoute à cela le renforcement du contenu de l'exigence elle-même par les juges et autorités de la concurrence, on ne pourra que constater la lente mais implacable pression qui s'exerce sur le statut de droit public des personnes publiques concurrentes (b).

a. L'affermissement de la force juridique du principe

1156. Le principe de séparation, sauf dispositions législatives contraires, ne jouit pas d'une force normative qui lui permette d'être sanctionné en tant que tel. Ainsi, les juridictions administratives et l'Autorité de la concurrence n'en font que recommandation aux opérateurs publics, notamment dans le cadre d'avis ou de rapport ou encore de manière incidente dans le cadre contentieux.

1157. Pourtant, l'exigence de séparation est devenue un principe de précaution concurrentielle que doivent particulièrement prendre au sérieux les prestataires publics. En effet, on constate que l'absence de séparation des activités concurrentielles et des activités de service public peut être indirectement sanctionnée, *ex post*, dans le cadre du contentieux de l'abus de position dominante¹⁷⁷⁵ en ce qui concerne les activités concurrentielles « classiques » des prestataires publics, autrement dit la « concurrence dans le marché » (i), ou dans le cadre du contentieux du prix de l'offre soumise par un candidat public dans le cadre de la commande publique, c'est-à-dire la « concurrence pour le marché » (ii).

i. Le cas de la concurrence dans le marché

1158. L'absence de séparation ne porte pas directement atteinte aux règles du marché intérieur et ne peut donc faire l'objet de sanctions, notamment pécuniaires. Cependant, on constate qu'elle peut désormais être indirectement sanctionnée dans le cadre de l'analyse contentieuse du comportement du prestataire public de service marchand. L'on rejoint dès lors le constat selon lequel le principe de séparation « *est devenu une véritable obligation dont le non-respect est sanctionné ex post par l'Autorité de la concurrence [...] Si, il y a quelque année, ce type de séparation pouvait encore être classé parmi la catégorie des mesures souhaitables, et non indispensables, l'analyse doit être renouvelée* »¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷⁵ Sur ce sujet, nous recommandons la lecture de l'ouvrage de Mme Claire Mongouachon : *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law Droit de la concurrence », 2012.

¹⁷⁷⁶ C. Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law Droit de la concurrence », 2012, p. 496.

1159. En ce sens, l'avis n° 05-A-14 du 6 juillet 2005 du Conseil de la concurrence est tout à fait révélateur¹⁷⁷⁷. Il s'agissait, en l'espèce, de l'application du paragraphe I de l'article 8 de la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 qui prévoyait que le Conseil de la concurrence devait obligatoirement être saisi, pour avis, par la Commission de régulation de l'énergie (CRE), sur les règles, les périmètres et les principes comptables proposés pour mettre en œuvre la séparation comptable des activités de distribution de gaz naturel par les entreprises concernées, avant leur approbation par la CRE. Or, en l'espèce, le Conseil de la concurrence reprochait à la CRE de ne pas l'avoir saisi de principes et de règles comptables mais de l'avoir appelé à se prononcer sur des travaux d'expertise des comptes. Ce manquement l'amène à émettre une recommandation importante selon laquelle « *disposer de ces règles et principes [comptables] est indispensable aux entreprises pour établir des comptes séparés de l'activité distribution conformes aux exigences légales de non-discrimination, d'absence de subventions croisées et de non distorsion de concurrence, le défaut de respect de ces critères est susceptible d'être sanctionné comme un abus de position dominante au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce* »¹⁷⁷⁸. Si cette recommandation concerne un domaine particulier (la distribution locale de gaz naturel) et un contexte juridique spécifique (une loi imposait la séparation comptable et la définition des règles et principes afférents à cette séparation par l'autorité de régulation) ; il doit toutefois être souligné le principe selon lequel la séparation comptable (*a minima*) est indispensable et qu'à défaut il ne pourra pas être justifié de l'absence de subventions croisées et de non distorsion de la concurrence.

1160. Dans le même ordre d'idées, il faut rappeler que la procédure d'engagement introduite à l'article L. 464-2 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 renouvelle véritablement l'office de l'Autorité de la concurrence et a pour conséquence de conférer une force contraignante supplémentaire au principe de séparation¹⁷⁷⁹. Ainsi, aux termes des disposition du paragraphe I de cet article l'Autorité de la concurrence peut « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à*

¹⁷⁷⁷ Cons. conc., avis n° 05-A-14 du 6 juillet 2005 relatif à l'établissement d'une comptabilité séparée par activité pour les distributeurs locaux de gaz naturel.

¹⁷⁷⁸ *Ibid*, n° 30.

¹⁷⁷⁹ Cf. not. P. Kipiani, « Les engagements : vers un droit "négocié" en matière de pratiques anticoncurrentielles », CCC 2010, n° 12, étude 13, p. 6 – S. Grandvullemin, « Les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence », ACCP 2010, n° 99, p. 48 – J.-B. Drummen, « Les modes de règlement des conflits en droit de la concurrence », JCP E 2010, n° 18, 1443, p. 27 – L. Idot, « Concurrence : acceptation des engagements et principe de proportionnalité », Europe 2010, n° 10, comm., 322, p. 27 – « A propos de la pratique des engagements » (Dossier), *Revue Concurrences*, 2005, n° 1, p. 9.

ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ».

1161. Or, même si l’Autorité ne peut toujours pas sanctionner directement la carence du prestataire public à mettre en œuvre ses recommandations de séparation comptable, juridique, fonctionnelle ou de propriété, les pouvoirs qui lui sont conférés lui permettent d’exercer une pression sur les prestataires publics à laquelle il leur sera difficile de résister.

1162. Prenons l’exemple de l’affaire dite des « Haras nationaux¹⁷⁸⁰. Il s’agissait en l’espèce de l’association professionnelle FADETEQ qui contestait des pratiques mises en œuvre par l’établissement public administratif Les Haras nationaux sur le marché de la reproduction équine. Comme ont pu le noter des auteurs avertis cette affaire « illustre le nouveau rôle pris par le Conseil de la concurrence dans la régulation des conflits concurrentiels entre secteur public et secteur privé »¹⁷⁸¹. À partir des six engagements proposés par les Haras nationaux, une discussion s’est tenue entre l’Autorité de la concurrence et les parties qui a abouti à l’émergence de cinq engagements, dont certains directement relatifs à la séparation des activités concurrentielles et des activités de service public¹⁷⁸².

1163. Cette affaire est « loin d’être anecdotique pour le secteur public dans son ensemble »¹⁷⁸³, en effet la procédure d’engagement permet indubitablement d’exercer une pression importante sur les prestataires publics. D’ailleurs, la décision relative à la situation de Météo France sur le marché de la fourniture d’informations météorologiques confirme l’efficacité de cette procédure pour la mise en place de séparations « étanches » entre les activités concurrentielles et les activités de service public¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁸⁰ Aut. Conc., déc. n° 05-D-29 du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras Nationaux » sur le marché de la reproduction équine.

¹⁷⁸¹ L. Richer, P.-A., Jeanneney et N. Charbit, « Diversification des établissements publics », AJDA 2005, p. 1567.

¹⁷⁸² Notamment le deuxième : « Faire évoluer la comptabilité analytique des Haras nationaux pour lui permettre d’analyser les coûts de chaque service en identifiant clairement les services à caractère administratif et les services à caractère marchand (principe de séparation et principe de couverture) : Les Haras nationaux s’engagent à mettre en place le 1^{er} juillet 2006, une comptabilité analytique pour permettre notamment la détermination des coûts complets. La conception et la mise en place feront l’objet d’un audit indépendant pour vérifier, notamment, la pertinence des clés de répartition des coûts communs ».

¹⁷⁸³ L. Richer, P.-A., Jeanneney et N. Charbit, « Diversification des établissements publics », préc.

¹⁷⁸⁴ Aut. conc., 23 janvier 2012, déc. n° 12-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d’informations météorologiques aux professionnels. L’Autorité de la concurrence constate d’abord que « la diversification des activités de Météo-France aurait dû conduire l’établissement à séparer ses comptes selon les branches d’activités relevant de ses missions de service public et de ses activités commerciales, et à mettre en place, comme le préconisait la Cour des comptes en 2005, des outils de comptabilité analytique, répondant par là même aux recommandations de l’Autorité de la concurrence en matière de diversification des monopoles publics » (pt. 81). Puis, l’Autorité va avoir recours à une méthode particulière pour établir un « débat » avec les tiers

ii. *Le cas de la concurrence pour le marché*

1164. Le renforcement du principe de précaution concurrentielle est également observable en matière de commande publique et notamment dans le cadre du contrôle de la fixation des prix de l'offre des personnes publiques. Rappelons que le Conseil d'État impose que le candidat public puisse « *justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »¹⁷⁸⁵ la normalité de son prix et plus précisément le fait qu'il ne bénéficie pas « *d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* »¹⁷⁸⁶.

1165. Certes, comme le rappelle la Professeure Sophie Nicinski, cette justification n'entraîne « *aucune obligation généralisée de tenue d'une comptabilité analytique* »¹⁷⁸⁷, cependant, elle contraint la personne publique à opérer, *a minima*, une séparation comptable.

1166. Ainsi, la Cour administrative de Douai, dans son arrêt *Société Compagnie générale des eaux* du 9 juin 2005¹⁷⁸⁸, pose le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur doit se nourrir d'une présomption simple selon laquelle le prix fixé par des candidats publics est anticoncurrentiel si l'écart de prix entre son offre et celle de ses concurrents est significatif. Or, cette présomption ne peut être levée qu'après que le pouvoir adjudicateur aura demandé et

potentiellement intéressés en publiant les propositions d'engagement de Météo France sur son site internet. Cette discussion a abouti à l'édition de cinq engagements définitifs dont l'un concerne la séparation comptable et notamment l'engagement de Météo-France à faire évoluer sa comptabilité analytique – « *Engagement n° 1 : Séparation comptable. Météo-France s'engage à faire évoluer sa comptabilité analytique et à maintenir cette dernière dans un format permettant de séparer clairement les missions de service public des activités commerciales, en identifiant précisément, d'une part, les coûts relatifs à ses missions de service public, telles que prévues à l'article 2 de son décret statutaire, et l'ensemble des subventions perçues pour son activité de service public, et, d'autre part, les coûts et revenus relatifs à son activité commerciale, en isolant au sein des activités commerciales, celles rendues aux professionnels et aux particuliers* » (pt. 115) – l'autre la désignation d'un expert indépendant pour vérifier la pertinence de cette séparation – « *Engagement n° 2 : Désignation d'un auditeur indépendant. Météo-France s'engage à désigner un auditeur indépendant (l'«Auditeur missionné») de l'Établissement et de ses commissaires aux comptes. L'Auditeur missionné sera sélectionné selon les règles du Code des marchés publics, par une procédure initiée dans les meilleurs délais suivant la décision rendue par l'Autorité de la concurrence dans la présente affaire et en toute hypothèse dans un délai ne pouvant excéder quatre (4) mois suivant le rendu de ladite décision* » (pt. 115) –.

¹⁷⁸⁵ Cf. not. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJDA 2000.987 chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffé et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4 comm. Eckert ; CTI janvier 2001, comm. Célérier ; DA 2001 chr. Laidié – CE, n° 355563, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC* : RFDA 2015. 57, concl. Dacosta ; AJCT 2015. 158, note Royer ; AJDA 2015 p. 449, note Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015.2030, comm. Pauliat ; JCP A 2015.2124, obs. Linditch ; DA, avril 2015, n° 4, comm. 27, comm. Brenet, CMP, février 2015, n° 2, comm. 36, comm. de Fournoux ; ACCP 2015, n° 152, note Dreifuss.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014, n° 875.

¹⁷⁸⁸ CAA Douai, 9 juin 2005, n° 03DA00269, *Société Compagnie générale des eaux* : ACCP 2005, n° 50, p. 71, note Cabanes et Palmier ; LPA 21 novembre 2005, n° 231, p. 4, note Bettinger ; JCP A 2005, 1633, note Mesmin ; LPA 21 novembre 2005, p. 4, note Bettinger ; RLC 2006/7, n° 509, note Clamour.

obtenu des preuves comptables de la juste détermination du prix¹⁷⁸⁹. Pour cela, la personne publique doit présenter des documents précis permettant de lever la présomption d'absence de vérité des prix bas¹⁷⁹⁰ et « *en cas de contestation par un candidat évincé, [...] doit simplement pouvoir apporter les justifications requises au moyen de documents de toute nature, tel un audit ou une expertise par exemple* »¹⁷⁹¹.

1167. Il est donc clair que cette justification, s'il elle se veut rigoureuse, implique *a minima* qu'une séparation comptable, qui permette de connaître précisément la structure des coûts du prix de l'offre déposée par la personne publique, soit effectuée. D'ailleurs, la Cour administrative d'appel de Douai, dans son arrêt du 9 juin 2005, *Compagnie générale des eaux*, n'avait pas hésité à annuler l'octroi d'une délégation de service public au motif que « *la personne publique qui avait emporté le contrat en faisant état d'offres tarifaires sensiblement inférieures à celles des autres candidats n'avait pas été en mesure de justifier, par la production de documents comptables par exemple, que ses prix reflétaient effectivement l'ensemble de ses coûts* »¹⁷⁹².

1168. Pour résumer, le doute ne doit pas persister. Le principe de séparation, *a minima* comptable, est une obligation indirectement mais bel et bien sanctionnée. On voit là une marque supplémentaire de la très relative neutralité du droit de la concurrence et de la commande publique à l'égard du statut des personnes publiques.

*b. L'exigence du contenu du principe, d'une séparation comptable
à une séparation structurelle*

1169. En plus d'être doté d'une force contraignante, le principe de séparation est de plus en plus exigeant. Il est vrai que le minimum requis reste la séparation comptable. Toutefois, les juges et autorités de la concurrence tendent à renforcer cette contrainte.

1170. Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence se fait le « fer de lance » de la méthode de la comptabilité analytique et en a recommandé l'usage à de multiples reprises¹⁷⁹³ à la condition

¹⁷⁸⁹ TA Dijon, 20 février 2003, *Jean-Louis Bernard Consultants* : AJDA 2003, p. 790, concl. Heckel et note Dreyfus ; DA 2003, comm. 102, note Bazex et Blazy.

¹⁷⁹⁰ CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, n° 10BX01569, *Centre hospitalier de Bigorre* : RLC 2012/33, n° 2155, obs. Clamour.

¹⁷⁹¹ M. Guyomar, P. Collin, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p. 987.

¹⁷⁹² CAA Douai, 9 juin 2005, n° 03DA00269, *Société Cie générale des eaux* : préc. Adde CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, n° 10BX01569, *Centre hospitalier de Bigorre* : RLC 2012/33, n° 2155, obs. Clamour.

¹⁷⁹³ Ainsi, dans son avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie

que la comptabilité produite soit « *fiable et transparente* »¹⁷⁹⁴. La mise en place d'un tel système comptable est d'ailleurs parfois une obligation textuelle pour certains domaines d'activités ou certaines institutions, à l'instar des chambres de commerces et d'industries visées par l'article L.170-1 du Code de commerce qui prescrit que « [...] *chacun des établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie tient une comptabilité analytique mise à la disposition des autorités de tutelle et de contrôle afin de justifier que les ressources publiques ont été employées dans le respect des règles de concurrence nationales et communautaires et n'ont pas financé des activités marchandes* ».

1171. Mais, la lecture des divers décisions, avis et rapport qu'ont pu produire tant la juridiction administrative que l'Autorité de la concurrence montre que la séparation comptable, aussi sérieuse soit elle, n'emporte pas complète satisfaction.

1172. La question est de savoir quel est le degré de séparation qui permettra le plus efficacement de diminuer les risques de distorsion concurrentielle. Pour l'Autorité de la

départementale de transport par un conseil général, le Conseil de la concurrence a souligné la nécessité « *que les régions de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectées à chacune de celle-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée* ». De même, le Conseil de la Concurrence a pu prononcer dans son avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi – Entreprise qu'« *une séparation des comptes des activités en monopole ou liées aux missions de service public de celles ouvertes à la concurrence apparaît comme une condition nécessaire au respect des règles de concurrence. Cette séparation consiste, au minimum, à mettre en place une comptabilité analytique audité par activité* ». Semblablement, dans deux affaires concernant l'ONF, le Conseil de la concurrence a déclaré que « [...] *la comptabilité analytique de l'ONF doit permettre d'identifier clairement ces deux types d'activités [activités de service public et activités de service marchand], et à l'intérieur des activités marchandes en concurrence, d'identifier chaque prestation et en particulier l'ingénierie forestière [...]. Cette comptabilité doit justifier de la non – affectation à ces activités des dotations publiques perçues dans le cadre des activités en monopole de l'ONF* » (Cons. conc., 31 mars 2005, avis n° 05-A-06, relatif à une demande d'avis de la Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers bois) et que l'existence d'une comptabilité analytique « *reste fondamentale pour s'assurer que les subventions budgétaires allouées à l'ONF ne servent pas à financer ses activités concurrentielles [...]* » (Cons. conc., 29 septembre 2009, avis n° 09-A-33, relatif aux modalités de la vente de bois par l'office national des forêts). Mémement, enfin, l'Autorité de la concurrence, dans son avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international a pu affirmer que la séparation comptable « *repose sur l'établissement d'une comptabilité analytique propre à chaque type d'activité, est en effet la condition minimale pour s'assurer que les ressources et moyens qui sont alloués à l'opérateur pour l'exercice de sa mission de service public ne sont pas utilisés pour financer ses activités concurrentielles* ».

¹⁷⁹⁴ Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence – Cons. conc., avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général. *Adde* la décision validant les engagements de Météo-France à mettre en place une comptabilité analytique et des rapports réguliers à l'Autorité de la concurrence : Aut. conc., déc. n° 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels.

concurrence, la réponse est claire : seul un détachement « étanche »¹⁷⁹⁵ de l'activité permet de préserver le jeu de la concurrence. Ainsi, dans son avis n°96-A-10 du 25 juin 1996, relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste, elle avait indiqué que « *l'amélioration de la qualité et la transparence de la comptabilité analytique [...] constituent donc des conditions nécessaires pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. Pour autant, il n'est pas sûr que ces conditions soient suffisantes dans tous les cas. En revanche, une séparation juridique et comptable, financière et organisationnelle entre les activités sous monopole et les activités ouvertes à la concurrence serait de nature à permettre un contrôle effectif des comportements au regard du droit de la concurrence* »¹⁷⁹⁶. De la même manière, la Conseil d'État dans ses réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence, intégrées au Rapport public de 2002, considérait qu'« *une séparation plus complète [que la séparation comptable], juridique, financière et organisationnelle entre activités de service public et activités ouvertes à la concurrence [s'avérait] chaque fois que cela est possible, une solution plus claire et sûre* ».

1173. La séparation structurelle (fonctionnelle, juridique ou même de propriété) est donc le moyen le plus efficace de prévenir ou repérer les pratiques anticoncurrentielles. Dans cette optique, l'Autorité de la concurrence a régulièrement conseillé le recours à la technique de la filialisation. Tout d'abord, concernant les activités de diversification des entreprises publiques¹⁷⁹⁷. Puis, plus largement, pour l'ensemble des activités concurrentielles liées à des activités de service public. C'est d'ailleurs ce qu'elle exprime très clairement dans un avis du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international aux termes duquel « *si la mise en place d'une comptabilité analytique constitue*

¹⁷⁹⁵ Cons. conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, p. 21.

¹⁷⁹⁶ De la même manière, dans l'avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière, l'Autorité de la concurrence reprend ce considérant de principe et l'applique au secteur en cause : « *Le principal risque de distorsion de concurrence pouvant résulter de l'intervention des structures en cause dans le secteur de la blanchisserie hospitalière est lié la possibilité que ces structures détournent une partie des ressources publiques dont elles disposent pour financer leur activité relevant du champ concurrentiel, détournement pouvant notamment donner lieu à des pratiques tarifaires abusives* » (pt. 115) ; dès lors « *afin de prévenir un tel risque, il apparaît nécessaire, conformément à ce qui est mentionné aux paragraphes 83 et suivants du présent avis, que les établissements ou groupements concernés se dotent d'une comptabilité analytique permettant de distinguer, entre leurs différents activités, l'activité de blanchisserie qu'ils exercent pour des clients tiers, en en faisant ressortir les charges et produits associés. La mise en place d'une telle comptabilité est en effet la condition minimale pour s'assurer de l'absence d'affectation de ressources publiques à ladite activité* » (pt. 116).

¹⁷⁹⁷ Ainsi dans un avis relatif à EDF-GDF, l'Autorité de la concurrence a recommandé la filialisation des activités de diversification des entreprises publiques au motif que l'emploi d'une telle technique de séparation structurelle permet de s'assurer que ces activités ne bénéficient pas de conditions plus avantageuses que celles des autres entreprises du secteur : Cons. conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence.

une mesure nécessaire pour préserver le libre jeu de la concurrence, elle peut, dans certains cas, ne pas être suffisante. Il apparaît alors souhaitable de procéder à une séparation plus complète des activités, passant notamment, lorsque cela est possible, par une filialisation »¹⁷⁹⁸. Le Conseil d'État a, par ailleurs, formulé le même constat et considère que dans l'objectif d'établir une séparation efficace entre les activités de service public et les activités concurrentielles « *la formule la plus aisément praticable est celle de la filialisation. Cette formule a le triple avantage de répondre à une logique de responsabilité (une activité productive, une individualisation des comptes, un centre de profits), de basculer complètement dans le droit commun juridique, social et financier et de permettre de s'associer à des partenaires privés* »¹⁷⁹⁹.

1174. La recommandation de filialisation tient non seulement au souci de préserver le jeu de la concurrence mais aussi à un constat opéré très tôt par le Conseil de la concurrence en vertu duquel « *La diversification des activités (d'EDF et de GDF) peut révéler ainsi des pratiques éventuellement sanctionnables au regard des règles de la concurrence mais qui peuvent aussi refléter une inadaptation des structures aux contraintes d'une économie de concurrence* »¹⁸⁰⁰. Autrement dit, la filialisation a le double avantage, de séparer efficacement les activités concurrentielles des activités de service public et de faire « respirer » l'action concurrentielle du prestataire public.

1175. Si la filialisation semble une solution souhaitable pour l'Autorité de la concurrence et le Conseil d'État, il faut toutefois préciser qu'elle ne doit pas s'exercer dans n'importe quelles conditions, celles-ci doivent être « *comparables à celles des entreprises privées du même secteur* »¹⁸⁰¹. En effet, la filialisation prémunit mais ne soustrait pas le risque de pratiques anticoncurrentielles. Le lien entre les entreprises publiques « mères » et leurs filiales peut occasionner des pratiques anticoncurrentielles, au premier rang desquelles l'attribution de

¹⁷⁹⁸ Aut. conc., avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international, pt 90. *Adde* Aut. conc., avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière – Aut. conc., avis n° 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises.

¹⁷⁹⁹ CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, Paris, La doc. fr., 2002, p. 277.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

¹⁸⁰¹ Cons. conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, p. 20.

ressources des premières aux secondes, en violation de la législation de l'Union européenne sur les aides d'État¹⁸⁰².

1176. Pour conclure brièvement, on constate que le renforcement de l'exigence de séparation est à la source d'un paradoxe : le souci d'adapter le prestataire public de service au marché finit par « étouffer » son action concurrentielle.

§2. UN EFFORT D'ADAPTATION SOURCE D'UNE NOUVELLE INADAPTATION

1177. Les prestataires publics sont soumis à un effort d'adaptation particulièrement important s'ils souhaitent intervenir sur le marché. Finalement, on pourrait penser qu'il s'agit là de la juste contrepartie et de l'acceptable compensation de leur exorbitance statutaire.

1178. Pourtant, bien loin de venir compenser les spécificités du prestataire public de service marchand, l'effort d'adaptation devient source d'une paradoxale et nouvelle inadaptation dans la mesure où il les épuise (A) et les désavantage (B).

A. L'effort d'adaptation épuise les prestataires publics de service marchand

1179. Pas facile de revêtir l'habit d'un concurrent ordinaire quand on est par définition rattaché à l'exorbitance que confère la puissance publique. Pas facile non plus d'isoler son activité concurrentielle quand elle est organiquement liée à des missions de service public et plus

¹⁸⁰² En ce sens, dans sa décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, l'autorité reprochait à EDF d'avoir mis son image de marque et sa notoriété à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque notamment en mettant en œuvre à partir de novembre 2007, une communication commerciale dans la filière photovoltaïque autour de logos, noms et marques similaires à ceux de l'opérateur historique ; en choisissant jusqu'en avril 2009 de commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR et d'assurer la prospection des clients principalement par l'intermédiaire des agents commerciaux d'EDF SA et en développant la communication et la promotion des offres d'EDF ENR autour de la marque « Bleu ciel d'EDF », puis, à partir de mai 2009 jusqu'à ce jour, autour de la marque « EDF ENR », dans des conditions de mise à disposition financières parfois avantageuses. L'Autorité de la concurrence n'a pas hésité à sanctionner EDF au motif qu'« *il est établi qu'EDF a enfreint, dans les conditions décrites aux paragraphes 297 à 432 ci-dessus, les dispositions de l'article L.420-2 du Code de commerce ainsi que celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'une part, en mettant à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque, au surplus dans des conditions financières avantageuses, des moyens matériels et immatériels qui ont permis à ces dernières de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété, et d'autre part, en utilisant les données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR, entre novembre 2007 et avril 2009* » (art. 1^{er} du dispositif).

largement à l'administration – du point de vue du rôle et des ressources (humaines, matérielles, immatérielles, financières) –.

1180. Pourtant la preuve de cet effort d'adaptation est une condition indispensable à la démonstration d'un comportement ordinaire, le juge imposant que l'activité concurrentielle, une fois admise dans son principe, ne se réalise pas « *suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »¹⁸⁰³.

1181. Or, pour prouver le comportement ordinaire requis, la personne publique devra faire preuve d'une particulière diligence. Par exemple, en matière de commande publique, le candidat public devra être en capacité de justifier du caractère « normal » du prix de son offre en démontrant notamment que l'élaboration de ce prix s'est faite dans des conditions comparables à celles du marché (notamment du point de vue de la structure des coûts de cette offre). Dans cet objectif, le degré d'autonomie du prestataire public de service marchand, le niveau de séparation des activités concurrentielles et des activités de service public et la qualité de la justification comptable seront des éléments pris en compte par le juge administratif. Plus l'activité concurrentielle sera exercée dans des conditions semblables à celles qu'exercent les entreprises privées moins la suspicion des juges et autorités de la concurrence à l'égard du comportement du prestataire public sera grande¹⁸⁰⁴.

¹⁸⁰³ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-décembre 2006, p. 44, note Clamour.

¹⁸⁰⁴ Le raisonnement employé par la Cour administrative d'appel de Nantes dans une affaire concernant l'exercice d'une activité de dragage par le département de la Charente Maritime est tout à fait topique : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'activité de dragage exercée par le département de la Charente-Maritime est assurée par un service doté d'un budget annexe et soumis à des obligations fiscales et comptables comparables à celles des entreprises privées ; que la commission d'appel d'offres du département de la Vendée, après avoir constaté que l'offre du département de la Charente-Maritime se situait légèrement en dessous de sa propre estimation mais était largement en dessous de celle des deux entreprises privées ayant soumissionné, a demandé à ce dernier département la production d'un sous-détail des prix de "dragages avec clapage" et "dragages avec dépôt sur l'estran", lequel lui a, notamment, permis de procéder à la comparaison des prix unitaires, à l'identification de prix journaliers d'intervention et à la vérification, en particulier, de la prise en compte, dans l'offre du département de la Charente-Maritime, de l'ensemble des charges directes et indirectes se rattachant à cette activité ; que la commission d'appel d'offres a déduit de cette analyse que l'offre présentée par le département de la Charente-Maritime n'était pas anormalement basse et que la différence de prix s'expliquait en l'espèce par la mise en oeuvre de techniques différentes caractérisées essentiellement par l'emploi d'une drague aspiratrice par le seul département de la Charente-Maritime ; qu'eu égard à la nature des précisions demandées par la commission d'appel d'offres, il ne ressort pas des pièces du dossier que ledit département aurait présenté une offre*

1182. Idéalement, la démonstration du comportement ordinaire des personnes publiques devrait s'appuyer sur une véritable « mise en quarantaine » de l'activité de service marchand. Il s'agit en effet d'assurer le cloisonnement le plus imperméable possible entre la puissance publique de l'administration et son action concurrentielle ordinaire.

1183. On peut toutefois craindre que cette recherche se transforme en quête, vaine par définition, tant le « Graal » paraît inaccessible. Le concurrent public s'épuisera nécessairement à prouver l'improbable. Il devra d'abord opérer une distinction d'une réelle complexité, car en la matière il n'existe aucune cohérence jurisprudentielle ou textuelle, entre les activités de service public et les activités concurrentielles¹⁸⁰⁵. Il devra ensuite, une fois cette distinction établie, séparer (*a minima* de manière comptable) les moyens dédiés à l'activité concurrentielle de ceux dédiés à l'activité de service public. Cette affectation est particulièrement complexe dans la mesure où des mêmes moyens humains, matériels ou financiers, pourront, parfois simultanément, être affectés à ces deux activités. Cette hypothèse, qui est la plus fréquente, assujettira la personne publique à reconstitution théorique de ses coûts, reconstitution difficile et nécessairement approximative. En outre, rien ne permettra de prouver que les personnes publiques n'ont pas dédié des moyens issus de leurs autres activités de puissance publique au soutien de leurs activités concurrentielles¹⁸⁰⁶.

1184. Fatalement, les prestataires publics de service marchand ne peuvent que s'épuiser à s'efforcer d'adapter leurs activités concurrentielles. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans le cadre des prestations d'ingénierie aux collectivités, l'État avait pu chercher à dépasser cette contrainte en appliquant systématiquement une marge au prix de son offre de services¹⁸⁰⁷. Cette méthode n'est toutefois pas convaincante dans la mesure où elle contribue à désavantager le prestataire public.

qui ne tenait pas compte de tous ses coûts et notamment des frais d'amortissement de la drague aspiratrice ou de l'intégralité de ses charges de personnels ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le département de la Charente-Maritime aurait procédé à une sous-estimation du coût de la prestation proposée ou aurait bénéficié d'avantages en méconnaissance des principes de libre concurrence et d'égalité de traitement, doit être écarté » (CAA Nantes, 4 novembre 2011, n° 10NT01095 : AJDA 2012 p. 398). Sur ce sujet, cf. également O. Didriche, « Un domaine particulier : l'archéologie préventive », JCP A 2012 p. 417.

¹⁸⁰⁵ C. Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, coll. « Competition Law Droit de la concurrence », 2012, p. 475 et s – C. Mongouachon, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques implique une (re)définition claire des missions de service public », *Revue Lamy conc.*, 2015, p. 42.

¹⁸⁰⁶ Cf. *supra* n° 676 et s.

¹⁸⁰⁷ Cf. *supra* n° 964.

B. L'effort d'adaptation désavantage les prestataires publics de service marchand

1185. L'effort d'adaptation finit par devenir un réel handicap pour le prestataire public de service marchand. En effet, il tente d'annihiler, sans grande efficacité, tous les avantages dont disposent les personnes publiques mais n'en supprime pas les inconvénients.

1186. Ainsi, et c'est un comble, les prestataires publics de service marchand conjuguent les faiblesses inhérentes à l'exorbitance de leur statut, et dont nous avons largement discuté tout au long de cette étude (problème de financement, assujettissement au principe de spécialité, manque d'autonomie etc.), avec l'obligation de se comporter comme des entreprises ordinaires. Il y a là un handicap des plus sérieux au déploiement des personnes publiques sur le marché concurrentiel. Ce paradoxe trouve son explication dans l'approche trop binaire qui a été faite du statut des personnes publiques. Le statut de droit public a certes des avantages et des inconvénients, mais l'inventaire et le bilan de ces coûts et de ces avantages ne sont pas fiable car ils sont trop incertains. En réalité, le statut de droit public est simplement inadapté au marché concurrentiel car l'exorbitance lui est consubstantielle. Cette spécificité irréductible explique aussi son inadaptabilité. Inadapté et inadaptable, le prestataire public de service marchand est condamné.

1187. Partant de ce constat, diverses possibilités s'ouvrent à la personne publique. En effet, les conséquences de l'inadaptation et de l'inadaptabilité des prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel ne se résument pas au seul choix de maintenir (coûte que coûte) ou d'abandonner l'activité de service marchand.

1188. Notamment, il est rare que l'activité de service marchand soit indépendante d'une mission de service public. La plupart du temps, elle sera intégrée ou liée à une activité de service public, notamment à une activité de service public économique (plus communément appelé « service d'intérêt économique général »). C'est la raison pour laquelle, les personnes publiques peuvent également avoir la tentation d'externaliser les activités de service public économique, à des personnes publiques ou à des personnes privées, voire de transférer l'entreprise publique elle-même au secteur privé.

Section 2 **LA CONSOLIDATION CORRÉLATIVE D'UN ENVIRONNEMENT
FAVORABLE À LA PRIVATISATION DES ACTIVITÉS DE SERVICE ÉCONOMIQUE
DES PERSONNES PUBLIQUES**

1189. Il y a des efforts qui ne servent pas leur cause, adapter les prestataires publics de service marchand pour préserver leur existence est au nombre de ceux-là. En effet, de l'exigence de séparation des activités de service marchand au choix de la privatisation des activités de service économique des personnes publiques, il n'y a qu'un pas.

1190. Nous savons, sur ce point, prendre un chemin périlleux, en effet, nombre d'auteurs ont pu régulièrement avertir le juriste, qui aurait la tentation de synthétiser en une seule les causes du phénomène de privatisation, qu'une telle explication « *d'un phénomène aussi complexe par une cause unique serait assurément par trop simplificatrice* »¹⁸⁰⁸.

1191. C'est pourquoi, il est nécessaire de clarifier d'ores et déjà deux données de départ.

1) La définition retenue : la privatisation *lato sensu* des activités de service économique des personnes publiques

1192. Nous allons, dans les développements qui vont suivre, nous intéresser au cas des privatisations des activités de service économique (que nous tiendrons pour synonymes des « activités économiques »¹⁸⁰⁹) des personnes publiques.

1193. Il convient tout d'abord de rappeler qu'un prestataire public de service marchand est une « entreprise » au sens du droit de l'Union européenne. En effet, une entreprise est définie comme l'entité « *exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »¹⁸¹⁰, plus précisément une entreprise renvoie « *à un ensemble de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique et qui poursuit un objectif propre* »¹⁸¹¹. On le comprend, l'activité économique « *est un élément de définition du concept d'entreprise* »¹⁸¹².

¹⁸⁰⁸ R. Kovar, « Les entreprises publiques dans l'Union européenne entre privatisation et banalisation », in *30 years of European legal studies at the College of Europe*, Paul Demaret, Inge Govaere & Dominik Hanf (dir.), Bruxelles, éd. P.I.E.-Lang, 2005, p. 300.

¹⁸⁰⁹ Pour une explication de l'utilisation du singulier pour traiter des activités de « service économique », cf. *supra* n° 17.

¹⁸¹⁰ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* : Rec. 1979

¹⁸¹¹ CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen* : Rec. I-1259 ; JCP G 1997, I, n° 4027, obs. Boutard-Labarde.

¹⁸¹² F. Tesson, « La notion française d'activité économique des personnes publiques », AJDA 2013, p. 1675.

1194. La distinction entre « l'entreprise publique » et l'« activité économique » est capitale pour comprendre le mouvement à l'œuvre à l'échelle européenne et les développements qui vont suivre. En effet, en principe, les « entreprises publiques » ont vocation à exercer trois types d'« activités économiques » : des activités de service public économique, c'est-à-dire des services d'intérêt économique général qui n'interviennent pas sur le marché mais peuvent toutefois avoir une incidence sur celui-ci ; des activités de service marchand liées à leur activités de service public économique ; et parfois, plus rarement, uniquement des activités de service marchand.

1195. Tout le problème est là. Les entreprises publiques quelle que soit leur forme juridique (de droit public ou de droit privé) sont soumises au principe de séparation des activités concurrentielles et des activités de service public. Toutefois, la pression a des conséquences différentes pour les prestataires publics de service marchand dans la mesure où le statut de droit public est contesté en lui-même. Dès lors, la personne publique qui souhaite séparer son activité marchande de son activité de service public et la confier à une entité publique ne résoudra pas le problème dans la mesure où le statut de droit public est inadapté et inadapté comme nous l'avons préalablement démontré.

1196. Cependant, les personnes publiques pourraient avoir recours à l'externalisation de leurs activités de service marchand, ou même, par plus grande commodité, à l'externalisation de leurs activités de service public et de leurs activités marchandes à des sociétés publiques.

1197. On constate toutefois que ce chemin n'est pas le plus utilisé et, au contraire, pour des raisons, à notre sens, contestables, la voie de la privatisation des activités concurrentielles mais également des activités de service public économique.

1198. Il convient d'ores et déjà de s'entendre sur la notion polysémique de « privatisation »¹⁸¹³. Polysémie qui induit une première complexité car « *la notion de privatisation peut être entendue de bien des manières, selon que l'on retient seulement l'aspect patrimonial de l'opération qui implique un transfert majoritaire de la propriété d'une entreprise publique vers*

¹⁸¹³ Sur la notion, cf. not. P. Delvolvé, « La privatisation du service de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n° 117, p.107 – S. Bernard, S. Brameret, « Privatisation des entreprises publiques », *J.-Cl propr. publ.*, Fasc. 80, 2014, pt 2 – J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 462 et s. – P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, n° 630 – S. Albert et Cl. Buisson, *Les entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire*, La doc. fr., 2002 – L. Rapp, *Techniques de privatisation des entreprises publiques*, Litec, 1986 – X. Vandendriessche, « Le transfert du secteur public au secteur privé : notion et compétence », *Dr. soc.* 1987, p. 702.

le secteur privé, ou que l'on englobe les multiples techniques permettant d'écartier de la gestion d'une entreprise les contraintes habituellement liées à son appartenance au secteur public »¹⁸¹⁴.

1199. Dans le cadre de cette étude, nous retiendrons une acception large de la notion de privatisation. En ce sens, nous entendrons par privatisation, les opérations par lesquelles la personne publique confie la mise en œuvre d'une activité économique – de service public ou concurrentielle – à des personnes privées. Cette acception recouvre deux principales réalités.

1200. En premier lieu, la privatisation peut prendre la forme d'une externalisation, dans le cas où l'activité économique est externalisée à une personne privée. Cette dernière précision est importante car, au sens large, l'externalisation est l'opération par laquelle, la personne publique décide de ne plus gérer directement une activité – sous la forme d'une régie ou d'un établissement public par exemple – mais de l'externaliser, sous son contrôle, par le biais d'un contrat à des opérateurs économiques de droit privé ou de droit public. Dans cette étude, on considérera que relève de la privatisation, l'externalisation des activités économiques à des personnes privées et non à des personnes publiques.

1201. En second lieu, la privatisation peut également consister en un véritable transfert de l'activité économique au secteur privé. C'est le cas si l'entreprise publique, qui prend en charge l'activité économique, subit non seulement une transformation de son statut (par exemple la transformation d'une régie publique ou d'un établissement public en société de droit privé) mais également un transfert de la majorité des capitaux au secteur privé – c'est cette méthode que l'on appelle « privatisation » au sens strict.

1202. Nous savons qu'une telle acception peut heurter certaines définitions (et peut être sensibilités) doctrinales qui ne voient pas dans l'externalisation au secteur privé une technique de privatisation et considèrent, dans une acception « pure », que la privatisation ne doit concerner que les transferts d'activités au secteur privé. Voici donc les deux raisons qui dictent notre choix. Tout d'abord, nous considérons qu'à compter du moment où une activité de service est externalisée à une entreprise du secteur privé, on peut parler de privatisation quel que soit le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'activité dans la mesure où elle n'est pas gérée (alors qu'elle pourrait l'être) par une entreprise (publique ou privée) du secteur public. Autrement dit, c'est le statut de l'organe qui gère l'activité qui compte. Ensuite, nous souhaitons

¹⁸¹⁴ J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, pt 457.

noter (avec, avouons-le, un brin de taquinerie) que là où l'emploi du terme semble poser problème (quand on parle de l'externalisation au secteur privé), ailleurs, il est utilisé couramment sans que cela semble poser difficulté (par exemple pour parler de la privatisation des règles applicables aux personnes publiques). Pour conclure, que le lecteur (inquiet ?) se rassure : l'ensemble des modes de gestion sera analysé avec objectivité.

1203. On pourrait ajouter à ces deux hypothèses, les cas d'abandon purs et simples d'activités économiques ou de dissolution des entreprises publiques qui en ont la charge (par exemple, la dissolution d'une régie ou d'un établissement public) dans la mesure où le marché peut venir compenser le retrait de la personne publique. Nous n'aborderons toutefois pas ce cas, qui n'est pourtant pas rare (dans la mesure où les contraintes budgétaires réduisent la capacité des personnes publiques à prendre en charge des activités de service public économique non obligatoires ou des activités concurrentielles), pour nous concentrer sur les décisions « positives » de la personne publique à confier des activités économiques à des personnes privées sans les abandonner. En effet, il nous intéresse plus ici de comprendre pourquoi les personnes publiques choisissent d'externaliser ou de transférer des activités économiques à des personnes privées alors qu'elles pourraient les internaliser ou les externaliser à des personnes publiques ou des sociétés publiques, que d'analyser les raisons de l'abandon d'une activité économique qui, quel soit le mode de gestion, aurait été choisi.

1204. Nous excluons également la « banalisation » de l'action publique (que certains définissent comme une privatisation « matérielle »), c'est-à-dire la soumission progressive des personnes publiques aux règles et aux méthodes du droit privé. En ce sens, nous n'envisagerons ni le mécanisme de transformation statutaire d'une régie simple en établissement public industriel et commercial¹⁸¹⁵ par exemple, ni les mécanismes de « sociétisation » ou de filialisation des entreprises publiques à statut de droit public qui ne sont pas à proprement parler des techniques de privatisation, même si elles ont pour conséquences l'accroissement de l'application des règles de droit privé. En effet, les entreprises publiques, y compris sous statut de droit privé, appartiennent toujours au secteur public.

¹⁸¹⁵ Ainsi, par exemple, la transformation d'une régie dotée de l'autonomie financière à un établissement public, la transformation d'un SPA en SPIC : Sur l'ensemble de ces points cf. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1998, p. 748 et s. Pour un cas précis, cf. la transformation de Météo France en établissement public industriel et commercial par le D. n° 93-861 du 18 juin 1993 portant création de l'établissement public Météo-France (JO n° 143 du 23 juin 1993, p. 8844).

1205. Pour résumer, dans les développements qui suivront nous retiendrons une définition large de la privatisation intégrant les techniques d'externalisation et de transfert au secteur privé des activités de service économique des personnes publiques.

2) L'hypothèse soulevée : l'environnement concurrentiel est favorable à la privatisation des activités de service économique des personnes publiques.

1206. Le phénomène de privatisation, qu'il s'agisse de l'externalisation ou du transfert au secteur privé des activités économiques, affecte indifféremment les personnes publiques nationales ou locales.

1207. Trois motifs principaux de cette privatisation sont régulièrement avancés¹⁸¹⁶ : des motifs politiques issus de l'idéologie néo-libérale¹⁸¹⁷ qui ont conduit partout dans le monde à des « vagues » de transfert au secteur privé des entreprises publiques, comme la France a pu en connaître¹⁸¹⁸ ; des motifs financiers qui tiennent notamment au besoin de financement important des activités économiques, notamment des services publics, que l'État et les collectivités territoriales peinent à satisfaire ; et enfin des motifs juridiques qui découlent de la norme et de la jurisprudence de l'Union européenne.

1208. Devant l'ampleur de ce phénomène, certains ont pu entamer la rédaction de « l'acte de décès » de la gestion publique des activités économiques, notamment concernant les établissements publics industriels et commerciaux ; d'autres ont toutefois pu tempérer ce fatalisme en rappelant le caractère principalement politique du choix de conserver ce mode de gestion¹⁸¹⁹. C'est notamment le cas de la Professeure Martine Lombard qui a pu rappeler que

¹⁸¹⁶ Cf. not. S. Bernard, S. Brameret, *Privatisation des entreprises publiques*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 80, 2014, pt 17 et s. – J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., préc., n° 433 et s. – S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », 2014 n° 624.

¹⁸¹⁷ Cf. not. F.-A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1981, t. 1. Nous recommandons également la lecture de l'ouvrage de M. Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. « Corpus », 2002.

¹⁸¹⁸ Nous ne reviendrons pas sur la chronologie bien connue de ces « vagues » : sur ce point cf. not. S. Bernard, S. Brameret, *Privatisation des entreprises publiques*, préc., n° 19 et s. – J.-Ph. Colson et P. Idoux, *op. cit.*, n° 436 et s. – S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n° 621 et s..

¹⁸¹⁹ Pour une vue d'ensemble de ce débat, cf. not M. Lombard, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », AJDA 2014, n° 22 – G. Eckert, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP A 2014, n° 21 – L. Idot, « Notion d'aide, garantie de l'État et existence d'un avantage », Europe novembre 2012, comm. n° 11, p. 39 – R. Noguellou, « La condamnation du statut d'EPIC », DA novembre 2012, focus n° 54, p. 3 – D. Berlin, « La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée constitutive d'une aide d'État », JCP G 2012, n° 41, p. 1833 – J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit des EPIC », AJDA 2010, p. 2346 – « Les EPIC dans tous les états. Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », Dossier, JCP A 2009, p. 569 – P. Cossalter, « Les EPIC face au droit de la concurrence », JCP A 2009, p. 2221 – S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35 – F. Bérroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA

« le lien entre droit communautaire et l'abandon de la formule de l'EPIC devrait être [...] nuancé, même s'il conduit souvent à présenter l'évolution comme subie plutôt que choisie. [...] »¹⁸²⁰. Dans le même sens, la Professeure Sophie Nicinski a pu préciser : « que l'on puisse soutenir que la forme juridique de l'établissement public est obsolète, démodée ou condamnée aux pires lourdeurs administratives est encore acceptable, mais l'idée souvent avancée que cette forme juridique tomberait sous les fourches caudines du droit communautaire ou serait parfaitement incompatible à la vie des affaires est plus que contestable »¹⁸²¹.

1209. Mais, s'il est vrai que dans un domaine aussi sensible la prudence est de mise, il nous semble que le « libre choix » est ici largement trompeur.

1210. Certes, il est incontestable que ni le droit de l'Union européenne, ni le droit interne ne remettent juridiquement en cause le principe de neutralité à l'égard des régimes de propriété dans les États membre et le principe de liberté de choix du mode de gestion des services publics. Certes, le choix de la privatisation est politique car *in fine* il relève d'un acte des autorités nationales ou locales compétentes. En outre, notre propos ne se veut pas « divinatoire » : il ne s'agit ni d'affirmer que toutes les entreprises publiques seront privatisées bientôt, ni d'inventer l'existence d'une obligation juridique à externaliser ou transférer les activités économiques des personnes publiques.

1211. Mais, en réalité, nous souhaitons mettre en lumière l'environnement de « haute » pression dans lequel se meuvent l'ensemble des prestataires publics de service marchand. En effet, la pratique conduit à mettre les personnes publiques dans une situation si défavorable – du fait de leur inadaptation et de l'effort à s'adapter qu'elles doivent déployer – que, ni pour le marché, ni pour elles-mêmes, le choix de conserver le statut public n'est pertinent, voire

2008, p. 25 – B. Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », JCP A 2007, n° 13, p. 38 – M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA 2006, p. 79 – D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », RJEP 2006, p. 105 – Ch. Barthélémy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP octobre 2004, p. 423 – M. Poyet, « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », RA 2004, p. 565 – M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RDA 2002, p. 95 – S. Nicinski, « Les établissements publics en quête d'identité sur le marché concurrentiel », AC-ACCP novembre 2001, n° 5, p. 7. *Adde* CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010, p. 23 et s.

¹⁸²⁰ M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », préc.

¹⁸²¹ S. Nicinski, « La transformation des EPIC en sociétés », préc.

rationnel. C'est pourquoi, nous allons voir, que le contexte concurrentiel actuel, est propice au choix de la privatisation.

1212. Le Professeur Mickaël Karpenschif a pu faire référence aux « *eaux concurrentielles* »¹⁸²² dans lesquelles évoluent les personnes publiques ; si l'on devait poursuivre cette métaphore, l'on dirait qu'en ces eaux, pour les personnes publiques, la baignade est autorisée mais fortement déconseillée. C'est la raison pour laquelle tant les autorités internes qu'européennes de contrôle de la concurrence créent un environnement favorable à l'externalisation (§1) et au transfert (§2) au secteur privé des activités des prestataires publics de service marchand.

§1. L'EXTERNALISATION DES ACTIVITÉS DE SERVICE ÉCONOMIQUE AU SECTEUR PRIVÉ

1213. Le Professeur Jean-David Dreyfus définit la notion d'« externalisation » (traduction linguistique de la notion d'« outsourcing ») comme « *l'opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* »¹⁸²³. L'externalisation n'est pas propre aux personnes publiques, elle existe depuis longtemps déjà dans le domaine privé¹⁸²⁴ et est d'ailleurs considérée comme un mécanisme de meilleure gestion pour les entreprises¹⁸²⁵. En réalité, cette notion est d'un usage récent concernant les personnes publiques et d'un maniement délicat¹⁸²⁶ qui suscite l'attention et le débat de la doctrine¹⁸²⁷.

¹⁸²² M.s Karpenschif, « La RATP sauvée des eaux concurrentielles ? », AJDA 2011 p. 1357.

¹⁸²³ J.-D. Dreyfus, « Externalisation et liberté d'organisation du service », AJDA 2009 p. 1529.

¹⁸²⁴ Cf. not. Soc., 28 février 1974, n° 73-40.138 : Bull. civ., n° 154.

¹⁸²⁵ J. Barthélémy, C. Donada, « L'externalisation : un choix stratégique », RFG, 2007, n° 177, p. 97.

¹⁸²⁶ Selon le Professeur Philippe Yolka, « *L'externalisation, dans sa forme la plus radicale [...], ne peut concerner les propriétés publiques : en effet, elle implique qu'y soient substituées des propriétés privées* » : in « *l'externalisation en matière administrative* », JCP A, n° 17, 2012, p. 2130.

¹⁸²⁷ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., préc., n° 533 et s. J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA 2002, p. 1214 – L. Babin et P. Lignières, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », DA 2002, p. 37 – J. Boucher, « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », Cahiers de la fonction publique, décembre 2005, p. 4 – F. Linditch, « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », in *La réforme de l'État* (dir. J.-J. Pardini et Cl. Devès), Bruxelles, Bruylant, 2005 – F. Linditch, « Les partenariats public-privé, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation ? Quelques interrogations de nature financière », Droit et ville n° 60, 2005, p. 229 – F. Linditch, « La puissance publique à l'épreuve de l'externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, coll. « Travaux de l'AFDA », 2012 – F. Lichère, « Externalisation et personnes publiques », Cahiers du droit de l'entreprise, mai-juin 2006, p. 66. – F. Melleray, « Contrats de partenariat et externalisation », Rev. Trésor, 2007, p. 246. – Ph. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2007 – J.-B. Auby, « Problématiques de l'externalisation », DA 2008, repère n° 6 – J.-B. Auby, « Externalisations militaires », Dr. adm. avril 2012, repère

1214. Toutefois, ne nous y trompons pas. Il n'y a pas qu'un effet de style à avoir recours à cette notion : elle est tout à fait utile car elle permet de donner une lecture assez fine et adaptée de l'évolution de l'activité des personnes publiques, mais, nécessite toutefois de bien s'entendre sur la définition qu'on lui donne. À cet égard, deux principales questions doivent être abordées.

1215. Tout d'abord, pourquoi traiter des activités économiques et non plus des activités de service marchand ? Car la pression sur les activités concurrentielles a des conséquences sur les activités économiques des personnes publiques visibles à deux niveaux. D'une part, les activités concurrentielles sont la plupart du temps liées ou intégrées à des activités de service public économiques (les services d'intérêt économique général), dès lors la pression à l'externalisation est plus large qu'il n'y paraît. D'autre part, la personne publique se rend également des services économiques à elle-même, or les difficultés à déployer ce service dans la sphère marchande limitent l'exploitation de sa valeur ajoutée et, selon nous, favorise le recours à externalisation.

1216. Ensuite, à qui les personnes publiques peuvent-elles externaliser des activités économiques ? Selon le Professeur Philippe Yolka deux approches sont possibles. Dans une première approche « *il ne saurait y avoir d'externalisation véritable qu'en cas de transfert du public vers le privé (le privé, strictement entendu, excluant ici les excroissances para-publiques des personnes publiques). À ce compte, il est clair que les transferts public / public, ou public / para public, ne relèvent pas de l'externalisation : ils consistent en de simples aménagements de compétence au sein de la sphère administrative* »¹⁸²⁸. Dans une seconde approche « *plus large et fondée sur un critère juridique, il y aurait externalisation dès qu'une personne juridique fait appel à une autre pour assurer certaines missions. Ce critère formel, tiré de la personnalité, de l'existence d'une entité juridique distincte, dilate considérablement le sujet. Il aboutit à ceci, que tous les transferts entre personnes publiques, ou entre ces dernières et leurs démembrements de droit privé, relèvent également de l'externalisation* »¹⁸²⁹. Nous retiendrons cette seconde approche en considérant qu'il y a « externalisation » quand, par le biais d'un contrat, une personne publique confie à une entité publique ou privée tierce la gestion d'une activité de service ; autrement dit, quand le mode de gestion n'est pas direct.

n° 4 – G. Le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », ACCP, janvier 2008, p. 40 – G.-J. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », D. ouvrier, n° 717, 2008 – Dossier « Externalisation, stop ou encore ? » : Acteurs publics septembre 2011, n° 76.

¹⁸²⁸ Ph. Yolka, « l'externalisation en matière administrative », préc.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

1217. Enfin, quelles sont les activités de service économique que les personnes publiques peuvent externaliser ? En théorie, on ne peut externaliser que des activités secondaires au cœur de métier. Tout le problème est donc de savoir quelles activités constituent le cœur de métier des personnes publiques. En réalité, l'externalisation des activités des personnes publiques peut difficilement être réfléchi sous cet angle à cause de la spécificité de leur mode d'action. C'est pourquoi, selon nous, quatre points caractérisent l'externalisation des activités de service économique des personnes publiques.

1218. Premièrement, toutes les activités ne sont pas externalisables¹⁸³⁰.

1219. Deuxièmement, la personne publique peut externaliser deux principaux types d'activités.

1220. D'une part, les personnes publiques peuvent externaliser des activités destinées à satisfaire leurs propres besoins. En effet, la satisfaction des besoins des personnes publiques ne doit pas être confondue avec la satisfaction des besoins des usagers des activités de service public, voire des clients des activités service marchand, que gèrent ces personnes publiques, autrement dit des activités de service à population. La distinction est parfois fine mais bel et bien réelle : ainsi, les personnes publiques se fournissent par leurs propres moyens ou par l'externalisation à des tiers en biens, services ou travaux dans le but d'accomplir leurs missions de services publics et parfois leurs activités de service marchand. Ce cas s'apparente d'ailleurs à l'externalisation des entreprises ordinaires.

1221. D'autre part, les personnes publiques peuvent externaliser des activités destinées à satisfaire les besoins de la population. Ainsi, si l'on s'appuie sur (et que l'on modifie légèrement¹⁸³¹) les considérants du Conseil d'État, on peut distinguer les activités de service public dont les personnes publiques sont responsables, des activités de service marchand

¹⁸³⁰ Ainsi, le Conseil d'État, dans un avis du 7 octobre 1986, avait interdit la délégation des activités de service public « par leur nature ou par la volonté du législateur, certains services publics ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même ». Toutefois « il est très difficile, faute de jurisprudence suffisamment abondante, d'identifier quels sont ces services non déléguables d'autant qu'au sein d'un même service public certaines activités peuvent être déléguées et d'autres non » (L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 386), bien que « schématiquement, mais cette indication n'est guère opératoire, ne peuvent être déléguées les missions de "puissance publique", de "souveraineté", "régaliennes", "constitutionnelles" des collectivités publiques » (*loc. cit.*), c'est pourquoi nous invitons le lecteur à se reporter à l'exposé très complet de la jurisprudence opérée par les auteurs de l'ouvrage précité.

¹⁸³¹ Cf. *supra* n° 288 et s.

qu'elles peuvent occasionnellement prendre en charge¹⁸³². Dans le premier cas, les personnes publiques peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers et, si l'opérateur en cause peut être regardé comme un opérateur sur le marché concurrentiel et qu'aucun texte n'en dispose autrement, « *elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, un marché public de service* »¹⁸³³. Dès lors, que le contrat soit un marché public (de service public) ou une délégation de service public, il s'agit bel et bien de l'externalisation d'une activité de service public à la population. Dans le second cas les personnes publiques ne peuvent (logiquement) pas avoir recours au modèle de la délégation de service public car le service marchand ne constitue pas un service public. Cependant, l'activité de service marchand pourra être confiée à un opérateur tiers, dans le cadre d'un marché public : il s'agira alors de l'externalisation d'une activité de service marchand.

1222. Troisièmement, et de manière corrélative, si l'activité externalisée est une activité économique (de service public ou non) elle sera soumise aux règles de la commande publique¹⁸³⁴.

1223. Pour résumer, nous allons mesurer et analyser le phénomène d'externalisation par les personnes publiques de leurs activités de service économique à la population ou à elle-même.

1224. Le phénomène d'externalisation a connu un succès particulièrement important ces dernières années. L'ampleur de ce phénomène est dû à un environnement favorable qui incite

¹⁸³² CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272 ; conc. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RFDA 2006.1048 ; AJDA 2006.1584, chr. Landais et Lenica ; ACCP octobre 2006, p. 78, note Renouard ; CCC octobre 2006, comm. Rolin ; CMP juillet 2006, n° 202, note Eckert ; DA août-septembre 2006, n° 129, note Bazex ; JCP A 2006.113, note Linditch ; Gaz. Pal. 7 décembre 2006, p. 7, note Renaudie ; RLC octobre-déc. 2006, p. 44, note Clamour (« *considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* »).

¹⁸³³ CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* : Rec. 155 ; BJCP 2007.283 concl. Séners ; RFDA 2007.812, concl et, obs. Schwartz ; RJEP 2007.273, concl. et, note Douence ; AJDA 2007.1020, chron. Lenica et Boucher ; BJCL 2007.558, note Mollion ; ACCP 2007, n° 68, p. 45 et p. 64, note Proot ; CMP juin 2007, n° 151, note Eckert ; DA juin 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; JCP 2007.I.166 chron. Plessix, et II.10132 note Karpenschif ; JCP A 2007.2111, note Karpenschif, 2125, note Linditch, 2128, note Pontier ; RDC 2007.86, note Brunet ; RDP 2007.1367, note Bui-Xuan.

¹⁸³⁴ Sur ce point cf. not. M. Bazex et S. Blazy, « Les voies de l'externalisation des activités de service public », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* (préc.), DA n° 6, juin 2007, comm. 95.

les personnes publiques à confier la gestion des activités économiques à des personnes privées tout en conservant un pouvoir de direction et de contrôle sur l'organisation et le fonctionnement de ces services (A). Toutefois, l'efficacité de ce mode de gestion est contrastée et nécessite d'être questionnée (B).

A. Les causes du phénomène

1225. Il faut se garder de toute conclusion hâtive. Sur le principe, la liberté d'organisation des personnes publiques existe toujours. À cet égard, les nouvelles directives concessions et marchés publics de 2014 rappellent que les États membres choisissent librement le mode d'organisation des services publics : une autorité publique peut ainsi exécuter par elle-même les tâches d'intérêt public dont elle a la charge en s'appuyant sur ses propres ressources ou avoir recours à des entités extérieures¹⁸³⁵. Dès lors, les règles relatives à la passation et à l'attribution des marchés publics et des concessions ne sont applicables qu'en cas d'externalisation des activités économiques, c'est-à-dire lorsqu'une autorité publique a fait le choix de recourir à ce mode de gestion.

1226. Cette liberté de choix est cependant fragilisée. Ainsi, comme nous l'avons largement évoqué précédemment, la pression du droit européen et interne favorise l'externalisation des activités de service économique des personnes publiques. Mais cette raison n'est pas suffisante pour expliquer le phénomène d'externalisation au secteur privé, en réalité, elle s'ajoute à d'autres éléments qui viennent constituer un environnement favorable.

¹⁸³⁵ Ainsi aux termes de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (JO L 94, 28 mars 2014, p. 65) : « Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire » (pt 5 du préambule). De la même manière, cf. Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concessions (JO L 94, 28 mars 2014, p. 1) : « la présente directive reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services. En particulier, la présente directive ne devrait en aucune manière nuire à la liberté des États membres et des pouvoirs publics de réaliser directement des travaux ou de fournir directement des services au public ou d'externaliser ces prestations en les déléguant à des tiers. Les États membres ou les pouvoirs publics devraient garder la liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union, afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique » (pt 5 du préambule).

1227. Premièrement, par l'imprégnation de la culture du New Public Management dans la réforme de l'État qui prône « *le désengagement de l'administration d'un certain nombre d'activité par le jeu de la privatisation, de la dérégulation et de leur externalisation au profit des co-contractants privés* »¹⁸³⁶. L'imprégnation de cette nouvelle « culture » prend deux aspects principaux¹⁸³⁷. D'une part, l'externalisation est pensée comme un véritable choix de politique économique structurée autour de deux idées. Tout d'abord, les contrats de droit public à financement public (notamment les marchés publics de service) sont un moyen de relance de la croissance, de type keynésien alliant investissement public et gestion privée. Ensuite, les contrats de droit public à financement public-privé (comme les contrats de partenariat) constituent également un levier de relance de la croissance mais aussi un palliatif aux contraintes budgétaires et à la pression économique et financière des personnes publiques. Autrement dit, une combinaison, voire un alliage, de ces deux modes contractuels permet à la fois de stimuler l'économie tout en préservant les finances publiques. D'autre part, le New public Management inspire la construction de nouveaux outils, prétendument attractifs pour les personnes publiques, à l'instar des contrats de partenariat.

1228. Deuxièmement, les autorités européennes de la concurrence exigent que les prestations de services rendues entre personnes publiques – hors le cas de la coopération¹⁸³⁸ – soit pour satisfaire leurs besoins propres soit pour satisfaire ceux des populations ou des usagers qu'elles administrent, sont soumises aux règles de la commande publique. Il y a déjà un point discutable à considérer qu'au sein même de l'État, diverses entités soient considérées si autonomes

¹⁸³⁶ Cf. F. Bottini, « L'impact du New public management sur la réforme de la fonction publique territoriale », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2014, n° 97 ; ainsi l'intéressante bibliographie dressée par l'auteur : J. D. Aberbach, « Protecting liberty and benefiting society : can market-based administrative reforms and market-based political institutions effectively co-exist in the US ? » in *Modernizing civil services* (dir. T. Butcher et A. Massey), Cheltenham, 2004, p. 41 – W. McCourt « Moving the public management debate forward : a contingency approach » in *The internationalization of Public management* (dir. W. McCourt et M. Minogue), Cheltenham, 2001, p. 236.

¹⁸³⁷ On peut toutefois noter l'intitulé (provocateur ?) du Colloque organisé par l'Institut gestion publique et du développement économique, « En finir avec le New Public Management. – De nouvelles perspectives pour l'action publique », organisé le 14 mai 2014.

¹⁸³⁸ Qui est désormais garantie par la législation de l'Union européenne qui accroît les possibilités de coopération public-public : Cf. not. Ph. Terneyre, « Le contrat au service des politiques publiques – L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA* 2014, n° 3 – J.-M. Pontier, « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA* 2014, n° 30 – G. Broux, L. Communal, C. Fischer, T. le Floch et S. Mondy, « La "coopération public-public" à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* 2014, n° 40 – G. Eckert, « Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence - Les contrats échappant aux règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA* 2013, n° 15 – J.-F. Sestier, « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », *AJDA* 2013, n° 15 – H. Pauliat, « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *JCP A*, n° 44-45, 2012, 2355.

qu'elles se rendent des activités de service marchand entre elles¹⁸³⁹. Quoi qu'il en soit, la mise en concurrence de ces prestations de services est un pas important vers leur externalisation au secteur privé. En effet, même si la personne publique peut candidater aux contrats de la commande publique, elle sera, en principe, soumise à la concurrence de la sphère privée. Or, si l'on prend en compte les difficultés d'accès qui sont faites aux candidats publics à la commande publique, on se rendra compte de l'intensité de la pression à l'externalisation au secteur privé : en effet, le candidat public est soumis à un contrôle renforcé de son intérêt à candidater et de la détermination du prix de son offre qui sont autant de freins à son action concurrentielle et autant de chances offertes aux concurrents privés d'accéder à la commande publique.

1229. Troisièmement, l'évolution permanente des sciences et des techniques exige une capacité d'innovation, d'adaptation et d'outillage que, il faut bien l'admettre, les personnes publiques ne sont pas toujours en capacité technique et financière d'accomplir.

1230. Quatrièmement, la situation contrainte des finances publiques nationales et locales peut inciter les décideurs publics à préférer le recours à l'externalisation des activités économiques.

1231. Cinquièmement, les personnes publiques ne disposent pas d'outils fiables qui leur permettraient de juger de l'efficacité comparée des divers modes de gestion. Cette carence conduit à affaiblir la portée du choix politique et (par prudence) à décourager l'initiative publique.

1232. On le comprend, la réalité quotidienne des pouvoirs adjudicateurs est bien éloignée de la pureté théorique de la libre organisation des personnes publiques. Au contraire, l'hypothèse selon laquelle l'environnement dans lequel elles se meuvent est favorable à l'externalisation de leurs activités économiques au secteur privé semble se confirmer. Il convient maintenant de confronter cette hypothèse aux faits.

B. Les résultats du phénomène

1233. Des exemples marquants, à l'instar de la reprise en régie du service public de l'eau à Paris, ou du service public de transport à Nice ont pu laisser penser qu'un phénomène local de « remunicipalisation » était à l'œuvre¹⁸⁴⁰. D'un point de vue quantitatif, le manque de données

¹⁸³⁹ On pourrait même s'interroger sur la question de savoir s'il n'y a pas une atteinte au principe d'unité de l'État à considérer que les personnes publiques puissent être alloties en autant d'entreprises de services.

¹⁸⁴⁰ Cf. not. « La remunicipalisation des services publics » (Colloque), JCP A 2014, n° 10.

rend difficile l'appréciation précise du phénomène, dont l'ampleur est toutefois importante (1). Qualitativement, le bilan est contrasté (2).

1. Analyse quantitative

1234. Nous analyserons successivement l'externalisation des activités de service économique à la population (a) et à la personne (b).

a. L'externalisation au secteur privé des activités de service économique à la population

1235. Il n'existe pas à ce jour de chiffrage précis des modes de gestion des activités de service public à la population rendus par les personnes publiques.

1236. Toutefois, un travail important a été mené par l'Institut de la gestion délégué et l'Association des Maires de grandes villes de France et a conduit à la publication de l'*Atlas de la gestion des services publics locaux* en 2013. Au support de ces travaux, les présidents Hubert du Mesnil et Michel Destot ont pu affirmer qu'il n'existe pas « depuis 1990, de tendance générale vers un choix dominant »¹⁸⁴¹ de mode de gestion. Cette affirmation est cependant hasardeuse car l'étude ne concernait que les principaux services publics dont sont légalement responsables les communes et leurs groupements – ainsi étaient concernés : la distribution de l'eau¹⁸⁴², l'assainissement¹⁸⁴³, la collecte des déchets¹⁸⁴⁴, la valorisation des déchets¹⁸⁴⁵, les transports urbains¹⁸⁴⁶, le stationnement¹⁸⁴⁷, les réseaux de chaleurs¹⁸⁴⁸, l'éclairage public¹⁸⁴⁹, la restauration collective¹⁸⁵⁰, l'accueil collectif de la petite enfance¹⁸⁵¹ et les palais des congrès¹⁸⁵² – et ne reflétait donc ni toutes les activités de service public, ni toutes les collectivités territoriales.

1237. Quoi qu'il en soit, les conclusions générales de l'étude sont tout à fait pertinentes et reposent sur cinq points : le choix du mode de gestion des services publics locaux reste libre et

¹⁸⁴¹ Institut de la gestion délégué et Maire de grandes villes, *Atlas de la gestion des services publics locaux*, Paris, 2013 (<http://www.fondation-igd.org>).

¹⁸⁴² Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (34%) – gestion déléguée (52%) – gestion combinée (14%).

¹⁸⁴³ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (42%) – gestion déléguée (35%) – gestion combinée (23%).

¹⁸⁴⁴ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (62%) – gestion déléguée (16%) – gestion combinée (22%).

¹⁸⁴⁵ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (25%) – gestion déléguée (49%) – gestion combinée (26%).

¹⁸⁴⁶ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (88%) – gestion déléguée (12%).

¹⁸⁴⁷ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (28%) – gestion déléguée (38%) – gestion combinée (34%).

¹⁸⁴⁸ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (7%) – gestion déléguée (93%).

¹⁸⁴⁹ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (76%) – gestion déléguée (22%) – gestion combinée (2%).

¹⁸⁵⁰ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (72%) – gestion déléguée (23%) – gestion combinée (5%).

¹⁸⁵¹ Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (26%) – gestion déléguée (69%) – gestion combinée (5%).

¹⁸⁵² Selon les chiffres de l'étude : gestion directe (16%) – gestion déléguée (84%).

ne répond pas à des logiques politiques ou régionales ; aucune entité territoriale n'a adopté un seul mode de gestion pour l'ensemble de ces services publics ; un même service public local peut être géré en combinant ces deux modes de gestion ; les collectivités disposent d'une palette d'outils juridiques évolutive induisant systématiquement une coopération publique privée ; l'apparition de l'intercommunalité n'a pas donné lieu à une uniformisation des modes de gestion.

1238. Il nous semble cependant que l'analyse de cette étude pourrait conduire à formuler une conclusion supplémentaire : celle selon laquelle les activités de service public qui sont susceptibles d'être liées à des activités de service marchand (ne serait-ce que dans le souci de rentabilité du service) sont davantage externalisés aux personnes privées. Toutefois nous ne pouvons pas formuler une telle conclusion dans la mesure où deux données essentielles manquent : d'une part, il faudrait savoir si en plus de leurs activités de service public, les personnes (publiques ou privées) gérant le service public offrent des activités concurrentielles liées, d'autre part, il faudrait connaître le statut (public ou privé) des personnes à qui les activités de service public sont externalisées.

1239. En l'absence de données précises (à notre connaissance), il est difficile de connaître factuellement l'ampleur de l'externalisation au secteur privé des activités de service économique à la population. Cependant, si l'on s'appuie sur les résultats de l'*Atlas de la gestion des services publics locaux* et sur les chiffres donnés par l'Institut de la gestion déléguée (IDG) on constate son importance : ainsi, les seuls membres de l'IGD « *représentent un chiffre d'affaires de 202 milliards d'euros en France dont 130 milliards d'euros consacrés à la gestion déléguée, soit 6 % du PIB et 15% de la dépense publique* »¹⁸⁵³,

b. L'externalisation au secteur privé des activités de service économique à la personne publique

1240. Les achats publics pour satisfaire les besoins en travaux, en services ou en biens des personnes publiques sont mieux connus grâce au travail de recensement économique opéré par l'Observatoire économique de l'achat public¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵³ Kh. Nohmana, « La loi Sapin a 20 ans... et un bel avenir ? », Le moniteur, 11 octobre 2013 (<http://www.lemoniteur.fr>).

¹⁸⁵⁴ Cf. A. du 10 novembre 2005 pris en application de l'art. 130 du Code des marchés publics et relatif à l'Observatoire économique de l'achat public (JO n° 264 du 13 novembre 2005, p. 17748). L'ensemble des chiffres que nous allons fournir sont disponibles dans l'espace dédié à l'Observatoire économique de l'achat public sur le site internet du ministère de l'économie et des finances (<http://www.economie.gouv.fr>).

1241. En effet, les opérateurs privés sont très largement sollicités pour satisfaire ces besoins, principalement par le biais de marchés publics. Ainsi, pour 2013, le montant global, hors taxe, des achats effectués par l'État, les collectivités territoriales et les opérateurs de réseau atteint le montant de 71,5 milliards d'euros. Ce montant a connu une diminution ces dernières années (75,5 milliards d'euros en 2012 et 82,3 milliards d'euros en 2011)¹⁸⁵⁵. Il reste toutefois très conséquent si on le rapproche du montant des dépenses publiques pour 2013 (soit 5,9% des dépenses publiques en 2013)¹⁸⁵⁶ ou du montant des dépenses de consommation finale des administrations publiques (soit 14% des dépenses de consommation finale des administrations publiques)¹⁸⁵⁷. D'ailleurs la Cour des comptes dans le Rapport sur les finances publiques locales de 2014 avait souligné l'évolution du poste des « achats de biens et de services » qui représente près de 20% des dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales (et qui s'il s'est stabilisé en 2013 pour les départements, a progressé de 3,2% dans les communes et les intercommunalités et de 6% dans les régions)¹⁸⁵⁸.

1242. Bien sûr il faut relativiser ce chiffre dans la mesure où, là encore, les chiffres ne distinguent le statut de la personne concernée. Toutefois on conviendra facilement que les marchés publics sont principalement emportés par des entreprises du secteur privé.

2. Analyse qualitative

1243. Juger de la pertinence du choix d'internaliser ou d'externaliser une activité économique est une tâche complexe : d'une part, car la question de l'intérêt économique de l'externalisation semble ne pas pouvoir être tranchée et « *discuter de l'effet – vertueux ou vicieux – de l'externalisation en général semble, en tout état de cause, aventureux, puisque les paramètres*

¹⁸⁵⁵ Évolution qui est encore difficilement analysable dans la mesure où le mécanisme de collectes de données s'est progressivement amélioré et semble aujourd'hui parfaitement opérationnel.

¹⁸⁵⁶ Sachant que les dépenses publiques représentent environ 57,1 % du PIB soit environ 1206,9 milliards d'euros de dépenses publiques en 2013 (dans la mesure où le PIB s'élevait à environ 2113,7 milliards d'euros en 2013) : cf. Insee, *Tableau de l'économie française pour 2015*, Coll. « Insee références », éd. 2015, p. 113 et 127 (<http://www.insee.fr>).

¹⁸⁵⁷ Sachant que les dépenses de consommation finale des administrations publiques s'élève à 509,9 milliards d'euros : Insee, *Tableau de l'économie française pour 2015*, préc. p. 113. L'Insee décompose ces dépenses en deux volets. Il s'agit d'une part des « dépenses dites individualisables ou dépenses de consommation individuelle des administrations publiques recouvrant les dépenses dont le consommateur effectif est identifiable et dont le bénéfice ultime revient aux ménages : dépenses d'éducation et de santé pour l'essentiel, mais aussi de culture, d'aides au logement, etc. » ; d'autre part des « dépenses collectives de consommation des administrations publiques correspondent aux fonctions souveraines (ou fonctions régaliennes, ou encore fonctions d'administration générale) des administrations : justice, défense, police, etc. En effet, on ne peut pas attribuer le bénéfice de ces services publics à un ou des ménages en particulier (contrairement au service public de santé par exemple) : ils profitent à la collectivité dans son ensemble ».

¹⁸⁵⁸ Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, Paris, La doc. fr., 2014, p. 69.

économiques et financiers varient d'une opération à l'autre »¹⁸⁵⁹ ; d'autre part, car « des présupposés sont attachés à chaque mode de gestion qui peuvent être jugés plus ou moins décisifs selon les élus. La régie serait synonyme de qualité de service et de prix attractifs, tandis que l'externalisation serait garante d'un savoir-faire technique et opérationnel »¹⁸⁶⁰.

1244. Cependant, l'externalisation à des personnes privées pose plusieurs interrogations.

1245. Premièrement, celle de ses coûts. En effet, les « coûts de transaction » de cette opération sont importants : ils « englobent en définitive l'ensemble des coûts liés à la mise en place d'une relation contractuelle. Ils comprennent les coûts précédents la conclusion du contrat (recherche du prestataire, négociations etc.) ainsi que les coûts consécutifs à la conclusion du contrat (contrôle du prestataire, indemnisation du cocontractant etc.) »¹⁸⁶¹. Selon Monsieur François Cafarelli, plus le service appartiendra à un domaine techniquement complexe ou économiquement peu concurrentiel, moins la personne publique aura intérêt à externaliser cette mission : « le recours à l'externalisation n'est financièrement intéressant que lorsqu'il s'agit de confier à un tiers des tâches simples »¹⁸⁶².

1246. Deuxièmement, l'externalisation n'est un procédé intéressant, notamment dans le domaine des concessions, qu'à compter du moment où la personne publique s'emploie véritablement à exercer son pouvoir de contrôle et de direction. Cet aspect est, en principe, un des grands avantages de l'externalisation. En effet, pour prendre l'exemple des délégations de service public « la privatisation du régime juridique suscitée par une délégation de service public au profit d'une entreprise privée n'est pourtant pas complète. L'acte de dévolution du service public constitue un acte administratif susceptible d'emporter des conséquences sur le régime juridique applicable à l'exercice de la mission déléguée. La gestion du service public doit toujours obéir à un certain nombre de principes tels que ceux d'égalité, de continuité et de mutabilité. Surtout, la délégation à une entreprise privée de la gestion d'un service public ne coïncide pas avec un transfert de propriété, la collectivité publique délégante exerçant toujours un contrôle et étant toujours capable de modifier à nouveau le mode de gestion dudit service public »¹⁸⁶³. Cependant, la pratique tend à montrer les limites de l'efficacité du pouvoir de

¹⁸⁵⁹ Ph. Yolka, « Sur l'externalisation en matière administrative », JCP A 2012, n° 17, 2130.

¹⁸⁶⁰ J.-C. Videlin, « La remunicipalisation des services publics : apparences ou réalités ? », JCP A 2014, n° 10, p. 2065.

¹⁸⁶¹ F. Cafarelli, « Remunicipalisation et finances », JCP A 2014, n° 10, p. 2069.

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ S. Bernard et S. Brameret, « Privatisation des entreprises publiques », J.-Cl. propr. publ., fasc. 80, Paris, LexisNexis, 2014, n° 2.

direction et de contrôle : ainsi, on constate, d'une part, que certains « grands » opérateurs privés de service sont parfois dans une relation de force vis-à-vis des collectivités territoriales ; d'autre part, que la mise en œuvre des mécanismes de direction et de contrôle est complexe dans la mesure où il est difficile d'avoir une vision claire des coûts, de la pertinence des investissements et de la nécessité de faire évoluer les tarifs.

1247. Troisièmement, les « grands » opérateurs de services sont la plupart du temps constitués en groupe, ce qui n'arrange pas les affaires des juges et autorités de la concurrence. En effet, la situation devient absurde quand après avoir critiqué le cumul des activités des opérateurs publics et le risque de financement croisé, on s'aperçoit que le cumul des activités concurrentielles de ces groupes privés leur permet de consolider des mécanismes de financements croisés entre sociétés « mères » et filiales. Le jeu de la concurrence ne s'en trouve pas forcément gagnant.

1248. La méthode de l'externalisation ne doit être ni idéalisée, ni diabolisée. Elle est un mode de gestion des activités de service économique qui possède de multiples atouts mais aussi des inconvénients. Elle peut être utile pour compenser les besoins en financement et/ou le déficit technique des personnes publiques, elle peut également permettre de compléter leur offre de service – par exemple, il n'est pas rare que les entreprises publiques fassent appel à des prestataires privés pour développer et renforcer l'offre de l'entreprise¹⁸⁶⁴ – enfin, elle joue un rôle indéniable dans l'activité économique de la France.

1249. En réalité, les problèmes concernent moins l'idée même de l'externalisation que le choix et les modalités du recours à cette technique. Ainsi, il est tout à fait regrettable que les personnes publiques n'aient pas à leur disposition d'outils qui leur permettent de choisir, en toute connaissance de cause, le mode de gestion le plus adéquat, notamment pour leurs activités de service public économique¹⁸⁶⁵. En effet, compte tenu du « *développement au sein de l'Union du marché des services d'intérêt économique général, comme l'atteste, par exemple, la forte*

¹⁸⁶⁴ Cf. *L'État actionnaire*, Rapport, Annexe au projet de loi de finance pour 2011, p. 88 et s. : ainsi, par ex., en matière de défense, la DCI (Défense Conseil International) crée en 1972 « est une société de service qui assure des prestations de Conseil et d'assistance dans le domaine de la défense. Son cœur de métier historique consiste à transférer le savoir-faire des armées françaises aux pays amis et alliés, notamment en accompagnement de grands contrats d'exportation d'équipements militaires. DCI a ainsi développé deux domaines d'expertise : la formation d'une part, l'assistance à maîtrise d'ouvrage d'autre part. Pour faire face à l'activité associée aux grands contrats export, un troisième volet est venu renforcer l'offre du groupe, qui met désormais son expérience et ses compétences au profit des forces armées françaises dans le cadre d'externalisations ». D'ailleurs, en 2010, 5% du chiffre d'affaire du groupe est constitué par les externalisations, pour un chiffre d'affaire d'environ 140 millions d'euros (*loc.cit.*).

¹⁸⁶⁵ Cf. *infra* n° 1495.

augmentation du nombre de fournisseurs multinationaux dans un certain nombre de secteurs présentant une importance considérable pour le développement du marché intérieur » cette question devient prioritaire. En outre, les modalités de l'externalisation mériteraient d'être affinées tout en préservant un cadre clair – pour éviter les erreurs que des contrats globaux mal structurés ont fait apparaître –. Pour cela, la redéfinition de la définition du service public est un passage obligé. En effet « le modèle actuel de la France porte particulièrement la marque de deux moments de son histoire : le début du siècle, où se forme la doctrine du service public et où la concession est la forme dominante d'organisation, et la période 1939-1946, où se constituent de grands monopoles publics nationaux »¹⁸⁶⁶. Par exemple, ainsi qu'a pu le noter à juste titre Monsieur Michel Barnier : « en droit français, seuls les services publics peuvent faire l'objet d'une concession de services, ou d'une délégation de service public. Cela veut-il dire pour autant que d'autres services ne peuvent pas faire l'objet de contrats assimilables à la concession ? Est-ce souhaitable ? Ce n'est pas le cas dans d'autres États membres, où la gestion d'autre type de service peut être mise en concession. Nous devons prendre en compte cette situation, en retenant une définition plus large de la concession, qui couvre tous les cas où le risque d'exploitation est dans l'essentiel transféré aux tiers »¹⁸⁶⁷.

§2. LE TRANSFERT AU SECTEUR PRIVÉ DES ENTREPRISES PUBLIQUES

1250. Dans son acception la plus stricte, la notion de privatisation concerne le transfert d'une entreprise du secteur public au secteur privé. Le Conseil d'État définit les entreprises du secteur public comme « les personnes juridiques, ayant un caractère industriel et commercial, dont le capital et/ou le patrimoine est soustrait à l'appropriation privée majoritaire. Pour la haute assemblée, en effet, appartient au secteur public les entreprises dans lesquelles des personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) ou des personnes privées appartenant au secteur public détiennent séparément ou conjointement, la majorité du capital social »¹⁸⁶⁸. C'est pourquoi en vertu de cette définition « la privatisation d'une entreprise publique se définit par sa conséquence : la perte par des actionnaires publics du contrôle qu'ils

¹⁸⁶⁶ R. Denoix de Saint Marc (dir.), *Le service public*, rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 1996, p. 18.

¹⁸⁶⁷ M. Barnier, « Un cadre européen pour les concessions : de nouvelles opportunités pour les collectivités et entreprises en Europe », Débat sur les concessions de service public (<http://www.euractiv.fr>), Paris, 25 septembre 2012.

¹⁸⁶⁸ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Le Lamy Droit public des affaires*, éd. 2014, Paris, Lamy, n° 324. *Adde jur.* citée CE, Ass., 24 novembre 1978, n° 02020, 02150, 02853 et 02882, *Syndicat national du personnel de l'Énergie atomique* : Rec. 465 – CE, Ass., 22 décembre 1982, n° 34252 et 34798, *SFENA* : Rec. 435.

exerçaient jusqu'alors sur elle, le plus souvent directement. Dans la logique du droit des sociétés commerciales, ce contrôle s'exerce en règle générale sur le capital social, le contrôle de la majorité des actions d'une entreprise conférant automatiquement celui de ses organes dirigeants et par conséquent de ses décisions stratégiques ou de gestion. La privatisation se traduit donc par un recul de l'influence de l'État sur le capital d'une entreprise publique, ce recul étant d'autant plus significatif qu'il n'en détient plus la majorité des actions »¹⁸⁶⁹.

1251. On s'intéresse ici plus à l'entité en charge de l'activité de service économique qu'à l'activité de service économique elle-même. En effet, une entreprise publique peut être un établissement public – notamment un établissement public industriel et commercial – ou une société de droit privé à capitaux majoritairement publics en charge d'une ou plusieurs activités économiques – de service public ou de service marchand. L'activité de service économique sera donc conséquemment mais incidemment affectée par la privatisation de l'entreprise publique.

1252. Le mécanisme de transfert au secteur privé des entreprises publiques rêvait une importance grandissante dans un contexte budgétaire contraint et un environnement concurrentiel hostile (A). Toutefois le bilan de ces privatisations est incertain : si la technique est souvent payante à court terme, il n'est pas, à long terme, certain qu'elle soit toujours stratégiquement adaptée (B).

A. Les causes du phénomène

1253. La privatisation *stricto sensu* est un phénomène qui touche d'avantage les entreprises publiques nationales que locales¹⁸⁷⁰ pour la simple raison qu'« *au niveau local [...] il n'est pas permis aux collectivités publiques et à leurs EPCI d'abandonner au secteur privé la majorité des parts qu'elles détiennent dans des sociétés d'économie mixte locales ou dans des sociétés publiques locales* »¹⁸⁷¹.

1254. Sur le principe, le choix de transférer une entreprise publique au secteur privé relève d'une décision politique (dans le cadre juridique imposée par la Constitution et la Loi¹⁸⁷²).

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, n° 57.

¹⁸⁷⁰ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010.756.

¹⁸⁷¹ J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., 2012, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », n° 416. L'adoption récente des sociétés d'économie mixte à opération unique offre désormais une possibilité aux personnes privées de détenir la majorité du capital social, toutefois il ne s'agit pas à proprement parler d'une privatisation dans la mesure où l'influence publique est encore dominante : cf. *infra* n° 1363 et s.

¹⁸⁷² Sur cette question cf. not. la partie consacrée au « régime juridique des privatisation » par J.-Ph. Colson et P. Idoux in *Droit public économique, op.cit.*, n° 457 et s.

D'ailleurs, pour convaincre ou rassurer, les institutions européennes, au premier chef desquelles la Commission européenne, rappelle dès qu'elles le peuvent l'existence du principe de neutralité. À cette seule lecture, les choses sont claires : « *le passage d'une entreprise du secteur public au secteur privé est un choix de politique économique qui, en tant que tel, relève de la compétence exclusive des États membres, découlant du principe de neutralité du traité vis-à-vis du régime de propriété* »¹⁸⁷³.

1255. Mais si le caractère politique de la décision est incontesté et incontestable, l'attitude des institutions européennes est moins neutre qu'il y paraît. En effet, par de multiples détours, elles viennent directement contraindre le statut de droit public et inciter à la privatisation des entreprises publiques. Dès lors, comme ont pu le constater les Professeurs Jean-Philippe Kovar et Gabriel Eckert : « *c'est peu dire que la privatisation des entreprises publiques s'inscrit pleinement dans les objectifs de l'Union européenne. Elle apparaît comme un moyen d'étendre la bonne application des règles de concurrence en évitant que, par le truchement des entreprises qu'ils contrôlent, les pouvoirs publics ne puissent fausser le bon fonctionnement du marché* »¹⁸⁷⁴.

1256. Pour reprendre la formule employée par le Professeur Mickaël Karpenschif, la privatisation des entreprises publiques est une « *pratique encouragée sous surveillance communautaire* »¹⁸⁷⁵. En pratique, l'encouragement est un euphémisme, on pourrait plutôt évoquer la pression et parfois même la contrainte qu'exercent les institutions de l'Union européenne¹⁸⁷⁶. Au support des travaux des Professeurs Jean-Philippe Kovar et Gabriel Eckert¹⁸⁷⁷, voici une liste non exhaustive de ces mécanismes d'incitations.

1257. Premièrement, la Commission européenne n'hésite pas à demander comme contrepartie de la reconnaissance de la licéité d'une aide publique à une entreprise publique la privatisation

¹⁸⁷³ Com. eur., communication n° 97/C 220/06 du 19 juillet 1997 concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires (JO C 220 du 19 juillet 1997, p. 15).

¹⁸⁷⁴ G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 178.

¹⁸⁷⁵ M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RFDA 2002, p. 95.

¹⁸⁷⁶ Sur ce sujet cf. not. A. Abate, « Droit communautaire, privatisation, déréglementation », RMCUE 1994, p. 94 – M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », préc. – G. Souliargas, *L'emprise du droit communautaire sur l'ouverture à la concurrence des entreprises de service public : le cas de l'électricité*, Thèse, Nice, 2004, p. 71 et s. – D. Ritleng, « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif », in *Droit administratif européen* (dir. J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 845 – C. Barthélemy, « Les lois anti-entreprises publiques dans le secteur de l'énergie en Europe », JCP E 2010, n° 41, p. 1889.

¹⁸⁷⁷ G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 183 et s.

de celle-ci. Ainsi, dans sa décision n° 88/454/CEE du 28 mars 1988 la Commission européenne avait pu demander la transformation de la Régie Renault en société pour accepter les aides publiques versées¹⁸⁷⁸. Dans un même ordre d'idée, concernant les aides destinées à participer au sauvetage et à la restructuration d'entreprise l'engagement de l'État à privatiser l'entreprise publique peut fortement favoriser la reconnaissance de la licéité de l'aide¹⁸⁷⁹.

1258. Deuxièmement, l'Union européenne n'hésite pas non plus à demander des réformes structurelles – au nombre desquelles figurent des privatisations d'entreprises publiques – par exemple aux États de la zone euro qui font face à des difficultés de remboursement de leur dette souveraine¹⁸⁸⁰.

1259. Troisièmement, la structure et le fonctionnement même de certains marchés invitent à la privatisation d'anciennes entreprises publiques. C'est par exemple le cas du secteur de l'énergie. L'interdiction faite aux anciens opérateurs historiques de conserver une structure intégrée où elle cumulait les fonctions de distribution, de transport et de production, et la dissociation corrélative des activités concurrentielles et des activités de service public – et notamment de l'activité de gestion du réseau – incite l'État à modifier la forme juridique de l'entreprise publique. C'est également le cas dans le domaine du transport aérien où les entreprises publiques sont aujourd'hui particulièrement fragiles¹⁸⁸¹. C'est la raison pour laquelle, afin de combler les besoins de financement urgent et mettre en œuvre des politiques d'alliances internationales nécessaire pour affronter la concurrence mondiale, la privatisation est un levier souvent employé¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁸ Com. eur., déc. n° 88/454/CEE du 28 mars 1988, (JO L. 220 du 11 août 1988, p. 30).

¹⁸⁷⁹ Cf. not. Com eur., déc. n° 98/212/CE du 16 avril 1998 concernant les aides accordées par l'Italie à Enirisorse SpA (JO L 80 du 18 mars 1998) – Com. eur., déc. n° 98/204/CE du 30 juillet 1997 portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe GAN (JO L 78 du 16 mars 1998, p. 1).

¹⁸⁸⁰ Il en va ainsi par exemple de la Grèce : cf. les conclusions des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro réunis à Bruxelles du 11 mars 2011 qui demandent à l'État grec « *de poursuivre rigoureusement les réformes structurelles, d'intensifier le renforcement des capacités nécessaires à leur mise en œuvre et de mener à bien entièrement et rapidement le programme de privatisations et de valorisation du patrimoine foncier de 50 milliards d'euros qu'elle a annoncé* » (<http://www.diplomatie.gouv.fr>).

¹⁸⁸¹ Les auteurs du Lamy Droit public des affaires évoquent ainsi quatre séries de raisons qui fragilisent les entreprises publiques du secteur aérien : Le premier grand cycle de retrait d'appareil ; les difficultés dans des périodes de croissance soutenue à dégager des taux de marge importants ; la guerre des tarifs dans un environnement de plus en plus concurrentiel ; la dette à long terme des entreprises publiques (L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires, op.cit.*, 2014 n° 65).

¹⁸⁸² L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires, op. cit.*, n° 66 : la privatisation « *apparaît comme le moyen pour les compagnies qui souhaitent nouer des alliances au-delà des frontières, de consolider leurs relations de coopération. Est-ce un hasard si Air France en Europe de l'Est, Swissair ou ANA, en Europe occidentale, Iberia en Amérique Latine, ont mis en œuvre, au cours des dernières années, à la faveur d'opérations de privatisation, une stratégie internationale d'envergure ?* ».

1260. Quatrièmement, la contestation de la garantie illimitée dont bénéficient les établissements publics industriels et commerciaux de l'État est bel et bien une (re)mise en cause du statut même de l'intervention concurrentielle des personnes publiques.

1261. Cinquièmement, l'application du critère de l'« investisseur privé en économie de marché » aux interventions capitalistiques de l'État montre bien, si ce n'est la défiance du moins le contrôle très poussé des institutions européennes à l'endroit de l'intervention économique de l'État sur le marché¹⁸⁸³.

1262. Enfin, sixièmement, l'ardente contestation de la « *mythologie* »¹⁸⁸⁴ selon laquelle le service public serait nécessairement mieux rendu par le secteur public a rassemblé un large pan de la doctrine universitaire juridique et économique : « *pour l'économiste, cette dimension n'entraîne pas pour autant que ces services doivent être forcément produits par l'administration ou un entreprise publique. Il admet même depuis un fameux article de Ronald Coase sur l'économie des phares et balises [...], que l'initiative privée puisse les fournir* »¹⁸⁸⁵.

B. Les résultats du phénomène

1263. Si depuis une vingtaine d'année le phénomène de transfert au secteur privé des entreprises publiques a atteint une ampleur remarquable (1) son opportunité est plus discutable (2).

1. Analyse quantitative

1264. La plupart du temps, le processus qui conduit au transfert au secteur privé d'une entreprise publique est progressif. Ainsi, la majorité des grands établissements publics industriels et commerciaux de l'État a d'abord été transformée statutairement en sociétés de droit privé. Ce fut par exemple le cas de Télévision de France, d'EDF-GDF, de l'ERAP, de la Caisse nationale des marchés de l'État, de Caisse d'aide à l'équipement, de l'Imprimerie nationale. La seconde étape fut la privatisation du capital de ces entreprises publiques qui induisait la perte de contrôle des actionnaires publics. Ce fut par exemple le cas de GDF Suez, de France Télécom, d'Air-France KLM, de La Poste, de la SNCM.

¹⁸⁸³ Cf. *infra* n° 1476 et s.

¹⁸⁸⁴ J. Chevalier, « Le service public : regard sur une évolution », AJDA 1997, p. 8.

¹⁸⁸⁵ Th. Fossier, F. Lévêque, « Le bien et le mal en droit économique », RLC 2011, p. 27.

1265. Mais le phénomène de transfert au secteur privé des entreprises publiques ne s'arrête pas à ces noms prestigieux. Il a une ampleur beaucoup plus importante. Ainsi, en vingt ans, le nombre d'entreprises contrôlées majoritairement par l'État (sachant que l'Insee ne distingue pas selon le statut de droit public ou de droit privé des entreprises publiques) est passé d'environ 2600 à un peu moins de 1000¹⁸⁸⁶. Depuis 2009, on constate toutefois un nouveau gonflement du secteur public. Fin 2013 l'État contrôle majoritairement, directement ou indirectement, 1444 entreprises. Parmi celles-ci, 88 sont contrôlées directement par l'État (ce chiffre n'a pas beaucoup varié depuis 2009, date à laquelle l'État contrôlait directement 90 sociétés publiques). Au total les entreprises du secteur public emploient plus de 800 000 salariés (soit environ 3,35% de l'emploi salarié total en France en 2013¹⁸⁸⁷).

1266. Les entreprises publiques appartiennent très majoritairement au secteur tertiaire (74, 2 % – « *le secteur tertiaire emploie huit salariés des sociétés publiques sur dix* »¹⁸⁸⁸), viennent ensuite l'industrie (22,6 %), la construction (2,8 %) et l'agriculture (n.s.). Dans le secteur public tertiaire, les principales activités représentées sont (par ordre décroissant) : les activités de transports et d'entreposage (38,4 %) ; les activités scientifiques et techniques, les services administratifs et de soutien (22,3 %) ; les activités financières et d'assurances (14,2 %) ; les activités immobilières (12,5 %) ; les activités de l'information et de la communication (7,6 %) etc.

2. Analyse qualitative

1267. Le bilan des privatisations *stricto sensu* est mitigé, en effet, s'il est indéniable que l'État a pu assurer de bonnes opérations financières à court terme en cédant la majorité du capital des entreprises publiques, toutefois, à long terme, la stratégie n'est pas toujours des plus heureuses.

¹⁸⁸⁶ Selon les chiffres de l'Insee, fin 2009, le nombre d'entreprises publiques était de 938 soit environ pour un effectif de 788 000 salariés (<http://www.insee.fr>). Parmi celles-ci le précieux recensement – non exhaustif – opéré dans le fascicule 158-20 du JurisClasseur administratif (Paris, LexisNexis, 2013) permet de relever quelques-unes des entreprises publiques nationales à statut de droit public parmi lesquelles Aéroport de Bâle-Mulhouse (Établissement public franco-suisse) – Bureau de recherches géologiques et minières, BRGM (EPIC) – Centre national d'études spatiales, CNES (EPIC) – Commissariat à l'énergie atomique, CEA (Établissement de recherche à caractère scientifique, technique et industriel) – Établissement public de financement et de restructuration, EPFR (EPA) – Établissement public de réalisation et de défaisance, EPRD (EPA) – Grands ports maritimes de Marseille, Bordeaux, Nantes-Saint-Nazaire, La Rochelle, Le Havre, Dunkerque et Rouen (EPIC) – La Monnaie de Paris (EPIC) – Ports autonomes de Paris et de Strasbourg (EPIC) – Régie autonome des transports parisiens, RATP (EPIC) – SNCF, SNCF réseau et SNCF mobilités (EPIC) – Voies navigables de France (EPIC).

¹⁸⁸⁷ Qui s'élève au 31 décembre 2013, selon les chiffres de l'Insee, à environ 23 821 100 emplois salariés (<http://www.insee.fr>).

¹⁸⁸⁸ Insee, *Tableau de l'économie française pour 2015*, Coll. « Insee références », éd. 2015, p. 152 (<http://www.insee.fr>).

1268. Tout d'abord, car l'État a parfois eu la tendance fâcheuse de privatiser des entreprises publiques alors que celles-ci étaient rentables, soit pour satisfaire à court terme des besoins financiers – ou pire, utiliser le produit de la cession pour renflouer sa dette – ce qui, en terme de gestion des finances publiques est assez regrettable, soit pour se soustraire aux inévitables restructurations qu'imposait la congestion du secteur public (après les vagues successives de nationalisations) et qu'a accentué la crise économique et financière ces dernières années.

1269. Ensuite, l'expérience prouve que les grandes entreprises publiques privatisées ne sont pas forcément mieux gérées que les entreprises publiques. Ainsi le chiffre d'affaire cumulé en 2009 des vingt plus grosses entreprises publiques avoisinait les 386 186 millions d'euros, pour un résultat net cumulé de 9165 millions d'euros¹⁸⁸⁹. En 2013, le chiffre d'affaire cumulée des vingt entreprises les plus importantes approche les 447 306 millions d'euros pour un résultat net cumulé de 217 millions d'euros¹⁸⁹⁰ – sachant que les résultats nets de GDF Suez, d'Air-France ou d'Areva pour l'année 2013 étaient très nettement négatifs pour de multiples raisons, certaines conjoncturelles (persistance des effets de la crise économique et financière et environnement concurrentiel « agressif ») d'autres plus exceptionnelles (notamment, en l'espèce, des coûts de restructuration et des dépréciations d'actifs importants), ce qui a incité d'ailleurs certaines entreprises publiques à préférer la mise en valeur comptable du résultat net récurrent¹⁸⁹¹ –. Quoi qu'il en soit ces chiffres prouvent la résilience (et peut être même la meilleure résilience) des entreprises publiques dans un environnement économique, financier et concurrentiel difficile.

1270. En outre, les entreprises publiques privatisées ne favorisent pas forcément une meilleure concurrence, en effet elles assurent toujours des missions de services publics fixées par l'État dont certaines en monopole, dès lors les risques de distorsions concurrentielles ne sont pas très différents de ceux des sociétés publiques (nous insistons sur le terme de « société » publique, car l'entreprise publique sous statut de droit public crée, elle, un risque supérieur de distorsion concurrentielle). Ainsi en matière de transport aérien, malgré l'effort intense de libéralisation du marché et de privatisation des entreprises publiques : « *il n'en demeure pas moins que la*

¹⁸⁸⁹ Ce calcul est effectué à partir des chiffres fournis par l'Agence des participations de l'État, accessibles sur le site de l'Insee, à la rubrique « entreprises publiques » (<http://www.insee.fr>).

¹⁸⁹⁰ Ce calcul est effectué à partir des chiffres fournis par l'Agence des participations de l'État, accessibles dans le document de l'Insee *Tableau de l'économie française pour 2015*, Coll. « Insee références », éd. 2015, p. 153 (<http://www.insee.fr>).

¹⁸⁹¹ C'est-à-dire, le résultat net auquel on soustrait les événements exceptionnels (qui n'ont pas vocation à être inscrits comptablement chaque année) tels que les coûts de restructuration ou les dépréciations d'actifs par exemple.

situation financière des entreprises publiques incite inévitablement aux concentrations. Toutes les sources confirment que le marché international pourrait à terme se partager entre moins de dix compagnies mondiales »¹⁸⁹². Ce dernier cas est d'autant plus remarquable que la Commission, qui avait pourtant été le « chantre » de la dénonciation des aides d'État illégales aux opérateurs publics vient récemment, pour faire face aux effets de la crise économique et financière et dans la volonté de favoriser la relance de la croissance, d'assouplir l'application des règles en matière d'aides d'État au domaine aérien dans ses lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes¹⁸⁹³.

1271. Enfin, la présence d'une entreprise publique sur le marché permet de compenser les imperfections et excès de celui-ci. Ainsi « *la présence de l'État, son influence sur certains secteurs d'industrie, peut être un facteur de modération des excès auxquels pourrait conduire une politique européenne de trop grande libéralisation. Son recul peut produire une situation "à l'américaine", les initiateurs des mesures de privatisation en Europe sont du reste pleinement conscients de cet élément* »¹⁸⁹⁴. En cela, le déclin des entreprises publiques est synonyme d'appauvrissement qualitatif du marché.

1272. Pour conclure, nous avons soulevé au commencement de ce chapitre la question suivante : le statut de droit public est-il condamné ? Nous sommes désormais plus armés pour pouvoir répondre à cette question : il nous semble que oui.

1273. Bien évidemment il n'est pas (et ne sera pas) interdit que les activités publiques de service marchand (et par ricochet, les activités de service public économique) soient rendues selon ce mode de gestion. Toutefois, il nous semble que l'action concurrentielle des personnes publiques doit être repensée, renouvelée si elle veut être viable.

1274. Car l'étau continuera de se resserrer : au-delà de la pression du droit du marché intérieur, les contraintes budgétaires et financières, l'âpreté de la concurrence, la sophistication des techniques et des savoir-faire imposent cette réflexion. La conservation du statut public est possible mais ne nous semble pas tenable. L'inadaptation est trop grande. L'effort d'adaptation est trop exigeant. Les conséquences sont trop contreproductives : les nombreux avantages de la

¹⁸⁹² L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 65.

¹⁸⁹³ Com. eur., communication n° 2014/C 99/03, « Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes », (JO C 99, 4 avril 2014, p. 3). *Adde* D. Vougioukas, « Les nouvelles lignes directrices de la Commission concernant les aides d'État au secteur de l'aviation », RLDA 2014, p. 93.

¹⁸⁹⁴ L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 62.

gestion publique – compenser les excès, combler les manques du marché etc. – sont occultés par l’inadaptation du statut de droit public.

1275. Il nous semble toutefois qu’il ne faut pas opposer les auteurs qui défendent avec raison les avantages de la gestion publique à ceux qui en appellent à l’extension du domaine de la concurrence. Voilà bientôt cinquante ans que les rapports sur ce sujet se multiplient¹⁸⁹⁵ : le Rapport Nora de 1967¹⁸⁹⁶ ; le Rapport Denoix de St Marc de 1996 qui appelait à dépasser la conception traditionnelle d’une notion de service public considéré comme « *datée* »¹⁸⁹⁷ ; le Rapport Dieffenbacher de 2003 qui appelait à « *généraliser le statut de société anonyme pour toutes les entreprises opérant dans le champ concurrentiel* »¹⁸⁹⁸ ; ou encore les Lignes directrices de l’OCDE de 2005 qui, plus diplomatiquement, appelaient à la « *rationalisation des formes juridiques* » des opérateurs publics¹⁸⁹⁹.

1276. Il est peut-être temps d’agir. Et pour bien entamer les propositions qui vont suivre, nous tenons à préciser préalablement deux points essentiels.

1277. Dans un premier temps, cette question a des incidences importantes qu’il est inévitable de relever et qui imposent qu’elles ne soient pas traitées avec légèreté ou dogmatisme. On peut ainsi soulever l’impact qu’ont chacune des réformes, chacune des privatisations, chacune des externalisations sur le statut du personnel et donc leurs conditions de travail, sur la propriété de l’État et des collectivités territoriales, sur la conception même du service public. Cette question touche des secteurs capitaux pour la vie quotidienne des agents et des usagers des services publics de l’école, de la santé, de l’emploi etc.

1278. Dans un deuxième temps, il nous semble qu’il est important sur cette question de privilégier le visible simple, quitte à le satisfaire par de l’invisible compliqué. Il n’y a pas et il n’y aura jamais un mode de gestion plus efficace que les autres. On ne peut d’ailleurs que regretter la césure aussi tranchée entre la gestion directe et la gestion déléguée et que le choix de l’une ou l’autre soit souvent vécu comme une rupture avec le modèle antérieur. En réalité,

¹⁸⁹⁵ Cf. not. J.-Y. Chérot, « L’avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes des gouvernements d’entreprise », DA avril 2006, p. 5.

¹⁸⁹⁶ S. Nora (mission présidée par), *Les entreprises publiques*, Rapport au Premier ministre, avril 1967.

¹⁸⁹⁷ R. Denoix de Saint Marc (mission présidée par), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 1996, p. 17 et s.

¹⁸⁹⁸ M. Dieffenbacher (rapporteur), *La gestion des entreprises publiques afin d’améliorer le système de prise de décision*, Rapport de la commission d’enquête sur la gestion des entreprises publiques, Paris, Assemblée nationale, XII^{ème} législature, n° 1004, 2003.

¹⁸⁹⁹ OCDE, *Lignes directrices sur le gouvernement d’entreprise des entreprises publiques*, 2005 (<http://www.oecd.org>).

c'est l'association des forces et la compensation des faiblesses des divers modes de gestion à laquelle il faut tendre. Cette réflexion doit être continûment remise en question. Pour cela, il est nécessaire de se départir de la posture, des jugements hâtifs pour faire de véritables choix. En cela le juriste peut contribuer à l'effort.

1279. L'objet des développements qui vont suivre sera de montrer qu'il existe une voie entre la privatisation et la gestion directe qui doit être mise en valeur et sécurisée. Il s'agit de la gestion des activités de prestations de services par la personne publique sous un statut de droit privé.

Chapitre 2 La consolidation indispensable des sociétés publiques

1280. Si le statut de droit public, en milieu concurrentiel, semble bel et bien condamné, il ne faut pas pour autant conclure que toute gestion publique des activités de service marchand soit impossible. Certes les contraintes – juridiques, économiques et financières, concurrentielles – sont nombreuses et incitent l'État à en confier la charge au secteur privé. Cependant, la personne publique n'est ni condamnée à la privatisation *lato sensu* – c'est-à-dire au processus d'externalisation ou de transfert au secteur privé – ni à la suppression des activités économiques – c'est-à-dire les activités de service public économique et les activités de service marchand – car la présence de l'État s'avère toujours souhaitée et souhaitable comme le prouve la persistance du modèle des sociétés publiques. Il existe ainsi une voie intermédiaire entre la gestion directe et la privatisation des activités économiques qui, si elle n'est pas inconnue du droit européen et du droit interne et est même visiblement éprouvée par la pratique, mériterait d'être consolidée : il s'agit de la gestion des activités économiques exercée par les personnes publiques sous un statut de droit privé, autrement dit par le truchement ce que nous nommerons les « sociétés publiques ».

1281. Évidemment le modèle des sociétés publiques ne représente qu'un levier parmi d'autres que peut actionner l'État pour intervenir plus ou moins directement dans l'économie de marché, principalement dans l'optique de régulation du marché¹⁹⁰⁰ ; levier auquel s'ajoutent notamment

¹⁹⁰⁰ Sur la notion de régulation du marché – et la diversité des acceptions doctrinales –, cf. not. Sur ce sujet, cf. not. R. Rambaud, *L'institution juridique de la régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse, Paris I, 2011 – L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009 – A. Delion, « Notion de régulation et droit de l'économie », *Annales de la régulation de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, n° 1, LGDJ, 2006 – G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005 – M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126 – B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Science Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2004, p. 483 et s – L. Boy, « Réflexion sur le droit de la régulation », D. 2001, p. 3031 – S. Braconnier, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 43 – M.-A. Frison-Roche, « La victoire du citoyen-client », *Sociétal*, 2000, n° 30, p. 49 – J.-L. Silicani, « Demain l'État régulateur », *Les Échos*, 16 février 2000 – « La régulation : monisme ou pluralisme ? », LPA 10 juillet 1998, NS, p. 5 et s. – G. Timsit, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », RFDA 1996, p. 375.

¹⁹⁰⁰ M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », préc.

la création d'institutions économiques, le processus d'externalisation, le recours aux partenariats public-privé, l'édiction de mesures d'incitations ou l'attribution d'aides d'État¹⁹⁰¹.

1282. On pourrait donc reprocher à notre étude son approche trop partielle de l'intérêt des sociétés publiques comparé à d'autres modes de régulation. C'est d'ailleurs pour éviter tout reproche en partialité que nous allons dans les considérants qui vont suivre nous attacher à une appréciation critique de ce mode de gestion afin d'en dévoiler les principaux avantages mais aussi les principales limites.

1283. Mais d'abord, il convient de délimiter les contours de la notion de « société publique », cette tâche étant d'autant plus difficile que le paysage institutionnel actuel de l'action publique est particulièrement confus¹⁹⁰². En premier lieu, la « société publique » est une société au sens du droit des sociétés¹⁹⁰³, dans laquelle la personne publique est associée et souvent actionnaire¹⁹⁰⁴. La personne publique, comme tout associé, se voit attribuer des parts ou des actions en contrepartie de son apport¹⁹⁰⁵. C'est pourquoi il convient tout d'abord de ne pas

¹⁹⁰¹ Sur les divers modes de régulation, cf. not. S. Nicinski, « Le mode de régulation », RFDA 2010.735.

¹⁹⁰² Sur cette question, cf. not. X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum et O. Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public », AJDA 2010. 1238 – F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », AJDA 2003, p. 711.

¹⁹⁰³ Sur le contrat de société, cf. not. R. Libchaber, « La société contrat spécial », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec Michel Jeantin, Paris, Dalloz, 1999, p. 281. Sur la personnalité morale des sociétés, cf. not. J. Pellerin, « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé », RTD com. 1981, p. 471 – N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, t. 410, 2004.

¹⁹⁰⁴ Sur la distinction entre les « personnes publiques actionnaires » et l'« actionnariat public » (« qui peut englober des personnes morales de droit privé sous contrôle public »), cf. A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, J.C. Adm., fasc. 161, Paris, LexisNexis, 2010, n° 45 et s.

¹⁹⁰⁵ Nous n'aborderons pas dans le cadre des développements qui vont suivre le cas des sociétés constituées sans capital social (à l'instar de certaines sociétés civiles). En effet, nous n'avons pas rencontré, au cours de nos recherches, d'exemples de personnes publiques « associées » de telles sociétés. Dans un autre ordre d'idées, nous avons initialement intégré à cette étude le cas des sociétés coopératives d'intérêt collectif mises en place par la L. n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel. Il s'agit de sociétés, prenant la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, à capitaux publics et privés et à but non lucratif. Toutefois leurs spécificités nous ont finalement conduit à les soustraire des développements qui vont suivre dans la mesure où la philosophie, le régime juridique, et le contrôle restreint de la puissance publique de ces sociétés commandent une analyse particulière (sur laquelle nous reviendrons probablement dans de futurs travaux). Toutefois, pour une première approche cf. B. Roman-Séquense, « Mise en concurrence des sociétés coopératives d'intérêt collectif », CMP 2013 n° 3, comm. 94 – S. Grandvilllemin, « La société coopérative d'intérêt collectif. – Un statut inutile ? », JCP E, n° 51, 20 décembre 2012, 1175 – R. Poésy, « De l'utilité pour les collectivités territoriales de recourir à la société coopérative d'intérêt collectif », AJCT 2011.282. Enfin, il convient de ne pas opérer de confusion entre les « sociétés publiques » et les « agences de l'État » qui se sont fortement développées ces dernières années. En effet, selon la définition retenue dans le Rapport *L'État et ses agences* sont présumés appartenir au périmètre des agences de l'État les entités qui exercent des missions de service public (c'est-à-dire des activités de service non marchand) et dont un faisceau d'indices indique qu'elles sont contrôlées par l'État. Pour de plus amples précisions, cf. T. Wahl (sous la supervision de), *L'État et ses agences*, Rapport n° 2011-M-044-01, Paris, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, mars 2012.

opérer de confusion entre l'apport en société, le prêt et l'association¹⁹⁰⁶. En second lieu, la notion de « société publique » recoupe souvent celle de « entreprise publique ». En effet, au sens du droit européen, elle peut être une « entreprise » – c'est-à-dire une « *entité exerçant une activité économique* »¹⁹⁰⁷ – et, en particulier, une « entreprise publique », c'est-à-dire celle « *sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »¹⁹⁰⁸.

1284. Si nous approfondirons largement la définition des sociétés publiques dans le cadre des développements qui vont suivre, il convient dès maintenant de contester l'assimilation opérée entre « société publique » et « entreprise publique ». En effet, « *la catégorie des entreprises publiques recouvre aussi bien de grandes entreprises, intervenant sur des marchés mondialisés et agissant comme un opérateur économique ordinaire, que de petites entités locales chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général* »¹⁹⁰⁹. Mieux encore, qu'importe que le statut soit de droit public ou de droit privé, la qualification trouve à s'appliquer. Ainsi « *une entreprise [...] en sa qualité d'organisme public économique ou ultérieurement, de sociétés par actions dont l'État est l'unique actionnaire, est une entreprise publique* »¹⁹¹⁰. Est donc qualifié d'entreprise publique « *tout établissement public institué par la loi d'un État membre, en tant qu'établissement spécial placé sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative dont les missions sont réglées par des dispositions légales et réglementaires et dont le directeur général et les autres dirigeants sont nommés respectivement par le chef d'État et par le gouvernement de cet État membre sans que le caractère public puisse être remis en cause par des éléments de l'organisation interne au secteur public, tels que l'existence de règles assurant l'indépendance de cet établissement par rapport à d'autres instances publiques* »¹⁹¹¹. De la sorte, la jurisprudence et la doctrine ont intégré la catégorie des établissements publics industriels et commerciaux à celle des entreprises publiques et, en conséquence, ont développé

¹⁹⁰⁶ Cf. A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, préc., n° 12 et s.

¹⁹⁰⁷ Cf. not. CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* – CJCE, 17 février 1993, aff. C-159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre* – CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* – CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Job Centre* – CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*.

¹⁹⁰⁸ Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 (JO L 318 du 17 novembre 2006). Cette directive remplace la Dir. 2000/52/CE du 26 juillet 2000 (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75) qui remplaçait la Dir. 80/723/CEE du 25 juin 1980 (JO L 195 du 29 juillet 1980, p. 35). *Adde* CJCE, 6 juillet 1982, aff. jointes 188 à 190/80, *France, Italie et Royaume-Uni c. Commission* : RTD eur. 1983.638, note Bazex.

¹⁹⁰⁹ G. Eckert, J.-Ph. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 30

¹⁹¹⁰ CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco SpA c. Poste Italiane SpA et autres*, pt 39.

¹⁹¹¹ TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-358/94, *Air France c. Commission*, pt 56.

la même suspicion à l'égard du comportement concurrentiel des établissements publics industriels et commerciaux que des autres entreprises publiques sous statut de droit public¹⁹¹².

1285. Cette assimilation, qui s'explique principalement par l'application du principe de neutralité du droit européen à l'égard de la forme juridique de l'entreprise, pose toutefois un problème fondamental dans la mesure où elle conduit à opérer une confusion entre l'incontestable exorbitance de l'action concurrentielle des établissements publics industriels et commerciaux (dont nous avons déjà largement discuté) et l'action concurrentielle ordinaire des sociétés publiques (que nous allons aborder) et, par conséquent, à jeter l'opprobre sur l'ensemble des entreprises publiques, soupçonnées de tous les maux anticoncurrentiels.

1286. En réalité, nous démontrerons qu'il existe des différences structurelles entre les modes de gestion sous statut de droit public et sous statut de droit privé. C'est pourquoi il nous semble que la qualification même d'entreprise publique devrait soit être revisitée pour marquer une distinction claire entre entreprise publique sous statut de droit public et entreprise publique sous statut de droit privé, soit être abandonnée.

1287. En effet, cette assimilation n'est pas qu'un obstacle sémantique sur le chemin des sociétés publiques. Elle entraîne des conséquences juridiques réellement handicapantes à leur bon développement. Or, s'il est incontestable qu'il existe un particularisme des associés publics et des sociétés publiques qui nécessite un encadrement particulier, pour autant, l'action concurrentielle des personnes publiques sous statut de droit privé peut être assimilée à celle d'un concurrent ordinaire car elle ne porte pas, contrairement aux modes de gestion sous statut de droit public, en elle-même, les germes d'inévitable atteintes anticoncurrentielles. Affirmer le contraire, c'est condamner *per se*, et sans fondement, les sociétés publiques.

1288. C'est pourquoi nous sommes en désaccord avec l'affirmation selon laquelle « *nul ne songe à remettre en cause l'entreprise publique* »¹⁹¹³ car, au contraire, la gestion publique, dans son ensemble, est menacée. Or, si cette menace est compréhensible pour la gestion publique sous statut de droit public dans la mesure où elle n'est ni adaptée, ni adaptable à la prise en charge des activités publiques de service marchand, la gestion sous statut de droit privé doit en

¹⁹¹² Cf. par ex., L. Rapp, P. Terneyre et N. Sychowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 1388 : sous le titre « *changement de forme d'entreprises à l'intérieur du secteur public* », les auteurs entretiennent cette confusion en expliquant que « *l'entreprise est exploitée en régie et devient un établissement public ou une société commerciale. Il s'agit ici d'une modalité qui a pour conséquence de mettre en conformité la nature industrielle ou commerciale d'une activité (entreprise au sens fonctionnel) avec sa forme juridique (entreprise au sens organique)* ».

¹⁹¹³ J. Fournier, « Les entreprises dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP/CJEG* 2005, p. 135.

revanche être consolidée. Cette consolidation serait opportune en raison du potentiel important offert par les sociétés publiques (Section 1) et se concrétiserait par la suppression ou, à tout le moins, par la réduction de leurs limites persistantes (Section 2).

Section 1 **LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES, UN MODE DE GESTION AU POTENTIEL IMPORTANT**

1289. L'entrepreneuriat public a évolué au fil du temps, le plus ou moins grand interventionnisme de l'État dans la sphère marchande s'expliquant par de multiples facteurs – idéologiques, économiques et juridiques notamment –.

1290. Il est cependant d'apparition tardive et « *n'est apparu en France qu'au lendemain de la première guerre mondiale* »¹⁹¹⁴. Pour résumer brièvement, cette évolution, on peut recenser cinq phases. Jusqu'en 1930, les interventions capitalistiques de l'État se faisaient principalement par la prise de participation minoritaire. Puis vint le temps des « vagues » de nationalisation. Une première vague fut inaugurée sous le Front populaire. S'ensuivit une deuxième vague de nationalisation, après la seconde guerre mondiale, durant la période de reconstruction. L'accession de la gauche socialiste en 1981 aboutit à une troisième vague. À ces périodes durant lesquelles le secteur public atteignit une dimension remarquable, succédèrent des années de privatisation des principales entreprises publiques nationales¹⁹¹⁵. La cinquième et dernière phase est celle que nous connaissons aujourd'hui et sur laquelle nous allons porter notre attention. Elle succède à la crise économique financière de 2008.

1291. Il convient d'ores et déjà de souligner que la crise n'a pas entraîné d'élargissement significatif du secteur public. Au contraire, le nombre d'entreprises directement contrôlées par l'État (entreprises de premier rang) est stable. Toutefois, deux phénomènes doivent retenir notre attention.

1292. En premier lieu, l'État continue d'intervenir directement dans le marché par le biais de prises de participation minoritaires ou par la filialisation de ses entreprises publiques (ainsi le

¹⁹¹⁴ A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, J.-Cl. adm., fasc. 161, LexisNexis, 2010, n° 46.

¹⁹¹⁵ « *Au départ, l'actionnariat a plutôt été utilisé par l'État pour subventionner des entreprises privées d'intérêt général peu rentables ou en difficulté. Les besoins se sont inversés lorsque l'État actionnaire est devenu, dans les années soixante-dix, incapable de faire face aux besoins de financement d'un secteur public tentaculaire* » : A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, préc., n° 34.

nombre de sous-filiales – entreprises de rang supérieur ou égal à deux – est en progression¹⁹¹⁶). En réalité, c'est donc le paradigme même de l'intervention de l'État qui a été modifié : l'actionnariat public joue aujourd'hui un rôle de régulation de l'économie de marché et, en ce sens, l'intervention de l'État actionnaire a pu être utile pour endiguer les effets récessifs de la crise économique financière.

1293. En second lieu, les collectivités territoriales connaissent, de leur côté, un accroissement de leurs interventions au support de sociétés de droit privé. La création d'outils taillés « sur mesure » – sociétés publiques locales, sociétés d'économie mixte à opérations particulières par exemple – a notamment permis la prise en charge d'activités de service public économique et d'activités de service marchand sous un statut social.

1294. Pourtant, qu'elles soient de dimension nationale ou locale, les sociétés publiques ne sont pas parées de toutes les vertus et subissent deux principales critiques : d'un côté, on conteste à la personne publique la légitimité d'investir le champ concurrentiel auquel elle ne serait pas « naturellement » dédiée ; de l'autre, on lui reproche l'emploi de techniques issues du droit privé pour satisfaire des services d'intérêt économique général en contradiction avec le modèle « classique » du service public.

1295. Bien loin de ces « rengaines », nous souhaitons mettre en avant le potentiel important que revêt le modèle des sociétés publiques en économie de marché : d'une part, car c'est un mode de gestion qui peut revêtir de multiples formes et permet donc à la personne publique d'adapter son intervention à la mesure de l'implication et du degré de contrôle qu'elle souhaite exercer (§1); d'autre part, car, sans être tout à fait novateur¹⁹¹⁷, il offre des perspectives d'interventions marchandes adaptées aux personnes publiques, dans les limites, bien évidemment, de leurs contraintes budgétaires (§2).

¹⁹¹⁶ Ainsi, selon l'Insee, le nombre d'entreprises contrôlées majoritairement par l'État (sachant que l'Insee ne distingue pas selon le statut de droit public ou de droit privé des entreprises publiques) est passé d'environ 2600 à un peu moins de 1000. Depuis 2009, on constate toutefois un nouveau gonflement du secteur public. Fin 2013 l'État contrôle majoritairement, directement ou indirectement, 1444 entreprises. Parmi celles-ci, 88 sont contrôlées directement par l'État (ce chiffre n'a pas beaucoup varié depuis 2009, date à laquelle l'État contrôlait directement 90 sociétés publiques). Au total les entreprises du secteur public emploient plus de 800 000 salariés (soit environ 3,35% de l'emploi salarié total en France en 2013) (<http://www.insee.fr>).

¹⁹¹⁷ Cf. not., M. Bazex, « Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ? », AJDA 1990, p. 662.

**§1. UN MODE DE GESTION PERMETTANT DE MULTIPLES COMBINAISONS POUR LA
PRISE EN CHARGE DES ACTIVITÉS PUBLIQUES DE SERVICE ÉCONOMIQUE EN
MILIEU CONCURRENTIEL**

1296. Les personnes publiques, nationales ou locales, disposent d'une palette d'outils leur permettant de bâtir « sur mesure » une société publique à même de prendre en charge une ou plusieurs activités de service économique. Cette variété de combinaisons est intéressante dans la mesure où elle n'enferme pas l'action publique dans un cadre institutionnel trop rigide ; cependant, et sans que cela soit contradictoire, elle peut aussi révéler la « *complexification du paysage institutionnel de l'action publique locale* »¹⁹¹⁸.

1297. Nous envisagerons successivement la diversité des modes de contrôle des sociétés par les personnes publiques (A), ainsi que les diverses méthodes de création (B) et de types (C) de sociétés publiques.

**A. La diversité des modes de contrôle des sociétés par les personnes
publiques**

1298. En principe, une société dans laquelle une ou plusieurs personnes publiques sont associées, est considérée comme une « entreprise publique » (et relève donc du secteur public) quand « *les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »¹⁹¹⁹.

1299. L'influence sera présumée dominante au sens de la directive n° 2006/111/CE « *lorsque, directement ou indirectement, ceux-ci : i) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou ii) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou iii) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* »¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁸ G. Clamour, « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », CMP 2014, n° 8-9, comm. 124.

¹⁹¹⁹ Dir. 2006/111/CE du 16 novembre 2006 (JO L 318 du 17 novembre 2006). Cette directive remplace la Dir. 2000/52/CE du 26 juillet 2000 (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75) qui remplaçait la Dir. 80/723/CEE du 25 juin 1980 (JO L 195 du 29 juillet 1980, p. 35).

¹⁹²⁰ *Ibid.*

1300. Au-delà de ces hypothèses, l'influence dominante dépendra avant tout des droits qui sont attachés à la détention du capital et qui varient d'une forme de société à l'autre. Par exemple, on sait qu'un actionnaire minoritaire – de droit public ou de droit privé – peut exercer « une influence non négligeable sur le gouvernement d'une société s'il détient une fraction significative de son capital »¹⁹²¹. Ainsi, une ou plusieurs personnes publiques associées pourront, sans être majoritairement présentes au capital, bénéficier de privilèges qui leur permettent d'exercer une influence dominante sur l'entreprise¹⁹²². Ces privilèges ne sont pas tous exorbitants du droit commun : le droit des sociétés connaît notamment différentes catégories d'actions¹⁹²³. La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, dite « Florange », a d'ailleurs généralisé les droits de vote double au profit des actionnaires de long terme inscrits au nominatif des sociétés cotées¹⁹²⁴. Le grand « gagnant » de cette disposition est l'État qui peut conserver son influence tout en abaissant son seuil de participation – par exemple pour EDF, Areva ou ADP (dont il est actionnaire majoritaire) ou encore Air France, Safran, Orange ou GDF-Suez (dont il est actionnaire minoritaire). Dans tous les cas, l'existence d'actions spécifiques doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général dans la mesure où elle risque de porter atteinte aux règles de l'Union européenne, et notamment à la libre circulation des capitaux¹⁹²⁵.

B. La diversité des techniques de création des sociétés publiques

1301. Les techniques qui conduisent à la création des sociétés publiques sont variées, elles diffèrent principalement selon le caractère national ou local de la personne publique qui a l'initiative de la création et selon le contexte. Il n'existe pas de méthode « idéale » de création d'une société publique, chacune connaît ses avantages et ses inconvénients¹⁹²⁶.

¹⁹²¹ Cf. A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, préc., n° 8.

¹⁹²² *Ibid.*, n° 40, 41.

¹⁹²³ Cf. not. C. Champaud, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1982, p. 182.

¹⁹²⁴ L. n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, art. 5 et s. (JO 77 du 1^{er} avril 2014, p. 6227).

¹⁹²⁵ Cf. not. CJCE, 4 juin 2002, aff. C-387/98, *Commission c. Portugal, Commission c. France, Commission c. Belgique*.

¹⁹²⁶ Cette typologie est notamment inspirée de celles élaborées par les Professeurs Gabriel Eckert et Jean-Philippe Kovar in *Entreprises publiques, Rép. dr. eur.*, Paris, Dalloz, 2015, n° 44 et s. et de Emmanuel Breen et Clémence Bolla in *Entreprises publiques*, J.-Cl Adm., fasc. 158-10, Paris, LexisNexis, 2013, n° 58 et s.

1. La création *ex nihilo*

1302. Dans ce cadre, L'État et les collectivités territoriales peuvent créer *ex nihilo* (« à partir de rien ») des sociétés publiques.

1303. Cette méthode de création appelle deux principales remarques.

1304. En premier lieu, la création des sociétés publiques *ex nihilo* n'implique pas toujours la création de l'activité ou des activités de service dont elles pourront avoir la charge. En effet, dans la plupart des cas, la société publique prendra en charge une ou des activités de service préexistantes qui lui seront transférées par voie unilatérale ou contractuelle, et, le cas échéant, sans mise en concurrence si le législateur le prévoit ou s'il s'agit de prestations intégrées (dans le cadre d'une relation *in house*). Pour autant, les sociétés publiques ne seront pas toujours considérées comme des prestataires « intégrés ». D'ailleurs, certaines sociétés publiques – notamment les sociétés d'économie mixte locales – sont créées dans l'objectif que leur soit externalisées, selon les règles de la commande publique, une ou plusieurs activités de service public.

1305. En second lieu, la création des sociétés publiques *ex nihilo* est soumise à un certain nombre de limites au nombre desquelles : le respect de la compétence des personnes publiques actionnaires, le respect de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté d'entreprendre, mais aussi le respect du droit de la concurrence et notamment de l'interdiction des aides d'État illégales. La jurisprudence de l'Union européenne est très claire sur ce dernier point : « *si les États membres sont en principes libres, au regard du droit de l'Union européenne, de créer ex nihilo des entreprises publiques, les modalités de leur constitution doivent respecter les règles issues du TFUE* »¹⁹²⁷.

2. La nationalisation

1306. Seul l'État, et plus précisément le Parlement, a compétence pour nationaliser des entreprises du secteur privé. Le Professeur Pierre Delvolvé définit la « nationalisation » comme

¹⁹²⁷ G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques, Rép. dr. eur.*, 2014, n° 47. Comme le rappellent les auteurs, c'est la raison pour laquelle les institutions de l'Union européenne assujettissent les personnes publiques à l'obligation d'« *apporter les fonds initiaux comme le ferait un investisseur privé dans des circonstances similaires* » afin d'échapper à la prohibition des aides d'État illégales : Com. eur., Invitation à présenter des observations en application de l'art. 88, §2, du Traité CE, concernant la mesure n° C 20/99 [ex NN 11/99] (JO C 245 du 28 août 1999).

l'« opération par laquelle l'État retire autoritairement à des personnes privées la propriété de leur entreprise pour la faire entrer dans le secteur public »¹⁹²⁸ sous réserve du paiement « d'une juste et préalable indemnité »¹⁹²⁹.

1307. Cette technique a donné lieu, à l'occasion des diverses périodes de nationalisation en France, à une abondante littérature et à de précieuses analyses sur lesquelles nous ne reviendrons pas¹⁹³⁰.

1308. Tout juste rappellerons-nous les principales limites au champ d'application de la technique de nationalisation. D'une part, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 précise que « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »¹⁹³¹. Cependant, « la notion de service public national pas plus que celle de monopole de fait n'ont fait l'objet d'une définition précise permettant une application de ces dispositions »¹⁹³². En outre, la technique de nationalisation ne doit pas porter atteinte au principe de la liberté d'entreprendre¹⁹³³. Enfin, du point de vue du droit de l'Union européenne, si le TFUE donne compétence aux États membres pour définir le droit de propriété sur leur territoire « plusieurs autres dispositions mêmes du traité peuvent leurs être opposées dans la réalisation d'opérations de nationalisations ; l'article 31 CE impose la disparition progressive des monopoles, cependant que les articles 87 et suivants règlent d'une manière restrictive les conditions d'aides publiques. Il en résulte l'impossibilité pratique des États membres de conduire des opérations de nationalisation d'une manière autonome et indépendamment des règles du Traité de Rome »¹⁹³⁴.

¹⁹²⁸ P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 1998, Paris, Dalloz, n° 566.

¹⁹²⁹ Cons. const., déc. n° 81-132 du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation : Rec. 18 ; AJDA 1982.377, note Rivero ; D. 1983.169, note Hamon ; JCP 1982.II.1978, note Nguyen Quoc Vinh et Franck ; GDCC n° 30.

¹⁹³⁰ Cf. not. A. Delion et M. Durupty, *Les nationalisations*, Economica, 1982 – L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982 – L. Hamon, « Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel », D. 1983, p. 79 – F. Hervouët, « L'Étatisation, enfant naturel de la nationalisation », RDP 1985, p. 1319 – D. Linotte, « Les nationalisations de 1982 », RDP 1982, p. 435 – G. Vedel, « La technique des nationalisations », Dr. soc. 1946, p. 49 – Nationalisations, AJDA avril 1982, n° spécial – P. Bon, « Le statut constitutionnel du droit de propriété », RFDA 1989, p. 1009.

¹⁹³¹ Al. 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

¹⁹³² L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 1391.

¹⁹³³ Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, cons. 16 et 20 : préc.

¹⁹³⁴ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires, op.cit.*, n° 1391.

3. La prise de participation

1309. La prise de participation est l'opération qui consiste à faire entrer au capital d'une société un ou plusieurs nouveaux associés qui souscrivent aux titres que l'entreprise émet, ou achètent certains de ses titres déjà émis. En principe, seul l'État et les groupements d'intérêt public nationaux ou locaux¹⁹³⁵ peuvent prendre des participations au capital de société de droit privé. Les collectivités territoriales et les établissements publics n'y sont, quant à eux, pas autorisés¹⁹³⁶. Toutefois, le législateur a, au fil du temps, entériné plusieurs exceptions ponctuelles à cette interdiction, sur lesquelles nous reviendrons plus loin dans cette étude¹⁹³⁷. Cependant, il peut d'ores et déjà être souligné que la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République dispose que les régions sont compétentes pour participer au capital des sociétés commerciales¹⁹³⁸.

1310. La prise de participation n'entraîne pas toujours la qualification d' « entreprise publique », elle devra conduire à une « influence dominante » de la ou des personnes publiques pour que tel soit le cas. En outre, elle ne doit pas être confondue avec la nationalisation – même quand elle a pour conséquence une prise de contrôle de l'entreprise par la ou les personnes publiques – dans la mesure où elle ne constitue pas un procédé autoritaire de transfert de propriété.

1311. D'ailleurs, comme le souligne à juste titre la Professeure Sophie Nicinski, la politique de participation participe du phénomène contemporain de régulation¹⁹³⁹.

1312. La France s'était déjà engagée dans cette voie avant la crise financière de 2008. La création de l'Agence des participations de l'État en 2004¹⁹⁴⁰ participait de cette dynamique,

¹⁹³⁵ Ainsi, aux termes de l'art. 99 de la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537) : « *La convention constitutive règle l'organisation et les conditions de fonctionnement du groupement. Elle contient les mentions suivantes : [...] 8° Les conditions dans lesquelles le groupement peut prendre des participations, s'associer avec d'autres personnes et transiger* ».

¹⁹³⁶ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, op. cit., n° 1391.

¹⁹³⁷ Cf. *infra* n° 1340.

¹⁹³⁸ L'art. 3 de la L. n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (JO n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705) insère un 8° bis à l'art. L. 4211-1 du CGCT et autorise donc les régions à participer « *au capital de sociétés commerciales autres que celles mentionnées au 8°, pour la mise en oeuvre du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation prévu à l'article L. 4251-12-1 et dans les limites prévues par décret en Conseil d'État. Ce décret précise également les conditions dans lesquelles est saisie la Commission des participations et des transferts mentionnée à l'article 25 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique* ».

¹⁹³⁹ S. Nicinski, « Le mode de régulation », RFDA 2010, p. 735.

¹⁹⁴⁰ D. n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale « Agence des participations de l'État » (JO n° 211 du 10 septembre 2004, p. 15929).

même s'il faut bien admettre que cette création relevait plus « *d'une politique de désengagement de l'État* »¹⁹⁴¹ (car elle regroupait les sociétés privatisées) que d'une politique interventionniste.

1313. La crise économique et financière de 2008 a accéléré la politique de prise de participation des États au sein du secteur marchand, notamment dans le secteur bancaire. Le Professeur Sébastien Bernard, rappelle ainsi que le Royaume-Uni – dès février 2008, pour Northern Rock et la Royal Bank of Scotland – les États-Unis – dans deux organes de refinancement bancaires Fannie Mae¹⁹⁴² et Freddie Mac¹⁹⁴³, ainsi que le leader mondial de l'assurance et des services financiers American International Group (selon la logique « *too big to fail* ») – les Pays-Bas – pour Fortis Nederland – ont opté pour des prises de participation au capital de ces sociétés, afin de procéder à leur refinancement et à leur contrôle et « *en général, c'est à un mélange de négociation et d'autorité que les pouvoirs publics ont procédé, les anciens actionnaires privés se félicitant de l'arrivée des capitaux publics mais cherchant à limiter le contrôle de l'État qui a parfois dû imposer l'éviction des dirigeants ou bloquer le versement de dividendes à des actionnaires* »¹⁹⁴⁴.

1314. La position adoptée par la France, en réaction à la crise, a été rapide mais surprenante car les autorités gouvernementales ont choisi – en plus de la mise en place d'un mécanisme de refinancement des banques en difficulté par la création de la société de financement de l'économie française (SFEF) – de renforcer les fonds propres (les capitaux propres) des établissements bancaires au moyen de participations minoritaires par le biais de la société de prise de participation de l'État (SPPE) – ce qui en soi semble une stratégie acceptable, d'autant que les montants injectés étaient importants – mais sans pour autant lier l'acquisition de ces titres à la détention de droit de vote – les seules contreparties consistaient dans l'engagement des établissements à respecter des « *engagements éthiques en matière de gouvernance économique et de distribution des rémunérations* »¹⁹⁴⁵ et dans l'augmentation de 3 à 4 % des prêts accordés aux particuliers, professionnels et PME¹⁹⁴⁶ – donc sans contrôle des établissements pourtant défaillants.

¹⁹⁴¹ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010, p. 756.

¹⁹⁴² Surnom de la Federal National Mortgage Association (FNMA).

¹⁹⁴³ Surnom de la Federal Home Loan Mortgage Corporation (FHLMC).

¹⁹⁴⁴ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010, p. 756.

¹⁹⁴⁵ Banque de France, « Politiques publique et sortie de crise », Documents et débats, n° 3, chap., 4 janvier 2010, p. 60.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

1315. La mise en place d'un certain nombre d'institutions « de crise » a pu utilement servir à renforcer l'incarnation de l'État actionnaire. Il en va ainsi de la création en 2008 de la SPPE – société à capitaux publics entièrement détenus par l'État et liée à l'APE¹⁹⁴⁷ – qui, comme nous venons de le voir, a eu pour objectif de procéder au refinancement des banques à capital mixte en apportant « *des fonds propres règlementaires aux banques via des emprunts garantis par l'État* »¹⁹⁴⁸. Dans le même ordre d'idées, la création d'un fonds stratégique d'investissement (FSI) en 2008, constitué sous forme de société anonyme, a également eu pour fonction de mettre en œuvre la stratégie de prise de participation minoritaire de l'État au support d'une société anonyme détenue à 51% par la Caisse des dépôts et consignations et à 49% par l'État¹⁹⁴⁹. À l'avenant, l'instauration en 2010 d'un commissariat aux participations de l'État a renforcé cette dynamique. Enfin l'institution de la Banque publique d'investissement, dont le capital est partagé entre l'État et la Caisse des dépôts et consignations, a permis à la fois le rapprochement des institutions publiques de financement des entreprises – FSI, CDC entreprise et Oséo – ainsi que la poursuite du financement des investissements minoritaires et temporaires de l'État actionnaire¹⁹⁵⁰.

1316. On le comprend, la crise économique et financière de 2008 marque un changement de paradigme et l'émergence d'un État actionnaire. Sur ce point, les chiffres actuels de l'Agence des participations de l'État parlent d'eux-mêmes : ainsi, pour ne traiter que des 74 entreprises qui relèvent de l'APE, ils représentent en 2014 : 110 milliards d'euros de participation dont 85 milliards pour les seules entreprises cotées (hors PSA Peugeot Citroën), soit 23,5 % de progression depuis septembre 2013 ; 145 milliards de chiffre d'affaires ; 4,4 milliards de dividendes versés et 107 milliards de capitaux propres¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁷ Cf. L. n° 2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificatives pour le financement de l'économie, art. 6, III.

¹⁹⁴⁸ S. Nicinski, « Le mode de régulation », RFDA 2010, p. 735 : cette société est aujourd'hui « *mise en sommeil* ». Toutefois on peut noter la nomination par l'État de ses représentants dans un décret du 6 février 2014 (JO n° 0033 du 8 février 2014, p. 2338).

¹⁹⁴⁹ S. Nicinski, « Le fonds stratégique d'investissement », RFDA 2012, p. 449

¹⁹⁵⁰ La logique d'intervention de la BPI et de l'APE n'est pas la même : ainsi « *s'agissant des activités d'investissement, l'APE et Bpifrance Participations ont des logiques d'intervention distinctes et complémentaires. En complémentarité de la politique d'intervention de la BPI, l'intervention directe de l'État sera enfin centrée sur la participation dans de grandes entreprises, le cas échéant majoritaire et généralement assortie d'un objectif de présence à très long terme. Bpifrance Investissement intervient principalement dans les petites et moyennes entreprises et dans les entreprises de taille intermédiaire, ainsi que dans les grands groupes dans une perspective de stabilisation de l'actionariat. Dans chaque intervention, Bpifrance Investissement privilégie une détention minoritaire avec un horizon à moyen et long terme, entre huit et dix ans et avec un ticket moyen de 20 M€* » (APE, *L'État actionnaire*, rapport annuel 2014, Paris, La doc. fr.). Sur ce sujet cf. L. de Fournoux, « La banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », DA, juillet 2014, n° 7.

¹⁹⁵¹ APE, *L'État actionnaire*, Rapport annuel 2014, Paris, La doc. fr.

1317. Quoi qu'il en soit, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire, locale ou nationale, la technique des prises de participation doit être conforme au droit européen, et notamment au droit des aides d'État, pour pouvoir être exercée¹⁹⁵².

4. La « sociétéisation »

1318. La « sociétéisation »¹⁹⁵³ (néologisme déplaisant, il faut bien l'admettre) est la procédure qui conduit à affecter la forme de l'entreprise publique sans pour autant qu'elle sorte du secteur public, c'est-à-dire sans qu'elle soit transférée au secteur privé. Il s'agit dans ce cas d'une modification statutaire, par exemple la transformation d'une régie publique¹⁹⁵⁴ ou d'un établissement public en société de droit privé à capitaux majoritairement publics. La sociétéisation peut être réalisée de deux manières : soit par la transformation statutaire de l'entreprise publique initiale, soit pas la création d'une société publique à laquelle sont transférées les activités de l'entreprise publique.

1319. L'hypothèse la plus courante est celle de la transformation statutaire des EPIC nationaux en sociétés anonymes¹⁹⁵⁵ à l'instar de GDF (dont la majorité des capitaux ont été depuis transférés au secteur privé) ou d'EDF (qui reste encore aujourd'hui une société à capitaux majoritairement publics). Si le choix de la sociétéisation relève de la compétence de l'État, on constate cependant que « *les exigences du droit de l'Union européenne, et spécialement du droit des aides d'État, sont un puissant facteur de transformation des établissements publics industriels et commerciaux en société anonyme* »¹⁹⁵⁶. La technique de la sociétéisation connaît donc une importance croissante et son usage est régulièrement recommandé dans les rapports relatifs aux entreprises publiques : ainsi, un Rapport sur *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques* de mars 2003 conseillait que « *toutes les entreprises publiques*

¹⁹⁵² Cf. not. CJCE, 14 novembre 1984, aff. 323/82, *Intermills c. Commission*.

¹⁹⁵³ Pour reprendre l'expression utilisée par le Professeur Jacques Chevalier, par exemple in « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », RFDA 1996, p. 909. Il faut toutefois noter que certains auteurs attribuent la pérennité de la formulation au Président Gérard Larcher (G. Larcher, *L'avenir de France Télécom : un défi national*, Sénat, 1995-1996, n° 260) : L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, 2014, n° 1388.

¹⁹⁵⁴ Par exemple le Groupement Industriel des Armements Terrestres (GIAT) en 1989, l'Imprimerie nationale en 1994, La Direction des Constructions Navales (DCN) en 2003.

¹⁹⁵⁵ Cf. not. S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35 – F. Béroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA 2008, p. 25 – D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », RJEP 2006, p. 105 – M. Poyet, « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », RA, 2004, p. 565.

¹⁹⁵⁶ G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques, Rép. dr. eur.*, Paris, Dalloz, 2015, n° 67.

*intervenant sur un véritable marché pour une partie majeure de leur activité (et de leurs ressources) soit rapidement transformées en société anonyme »*¹⁹⁵⁷.

1320. Contrairement à une confusion qui est parfois opérée, la sociétésation ne doit pas être assimilée à une technique de privatisation dans la mesure où elle ne conduit pas au transfert du contrôle d'une société de droit privé au secteur privé. Cette distinction est d'ailleurs clairement établie par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-601 du 4 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales¹⁹⁵⁸.

5. La « recollectivisation »

1321. Second néologisme désagréable, la « recollectivisation » peut être définie comme la technique par laquelle une collectivité publique – notamment les collectivités territoriales – réintègre dans le secteur public une activité auparavant externalisée. C'est l'exemple, en matière communale de la « remunicipalisation »¹⁹⁵⁹.

1322. On peut d'ailleurs étendre la définition donnée par la Professeure Rozen Noguellou de la notion de « remunicipalisation » selon laquelle il s'agit de la procédure qui conduit à « réintégrer dans la sphère communale une activité qui avait fait l'objet d'une externalisation, c'est-à-dire d'un contrat de gestion »¹⁹⁶⁰, c'est-à-dire « toutes les hypothèses dans lesquelles la collectivité reprend un service qui était délégué à une entreprise, pour en confier la gestion à une structure satellite, comme un établissement public de coopération intercommunale ou tout particulièrement, dans le contexte actuel, une société publique locale »¹⁹⁶¹.

1323. En ce sens, la « recollectivisation » pourrait être définie comme la méthode de réintégration d'activités auparavant externalisées au sein de la collectivité, soit en régie – mais ce cas ne nous intéresse pas – soit par le biais d'une société publique considérée comme un démembrement institutionnel de la collectivité, c'est-à-dire dans le cadre d'une relation *in house*. Selon cette définition, pour prendre un exemple précis, une société d'économie mixte à qui une collectivité territoriale souhaiterait confier une activité externalisée au secteur privé ne

¹⁹⁵⁷ R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport au Ministre de l'économie des Finances et de l'industrie Francis Mer, 2003, proposition n° 5, p. 13.

¹⁹⁵⁸ Cons. const., déc. n° 2010-601 DC du 4 février 2010, Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales. En effet, la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 (JO n° 34 du 10 février 2010, p. 2321) a conduit à la transformation de l'ancien EPIC en société à capitaux majoritairement public.

¹⁹⁵⁹ « La remunicipalisation des services publics » (Colloque), JCP A 2014, n° 10.

¹⁹⁶⁰ R. Noguellou, « La remunicipalisation et les contrats », JCP A 2014, n° 10, p. 2071.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

rentre pas dans le cas d'une « recollectivisation » dans la mesure où elle ne peut pas, sauf rarissime exception, bénéficier de la dérogation *in house*. Ainsi, la collectivité territoriale devra mettre en concurrence la société d'économie mixte (même si elle en est actionnaire), en vertu des règles de la commande publique, pour lui confier l'activité en question.

1324. Si l'on s'accorde sur cette définition, la technique de recollectivisation sera donc possible dans deux hypothèses, détaillées par la Professeure Rozen Nogellou : soit quand le contrat initial est arrivé à terme, soit durant l'exécution du contrat pour un motif d'intérêt général ¹⁹⁶²(au nombre desquels participe le souci de réorganisation du service¹⁹⁶³). Dans ce cas, le cocontractant « déchu » devra bénéficier d'une réparation intégrale de son préjudice avec notamment le versement d'indemnité pour ses pertes subies (achats faits, investissements réalisés etc.) et son manque à gagner¹⁹⁶⁴ et pourra également saisir le juge des référés pour faire annuler la décision de la puissance publique ou encore le juge du contrat, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, pour demander la reprise des relations contractuelles en vertu de la jurisprudence dite *Commune de Béziers II*¹⁹⁶⁵.

6. La filialisation

1325. La filialisation est une technique de restructuration bien connue du droit privé. C'est une opération « *par laquelle une entreprise publique mère transfère tout ou partie de ses biens, droits et obligation à une filiale, préexistante, ou qu'elle crée à cet effet* »¹⁹⁶⁶. Les entreprises publiques nationales et certaines entreprises publiques locales (les sociétés d'économie mixte et les établissements publics locaux) peuvent avoir recours cette technique. On considère

¹⁹⁶² Cf. not. CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. 246 ; AJDA 1958.II.282, concl. Kahn ; D. 1958.730, note de Laubadère – CE, 22 avril 1988, n° 86241, 86242, 88553, *Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq* : Rec. 157 ; AJDA 1988.540, note B.D. ; RA 1988.240, note Terneyre.

¹⁹⁶³ Cf. not. CE, 10 juillet 1996, n° 140606, *Coisne* : JCP G. 1997, II, 22190, concl. Delarue.

¹⁹⁶⁴ Cf. not. CE, 4 mai 2011, n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* : Rec. 205, JCP A 2011, act. 358 ; CMP 2011, comm. 216, note Eckert ; DA 2011, comm. 67, note Brenet ; BJCP 2011, p. 285, concl. Da costa.

¹⁹⁶⁵ CE, 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers* : AJDA 2011. 670, chron. Lallet ; RDI 2011. 270, obs. Braconnier ; AJCT 2011. 291, obs. Dreyfus ; RFDA 2011. 507, concl. Cortot-Boucher et 518, note D. Pouyaud ; CMP mai 2011, n° 150, note Pietri ; RJEP octobre 2011.26, note Cossalter, février 2013.11, note Gourdou ; DA mai 2011, note Brenet et Melleray ; JCP A, 2011.2171, note Linditch ; ACCP mai 2011, p. 64, note Le Chatelier ; GAJA 19^{ème} éd., n° 116.

¹⁹⁶⁶ L. Rapp, *Les groupes d'entreprises publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986, p. 12.

d'ailleurs que la filiale d'une entreprise publique, en tant qu'elle lui est organiquement liée, appartient au secteur public¹⁹⁶⁷. Là encore, il ne s'agit donc pas d'une privatisation¹⁹⁶⁸.

1326. Selon les Professeurs Sébastien Bernard et Sébastien Brameret, il y a trois intérêts pour une entreprise publique d'avoir recours à la filialisation de ses activités¹⁹⁶⁹ : tout d'abord cette méthode « *facilite l'adoption de technique de droit privé telle que la conclusion d'alliances par le biais de filiales détenues conjointement* »¹⁹⁷⁰ ; elle permet en plus de « *bénéficier des avantages dont disposent les sociétés, en matière de fonds propres ou encore de la possibilité d'ouverture à des actionnaires privés* »¹⁹⁷¹ ; elle suscite enfin « *un allègement de la tutelle, même si la création elle-même de la filiale est en principe soumise à un régime d'autorisation de la tutelle : lorsqu'une entreprise publique se transforme progressivement en holding, elle se concentre sur son rôle financier de gestion de ses participations ; elle a alors tendance à faire écran entre sa filiale [...] et l'État* »¹⁹⁷².

1327. En outre, il faut noter que la filialisation est, d'une part, un procédé utile à la défiscalisation (avec la plupart du temps rétrocession de l'avantage fiscal), d'autre part, une technique fortement recommandée par les autorités internes de la concurrence pour prévenir les

¹⁹⁶⁷ Lucien Rapp avait exposé six critères qui caractérisent la filialisation des entreprises publiques : les filiales des entreprises publiques ont une personnalité juridique distincte de leur entreprise mère ; les filiales d'entreprises publiques ont pour entreprise « mère » des entreprises publiques ; les filiales d'entreprises publiques exercent une activité en relation avec l'objet social de leurs entreprises publiques mères ; l'entreprise publique « mère » exerce un pouvoir de direction et de contrôle sur la gestion de ses filiales ; les filiales d'entreprises publiques appartiennent au secteur public ; les filiales d'entreprises publiques ont, en principe, une nature privée (Cf. not. L. Rapp, *Les filiales des entreprises publiques*, LGDJ, 1983. Adde M. Long, « La diversification des entreprises publiques françaises », RFAP 1980, n° 15.). Ainsi, par exemple, un établissement public peut être constitué sous la forme d'un groupe public, dont l'établissement public est la société mère et dont les filiales sont constituées en société de droit privé, parfois ouvertes aux capitaux de droit privé (L. Rapp, *Les groupes d'entreprises publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986, p. 12).

¹⁹⁶⁸ Cf. not. CE, Ass., 24 novembre 1978, n° 04546 et 04565, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique et Schwartz* (« *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : "la loi fixe les règles concernant [...] la création de catégories d'établissements publics, [...] les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé". Considérant qu'eu égard à son objet, à la nature de ses activités et aux règles de tutelle auxquelles elle est soumise, l'Entreprise de recherches et d'activités pétrolières était et demeure, après l'intervention du décret attaqué, comparable à d'autres établissements publics nationaux ; qu'ainsi, elle ne peut contrairement à ce que soutiennent les requérants, être regardée comme constituant à elle seule une catégorie d'établissement public ; que le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il autorise l'établissement public à transférer à ses filiales la totalité de ses actifs en échange d'une participation accrue dans le capital social desdites filiales, serait intervenu dans un domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution, ne saurait, dès lors, être accueilli* ») : Rec. 465 et 467 ; AJDA mars 1979.34, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau, et 42, concl. Latournerie et note Bazex.

¹⁹⁶⁹ S. Bernard et S. Brameret, *Privatisation des entreprises publiques*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 80, Paris, LexisNexis, 2014, n° 7.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ *Ibid.*

¹⁹⁷² *Ibid.*

atteintes anticoncurrentielles dans la mesure où elle permet de séparer efficacement les activités de service public – notamment monopolistiques – des activités purement concurrentielles¹⁹⁷³.

1328. Si la filialisation est aujourd’hui particulièrement utilisée par les prestataires publics¹⁹⁷⁴, elle est toutefois soumise à un certain nombre de limites. D’une part, concernant spécifiquement les entreprises publiques – établissements publics industriels et commerciaux et sociétés d’économie mixte locales en l’occurrence – elle est soumise au principe de spécialité¹⁹⁷⁵. Ainsi, la filialisation est possible à condition que les filiales soient en charge d’une activité complémentaire de celle des établissements publics industriels et commerciaux et des sociétés d’économie mixte locales et que la technique de filialisation n’ait pas pour conséquence de priver ces dernières de leur objet social. D’autre part, elle suscite une attention renforcée des juges et autorités de la concurrence pour éviter les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient intervenir entre l’entreprise publique mère et ses filiales¹⁹⁷⁶.

C. La diversité des types de sociétés publiques

1329. Il aurait pu être dressé ici de nombreuses typologies des sociétés publiques. Ainsi, il aurait été tout à fait intéressant d’envisager les formes des sociétés publiques au sens du droit des sociétés, ce qui aurait permis de distinguer les formes ordinaires et les formes spécifiques des sociétés publiques. Toutefois, un tel arbitrage aurait eu deux défauts principaux : tout d’abord celui du choix, forcément arbitraire de la typologie des formes ordinaires de sociétés (question qui anime d’ailleurs depuis longtemps la doctrine civiliste et commerciale¹⁹⁷⁷), ensuite, car la présentation n’y aurait pas gagné en clarté – dans la mesure où l’exception est la règle en matière de sociétés publiques.

¹⁹⁷³ Cf. *supra* n° 1113 et s.

¹⁹⁷⁴ Concernant les filiales des entreprises publiques nationales, cf. *supra* n° 1264. Concernant les sociétés d’économie mixte locale, on recense au 1^{er} janvier 2014 : 246 filiales et 332 prises de participation (Source : Fédération des entreprises publiques locales, « eplscope », Repères, janvier 2014).

¹⁹⁷⁵ C. Manson, « La filialisation des entreprises publiques et le principe de spécialité », *Dr. Société*, 2004, étude 12.

¹⁹⁷⁶ Par ex. dans le domaine postal, cf. not. CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI e.a c. La Poste e.a.*, pt 68 : Rec. I-03547 – CJCE, 1^{er} juillet 2008, aff. jointes C-341/06 P et C-342/06 P, *Chronopost et La Poste c. UFEX e.a.* : Rec. I-04777 – TPICE, 7 juin 2006, aff. T-613/97, *UFEX c. Commission* : Rec. II-01531 – CJCE, 3 juillet 2003, aff. jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P., *Chronopost e.a. c. UFEX e.a.* : Rec. I-06993 – TPICE, 14 décembre 2000, aff. T-613/97, *UFEX c. Commission* : Rec. II-01531.

¹⁹⁷⁷ Certains auteurs notant d’ailleurs que « malgré l’obsession classificatrice des professeurs, certains groupements atypiques sont rebelles à cette division bipartite ; on se résignera donc à ouvrir un autre tiroir dans lequel seront rangés les sociétés propres au secteur libéral, la société libéral, la société européenne et des groupements qui ne sont pas des sociétés tels le GIE et le GEIE » : M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., coll. « Manuel », 2011, p. 275.

1330. C'est pourquoi nous avons choisi de retenir une typologie relative à la nature de la personne publique à l'initiative de la société publique en distinguant les sociétés publiques à l'initiative de l'État (1) de celles à l'initiative des collectivités et de leurs groupements (2) ou des personnes publiques spécialisées (3). Une telle classification permettra de répertorier les diverses formes – ordinaires ou spécifiques – de sociétés publiques tout en insistant sur leurs avantages et leurs inconvénients au regard de la nature de la personne publique associée.

1331. Cette présentation a toutefois deux défauts importants qu'il convient de conserver à l'esprit. Bien souvent la personne publique n'est pas seule associée de la société publique et d'autres personnes publiques ou privées peuvent prendre part au capital social, c'est la raison pour laquelle nous traiterons de l'associé « à l'initiative » de la création de la société publique. En outre, une société privée préexistante peut devenir une société publique à l'initiative d'une personne publique¹⁹⁷⁸, on considérera que, même dans ce cas, il y a bien création d'une société publique.

1. Les sociétés publiques à l'initiative de l'État

1332. La présence de l'État actionnaire au sein de l'économie française (et internationale si l'on prend en compte les nombreux partenariats auxquels il participe) est encore aujourd'hui tout à fait prégnante bien que le nombre de sociétés publiques intégralement détenues par l'État aient fortement diminué en raison du mouvement dit de « respiration des entreprises publiques »¹⁹⁷⁹ et que le nombre d'entreprises publiques (c'est-à-dire les établissements publics industriels et commerciaux et les sociétés publiques) tendent à diminuer (bien que depuis 2009 on constate un accroissement progressif du secteur public)¹⁹⁸⁰. Ainsi, fin 2013 on ne dénombrait pas moins de 1444 entreprises publiques, c'est-à-dire contrôlées majoritairement – directement ou indirectement – par l'État, dont 88 sont des entreprises publiques dites de « premier rang », c'est-à-dire directement contrôlées par l'État¹⁹⁸¹. En outre, en 2012, l'État était présent de façon minoritaire dans 520 autres sociétés.

¹⁹⁷⁸ Cf. *supra* n° 1296 et s.

¹⁹⁷⁹ J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 6^{ème} édition, 2012, n° 1562 et s.

¹⁹⁸⁰ Selon les chiffres de l'Insee, entre 2011 et 2012, 130 entreprises sont sorties du secteur public : *Tableau de l'économie française*, collection Insee références, éd. 2014.

¹⁹⁸¹ Les 20 principales entreprises publiques classées selon le chiffre d'affaire (par ordre décroissant) sont au 31 décembre 2013 : GDF Suez ; EDF ; Airbus Group ; Orange ; Renault ; SNCF ; Air France – KLM ; La Poste ; Safran ; Thales ; Areva ; RFF ; RATP ; DCNS ; France Télévisions ; Aéroports de Paris ; Française des Jeux ; Nexter Systems - Giat Industries ; Radio France ; LFB (cf. *Tableau de l'économie française*, éd. 2014 préc.)

1333. Les sociétés publiques à l'initiative de l'État, bien qu'elles puissent être constituées sous toutes les formes que connaît le droit des sociétés, revêtent, dans la grande majorité des cas, la forme de sociétés anonymes, la plupart du temps ouvertes à l'économie mixte. Certaines sont cotées en bourse, d'autres non. Le champ des sociétés publiques nationales recouvre ainsi des réalités diverses qui varient à l'aune du degré de participation de l'État actionnaire mais aussi de la « puissance » économique de l'entreprise concernée.

1334. La politique de l'État actionnaire est notamment¹⁹⁸² incarnée par l'Agence des participations de l'État créée à la suite du Rapport Barbier de la Serre¹⁹⁸³, par le décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004¹⁹⁸⁴. Cette institution, sous l'autorité du Ministère de l'économie et des finances, représente, d'une part, l'État dans les assemblées générales et les conseils d'administration des sociétés dont il est actionnaire – et qui ne sont pas toutes des sociétés publiques – et a la charge, d'autre part, de mettre en œuvre la politique de prise de participation minoritaire ou de retrait de l'État au sein du secteur privé.

1335. Ce portrait, plutôt flatteur, ne doit cependant pas masquer une réalité plus difficile pour les sociétés publiques à l'initiative de l'État. En premier lieu, elles sont soumises à de vives critiques qui s'accroissent à mesure que la concurrence s'intensifie. En ce sens, le lien qualifié (à tort, nous y reviendrons) de « structurel » entre les sociétés publiques et l'État est contesté car il conduirait à faciliter l'action concurrentielle des sociétés publiques au détriment de leurs concurrents privés. *A contrario*, mais suivant la même logique, la présence de l'État dans la « gestion quotidienne » des entreprises publiques serait un frein à leur déploiement efficace sur le marché¹⁹⁸⁵. C'est la raison pour laquelle les agissements de l'État actionnaire font l'objet d'une surveillance accrue des opérateurs concurrents sur le marché et donc d'un abondant contentieux.

¹⁹⁸² Concernant la Banque publique d'investissement, cf. *supra* n° 1315.

¹⁹⁸³ R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, rapport au Ministre de l'économie des Finances et de l'industrie Francis Mer, 2003, proposition n° 5, p. 13.

¹⁹⁸⁴ JO n° 211 du 10 septembre 2004 p. 15929

¹⁹⁸⁵ Cf. R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, préc. Les auteurs du rapport soulignent que « de l'avis général des interlocuteurs rencontrés, l'État n'exerce pas sa fonction d'actionnaire de façon satisfaisante. Si des progrès ont récemment été réalisés, ils ont atteint leurs limites dans l'organisation actuelle du fait [...] d'une présence souvent excessive de l'État dans la gestion quotidienne de l'entreprise » (p. 1).

2. Les sociétés publiques à l'initiative des collectivités territoriales et de leurs groupements

1336. En France, le modèle des sociétés publiques des collectivités territoriales (communes, départements, régions) et de leurs groupements est le fruit de la conciliation de deux impératifs contradictoires : d'une part, « *la tradition juridique et politique française [...] plutôt opposée à la participation de collectivités locales au capital de sociétés* »¹⁹⁸⁶ ; d'autre part, « *la tentation d'échapper à la règle de la gestion publique [qui] a toujours été présente dans les collectivités territoriales depuis que, dans l'arrêt Bac d'Eloka, la possibilité de gérer des services publics selon les règles de la gestion privée a été reconnue* »¹⁹⁸⁷.

1337. L'actionnariat local connaît un certain essor au niveau européen si l'on se réfère aux chiffres de la Fédération des entreprises publiques locales – on dénombre ainsi 25 000 entreprises publiques locales en Europe, dont 80% à capitaux majoritairement public, pour 1,6 millions de salariés et un chiffre d'affaire annuel de 280 milliards d'euros¹⁹⁸⁸ – et, dans une moindre mesure, en France – où l'on recense environ 1200 entreprises publiques locales qui emploient 74 000 salariés et dégagent un chiffre d'affaire annuel de 12,3 milliards d'euros¹⁹⁸⁹.

1338. Cependant, si les sociétés publiques à l'initiative des collectivités territoriales et de leurs groupements sont bel et bien ancrées dans le paysage économique local et connaissent une expansion qui va de pair avec les mutations que connaît la notion de service public¹⁹⁹⁰, l'accroissement des besoins locaux, la conjonction de la libéralisation et de la décentralisation ; elles sont aussi soumises à certain nombre de contraintes juridiques.

1339. Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements – à l'exception des régions¹⁹⁹¹ – n'ont en principe par le droit de participer au capital des sociétés à but lucratif (notion qui

¹⁹⁸⁶ J.-D. Dreyfus, *Société d'économie mixte locale et sociétés publiques locales*, Rép. dr. soc., 2013, n° 1.

¹⁹⁸⁷ C. Deves, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », RFDA 2012, p.1082.

¹⁹⁸⁸ Fédération des entreprises publiques locales, Consultation publique relative à la stratégie Europe 2020 (<http://ec.europa.eu>).

¹⁹⁸⁹ Fédération des entreprises publiques locales, communiqué de presse du 13 octobre 2014 (<http://www.lesepl.fr>).

¹⁹⁹⁰ Sur ce sujet, cf. not. T. Ginsburger, *L'exercice d'activités commerciales par les collectivités locales : permanence et mutations du service public*, Thèse, Aix-Marseille 3, 2010 – S. Brameret, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 271, 2011 – S. Panarelli, *Le principe de libre administration et la gestion des services publics locaux à l'aune du droit de l'Union européenne*, Thèse, Paris X, 2012.

¹⁹⁹¹ La L. n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (JO n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705) dispose que les régions sont compétentes pour participer au capital des sociétés commerciales : l'art. 3 de cette loi insère un 8° bis à l'art. L. 4211-1 du CGCT et autorise donc les régions à

couvre un champ plus large que les sociétés commerciales et peut également concerner des sociétés civiles ou des sociétés coopératives)¹⁹⁹².

1340. Il existe toutefois quatre catégories d'exceptions prévues par le législateur. D'une part, il autorise les communes et les départements à détenir des obligations (et non des actions) des sociétés chargées d'exploiter des services publics à caractère industriel et commercial¹⁹⁹³. En outre, il permet aux sociétés d'économie mixte locales de pouvoir créer des filiales et prendre des participations au capital de sociétés de droit privé¹⁹⁹⁴. Ensuite, il autorise la participation des collectivités territoriales aux sociétés de financement, de garantie ou d'investissement¹⁹⁹⁵. Enfin, le législateur autorise la participation des collectivités territoriales à des sociétés publiques territoriales spécifiquement créées pour les personnes publiques.

participer « au capital de sociétés commerciales autres que celles mentionnées au 8°, pour la mise en œuvre du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation prévu à l'article L. 4251-12-1 et dans les limites prévues par décret en Conseil d'État. Ce décret précise également les conditions dans lesquelles est saisie la Commission des participations et des transferts mentionnée à l'article 25 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique ».

¹⁹⁹² Cf., pour les communes et leurs groupements, l'art. L. 2253-1 du CGCT « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article » et l'art. L. 2253-2 du CGCT « Les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, acquérir ou recevoir des actions des sociétés d'économie mixte locales répondant aux conditions fixées par les articles L. 1521-1 et L. 1522-1. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, détenir des obligations des sociétés chargées d'exploiter des services publics communaux à caractère industriel et commercial. ». Pour les départements, l'art. L. 3231-6 « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services départementaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions analogues à celles prévues, pour les communes, par l'article L. 2253-2 ». Pour une analyse de ces limites à la participations des collectivités territoriales au capital des sociétés, cf. M. Peltier, *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés*, Thèse, Paris I, 2005.

¹⁹⁹³ Art. L. 2253-2 du CGCT « Les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, acquérir ou recevoir des actions des sociétés d'économie mixte locales répondant aux. Ils peuvent, dans les [...] conditions (fixées par les articles L. 1521-1 et L. 1522-1), détenir des obligations des sociétés chargées d'exploiter des services publics communaux à caractère industriel et commercial ».

¹⁹⁹⁴ Art. 1^{er} de la L. modifiée n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (JO du 8 juillet 1983 p. 2099).

¹⁹⁹⁵ Cf. Cl. Devès, « Les interventions économiques des collectivités territoriales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 8, folio n° 4192, Paris, Dalloz, 2009, n° 158 et s. La professeure recense ainsi : les sociétés de développement régional et les sociétés de financement régional ou interrégional aux capitaux desquels peuvent participer les régions (art. L. 4211-1, 8° du CGCT) ; les établissements de crédit revêtant la forme de société anonyme et ayant pour objet exclusif de garantir les concours financiers accordés à des personnes privées aux capitaux desquels peuvent participer, une région, un département ou une commune, seuls ou avec d'autres collectivités territoriales (art. L. 2253-7, L. 3231-7 et L. 4253-3 du CGCT) ; les sociétés d'investissement pour le développement rural au capital duquel peuvent participer une ou plusieurs régions en association avec une ou plusieurs personnes morales de droit public ou privé (art. L. 112-18 du Code rural) ; les agences de financement des collectivités locales revêtant la forme de société anonyme auxquelles peuvent participer les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (art. L. 1611-3-2 du CGCT).

1341. Il existe plusieurs types de sociétés publiques territoriales qui, si elles sont toutes constituées sous la forme de société anonyme, comportent chacune des avantages et des inconvénients spécifiques¹⁹⁹⁶. Les personnes publiques locales disposent donc d'une palette d'outils qui leur permettra, en fonction d'un certain nombre de critères (degré du contrôle, économie mixte, nature des activités – activité de service public ou service marchand –), de pouvoir opter pour tel ou tel type de sociétés publiques territoriales : en effet, leurs différences statutaires sont assez importantes – comme celles qui distinguent une société d'économie mixte d'une société publique locale –.

1342. Ces divers types de sociétés ont été successivement créés par le législateur pour répondre à la pression des acteurs publics locaux qui souhaitent disposer d'outils sociaux adaptés à leurs activités (aidés en cela par le *lobbying* efficace exercé par la Fédération des entreprises publiques locales). À titre de première analyse on peut, d'ores et déjà, souligner deux points. En premier lieu, le vote par les assemblées de ces outils d'intervention locale a toujours fait l'objet d'une unanimité. Ce constat est d'autant plus surprenant que, localement, il n'est pas rare que les élus s'opposent (idéologiquement) sur la prise en charge d'activités économiques – et notamment d'activités de service public – par le biais de sociétés publiques. En deuxième lieu, et par conséquent, on peut constater et regretter que la plupart de ces dispositifs aient été adoptés dans des délais frôlant le « record olympique ». Si l'unanimité politique est une chose appréciable, elle ne doit pas se faire au détriment d'une réflexion approfondie sur les montages institutionnels proposés : en effet, dans deux cas – pour l'adoption de la société publique locale et de la société d'économie mixte à opération unique – les réformes découlaient d'une logique d'« effet d'aubaine » à partir des évolutions de la jurisprudence européenne¹⁹⁹⁷, or, la fulgurante adoption de ces réformes est un problème dans la mesure où des questions juridiques n'ont pas été réglées en amont par le législateur et l'ont été ou devront l'être *in concreto*.

1343. Nous reviendrons successivement sur les quatre principales sociétés publiques territoriales : la société d'économie mixte locale (a), la société publique locale d'aménagement et la société publique locale (b) et la société d'économie mixte à opération particulière (b).

1344. Nous ne traiterons qu'indirectement des interventions de deuxième rang des personnes publiques locales – c'est-à-dire de la filialisation des entreprises publiques locales

¹⁹⁹⁶ Sur ce sujet, cf. not., J.-F. Bizet, *Entreprises publiques locales*, Paris, Lamy, Coll. « Lamy axe droit », 2012.

¹⁹⁹⁷ Cl. Devès, « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », JCP A 2014, n° 38-39, p. 2266.

(établissements publics industriels et commerciaux locaux et sociétés d'économie mixte locales) qui peuvent prendre la forme de sociétés anonymes, de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés par actions simplifiées – ou des prises de participations (pour les sociétés d'économie mixte locale). En outre, nous ne traiterons pas des sociétés anonymes spécialisées au capital desquelles participent des collectivités territoriales, à l'instar des Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)¹⁹⁹⁸.

a. Les sociétés d'économie mixte locales (SEML)

1345. Les SEML ne sont pas de création récente. On en trouve trace dès la fin du XIX^{ème} siècle, puis dans les « *territoires d'Alsace-Lorraine recouverts en 1918 car la loi allemande autorisait les communes à participer au capital de certaines sociétés* »¹⁹⁹⁹.

1346. Les SEML modernes ont été créées dans le cadre des réformes de décentralisation de 1982 par la loi du 7 juillet 1983 et ont par la suite connu une réforme importante avec la loi du 2 janvier 2002 modernisant le statut des SEM²⁰⁰⁰. Ces deux lois ont été adoptées à l'unanimité.

1347. Selon la Fédération des entreprises publiques locales, l'affirmation qui voudrait que les SEML soient en situation de fragilité et connaissent un désintérêt croissant de la part des acteurs publics locaux est fautive, leur nombre serait stable depuis 5 ans (environ un millier de SEML aujourd'hui en activité)²⁰⁰¹.

1348. Les SEML sont créées par délibération des collectivités territoriales. Ainsi, au terme de la loi, « *les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres*

¹⁹⁹⁸ Concernant l'incidence de la L. n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (JO n° 0238 du 14 octobre 2014, p. 16601) que l'action des SAFER, cf. H. Bosse-Platière et B. Travely, « La loi d'avenir agricole : un aggiornamento de l'action des SAFER », *Revue de droit rural* 2015, n° 430 – S. Prigent, « Loi d'avenir pour l'agriculture : entre réalisme et utopie » *AJDI* 2015, n° 1 – J. Foyer, « Présentation de la loi d'Avenir pour l'Agriculture, l'Alimentation et la Forêt », *Revue de droit rural* 2015, n° 430.

¹⁹⁹⁹ G. Durand, « Les sociétés locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6232, Paris, Dalloz, 2014, n° 1 : l'auteur dresse un historique clair et détaillé des SEML.

²⁰⁰⁰ Cf. not. M.-Y. Benjamin, « Quand vingt ans de sédimentation législative compromettent le sort des SEML », (Dossier « Vingtème anniversaire de la loi du 7 juillet 1983 »), *JCP A*, 7 juillet 2003 – F. Fraysse, « La loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales », *JCP* 2003, p. 173 – Y. Claisse et P. Moreau, « La modernisation des sociétés d'économie mixte locales », *JCP* 2002, p. 4 – E. Delacour, « Economie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales », *JCP E* 2002, p. 890 – G. Durand, *Les sociétés d'économie locales*, Berget-Levrault, 2^{ème} éd., 2002 – L. Janicot, « La réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales », *RGCT* 2001, p. 1121 – P. Lignières et K. Marciano, « Moderniser les sociétés d'économie mixte », *DA* avril 2002, p. 37 – M. Peter, « La SEM : un juste équilibre public-privé », *ACCP* 2006, n° 59, p. 28 – A. Santini, « Le devenir des sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *RFDA* 2002, p. 923.

²⁰⁰¹ Fédération des entreprises publiques locales, *Sem, vrai ou faux ?*, septembre 2011 (<http://www.lesepl.fr>).

personnes publiques »²⁰⁰². Elles peuvent prendre en charge des activités variées « *pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire* »²⁰⁰³.

1349. Les SEML sont des sociétés anonymes à capitaux mixtes. Cette mixité des capitaux est l'une de leurs principales caractéristiques et l'un de leurs principaux atouts. Selon la Commission européenne, elles peuvent sur ce point être assimilées à des « *partenariats publics privés institutionnalisés* »²⁰⁰⁴. Le nombre d'actionnaires minimum est fixé à sept dont une personne privée²⁰⁰⁵. Selon le Professeur Claude Devès, il semblerait que « *cette exigence de sept actionnaires [soit] venue d'Angleterre au XIX^{ème} siècle et n'est pas rationnellement fondée* »²⁰⁰⁶. Le législateur impose par ailleurs, que les collectivités territoriales soient majoritaires au capital d'une SEML²⁰⁰⁷ – entre 50% et 85% pour les collectivités territoriales ; entre 15 et moins de 50% pour les autres actionnaires –. En outre, les élus doivent détenir plus de la moitié des voix au sein des organes de direction.

1350. La gouvernance des SEML est calquée sur celle des sociétés anonymes de droit commun, autrement dit elle peut être dotée d'un conseil d'administration et, pour les structures duales, d'un directoire et d'un conseil de surveillance. Il n'existe pas (contrairement aux sociétés publiques locales, aux sociétés publiques locales d'aménagement, et aux sociétés d'économie mixte à opération unique) d'obligation à ce que le président de la SEML soit un élu, mais la tradition tend plutôt à leur laisser cette responsabilité.

²⁰⁰² Art. L. 1521-1 du CGCT.

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ Com. eur., communication interprétative n° C(2007)6661 du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

²⁰⁰⁵ Article L. 225-1 du Code de commerce.

²⁰⁰⁶ Cl. Devès, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitude ou grand écart ? », RFDA 2012.1082. *Adde*, ouvrage cité par l'auteur : P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 4^{ème} éd., 2012, Paris, Domat, p.425.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

1351. Le régime des SEML est de droit privé²⁰⁰⁸ toutefois elles sont soumises, en tant que pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, aux règles de la commande publique pour la passation de leurs contrats, soit sous l'égide de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 soit – si elles s'y soumettent de leur propre gré ou si elles agissent dans le cadre d'un mandat attribué par une personne publique – au Code des marchés publics.

1352. Les SEML ont clairement pour but d'être des opérateurs de gestion déléguée, c'est-à-dire qu'elles ne constituent pas un simple « démembrement » des personnes publiques qui les créent (à la différence des sociétés publiques locales ou des sociétés publiques locales d'aménagement). Ainsi « *la société d'économie mixte est souvent présentée comme une solution intermédiaire entre la gestion directe et la gestion déléguée, alors même qu'elle n'est pas une modalité de ladite gestion mais simplement une forme juridique que peut revêtir le délégataire dans le cadre d'une telle gestion déléguée* »²⁰⁰⁹. Cette spécificité institutionnelle a d'ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993²⁰¹⁰.

i. Les avantages

1353. Les SEML présentent des avantages indéniables pour les collectivités territoriales et leurs groupements.

²⁰⁰⁸ il est dérogatoire du droit commun dans deux cas de figure : « *si la personne privée est susceptible de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique ou de se placer dans le cadre de la gestion d'un service public administratif, ou si le juge décèle dans l'action de la personne privée une action pour le compte de la collectivité ou un "mandat"* » : Cl. Devès, « De la société d'économie mixte à la société publique locale : similitudes ou grand écart », préc. Adde J.-F. Bizet, Cl. Devès, M.-A. Dupuis, « De quelques difficultés à concilier, au sein des sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit commercial et celles du droit administratif », DA 1991, n° 12, p. 1 et 1992, n° 1, p. 1.

²⁰⁰⁹ *Ibid.* Cf. également, de la même auteure : Cl. Devès, « Société d'économie mixte et délégation de service public » (Colloque, Marseille, 25 avril 1997, CDC / Conseil régional PACA), DA, juillet-août 1997.

²⁰¹⁰ Le législateur voulait en effet faire bénéficier les SEM de la même dérogation que celle dont bénéficient les établissements publics mais le Conseil constitutionnel déclare cette disposition inconstitutionnelle : « *considérant en revanche que la loi exclut de l'application de ces dispositions, à l'exception de celles des articles 40 et 42, toutes les sociétés dont le capital est directement ou indirectement majoritairement détenu par la collectivité délégante à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts ; que ces dispositions qui portent sur la publicité préalable aux négociations, sur les formalités d'examen des offres et sur l'exigence d'un contrôle préalable de l'assemblée délibérante sur l'attribution des délégations méconnaissent le principe d'égalité ; qu'en effet elles ne peuvent se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre* » (Cons. Const., déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 47 : LPA, 1993, n° 66, p. 4, note Bertrand et Verpeaux ; RFDC 1993. 375 et 395, note Favoreu, Philip, Renoux, et Roux ; RFDA 1993.902, note Pouyaud ; D. 1994.285, note Maisl).

1354. Elles sont avant tout un outil de partenariat²⁰¹¹. En effet même « *si le terme de société anonyme laisse entendre que les capitaux apportés importent plus que ceux qui l'apportent, il n'en demeure pas moins que cette structure permet d'institutionnaliser une collaboration entre actionnaires* »²⁰¹². L'exemple de la Caisse des dépôts et consignations est à cet égard très intéressant. En effet, cette dernière s'est engagée depuis plusieurs années dans des prises de participation minoritaire au sein des SEML²⁰¹³. Cette politique a le double intérêt de concrétiser un partenariat entre l'État et l'échelon local et de permettre une péréquation « institutionnelle » sur l'ensemble du territoire français. Le partenariat avec les acteurs privés (banques, entreprises) permet également aux personnes publiques locales de favoriser l'investissement et d'améliorer la gouvernance de l'action publique tout en conservant le contrôle de la SEML.

1355. Les SEML possèdent également d'autres caractéristiques intéressantes par rapport aux autres sociétés publiques territoriales. Tout d'abord, elles permettent des interventions marchandes en dehors du territoire des collectivités territoriales actionnaires ou de leurs groupements. Ensuite, elles offrent des possibilités de filialisation ou de prises de participation. Ainsi, selon la Fédération des entreprises publiques locales, on comptabilise aujourd'hui 246 filiales et 332 prises de participations (soit 578 sociétés au total) des SEML²⁰¹⁴. En outre, elles peuvent également intervenir au bénéfice de toutes personnes publiques ou privées, voire pour leur propre compte (contrairement au SPL qui doivent intervenir uniquement pour le compte des collectivités qui en sont actionnaires et des SEMOP qui ont un objet unique). Enfin, elles permettent de procéder à une séparation étanche entre leurs activités et celles des collectivités qui en sont actionnaires et protègent ainsi efficacement le jeu de la concurrence dans la mesure où contrairement à la SPL, la SEML « *n'est pas un mode institutionnel de gestion des services publics locaux* »²⁰¹⁵ mais « *simplement une forme juridique intermédiaire que peut prendre un délégataire de service public et qui peut être, selon l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales, une personne publique ou une personne privée* »²⁰¹⁶.

²⁰¹¹ Cf. not. S. Brameret, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 271, 2011.

²⁰¹² Cf. A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, Jur.Cl. Adm., fasc. 161, Paris, LexisNexis, 2010, n° 34.

²⁰¹³ Cf. Cour des comptes, communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale* (www.ccomptes.fr).

²⁰¹⁴ Fédération des entreprises publiques locales, *Les filiales des SEM*, mai 2014, p. 7 (<http://www.lesepl.fr>).

²⁰¹⁵ Cl. Devès, « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », note sous TA Rennes, 11 avril 2013, n° 1203243 à 1203248, AJCT, 2013, p. 571.

²⁰¹⁶ *Ibid.*

ii. *Les inconvénients.*

1356. La principale difficulté soulevée par les SEML relève de la mise en concurrence des activités dont la ou les collectivités actionnaires lui confient la charge. En effet, initialement, les collectivités locales bâtissaient des SEML pour passer de gré à gré des contrats publics avec elles – y compris des contrats dont l’objet correspondait à une activité économique.

1357. Cette exemption de mise en concurrence était évidemment d’une compatibilité douteuse avec le droit européen – notamment avec les directives relatives aux marchés publics –. C’est pourquoi, à partir de la fin de années quatre-vingt-dix, plusieurs arrêts de la Cour de justice de l’Union européenne ont ainsi sanctionné les États qui ne respectaient pas les règles de la commande publiques tant pour les marchés publics²⁰¹⁷ que pour les concessions de services publics²⁰¹⁸ passées entre un pouvoir adjudicateur et une SEML²⁰¹⁹.

1358. La règle est aujourd’hui clairement fixée : les entités adjudicatrices ou les pouvoirs adjudicateurs qui passent des contrats avec SEML sont soumis aux règles de la commande publique²⁰²⁰.

1359. Les juridictions nationales ont d’ailleurs validé ce principe²⁰²¹. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que les SEML ne peuvent pas bénéficier de dérogation à la mise en concurrence malgré « *les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause* » sur le fondement du principe d’égalité²⁰²² : il avait en effet été envisagé dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite loi « Sapin ») de faire profiter les SEM de l’article 41 du Code général des collectivités territoriales qui dispense les établissements publics de mise en concurrence.

1360. Bien évidemment, le juge administratif autorise les SEML à candidater aux contrats de la commande publique²⁰²³. Une difficulté intervient toutefois quand les sociétés candidates sont

²⁰¹⁷ CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : Rec. I-08121 – CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle* : Rec. I-00001 – CJCE, 13 janvier 2005, C-84/03, *Commission c. Espagne* : Rec. I-00139.

²⁰¹⁸ CJUE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : Rec. I-08585.

²⁰¹⁹ X. Besancon, « In house : les SEM dans la jurisprudence communautaire », ACCP, n° 59, octobre 2006, p. 46 – Cl. Boiteau, « Les sociétés d’économie mixte et les contrats de délégation de service public », RFDA 2005, p. 946 – D. Capitant, « Les SEM exclues du “in-house” », ACCP, n° 45, 2005 – N. Charrel, « Les SEM exclues du dispositif “in-house” », Gaz. Cnes, 25 février 2005, p. 76 – Ph. Cossalter, « Sociétés d’économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », RFDA 2002, p. 938.

²⁰²⁰ Cf. not. CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Aurooux c. Commune de Roanne* : BJCP 2007, p. 184, concl. Kokott.

²⁰²¹ Cf. not CE, 30 décembre 2002, n° 218110, *Département des Côtes d’Armor* : AJDA 2003.394, note Dreyfus ; CMP. 2003, n° 48, obs. Delacour ; JCP A 2003, p. 1186, note Moreau.

²⁰²² Cons. Const., déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 47 : préc.

²⁰²³ Cf. par ex. TA Montpellier, ord., 3 juin 2005, *SAS Office funéraire crématiste* : BJCP 2006.66.

en cours de constitution²⁰²⁴ – situation quelque peu ubuesque, car les collectivités créent une société d'économie mixte (SEML) pour lui attribuer un service mais doivent tout de même procéder à une mise en concurrence, donc sans certitude (ou avec la certitude inavouée et inavouable) que la SEML remporte le marché, mais qui n'est pas rare dans la mesure où les SEML sont fréquemment créées pour assurer une ou plusieurs activités qui leur seront potentiellement externalisées –. Si l'article L. 1411-1 du CGCT autorise une telle candidature²⁰²⁵, la Commission européenne a, pour sa part, émis de fortes réserves sur cette méthode en considérant que « *la concurrence effective risque d'être faussée par une position privilégiée de la société en constitution, et partant, du partenaire* »²⁰²⁶. Il est vrai que cette situation est insatisfaisante car – si l'on considère que le pouvoir adjudicateur est impartial – elle conduit à transférer un risque accru sur l'ensemble des actionnaires de la SEML dans la mesure où leur investissement devra être fixé préalablement et ne pourra pas (sauf rares exceptions) évoluer une fois le contrat de concession ou de marché public attribué. En outre, les personnes publiques se plaignent de la lourdeur de la procédure de mise en concurrence en termes de coût et de temps²⁰²⁷, autrement dit – si l'on « décode » la plainte – regrettent que l'on s'embarrasse d'une contrainte procédurale et financière pour une mise en concurrence dont l'issue paraît déjà fixée.

1361. Cette situation est d'autant plus vivace que les SEML peuvent difficilement bénéficier de la dérogation *in house* dans la mesure où la jurisprudence européenne dispose que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* »²⁰²⁸. Les directives de 2014 relatives aux contrats de concessions et aux

²⁰²⁴ Sachant que le projet de création d'une société d'économie mixte local n'entre pas dans le cadre de la notion de société en cours de constitution : cf. not. CAA Bordeaux, 13 octobre 2011, n° 10BX02465, *SARL Labhya* : G. Eckert, « conditions de la candidature d'une société d'économie mixte en cours de constitution », CMP 2011, n° 12, comm., 353, p. 21 ; F. Brenet, « Candidature d'une société d'économie mixte locale en cours de constitution à l'attribution d'une délégation de service public », RJEP 2013, n° 710 – CE, 19 décembre 2012, n° 354873, *Département de l'Aveyron* : G. Eckert, « Qu'est ce qu'une société en cours de constitution ? », CMP 2013, n° 2.

²⁰²⁵ Cette autorisation a été codifiée par l'art. 6 de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales (JO du 3 janvier 2002, p. 121).

²⁰²⁶ Com. eur., 30 avril 2004, COM(2004)327 final, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, pts 60 et 61.

²⁰²⁷ Selon la Fédération des établissements publics locaux, on évalue entre 70 000 et 100 000 euros le coût par projet urbain des procédures d'appels d'offre et de 3 à 6 mois leur durée : *Les sociétés publiques locales*, 19 mai 2010 (<http://www.lesepl.fr>).

²⁰²⁸ CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : préc. – CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle* : préc. – CJCE, 13 janvier 2005, C-84/03, *Commission c. Espagne* : préc.

marchés publics ne modifient pas la situation. En effet, même si elles mettent en place une extension de la dérogation *in house* en prévoyant une exception au principe selon lequel la dérogation ne bénéficie pas à la personne morale à laquelle est attribué le contrat quand elle comporte une participation directe de capitaux privés – exception qui s’appliquera aux « *formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d’exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* »²⁰²⁹ – il n’en demeure pas moins que cette exception sera peu fréquente dans la mesure où « *même si l’on admettait que la présence de capitaux privés est légalement requise dans le cas des sociétés d’économie mixte locales (SEML ; CGCT, art. L. 1521-1), celle-ci doit rester très limitée puisque, sans capacité de contrôle ou de blocage et sans possibilité d’exercer une influence décisive. De telles exigences limitent étroitement le champ de cette disposition et ne permettent pas d’autoriser un véritable partenariat public-privé dans le cadre d’une relation in-house* »²⁰³⁰.

1362. Enfin, la SEML est soumise aux règles applicables à l’ensemble des personnes publiques actionnaires et notamment au critère de l’investisseur privé de référence, comme l’a confirmé le Conseil d’État²⁰³¹.

b. Les sociétés d’économie mixte à opération unique (SEMOP)

1363. En France, l’adoption à l’unanimité de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014²⁰³² instaurant la société d’économie mixte à opération unique est l’aboutissement d’une « *longue marche* »²⁰³³. Inspirée de modèles étrangers (à l’instar de l’Espagne, de la Hongrie ou encore

²⁰²⁹ Art. 17 de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l’attribution des contrats de concessions (JO L 94, 28 mars 2014, p. 1) – art. 12 de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (JO L 94, 28 mars 2014, p. 65).

²⁰³⁰ G. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l’action publique locale », AJDA 2014, p. 1941.

²⁰³¹ Dans un premier temps, on a pu douter de l’application de ce critère aux SEML (CE, 7 janvier 1994, n° 133837, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence* : Rev. Sociétés 1994.764 note Alibert et Durand ; JCP 1994.II.22311, note Moreau – CE, 6 novembre 1995, n° 145955, *Commune de Villenave d’Ornon* : DA 1995, n° 760). Toutefois, dans un second temps, la Haute juridiction en a fait clairement application : CE, 10 novembre 2010, n° 313590, *Communautés de communes du nord du bassin de Thau* : AJDA 2010. 2187.

²⁰³² Codifiée aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du CGCT.

²⁰³³ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La SEM à opération unique ou l’avènement du PPI à la française », CMP 2014, repère 1. Adde G. Durand, « Une nouvelle société d’économie mixte locale : la société d’économie mixte à opération unique », RLDA 2014, p. 97 – P. Pintat, « Une nouvelle forme de contractualisation pour les opérations publiques : la SEM à opération unique », ACCP 2014, n° 147 - G. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l’action publique locale ? », AJDA 2014, n° 34 – M. Marques, Ph. Gonzague, Les sociétés d’économie mixte à opération unique », Droit administratif 2014, n° 10 – R. Mainnevet, « Les sociétés d’économie mixte à opération unique : l’apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », BJCL 2014, n° 9 – Cl. Devès, « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d’économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », JCP A 2014, n° 38 – G. Clamour, « La création des sociétés d’économie mixte à opération unique », CMP 2014, n° 8.

de la Pologne), la SEMOP trouve en effet sa raison d'exister dans le droit de l'Union européenne et s'appuie notamment sur la communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)²⁰³⁴ et sur l'arrêt *Acoset* de la Cour de justice du 15 octobre 2009²⁰³⁵.

1364. Le problème soulevé dans l'arrêt *Acoset SpA* était celui de déterminer le périmètre exact de l'obligation de mise en concurrence dans le cadre d'un PPPI, c'est-à-dire « *le fait qu'une entité privée et une entité adjudicatrice coopèrent dans le cadre d'une entité à capital mixte* ». En effet, la jurisprudence antérieure avait clairement posé deux principes : d'une part, l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession à une société d'économie mixte sans mise en concurrence porte atteinte à la libre concurrence et à l'égalité de traitement²⁰³⁶, d'autre part, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participent également le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exclut en tout état de cause la possibilité d'une relation *in house*²⁰³⁷. Cependant la question se posait de savoir si l'attribution d'une activité de service économique sans mise en concurrence à une société d'économie mixte, créée spécifiquement à cette fin, mais dont l'associé a été préalablement sélectionné conformément au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, était compatible avec le droit européen.

1365. Le juge européen répond affirmativement à cette question. Il considère qu'une double procédure (de choix de l'associé et d'attribution du contrat) serait « *de nature à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des partenariats public-privé institutionnalisés* »²⁰³⁸. Dès lors, la sélection d'un associé privé respectueuse des principes et règles de la commande publique permet à la société d'économie mixte d'échapper à la procédure de mise en concurrence sur l'attribution du contrat de façon justifiée dans la mesure

²⁰³⁴ Com. eur., communication interprétative n° C(2007)6661 du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

²⁰³⁵ CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset* : I-09913 ; AJDA 2010.105, note Dreyfus et Peltieret, 2010.2276, chron. Aubert, Broussy et Donnat ; RDI 2010.153, obs. Noguellou ; RLCT, 2010/53, note Passerieux et B. Thin.

²⁰³⁶ Pour les marchés publics, cf. not. CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, pt 51 – CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c. Autriche*, pt 48 : I-09705. Pour les concessions de service public, cf. not. CJUE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*. Adde Com. eur., communication interprétative n° C(2007)6661 du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), p. 4.

²⁰³⁷ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea*, pt 46 : I-08127.

²⁰³⁸ CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset*, pt 61 : I-09913.

où « les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, avant tout leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques et autres découlant de leur offre »²⁰³⁹.

1366. Sur cette base, un modèle de PPPI à la française a été conçu. Sa conception a dû faire fi de la réticence du Conseil d'État exprimée notamment dans un avis de la Section de l'administration du 1^{er} décembre 2009. La Haute juridiction considérait en effet que « l'introduction dans le droit français d'une formule de "PPP-I" au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables. Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires [...] »²⁰⁴⁰ – s'appuyant ainsi sur la règle de l'identité entre le candidat ayant présenté une offre et le titulaire du contrat à l'issue de la compétition –. Selon le Conseil d'État « seule la méthode de la constitution d'une société dédiée à l'exécution du contrat cédé apparaît, en l'état du droit applicable, pouvoir être mise en œuvre pour donner le cas échéant une existence au "PPP-I" en droit français », conformément à un avis antérieur du 8 juin 2000²⁰⁴¹.

1367. Ces objections n'ont cependant pas freiné l'élan des parlementaires et, comme le rappelle le Professeur Gabriel Eckert, pas moins de six propositions de loi ont été déposées conjointement au Sénat et à l'Assemblée nationale en vue de l'instauration de « sociétés d'économie mixte contrat »²⁰⁴².

1368. Finalement, c'est la dénomination de SEMOP qui a été préférée. Cette société publique est donc un PPPI²⁰⁴³ qui tire son originalité (et peut être sa fragilité) de la conciliation des exigences jurisprudentielles européennes et internes.

1369. La SEMOP peut être créée par « une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales [...], avec au moins un actionnaire opérateur économique »²⁰⁴⁴. Les

²⁰³⁹ *Ibid.*, pt 59.

²⁰⁴⁰ CE, Section de l'administration, avis, 1^{er} décembre 2009, n° 383.264, pt 1.2.

²⁰⁴¹ CE, Section des finances, avis, 8 juin 2000, n° 364803 : AJDA 2000.758 obs. Richer ; BJCP 15 mars 2001.94 note Glaser ; CJEG mars 2001.103 note Maugué et Deruy.

²⁰⁴² Propositions de lois n° 78, 80 et 81 déposées au Sénat le 16 octobre 2013 ; proposition de loi n° 1521 déposée à l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013.

²⁰⁴³ C'est-à-dire la « coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions » : Com. eur., 5 février 2008, C(2007)6661, communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

²⁰⁴⁴ Art. L. 1541-1, I du CGCT.

personnes publiques doivent détenir au moins 34% du capital et des droits de vote et 85% au plus. Les autres actionnaires, dont l'actionnaire opérateur, détiennent entre 15% et 66% du capital. La notion d'opérateur économique est large, en effet « *l'Assemblée nationale a manifesté sa volonté d'ouvrir la SEMOP à des personnes publiques ayant une activité économique et notamment à des établissements publics industriels et commerciaux, nationaux ou locaux, voire à des régies dotées de la personnalité juridique. Il pourrait en aller de même d'établissements publics administratifs dès lors qu'ils peuvent être qualifiés d'opérateur économique, au sens du droit des marchés publics, même s'ils ne poursuivent pas un but lucratif, ne disposent pas des structures organisationnelles d'une entreprises et n'assurent pas une présence régulière sur le marché* »²⁰⁴⁵.

1370. Ainsi, le partenaire privé est sélectionné dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle et « *la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique* »²⁰⁴⁶. Seront donc attribués simultanément le « *contrat de société* » et le « *contrat avec la société* » partenaire²⁰⁴⁷.

1371. La loi confère un domaine d'action assez étendu aux SEMOP – même si, *in fine*, un objet unique doit leur être modifié pendant la durée du contrat – ; elles peuvent ainsi prendre en charge : « *1° soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ; 2° soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ; 3° soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales* »²⁰⁴⁸. En outre, « *La société d'économie mixte à opération unique est dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale*

²⁰⁴⁵ G. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », AJDA 2014, p. 1941.

²⁰⁴⁶ Art. L. 1541-2, I du CGCT.

²⁰⁴⁷ Pour reprendre la distinction établie par M. G. Durand *in* « Une nouvelle société d'économie mixte locale : la société d'économie mixte à opération unique », RLDA 2014, p. 97.

²⁰⁴⁸ I de l'art. L. 1541-1, à l'exception des missions de souveraineté : cf. Cons. Const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit – Cons. const, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré »²⁰⁴⁹.

1372. Pour le reste, la SEMOP est une société anonyme de droit commun au sens des L. 225-1 et s. du Code de commerce et sera donc soumise à un régime de droit privé et aux règles de gouvernance applicables aux sociétés anonymes, à l'exception notable qu'elle devra être présidée par un élu de la collectivité actionnaire.

i. Les avantages

1373. La SEMOP a d'indéniables qualités²⁰⁵⁰. Tout d'abord, comme le rappelle le Professeur Frédéric Lombard, elle est un « *outil de sécurisation des partenariats public-privé* »²⁰⁵¹ qui vient combler les carences de la SEML. Elle sera donc potentiellement attractive pour les partenaires privés et permet d'allier l'expertise technique et les ressources financière publiques et privées tout en préservant le contrôle public. En effet, par dérogation à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée (MOP), la collectivité actionnaire ou le groupement de collectivité actionnaire – même minoritaire – conservera la maîtrise d'ouvrage et restera seul donneur d'ordre. Ensuite, elle permet à la personne publique de pouvoir être actionnaire minoritaire. Enfin, il faut noter le caractère global des missions qui pourront être confiées à la SEML « *en décalage avec la contrainte d'allotissement résultant de l'article 10 du Code des marchés publics* »²⁰⁵².

ii. Les limites

1374. On peut, à titre de remarque préliminaire, regretter que l'adoption de la SEMOP n'ait pas été liée à la réforme des collectivités territoriales.

1375. Sur les points plus techniques, on rejoint les critiques formulées par le Professeur Gabriel Eckert selon lesquelles la loi du 1^{er} juillet 2014 ne garantit pleinement aucun des objectifs fixés.

1376. En premier lieu, la procédure de mise en concurrence, si elle permet de concilier les exigences de l'Union européenne et nationales, n'entraîne pas de souplesse particulière. En effet, il faudra « *s'assurer de la qualification du contrat [de société] car dépendra de cette qualification la procédure de consultation à mettre en œuvre* »²⁰⁵³, or une erreur de qualification

²⁰⁴⁹ Art. L. 1541-1, IV du CGCT.

²⁰⁵⁰ Y. Goutal et C. Coupé, « La SEM contrat : quoi de neuf ? », AJCT, 2013, p. 543.

²⁰⁵¹ F. Lombard, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013, p. 555.

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ *Ibid.*

pourrait entraîner des conséquences désastreuses sur le contrat et par incidence sur le montage financier structuré par les acteurs publics et privés.

1377. En second lieu, si la loi ouvre un large champ d'activité aux SEMOP, l'interdiction qui leur est faite d'assurer des activités accessoires et l'interdiction de prendre des participations²⁰⁵⁴ est une limite aussi contraignante que contestable. D'ailleurs, on ne peut que regretter que l'expérience des SEML n'ait pas suscité une réflexion plus globale sur les réalités de l'action des sociétés publiques territoriales : en effet cette expérience « *a montré que l'équilibre recherché était délicat à trouver. Au plan juridique elles oscillent entre le statut d' "instrument" de l'action publique [...] et celui de sociétés ordinaires [...]. Plus encore, au plan pratique, elles apparaissent tantôt comme un simple outil de gestion directe du service public sous un régime de droit privé, tantôt, au contraire, comme des entités largement autonomes de leurs actionnaires publics auxquels elle ne rendent plus guère compte* »²⁰⁵⁵.

1378. En troisième lieu, il y a fort à craindre que, du point de vue du contrôle opéré par les personnes publiques, les asymétries d'information jouent fortement en leur défaveur. Les partenariats public-privé contractuels – les contrats de partenariat – ont en effet prouvé que la technicité du partenaire privé pouvait engendrer un déséquilibre entre les cocontractants²⁰⁵⁶.

1379. En quatrième lieu, la question de la sous-traitance n'est pas abordée. Or, elle est essentielle. En effet, deux solutions sont possibles : soit le recours à la sous-traitance devra être justifié et développé dans le cadre de procédure d'attribution – et donc précisé dans l'appel d'offre – soit il interviendra dans le cadre de l'exécution du contrat, et dans ce cas précis, tout dépendra de la qualité ou non de pouvoir adjudicateur de la SEMOP²⁰⁵⁷.

1380. Enfin, en cinquième lieu, la question de savoir si les SEMOP bénéficieront aux petites et moyennes entreprises est discutable. En effet, les exigences et la spécificité de la procédure d'appel d'offre sera assurément de nature à rebuter les petites et moyennes entreprises peu aguerries au champ de bataille des experts de la commande publique.

²⁰⁵⁴ Art. L1541-1, II du CGCT.

²⁰⁵⁵ G. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », AJDA 2014, p. 1941.

²⁰⁵⁶ Cf. not. J.-P. Sueur et H. Portelli, *Les partenariats publics-privé*, Rapport d'information, n° 733, Paris, Sénat, 16 juillet 2014.

²⁰⁵⁷ Sur cette question, cf. not. Cl. Devès, « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », JCP A, n° 38-39, 22 septembre 2014, p. 2266 – M. Marques et P. Gonzagues, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », DA 2014 n° 10, octobre 2014, étude 15.

c. Les sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)

1381. La création des SPL est l'incarnation parfaite de l'art de jouer (ou de se jouer) du droit européen²⁰⁵⁸.

1382. L'objet de l'affaire n'était pas mince. Il s'agissait de permettre aux collectivités territoriales d'attribuer à ces sociétés nouvelles, sans publicité ni mise en concurrence, divers contrats publics en vertu de la jurisprudence des contrats *in house*²⁰⁵⁹. Cette jurisprudence élaborée par la Cour de justice de l'Union européenne permet à une personne publique d'échapper aux règles de la commande publique pour les contrats conclus avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle assure sur ses propres services, et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle.

1383. Une première tentative d'instauration d'un modèle de sociétés semblable avait eu lieu au moment du débat sur la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales : un amendement envisageait de permettre aux collectivités territoriales de détenir entre 34 et 100% du capital d'une SEML mais le gouvernement s'était opposé à cet amendement²⁰⁶⁰.

1384. Les SPL ont, quant à elles, fait l'objet d'une instauration « exprès » : large consensus parlementaire, formulation courte, adoption aussi discrète que rapide, norme d'application

²⁰⁵⁸ Cf. not. « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », Dossier, RDP 2011, n° 3, p. 717 – « Les sociétés publiques locales », (Actes du Colloque de Toulouse des 20 et 21 septembre 2012), RFDA 2012, p. 1069 – « Les sociétés publiques locales : bilan et perspectives », ACCP 2013, n° 131, p. 25 – C. Bergeal, « Utilisez la société publique locale, mais respecter le mode d'emploi », AJDA 2010, p. 1228 – G. Clamour, « Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », CMP juillet 2010, 235 – Cl. Devès, « La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales. Evolution ou régression des règles de la commande publique ? », JCP A 2010, n° 2229 – S. Donderon, « L'instrumentalisation du droit des sociétés publiques locales », D. 2012, p. 2408 – J. Facon, « Les SPL : une révélation au grand jour de la qualité d'opérateur économique des collectivités locales », RLCT 2010/59, n° 1672 – M. Karpenschif, « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPP ? », JCP A 2010, n° 48, étude 2348 – S. Nicinski, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », AJDA 2010, p. 1759 – R. Noguellou, « Les sociétés publiques locales », DA juillet 2010, alerte 44 – Ph. Terneyre, « Les sociétés publiques locales », JCP A 2011, n° 51-52, n° 2396.

²⁰⁵⁹ Cf. CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : I-08121 – CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau* : Rec. I-00001 – CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Coname* : Rec. I-07287 – CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : Rec. I-08585 – CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c. Autriche* : I-09705 – CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant* : I-08457. Cette jurisprudence a été transposée, en droit français, dans le Code des marchés publics (art. 3. 1°) et, pour les délégations de service public, dans la L. n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques du Code des marchés publics (art. 41).

²⁰⁶⁰ Sur cette question, cf. not. J.-F. Sestier, « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », RFDA 2002, p. 923 – Cl. Devès, « La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, la loi du 2 janvier 2002 », AJDA 2002, p. 139.

immédiate, absence de saisine du Conseil constitutionnel, la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales²⁰⁶¹ n'a pas connu le « feu des projecteurs » ; pourtant, à envisager ses potentialités et ses conséquences juridiques, on ne peut qu'être étonné qu'elle n'ait pas soulevé davantage de débats.

1385. Il faut cependant rappeler qu'une première mouture de ce type de sociétés avait été mise en place – de manière expérimentale – par l'article 20 de la loi du 13 juillet 2006²⁰⁶² portant engagement national pour le logement, qui créait les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Ces SPLA prenaient la forme de sociétés anonymes, soumises aux dispositions du Code général des collectivités territoriales applicables au SEM. Par comparaison avec les SPL, leur objet était plus ciblé car elles ne pouvaient réaliser – pour le compte des personnes publiques et sur leurs territoires – que des opérations d'aménagement, définies à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme. Contrairement aux SEM, le capital devait être intégralement détenu par la ou les collectivités et/ou leurs groupements. L'objectif était de confier aux SPLA des contrats publics sans mise en concurrence préalable, sur le fondement de la jurisprudence de l'Union européenne relative aux prestations intégrées²⁰⁶³. La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 installe définitivement les SPLA – qui deviennent une variante des SPL –, étend leur champ d'activités (réalisation d'études foncières, opération de construction de réhabilitation immobilière, d'aménagement, acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce et artisanaux) et renforce leurs pouvoirs (droits de préemption et de priorité et recours à l'expropriation).

1386. Les SPL sont des sociétés anonymes à capitaux intégralement publics. Créées par délibération des collectivités territoriales et/ou de leurs groupements, elles bénéficient d'un large champ d'action : ainsi, dans le « *cadre des compétences qui [...] sont attribuées par la loi* »²⁰⁶⁴ aux collectivités territoriales et leurs groupements, les SPL ont vocation à « *réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des*

²⁰⁶¹ L. n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (JO n° 0122 du 29 mai 2010, p. 9697).

²⁰⁶² Cette disposition avait été introduite par un amendement au cours de la discussion de la loi à l'Assemblée nationale.

²⁰⁶³ La collectivité concédante pouvait se soustraire à la mise en concurrence si elle exerçait sur l'aménageur un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et si l'aménageur réalisait l'essentiel de ses activités avec elle, ou le cas échéant, avec les autres personnes publiques qui le contrôlaient.

²⁰⁶⁴ Art. L. 1531-1 du CGCT.

opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général »²⁰⁶⁵.

1387. Elles doivent comprendre au moins deux collectivités et/ou groupements de collectivités actionnaires, dont l'un doit être majoritaire. La loi prévoit spécifiquement que seuls les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent créer des SPL. Par conséquent, les autres personnes physiques ou morales de droit public – État et ses établissements publics, établissements publics locaux, autorités administratives indépendantes, groupements d'intérêt public etc. – ou de droit privé ne peuvent être actionnaires. L'une des principales raisons de ces exclusions tient au souci du législateur de respecter la condition du contrôle analogue nécessaire pour la qualification de la relation *in house*.

1388. À l'époque, le point d'achoppement principal durant les débats parlementaires a concerné l'exclusion des établissements publics locaux de la participation au capital des SPL. C'est le gouvernement qui, par voie d'amendement, a demandé et obtenu que l'alinéa autorisant la participation des établissements publics territoriaux aux SPL soit supprimé au motif que « *la participation d'établissements publics aux SPL est de nature à amoindrir la portée réelle de ce contrôle et donc à fragiliser le critère d'intégration qui est au cœur de la jurisprudence "in house"* » créant ainsi un risque de contentieux communautaire »²⁰⁶⁶. Le gouvernement a peut-être fait preuve ici d'une précaution excessive. En théorie, il est vrai que rien n'interdit à un établissement public local – qui est toujours un pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 2 du Code des marchés publics²⁰⁶⁷ – de confier des prestations *in house* – éventuellement en partenariat avec d'autres personnes publiques – à une filiale afin qu'elle assure une ou plusieurs missions entrant dans le champ de compétence de l'établissement public²⁰⁶⁸.

1389. L'exclusion de la participation d'actionnaires privés au capital de la SPL n'a quant à elle rien de surprenant. En effet, elle s'appuie sur la jurisprudence européenne qui exclut la

²⁰⁶⁵ *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Amendement n° 5 du 2 juin 2009 présenté par le Gouvernement, relatif au texte de la commission des lois du Sénat n° 431 (2008-2009) sur la proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales.

²⁰⁶⁷ Sont ainsi soumis au Code des marchés publics, en vertu de son article 2, l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, y compris ceux ayant un caractère industriel ou commercial.

²⁰⁶⁸ Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le rapport d'étude du Conseil d'État sur les établissements publics du 15 octobre 2009 au terme duquel « *Pour ce qui est des contrats et conventions qu'un établissement est susceptible de passer avec d'autres personnes publiques, on se contentera de renvoyer, d'une part, aux développements de la première partie consacrés au champ de l'exception dite "in house", qui peut permettre aux établissements de mener des actions particulières, éventuellement en partenariat avec d'autres personnes publiques, via des "filiales"* » : CE, *Les établissements publics*, EDCE, Paris, La doc. fr., 2010,

qualification de relation *in house* entre une personne publique et une société qui serait composée, même partiellement, de capitaux privés²⁰⁶⁹. Toutefois, les directives de mars 2014 apportent un assouplissement limité à cette règle jurisprudentielle²⁰⁷⁰.

1390. En théorie, l'éventualité que des collectivités territoriales étrangères soient associées d'une SPL ne pose pas problème : selon l'article L. 1522-1²⁰⁷¹, une telle participation est possible à condition que lesdites collectivités étrangères ne détiennent pas séparément ou collectivement plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants. Cependant, à l'usage, c'est à nouveau la question du contrôle analogue qui soulève des difficultés. En effet, pour que la relation *in house* soit satisfaite, il conviendra de prouver que – en dépit de l'extranéité – les collectivités étrangères ont un pouvoir de contrôle sur les SPL analogue à celui qu'elles ont sur leurs propres services.

1391. Cette spécificité mise à part, l'organisation des SPL est calquée sur celle des sociétés anonymes : la SPL est donc dotée d'un conseil d'administration ou d'une structure duale composée d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

1392. Leur régime est conforme à celui des sociétés anonymes et relève donc du droit privé²⁰⁷². Toutefois, en tant que pouvoirs adjudicateurs, les SPL sont soumises aux règles de la commande publique – soit sous l'égide de l'ordonnance du 6 juin 2005, soit sous l'égide du Code des marchés publics si elles décident de l'appliquer de leur plein gré ou si elles agissent au nom et pour le compte des collectivités actionnaires – ; en outre, en matière de responsabilité, les élus font l'objet d'une protection spécifique : la responsabilité civile incombe à la commune, les

²⁰⁶⁹ Cf. not. CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Coname* : AJDA 2005.1541 – 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : AJDA 2005.2335, note E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Toutefois, par la suite, la CJCE a pu préciser que « la simple possibilité, reconnue par les statuts d'une société détenue entièrement par des personnes publiques, que des personnes privées participent au capital de cette société ne suffit pas, en l'absence de toute perspective de concrétisation de cette possibilité au moment de la conclusion du marché, pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie » : CJCE, 10 septembre 2009, C-573/07, *Sea*, pt 51. Cette position de la CJCE ne contredit cependant pas le principe d'exclusion de la qualification de relation *in house* entre une personne publique et une société qui serait composée, même partiellement, de capitaux privés.

²⁰⁷⁰ Cf. *infra* n° 1459 et s.

²⁰⁷¹ Le titre III du CGCT s'applique aussi bien aux SEML qu'aux SPL.

²⁰⁷² Il est dérogatoire du droit commun dans deux cas de figure : « si la personne privée est susceptible de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique ou de se placer dans le cadre de la gestion d'un service public administratif, ou si le juge décèle dans l'action de la personne privée une action pour le compte de la collectivité ou un "mandat" » : Cl. Devès, « De la société d'économie mixte à la société publique locale : similitudes ou grand écart », RFDA 2012, p. 1082.

élus ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux (et ne risquent donc pas de peine d'inéligibilité) et sont protégés contre les sanctions pour prise illégale d'intérêt.

i. Les avantages

1393. Avec la création des SPL, le législateur poursuivait un double objectif.

1394. Il s'agissait, d'une part, de mettre à la disposition des collectivités territoriales un nouvel outil de gestion des services publics, plus souple dans son fonctionnement et dont elles auraient l'entière maîtrise : plus souple²⁰⁷³ en effet, car le statut de société anonyme permet aux actionnaires publics de gérer certains services comme de véritables entrepreneurs soumis au droit privé ; maîtrisé, car les collectivités territoriales pouvaient, pour la première fois, détenir la totalité du capital²⁰⁷⁴ d'une société de droit privé, ce qui leur permettait désormais d'assurer la direction stratégique et politique de l'entreprise.

1395. Le second objectif était de déroger aux règles de mise en concurrence et de publicité préalable. Avec la création des SPL et des SPLA, le législateur va au bout de la logique de dérogation au droit de l'Union européenne, et se sert pour cela de l'outil *in house* créé par le juge européen. Et c'est peut-être en cela que le bât blesse : car si ce nouvel outil utilise – voire détourne – astucieusement la jurisprudence relative aux relations *in house* de son objet initial – en faisant d'une exception une dérogation généralisée²⁰⁷⁵ –, l'astuce a atteint rapidement ses limites car, pour « sécuriser » le mécanisme, le législateur en a encadré sévèrement l'usage.

ii. Les limites

1396. « *Comme de bien entendu* », cette loi a immédiatement suscité la colère de certaines organisations professionnelles face à ce qu'elles considéraient comme constituant une « *atteinte grave à la liberté du commerce et de l'industrie* [sic] »²⁰⁷⁶. C'est d'ailleurs pour ne pas risquer

²⁰⁷³ Le Professeur Yves Jégouzo parle même de « *course à la souplesse* ». Ainsi, « *de nombreux établissements publics ayant des activités non marchandes ont été qualifiés d'EPIC pour des raisons essentiellement liées à la recherche d'une plus grande souplesse dans la gestion (statut du personnel, comptable...), l'étape suivante dans cette course à la souplesse étant celle des sociétés publiques comme le montre la loi qui vient de créer les sociétés publiques locales à capital public exclusif* » : in « Questions sur l'avenir de l'établissement public », AJDA 2010. 1238.

²⁰⁷⁴ Avec les SEM elles ne pouvaient détenir que 85% du capital.

²⁰⁷⁵ DGCL, circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, Le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) : « *Il ressort clairement de l'exposé des motifs et des rapports des commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale qu'en créant les SPL, la volonté du législateur a été de mettre à la disposition des collectivités territoriales un nouvel outil d'intervention avec lequel elles puissent contracter librement dans le respect des règles communautaires. Le même objectif avait motivé la création des SPLA en 2006* ».

²⁰⁷⁶ Un exemple parmi d'autres, le Medef avait pu, par la voix de sa présidente d'alors, considérer que « *ce texte prévoit que ces sociétés publiques locales pourront échapper à tout appel d'offres et ne seront pas concernées par*

la censure que le législateur (conseillé sur ce point par le Gouvernement) avait précautionneusement encadré le mécanisme de dérogation à la mise en concurrence afin qu'il soit strictement conforme à la jurisprudence communautaire relative aux contrats *in house*²⁰⁷⁷.

1397. Cinq ans après leur création, voici quelques brèves observations que l'on peut tirer du bilan des SPL²⁰⁷⁸.

1398. Rappelons d'abord que la « sécurisation » de ce type de dispositif, autrefois hasardeuse – car elle reposait uniquement sur une jurisprudence européenne –, est aujourd'hui assurée par les directives européennes de mars 2014 relative aux contrats de concession et aux marchés publics²⁰⁷⁹.

1399. En premier lieu, il semblerait que les collectivités territoriales et/ou leurs groupements aient la fâcheuse tendance à confondre le « droit de la mise en concurrence » et le « droit de la concurrence » : en effet « *une SPL constituée peut heurter la liberté d'entreprendre ou la liberté du commerce et de l'industrie, de même que la libre concurrence dès lors que l'attribution d'un service local marchand à la SPL exclut les opérateurs économiques privés de ce marché* »²⁰⁸⁰, logique somme toute basique mais que le mécanisme de la SPL peut faire « oublier » aux acteurs publics locaux.

1400. En second lieu, l'utilité de la SPL diminue à mesure que s'accroissent les besoins de financement des collectivités territoriales et de leurs groupements. En effet, l'absence d'actionnaires privés prive les SPL d'une source de financement importante. Or, il n'est pas rare que les seules ressources de la SPL ne suffisent plus à assurer son bon fonctionnement et qu'elle soit dès lors contrainte, en cours d'activité, de trouver des sources de financement

la législation sur les marchés publics. Il s'agit selon nous d'une atteinte grave à la liberté du commerce et de l'entreprise. Il s'agit d'une menace pour des milliers d'entreprises et notamment des PME qui travaillent beaucoup et qui ont comme "corps business" de répondre à ces appels d'offres publics. Et ces PME auront, si ce texte est adopté, toujours l'obligation de passer par des appels d'offres, alors que les SPL créées ainsi par la loi n'auraient plus cette obligation. Nous considérons qu'il y a une atteinte à la Constitution de notre pays et si le Parlement ne revient pas en arrière, nous porterons ce dossier assez loin sur le plan juridique. Il y a une détermination farouche de notre part sur cette question » : L. Parisot, point presse mensuel de mai 2010, Medef (<http://www.medef.com>).

²⁰⁷⁷ C. Bergeal, « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », AJDA 2010, p. 1128.

²⁰⁷⁸ Sur ce sujet, cf. not. « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », Dossier, RDP 2011, n° 3, p. 717 – « Les sociétés publiques locales » (Colloque de Toulouse des 20 et 21 septembre 2012), RFDA 2012, p. 1069 – « Les sociétés publiques locales : bilan et perspectives » (Dossier), ACCP 2013, n° 131, p. 25.

²⁰⁷⁹ Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concessions (JO L 94, 28 mars 2014, p. 1) – Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (JO L 94, 28 mars 2014, p. 65).

²⁰⁸⁰ F. Lombard, « les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013, p. 555.

externes. Le champ des possibles est cependant assez restreint, dans la mesure où toute ouverture aux capitaux privés est impossible : les SPL devront soit faire appel à l'emprunt, soit mettre à contribution les collectivités territoriales actionnaires à travers divers mécanismes prévus dans le CGCT pour les SEM²⁰⁸¹. La difficulté principale tenant, dans ce dernier cas, au droit européen et français de la concurrence : il ne faudra en effet ni que le financement alloué soit assimilable à une aide d'état faussant le jeu de la concurrence, ni qu'il puisse constituer un abus de position dominante.

1401. En troisième lieu, les SPL ne peuvent pas développer d'activités pour le compte d'un tiers, même de façon accessoire, ce qui est regrettable²⁰⁸².

1402. En quatrième lieu, l'obligation de présence de deux actionnaires au minimum est un peu étrange. On trouve trace d'une justification dans le Rapport Schosteck selon lequel « *la présence de deux actionnaires accroîtra peut-être la transparence et permettra en tout cas un meilleur suivi des comptes et des appels d'offres ou des attributions à des délégataires* »²⁰⁸³, toutefois cette justification ne nous paraît pas convaincante.

3. Les sociétés publiques à l'initiative des personnes publiques spécialisées

1403. Nous allons successivement envisager le cas des établissements publics (a) et des groupements d'intérêt public (b).

a. Le cas des établissements publics

1404. Les établissements publics – locaux ou nationaux – peuvent créer des filiales ou prendre des participations dans deux hypothèses.

1405. En premier lieu, si le législateur les y autorise. Ces autorisations peuvent concerner des catégories d'établissements publics (au sens de l'article 34 de la Constitution) : il en va ainsi,

²⁰⁸¹ La loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales (JO du 3 janvier 2002, p. 121) a ainsi augmenté les possibilités de recours à des mécanismes de financement pour les SEM. Trois techniques principales sont possibles : l'augmentation de capital, l'avance en compte courant et l'octroi de subvention. Ces trois techniques sont bien encadrées par le législateur et par le juge pour les SEML et sont applicables aux SPL : sur cette question, cf. not. L. Rapp, « Le financement des sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1107 – J.-F. Sestier, « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », RFDA 2002, p. 923.

²⁰⁸² Cf. not. J.-F. Rizet, « Les évolutions et les améliorations envisageables pour les EPL », ACCP avril 2013, p. 27 – A Vigoureux, « Les avantages comparatifs de la société publique locale », RFDA 2012, p. 1075.

²⁰⁸³ J.-P. Schosteck, Rapport n° 2277 du 3 février 2010 fait au nom de la Commission des lois, Paris, AN, XIII^e législature, p. 4.

par exemple, des établissements publics à caractère scientifique et technologique²⁰⁸⁴, des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel²⁰⁸⁵, des établissements de coopération culturelle²⁰⁸⁶. Elles peuvent également concerner des établissements publics en particulier. Cette dernière hypothèse concerne notamment les établissements publics industriels et commerciaux de l'État²⁰⁸⁷ mais aussi plus largement – et de plus en plus fréquemment – des établissements publics administratifs nationaux dont les textes institutifs prévoient soit la possibilité de créer des filiales et de prendre des participations²⁰⁸⁸ soit seulement la possibilité de prendre des participations²⁰⁸⁹.

1406. En second lieu, le juge administratif considère que le principe de spécialité n'interdit pas aux établissements publics, et en particulier aux établissements publics industriels et commerciaux, de diversifier leurs activités et par conséquent de créer des filiales ou de prendre des participations au sein de sociétés, même quand le législateur ne les y a pas explicitement autorisés. Toutefois cela suppose d'abord que la prise en charge de ces activités connexes soit le complément normal des missions statutaires de l'établissement public, d'autre part, que ces

²⁰⁸⁴ Cf. art. L. 321-4 du Code de la recherche : « *Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration* ».

²⁰⁸⁵ Cf. art. R. 711-10 du Code de l'éducation (« *Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent, en application de l'article L. 711-1, créer des filiales et prendre des participations dans des sociétés ou groupements de droit privé. Lorsqu'un établissement détient plus de la moitié des actions ou des parts sociales de la personne morale mentionnée à l'alinéa précédent, celle-ci est dénommée filiale de cet établissement* ») et art. R. 711-11 du Code de l'éducation (« *La délibération du conseil d'administration autorisant la création de la filiale ou la prise de participations est soumise à l'approbation du recteur d'académie, chancelier des universités, et du directeur régional des finances publiques ou, pour les établissements qui lui sont directement rattachés, du ministre chargé de l'enseignement supérieur et du contrôleur budgétaire et comptable ministériel* »).

²⁰⁸⁶ Cf. art. R. 1431-7 du CGCT : « *le conseil d'administration [d'un établissement public de coopération culturelle] délibère sur toutes les questions relatives au fonctionnement de l'établissement et notamment sur [...] les créations de filiales et les participations à des sociétés d'économie mixte* ».

²⁰⁸⁷ En particulier durant les périodes de libéralisation des services de réseaux Ainsi, par ex., l'art. 7 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de La poste et à France Télécom, et l'art. 18 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs concernant l'établissement public SNCF ont autorisé les prises de participation « *dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire* ».

²⁰⁸⁸ « *Il est possible de citer à titre d'exemples : les Ecoles nationales supérieures des mines, les instituts universitaires de formation des maîtres, l'Établissement public du musée du Louvre et, plus récemment, la Bibliothèque nationale de France. Pour tous ces établissements, le texte institutif impose que les prises de participations et les créations de filiales fassent l'objet de délibérations du conseil d'administration de chaque établissement, délibérations qui doivent par ailleurs être soumises systématiquement à l'approbation expresse du ministre de tutelle et à celle du ministre chargé du budget* » : Instruction codificatrice n° 05-030-M91 du 18 juillet 2005, relative à la réglementation financière et comptable des établissements publics nationaux à caractère administratif, t. 1, « Les relations de l'EPN avec son environnement », Paris, BOCP, p. 66.

²⁰⁸⁹ Certains textes créant des établissements publics nationaux à caractère administratif, tel que ceux de l'Institut géographique national, l'Agence française du sang, l'établissement public de Météo-France et l'Établissement français des greffes, ne prévoient que la possibilité de prendre des participations : Instruction codificatrice n° 05-030-M91 du 18 juillet 2005, préc., p. 66.

activités connexes soient d'intérêt général et directement utiles à l'activité de l'établissement public et enfin que cette diversification respecte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

1407. Ces limites sont particulièrement « insécurisantes » pour les établissements publics. C'est pour cette raison que le ministère de l'économie et des finances recommande aux autorités créatrices d'établissements publics – quelle que soit la nature de leurs activités – en dehors des dérogations déjà prévues par le législateur, d'une part « *de prévoir dans le texte institutif la possibilité de recourir aux prises de participations ou aux créations de filiales* », d'autre part de veiller à ce que ces opérations correspondent « *à l'objet de l'établissement public tel qu'il est défini par son statut, [qu'elles soient] autorisées par le conseil d'administration, puis par le ministre de tutelle et le ministre chargé du budget et parfois même par le contrôleur financier* » et enfin « *de se montrer vigilant à l'égard de ce type d'opérations dans la mesure où, si les nouvelles personnes morales envisagées faisaient l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, il serait difficile de concilier la mise en œuvre de ces procédures avec le principe de l'insaisissabilité des biens et avoirs des personnes publiques* »²⁰⁹⁰.

b. Le cas des groupements d'intérêt public

1408. Contrairement aux établissements publics, les groupements d'intérêt public sont, par principe, autorisés par la loi à prendre des participations à la condition que cette possibilité soit inscrite dans la convention constitutive²⁰⁹¹.

1409. Le législateur n'a pas fait référence à la création de filiales par les groupements d'intérêt public : on peut toutefois raisonnablement penser que la jurisprudence relative à la diversification des activités des établissements publics leur est applicable et, dès lors, qu'ils peuvent – à ce titre – créer des filiales ou prendre des participations.

1410. Dans ces deux hypothèses, l'absence de but lucratif des groupements d'intérêt public devrait soit interdire le versement de dividendes au groupement – ce qui ne serait pas la solution la plus pertinente – soit autoriser un tel versement mais, comme l'ensemble des bénéficiaires des

²⁰⁹⁰ Instruction codificatrice n° 05-030-M91 du 18 juillet 2005, préc., p. 66.

²⁰⁹¹ Il s'agit même d'une mention obligatoire : cf. art. 99 de la L. modifiée n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537) : « *La convention constitutive règle l'organisation et les conditions de fonctionnement du groupement. Elle contient les mentions suivantes : [...] 8° Les conditions dans lesquelles le groupement peut prendre des participations, s'associer avec d'autres personnes et transiger* ».

groupements d'intérêt public, à la condition que cette ressource soit utilisée à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mise en réserve²⁰⁹².

**§2. UN MODE DE GESTION PERMETTANT UNE PRISE EN CHARGE ADAPTÉE DES
ACTIVITÉS DE SERVICE ÉCONOMIQUE EN MILIEU CONCURRENTIEL**

1411. Même si chaque type de sociétés publiques possède des avantages et des inconvénients, il n'en demeure pas moins qu'elles sont un mode de gestion adéquat pour la prise en charge des activités de service économique en milieu concurrentiel.

1412. Elles permettent de trouver un équilibre entre la gestion directe et les contraintes du marché. Les personnes publiques peuvent ainsi se soustraire aux problèmes soulevés par la gestion sous statut de droit public sans nécessairement recourir à la privatisation.

1413. Il ne s'agira pas, dans les développements qui vont suivre, de piédestaliser les sociétés publiques, mais de montrer leur adaptation au milieu concurrentiel. D'ailleurs, on s'apercevra que ce mode de gestion est intéressant non seulement pour assurer des activités de service public économique à la population mais également pour assurer la régulation du marché. Ainsi, les personnes publiques ont parfois intérêt à investir le marché – dans la limite de leurs contraintes budgétaires et de leurs compétence – par le biais de sociétés publiques et éventuellement, si elles n'ont pas les compétences techniques ou les ressources financières suffisantes, par une société publique à économie mixte.

1414. Ce mode d'initiative publique est utile tant pour la personne publique que pour le marché. En effet, il permet d'adapter l'action économique des personnes publiques à la concurrence (A) mais aussi de compenser les excès de la concurrence (B).

A. Exercer la concurrence

1415. Les sociétés publiques permettent utilement aux personnes publiques de pouvoir exercer une activité de service économique – marchand ou non marchand – sous un régime ordinaire de droit privé adapté à la concurrence. Le régime du personnel, le régime des biens, le régime

²⁰⁹² En effet, « les groupements d'intérêt public ne donnent pas lieu au partage des bénéfices. Les excédents annuels de la gestion ne peuvent qu'être utilisés à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mis en réserve » : L. Janicot, *Groupements d'intérêt public*, J.-Cl. adm., fasc. 148-10, Paris, LexisNexis, 2012, n° 152. Cf. *supra* n° 352.

fiscal, le régime financier – et notamment la disposition d’un capital – (etc.) sont autant d’exemples qui prouvent que la ou les personnes publiques actionnaires peuvent gérer une activité de service économique à l’appui d’une structure de droit privé tout en se dégageant des contraintes juridiques et bureaucratiques inhérentes au statut de droit public, quand bien même celui-ci est fortement banalisé – on pense ici notamment au statut des établissements publics industriels et commerciaux et à celui des groupements d’intérêt public –. Le régime de la gestion²⁰⁹³ des sociétés publiques ne sera en fin de compte soumis au droit administratif que lorsque celles-ci sont issue de la transformation d’un établissement public en société commerciale²⁰⁹⁴ ou quand elles prendront en charge des activités de service public²⁰⁹⁵ mais, même dans ce cas, il ne le sera ni plus ni moins que le régime des entreprises de droit privé en charge d’une mission de service public²⁰⁹⁶. Autrement dit, « *le recours à la société commerciale pour la gestion des activités publiques marque bien, par rapport à l’établissement public industriel et commercial, une étape supplémentaire dans le sens de l’application du droit commercial* »²⁰⁹⁷.

1416. En outre, cette technique permet d’accroître la « logique » entrepreneuriale de l’action publique. D’une part, la responsabilité des personnes publiques actionnaires, et notamment des élus qui les représentent, s’accroît : par exemple, même si, concernant les sociétés publiques territoriales, les représentants des collectivités territoriales actionnaires au sein des SPL jouissent du même statut que celui prévu pour les SEM²⁰⁹⁸, et bénéficient donc – pour les actes

²⁰⁹³ Le contrôle des sociétés publiques reste en effet spécifique : cf. *infra* n° 1466 et s.

²⁰⁹⁴ Cette transformation peut notamment avoir des conséquences sur le régime juridique du personnel (cf. *supra* n° 90 et s.) ou des contrats (cf. TC 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français* : Rec. 640 ; BJCP 2006.419, concl. Stahl ; RJEP 2007.1, concl. ; RFDA 2007.284, concl. et note Delaunay ; AJDA 2006.2382, chron. Landais et Lenica ; JCP Adm. 2007.2077, note Plessix ; RDC 2007, note Brunet).

²⁰⁹⁵ Ainsi, par ex., les biens des sociétés commerciales pourront être soumis à un régime spécifique de protection quand ils seront affectés au service public : cf. not. G. Quiot, « De l’inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », AJDA 2005, p. 813 – J.-F. Brisson, « L’incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », AJDA 2005, p. 1835 – J. Dufau, « Le changement de statut des aéroports de Paris », JCP A 2005, n° 27, p. 1077 – Ch. Lavalie, « L’ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée », RFDA 1996.1126.

²⁰⁹⁶ Ainsi, par ex., les biens des sociétés commerciales à capitaux majoritairement public ou privé pourront de la même manière être qualifiés d’ouvrages publics : cf. CE, Ass., avis contentieux, 29 avril 2010, n° 323179, *M. et Mme Béliгаud* comp. TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* : AJDA 2010.1642, chron. Liéber et Botteghi ; RFDA 2010.572, note Melleray ; AJDA 2010.1916, étude Jeanneney – RJEP 2010, n° 680, p. 24, note Gaudemet – DA 2010, n° 10, p. 38, note Pissaloux.

²⁰⁹⁷ G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994, p. 231.

²⁰⁹⁸ Article L. 1524-5 du CGCT. Adde J.-F. Bizet, « La responsabilité des élus à la tête des sociétés d’économie mixte », LPA, 15 février 1995, p. 31 – Cl. Devès, « La responsabilité pénale de l’ élu dirigeant d’une SEM », RGCT, n° 10, mars-avril, 2000, p. 90.

relevant de l'exercice de leur mandat – d'une dérogation concernant leur responsabilité civile – responsabilité qui incombera « à la collectivité territoriale ou aux groupements dont ils sont mandataires »²⁰⁹⁹ – ; toutefois, comme le note le Professeur Claude Devès à propos des SPLA, « la recherche d'une responsabilité pénale de l'élu mandataire sera possible puisque l'on appliquera les dispositions propres aux SEM et le juge pénal a déjà sanctionné des élus pour certains faits relatifs à la gestion des SEM »²¹⁰⁰. D'autre part, le fait même que les sociétés publiques soient des personnes morales de droit privé induit un comportement différent des personnes publiques actionnaires : ainsi, même si l'organisation et le fonctionnement des entreprises publiques sont sujets à l'attention – particulière – des juges et autorités européens et français de la concurrence, et à la critique – parfois excessive – de certains acteurs du marché, il n'en demeure pas moins que la « pleine commercialité »²¹⁰¹ de leur régime crée une « ambiance » entrepreneuriale très prononcée et – en tout état de cause – rend possible l'égale concurrence.

1417. Dans une autre perspective, les sociétés publiques constituent un outil de partenariat²¹⁰². On rejoint la définition donnée à la notion de « partenariat » par le Professeur Jean-Marie Pontier selon laquelle il s'agit du fait d'« agir de concert [...] en vue d'obtenir un résultat à la réalisation duquel les différentes parties trouvent un intérêt »²¹⁰³.

1418. Il peut d'abord s'agir d'un partenariat entre des personnes publiques²¹⁰⁴. À ce titre, on peut apprécier le rôle joué par la Caisse des dépôts et consignations (CDC) dans l'économie mixte locale. En effet, la CDC a une politique active de prise de participation dans les SEML et leurs filiales. Ainsi, au 31 décembre 2009 on recensait « un portefeuille de 442 participations au capital de sociétés d'économie mixte locales, (pour une quote-part d'actif net comptable détenu de 590 millions d'euros et un coût historique de 222 millions d'euros. Elle est donc présente au capital de près de la moitié des 1061 entreprises publiques locales, lesquelles

²⁰⁹⁹ Article L. 1524-5 du CGCT, par dérogation à l'article L. 225-20 du Code de commerce.

²¹⁰⁰ Cl. Devès, « La société publique locale d'aménagement : impasse ou ballon d'essai ? », JCP A 2006, n° 1219. L'auteur invite à lire à ce propos: M. Guenaire et E. Vital Durand, « Principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixte locales », JCP A 2003, 1668.

²¹⁰¹ G. Vedel, CJEG 1959.59 et 1956.550.

²¹⁰² Cf. not. S. Brameret, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 271, 2011

²¹⁰³ J.-M. Pontier, « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », AJDA 2014, p. 1694.

²¹⁰⁴ Pour un exemple en matière de transport, cf. C. Chabot, *Les transports urbains en Ile-de-France : une approche institutionnelle et juridique de l'intervention publique*, Thèse, Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014.

représentaient une capitalisation totale de 3.1 milliards d'euros au 1^{er} janvier 2010. Les collectivités locales détiennent 65% de cette capitalisation (53.8% pour les seules communes et intercommunalités), la CDC 6.6% et les entreprises privées 8.7% »²¹⁰⁵. Cette intervention de la CDC est appréciable dans la mesure où elle vient compléter celle de l'État qui exerce plutôt une politique de coopération contractuelle avec les collectivités territoriales²¹⁰⁶ – par le biais des contrats de plan par exemple – ou de coopération institutionnelle au support d'institutions publiques – par la participation à des groupements d'intérêt public notamment ou, dans une moindre mesure, et concernant des domaines spécifiques, à des établissements publics. En suivant cet ordre d'idées, les sociétés publiques territoriales, notamment la SPL, peuvent permettre la consécration institutionnelle des partenariats entre plusieurs collectivités territoriales et/ou leurs groupements sans mise en concurrence²¹⁰⁷. Cette possibilité, des plus intéressantes, a cependant été mise à mal par la sévérité des critères de la dérogation *in house*²¹⁰⁸.

1419. Les sociétés publiques ont également l'intérêt d'institutionnaliser un partenariat entre personnes publiques et personnes privées. En effet, l'économie mixte est une technique particulièrement utile pour les personnes publiques dans des circonstances difficiles pour les finances nationales et locales car « dans un contexte de raréfaction de la ressource budgétaire, les élus locaux souhaitent une optimisation du fonctionnement des services publics locaux, en réintégrant leur gouvernance tout en cherchant à bénéficier du savoir-faire du secteur privé »²¹⁰⁹. Cependant, on constate qu'en dépit de l'accroissement de l'investissement privé dans l'économie mixte locale – 10% en 1993 contre 20% en 2003²¹¹⁰ – les partenaires privés restent sous-représentés dans l'économie mixte locale. La faiblesse de cet engagement s'explique notamment par le fait que l'actionnariat public est « traditionnellement dominant »²¹¹¹, pour une raison simple qui tient très simplement aux interdictions fixées par le

²¹⁰⁵ Cour des comptes, communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale* (www.ccomptes.fr). Sachant que les secteurs de l'aménagement et de l'immobilier résidentiel représentent respectivement 40% et 15% du nombre total de participations détenues par la CDC.

²¹⁰⁶ Concernant les raisons qui expliquent que la voie contractuelle est la « voie royale » du partenariat, cf. J.-M. Pontier, « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA* 2014, p. 1964.

²¹⁰⁷ D. Capitant, « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du "in house" ? », *RLCT* 2009, p. 47.

²¹⁰⁸ Cf. *infra* n° 1448 et s.

²¹⁰⁹ J. Mézard, Rapport n° 199 du 4 décembre 2013 fait au nom de la Commission des lois, Paris, Sénat, p. 7.

²¹¹⁰ KFS Företagsservice AB, *Servir le public, Le rôle et l'utilité des entreprises publiques locales en Europe*, Sweden, Lars Westberg 2005 (<http://www.lesepl.fr>).

²¹¹¹ P. Idoux, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA* 2012.1101.

législateur – ainsi, les SEML, les SPL et les SPLA doivent obligatoirement être constituées à partir de capitaux majoritairement voire intégralement publics. Toutefois, la création des SEMOP et l'autorisation récente faite aux régions de participer au capital de sociétés de droit privé éclairent le chemin déjà emprunté par l'État. Ainsi, à côté du secteur public, les personnes publiques investissent le secteur privé et s'arrogent ainsi, en complément de leur rôle d'actionnaire, un véritable rôle de partenaire²¹¹².

1420. Il peut enfin s'agir de partenariats internationaux. Cette possibilité est notamment exploitée par les sociétés publiques nationales et par la politique de l'État actionnaire qui s'engage dans la conclusion d'alliances internationales²¹¹³. De tels partenariats sont également possibles au niveau local. Cette possibilité est légalement ouverte pour les sociétés d'économie mixte locales²¹¹⁴, mais ne semble pas réalisable pour les SPL car « *on peut estimer [...] que des États étrangers ne peuvent participer au capital d'une SPL même si l'objet de ce type de société correspond à l'objet social tel que défini pour les SEML à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales. La solution SPL est donc une solution purement nationale, même si on peut considérer un État comme la première forme de collectivité territoriale* »²¹¹⁵.

1421. Pour finir, les sociétés publiques peuvent être un outil pertinent de restructuration du secteur public dans la mesure où elles ouvrent la possibilité d'effectuer des opérations de rachat, de fusion d'entreprises ou encore de regroupement d'activités²¹¹⁶. Plus largement, elles pourraient être utilement employées à éviter la multiplication des catégories de personnes publiques spécialisées et celle des personnes publiques spécialisées elles-mêmes²¹¹⁷ et à endiguer la multiplication des personnes publiques innomées (notamment des « agences »²¹¹⁸ et des « opérateurs »²¹¹⁹) : en résumé, à restructurer l'action publique.

²¹¹² Cf. J. Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 6^{ème} éd., coll. « Manuel », 2014, n° 11 et s.

²¹¹³ Cf. APE, *L'État actionnaire*, Rapport annuel 2014, Paris, La doc. fr.

²¹¹⁴ Article L. 1522-1 al. 5 du CGCT : « *Sous réserve, pour les États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, de la conclusion d'un accord préalable entre les États concernés, des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements peuvent participer au capital de sociétés d'économie mixte locales dont l'objet social est conforme à l'article L. 1521-1, al. 5, du CGCT* ».

²¹¹⁵ Cl. Devès, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », RFDA 2012.1082.

²¹¹⁶ M. Débène, « Le redéploiement des entreprises publiques », Dr. Soc., 1978, p. 69.

²¹¹⁷ Cf. not. F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », AJDA 2003, p. 711.

²¹¹⁸ Cf. not. CE, *Les agences, une nouvelle gestion publique ?*, Rapport public 2012, Paris, EDCE, La doc. fr.

²¹¹⁹ Ce « *concept de nature budgétaire utilisé par la loi organique sur les lois de finances* » : B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014, p. 93.

B. Compenser la concurrence

1422. Les sociétés publiques permettent efficacement de concilier la mise en œuvre d'une activité concurrentielle avec l'intérêt général. Certes, cette question est sensible car « *l'actionnaire public est censé ne pas instrumentaliser la société dont il est actionnaire pour poursuivre des objectifs d'ordre général. Au contraire, ainsi qu'en témoigne la règle d'interdiction d'abus de majorité (tout comme d'ailleurs, celle de l'interdiction d'abus de minorité), un actionnaire ne doit pas user de ses droits en méconnaissance de sa fonction sociale* »²¹²⁰. Toutefois, si la séparation des rôles doit être assurée, notamment concernant l'édition – et souvent la compensation – des obligations de service public par l'administration et leur mise en œuvre par les sociétés publiques, il n'en demeure pas moins que les sociétés publiques permettent la prise en compte, plus largement, des préoccupations d'intérêt général. Par exemple, la prise en compte d'impératifs environnementaux peut, bien évidemment, faire l'objet d'une réglementation applicable à l'ensemble d'un secteur concurrentiel, mais sera d'autant plus efficacement mise en pratique par le biais d'une société publique – dans laquelle les associés publics pourront assurer le contrôle de cette mise en œuvre –. Nous sommes sur ce point en complet désaccord avec les conclusions du Rapport intitulé *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques* de 2003 selon lequel « *pour ce qui concerne l'État "stratège" [...] le recours privilégié à un opérateur public ou partiellement détenu par l'État se justifie aujourd'hui de moins en moins dès lors qu'il est possible de mettre en œuvre des réglementations ou des politiques incitatives applicables à toutes les entreprises, et que l'ouverture des marchés de capitaux permet de trouver des financements pour tous les projets rentables, même sur un horizon long (15-20 ans)* »²¹²¹. Concernant ce dernier point et s'il ne fallait retenir qu'un seul exemple, celui du taux de féminisation des organes de direction serait parlant. Il est en effet avéré que le taux de féminisation des organes de direction des sociétés publiques est plus élevé que dans le secteur privé²¹²². Si d'énorme progrès restent à réaliser,

²¹²⁰ P. Idoux, « Les spécificités de l'actionariat public », RFDA 2012.1101.

²¹²¹ R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport au Ministre de l'économie des finances et de l'industrie Francis Mer, 2003, proposition n° 5, p. 3.

²¹²² APE, *L'État actionnaire*, Rapport annuel 2014, Paris, La doc. fr., 2014, p. 18 : « *Le taux de féminisation des conseils d'administration et de surveillance des 74 entreprises relevant du périmètre de l'APE a connu en 2014 une nette progression et s'établit au 1^{er} juin 2014 à 23,8 % contre 20,7 % en septembre 2013 et 16,2 % en 2012). Cette évolution significative traduit les efforts mis en œuvre pour respecter l'obligation fixée par la loi du 27 janvier 2011 de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils des grandes entreprises, cotées ou non, publiques ou privées. Pour la plupart des entreprises à participations publiques, entrant dans le champ d'application de cette loi, le respect d'un quota minimum de 20 % femmes a été atteint en janvier 2014, à*

cette donnée confirme bien que les politiques publiques peuvent trouver une déclinaison institutionnelle assurant concrètement leur mise en œuvre. En outre, il est prouvé que les sociétés publiques accordent en principe une moindre importance au profit – et versent à ce titre moins de dividendes à leurs associés²¹²³ – tout en étant guidées par une logique opportune de rentabilité. Cette donnée est importante car les parts qui ne seront pas consacrées à la rétribution des associés sont utilisées pour l’investissement et par conséquent l’amélioration de la qualité de service.

1423. Les sociétés publiques ont également l’intérêt de juguler les excès et de compenser les imperfections du marché. Ainsi, du point de vue des délais de paiement²¹²⁴, les sociétés publiques sont légalement soumises à la loi du 28 janvier 2013 et au décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique²¹²⁵. L’article 37 de la loi du 28 janvier 2013 dispose ainsi que « *les sommes dues en principal par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu’il agit en qualité d’entité adjudicatrice, en exécution d’un contrat ayant pour objet l’exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d’exploitation, ou la délégation d’un service public sont payées, en l’absence de délai prévu au contrat, dans un délai fixé par décret qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs. Le délai de paiement prévu au contrat ne peut excéder le délai fixé par décret* ». Les sociétés publiques sont également soumises aux règles de la commande publique, de publicité et de mise en concurrence en tant que pouvoir adjudicateur, soit sous l’égide de l’ordonnance du 6 juin 2005²¹²⁶ et du décret du 30 décembre 2005²¹²⁷, soit sous celle du Code des marchés publics si elles choisissent d’en faire application de leur plein gré ou si elles en sont liées par un mandat

l’issue d’une période intermédiaire de 3 ans. À l’horizon de janvier 2017, ce quota sera porté à 40 %. Les conseils d’administration ou de surveillance qui ne compteraient aucune femme devraient en nommer une au plus tard dans les six mois. À défaut, la loi prévoit des sanctions comme la nullité des nominations ou la suspension des jetons de présence. Le respect de cet objectif reste ainsi une préoccupation majeure de l’APE, lors du renouvellement des conseils d’administration ou de surveillance ».

²¹²³ KFS Företagsservice AB, préc., p.12. Toutefois, il faut bien admettre que l’État actionnaire a tendance ces dernières années à privilégier le versement de dividendes à l’investissement : cf. not. Le Monde, « L’État actionnaire avide de dividendes », 7 novembre 2013.

²¹²⁴ Cf. not. B. Roman-Séquense, « Délais de paiement des entreprises publiques locales (EPL) : régime applicable » CMP 2013, n° 7, comm. 212.

²¹²⁵ D. n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique (JO n° 77 du 31 mars 2013 p. 5497).

²¹²⁶ Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JO n° 131 du 7 juin 2005 p. 10014).

²¹²⁷ D. n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l’article 3 de l’Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JO n° 304 du 31 décembre 2005 p. 20782).

en vertu de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée²¹²⁸. En outre, les sociétés publiques nationales sont soumises à une plus grande démocratie interne que leurs homologues du secteur privé : ainsi l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique²¹²⁹ prévoit une participation plus importante qu'elle ne l'était déjà des représentants de salariés dans les organes de direction des entreprises publiques²¹³⁰.

1424. Les sociétés publiques présentent en outre l'avantage d'institutionnaliser la régulation du marché par la puissance publique. Des techniques d'actionnariat minoritaire avaient ainsi été mises en place lors des mouvements de privatisation pour veiller au bon déroulement du processus. Après la crise financière de 2008, « *l'actionnariat public a fait l'objet d'une attention renouvelée* »²¹³¹. Il faut sur ce point constater la très grande utilité des entreprises publiques pour venir « amortir » le « choc » économique et financier. Considérant l'exemple de la France, le Professeur Sébastien Bernard rappelle que « *les entreprises publiques ont été sommées d'être exemplaires face à la crise en procédant à quatre milliards d'investissement exceptionnel* »²¹³². La création de nombreuses institutions incarnant l'État actionnaire telles que le fonds souverain intitulé Fonds stratégique d'investissement (remplacé depuis par la Banque publique d'investissement), la Société de prise de participation de l'État, la Banque publique d'investissement ou encore l'Agence des participations de l'État prouvent bien la nécessité de l'intervention actionnariale de la puissance publique.

²¹²⁸ Sur cette question, cf. DGCL, circ. n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et SPLA.

²¹²⁹ Prise sur le fondement de la L. n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises (JO n° 0002 du 3 janvier 2014, p. 50).

²¹³⁰ Ord. n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, article 7-I (JO n° 194 du 23 août 2014, p. 14009) : « *Dans les sociétés dont l'État détient directement plus de la moitié du capital et dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt-quatre derniers mois est au moins égal à cinquante, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant en tenant lieu comprend un tiers de représentants des salariés. Il en va de même dans les autres sociétés anonymes dans lesquelles l'État ou, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé, ses établissements publics industriels et commerciaux ou ses autres établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial détient directement ou indirectement plus de 50 % du capital et dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt-quatre derniers mois est au moins égal à deux cents. Dans ces sociétés dont l'effectif est compris entre deux cents et mille salariés, le nombre de ces représentants est au maximum de trois* ».

²¹³¹ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010.756.

²¹³² *Ibid.*

1425. Participe de ce constat la formulation empirique de la règle selon laquelle « *plus l'État est présent, plus il contrôle et moins les entreprises du secteur public productif sont impliquées dans le mouvement de concentration. Plus il se désengage et privatise et plus les entreprises publiques sont portées à la concentration. Le phénomène se vérifie statistiquement. C'est dans une certaine mesure ce qui fait l'originalité de la situation de l'Europe par rapport à celle des États-Unis. La présence de l'État, son influence sur certains secteurs d'industrie, peut être un facteur de modération des excès auxquels pourrait conduire une politique européenne de trop grande libéralisation. Son recul peut produire une situation « à l'américaine ».* Les initiateurs des mesures de privatisation en Europe sont du reste pleinement conscients de cet élément. »²¹³³. Ce premier constat trouve son corolaire dans une seconde règle en vertu de laquelle moins le secteur est concurrentiel, moins les opérateurs sont incités à l'innovation et à la performance, dans la mesure où la construction d'une réputation n'est pas économiquement utile. Les rentes de situations – qui sont des effets pervers des marchés oligopolistiques – justifient une intervention publique pour éviter le délitement du marché, intervention publique qui pourra notamment intervenir sous la forme de société d'économie mixte – pour stimuler l'offre du secteur privé –.

1426. Les sociétés publiques ne sont pas les « ennemies » du marché, bien au contraire. Ainsi « *l'État sauveteur* »²¹³⁴ a pu éviter l'effondrement de ce dernier au moment de la crise économique et financière de 2008. La Société de prise de participation de l'État a injecté 20,75 milliards d'euros dans le capital des sociétés « fragilisées »²¹³⁵. Ce dispositif, aussitôt qualifié de mesure d'aides d'État « exceptionnelle » par la Commission européenne²¹³⁶ a toutefois pu surprendre dans sa mise en œuvre. En effet, « *l'État, n'a pas manifesté un grand entrain pour la détention des droits de vote auxquels donne normalement lieu l'acquisition d'actions. Ces pratiques ont conduit l'État à ne pas être représenté dans les organes de gouvernance des banques sauf dans le cas de Dexia et du groupe Caisses d'Épargne-Banques populaires* »²¹³⁷. Cette attitude, justifiée par les autorités gouvernementales par le rachat postérieur des titres par

²¹³³ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2014, n° 62.

²¹³⁴ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », préc.

²¹³⁵ Dont 19,75 milliards d'euros ont été remboursés par les groupes bancaires : Cour des comptes, Rapport public annuel 2013, Paris, La doc. fr., p. 158.

²¹³⁶ Cf. Com. eur., communication relative à l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale (JO C 270 du 25 octobre 2008, p. 8) – Com. eur., communication relative au cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle (JO C 16 du 22 janvier 2009, p. 1).

²¹³⁷ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », préc.

les établissements bancaires concernés, est très surprenante²¹³⁸ : d'une part, car la France fait figure d'exception sur ce point à l'échelle de la sphère internationale, d'autre part, car, en dépit de la logique – ou selon une logique discutable – elle va à l'encontre d'un principe fondamental de la régulation – et peut être même du bon sens – qui veut que l'investissement entraîne à minima un pouvoir de contrôle.

1427. La présence des sociétés publiques compense les excès du marché. Cette analyse est d'ailleurs parfaitement reproductible à l'échelon local. Bien loin de fausser la concurrence, la présence de sociétés publiques territoriales la stimule, même dans le cadre de la « concurrence pour le marché »²¹³⁹. Bien loin de détruire la concurrence la présence de la personne publique la préserve (car la sous-traitance notamment, avec des TPE-PME, est un passage souvent obligé) voire la renforce (par le biais de l'économie mixte par exemple).

1428. Enfin, les sociétés publiques sont un outil de transparence et donc de contrôle démocratique du fonctionnement du marché. Cette transparence, qui mériterait encore d'être renforcée, s'exprime notamment par la présence d'élus au sein des organes de direction²¹⁴⁰, par le vote annuel de rapports soumis aux assemblées délibérantes et enfin, le cas échéant, par la soumission aux règles de la commande publique²¹⁴¹.

Section 2 LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES, UN MODE DE GESTION AUX LIMITES PERSISTANTES

1429. Les sociétés publiques et la concurrence entretiennent des rapports conflictuels. D'une part, les sociétés publiques sont critiquées en tant qu'elles incarneraient la dilution de la puissance publique dans l'économie de marché. On reproche, d'autre part, aux sociétés publiques de s'immiscer dans le jeu de la concurrence et d'en perturber le bon fonctionnement. La question pourrait se poser de savoir si l'ensemble des éléments que nous avons soulevés

²¹³⁸ Sur ce sujet, cf. la critique virulente de la Cour des comptes *in Les concours publics aux établissements de crédit : premiers constats, premières recommandations*, Rapport thématique, Paris, La doc.fr., juin 2009. *Adde également*, Cour des comptes, *Les concours publics aux établissements de crédit : bilan et enseignements à tirer*, Paris, La doc. fr., mai 2010.

²¹³⁹ Cf. *supra* n° 21.

²¹⁴⁰ Cf. not. F. Gartner, « La direction des SEM locales par les élus : entre commerce et transparence », RFDA 1997, p. 783.

²¹⁴¹ Sur la notion de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice », cf. *supra* n° 205 et s.

concernant l'intervention concurrentielle des personnes publiques sous statut de droit public sont transposables à celle des personnes publiques sous statut de droit privé.

1430. Si nous avons déjà neutralisé la première critique en prouvant le potentiel des sociétés publiques à intervenir sur le marché concurrentiel, la seconde est, quant à elle, plus délicate à déjouer. En effet, la concurrence des sociétés publiques « sur le marché » et « pour le marché » suscite un contentieux important et une contestation d'une partie de la doctrine et des acteurs du milieu concurrentiel.

1431. Bien évidemment, cette problématique évoque immédiatement le cas des prestataires publics de service marchand. Cependant, nous allons démontrer que la comparaison est trompeuse car les sociétés publiques sont des concurrents ordinaires qui ont bien évidemment des spécificités mais ne sont pas pour autant inadaptés au jeu de la concurrence.

1432. En réalité, les « frictions » qui peuvent intervenir entre les sociétés publiques et le marché sont d'une part tout aussi ordinaires que celles qui interviennent avec les opérateurs économiques du secteur privé et, d'autre part, révèlent les lacunes du cadre juridique actuel. Autrement dit, il s'agira dans les développements qui vont suivre de souligner que, si les sociétés publiques sont bel et bien des opérateurs qui peuvent être mis à égale concurrence de leurs homologues privés, il est toutefois indispensable de repenser le lien qu'elles entretiennent avec le marché.

1433. Selon nous, ce réexamen doit être considéré sous deux aspects : il s'agit de (ré)concilier les sociétés publiques au droit de la concurrence (§1) et à la logique de concurrence (§2).

§1. SOCIÉTÉS PUBLIQUES ET ÉGALE CONCURRENCE

1434. Les sociétés publiques – comme toutes les entités économiques – sont soumises au principe d'égle concurrence quand elles interviennent sur le marché²¹⁴². D'aucuns contestent pourtant qu'elles soient en capacité de respecter ce principe, dans la mesure où elles ne seraient que le « faux-nez »²¹⁴³ des personnes publiques. Cette méfiance à l'égard des sociétés publiques est doublement contestable. En premier lieu, les sociétés publiques, même dans l'hypothèse où elles seraient liées institutionnellement à des personnes publiques (dans le cadre d'une relation

²¹⁴² Sur l'exigence d'égle concurrence, cf. *supra* n° 24 et s. *Adde* M. Karpenschif, « L'égle concurrence et les entreprises publiques locales », JCP A 2013, n° 1, p. 2002.

²¹⁴³ G. Durand, *Les sociétés locales*, in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6232, Paris, Dalloz, 2014, n° 67.

dite *in house*), sont parfaitement compatibles avec le marché dans la mesure où les modalités de leur intervention peuvent être égalisées à celles des concurrents du secteur privé (B). En second lieu, bien loin d'être favorisées sur le marché, elles sont au contraire soumises à des contraintes, dont certaines mériteraient d'être levées (A).

A. Sur le principe de la concurrence

1435. Nous analyserons tout d'abord la limite à la participation des personnes publiques au capital des sociétés (1). Nous constaterons ensuite que les sociétés publiques elles-mêmes sont soumises aux limites issues du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (2). Nous observerons enfin que les personnes publiques qui souhaitent exercer une activité publique de service marchand ne peuvent en principe pas le faire sans mise en concurrence, sauf à entrer dans le cadre des contrats *in house*. Or, une telle contrainte est susceptible de freiner les interventions publiques sur le marché, pour des motifs juridiquement très discutables (3).

1436. Il convient d'ores et déjà de noter que la limite à la participation des personnes publiques au capital des sociétés s'applique principalement aux collectivités territoriales et aux personnes publiques spécialisées, les autres intéressant l'ensemble des personnes publiques (y compris l'État).

1. *Les limites à la participation des personnes publiques au capital de société*

1437. Nous avons déjà largement envisagé ces limites dans le cadre des développements relatifs aux sociétés publiques créées à l'initiative des collectivités territoriales et des établissements publics.

1438. Les établissements publics sont soumis au principe de spécialité, qui leur interdit par principe de participer au capital des sociétés. Ils n'y sont autorisés que par autorisation expresse du législateur ou par la démonstration du caractère connexe de l'activité, qui doit être le complément normal des missions statutaires de l'établissement public, satisfaire l'intérêt général et être directement utile à l'activité de l'établissement public²¹⁴⁴.

1439. Dans un autre ordre d'idées, les collectivités territoriales n'ont, par principe, pas le droit de participer au capital des sociétés et même, quand le législateur les y autorise, ne doivent pas

²¹⁴⁴ Cf. *supra* n° 249 et s.

détenir moins de 50% du capital des sociétés publiques – sauf dans le cas des SEMOP –. Or, ces deux limites sont contestables dans la mesure où la jurisprudence relative au principe de la liberté du commerce et de l'industrie impose que les collectivités territoriales démontrent un intérêt public à intervenir sur le marché²¹⁴⁵. Cette limite suffirait selon nous à contrecarrer les initiatives « extravagantes » des personnes publiques sans qu'une interdiction générale de participer au capital des sociétés ne soit nécessaire. Le cas des SEMOP devrait inviter à une réflexion plus poussée quant à la pertinence d'autoriser des prises de participations minoritaires des collectivités territoriales et de leurs groupements dans le capital des sociétés. La loi relative à la nouvelle organisation territoriale de la République « ouvre une brèche » en autorisant les régions à participer au capital des sociétés commerciales. Il convient maintenant de s'y engager.

2. *Les limites à la prise en charge d'activités marchandes par les sociétés publiques*

1440. Nous ne nous attarderons pas sur l'exposé des limites issues du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui ont été largement abordées dans la première partie de cette étude²¹⁴⁶. Nous mettrons simplement en lumière le fait que cette limite extrinsèque peut être applicable aux sociétés publiques, dans la mesure où elles sont sous l'influence dominante des personnes publiques²¹⁴⁷.

1441. Dans ce cadre, les activités des sociétés publiques doivent en principe être compatibles avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie²¹⁴⁸ et sont donc soumises à la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*²¹⁴⁹, c'est-à-dire à la démonstration d'un

²¹⁴⁵ Cf. *supra* n° 224 et s. Par ex. la participation au capital de sociétés commerciales est de longue date soumise au respect de la liberté du commerce et de l'industrie : cf. not. CE, 4 janvier 1935, *De Lara* : DH 1936, III, p. 1.

²¹⁴⁶ Cf. *supra* n° 280 et s.

²¹⁴⁷ Ainsi, le Conseil d'État (à propos des SEML) a clairement jugé que les sociétés publiques sont soumises au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par opposition aux « entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées » : CE, 5 juillet 2010, n° 308564, *Syndicat national des agences de voyage* : Rec. 240 ; RJEP novembre 2010.15, concl. Cortot-Boucher ; AJDA 2011.18, obs. Nicinski ; JCPA, n° 42, note Chrestia.

²¹⁴⁸ Cf., à propos des SEML, CE, 23 décembre 1994, n° 97449, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron* : AJDA 1995.351 ; JCP G 1995.II.22507, note Cliquennois, RTD com. 1996, p. 489, obs. Alfandari et Jeantin ; LPA 25 octobre 1995, p. 7 étude Gonzalez – CE, 10 octobre 1994, n° 141877 et 146693, *Préfet de la région Lorraine et Préfet de la Moselle*.

²¹⁴⁹ CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : AJDA 2006. 1592, note Landais et Lenica. Le Conseil d'État dispose que « les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut

intérêt public à la prise en charge de l'activité de service marchand, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée²¹⁵⁰. Si ce principe ne pose pas de sujétions particulières aux sociétés publiques à l'initiative de l'État – qui a la compétence de sa compétence – il est *a priori* plus contraignant concernant les sociétés publiques à l'initiative des collectivités territoriales et des personnes publiques spécialisées.

1442. Dans les faits, on constate que cette limite a surtout été opposée à l'action des sociétés d'économie mixte locales. En effet, de manière quelque peu surprenante, « *les cas d'annulation au motif de l'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie sont rarissimes en cas d'intervention directe, plus fréquents lorsqu'une SEML est utilisée comme outils d'intervention* »²¹⁵¹. La sévérité ciblée de la jurisprudence aux cas des sociétés d'économie mixte locales s'explique peut-être par le fait qu'elles paraissent – à l'instar des sociétés publiques locales, des sociétés publiques locales d'aménagement et des sociétés d'économie mixte à opération unique – être les « *faux-nez des collectivités locales actionnaires* »²¹⁵². Dans le même ordre d'idées, le Professeur Mickaël Karpenschif souligne que cette rigueur – qui s'exprime également à l'occasion de l'application de l'exigence d'égalité de concurrence – s'explique par la crainte selon laquelle « *le recours massif aux entreprises publiques locales pourrait bien fausser durablement le jeu de la concurrence entre opérateurs* »²¹⁵³.

1443. Or, si ces inquiétudes sont compréhensibles en ce qui concerne les interventions des prestataires publics de service marchand, elles ne sont pas fondées concernant les sociétés d'économie mixte locales.

résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Cf. également, CE, 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze* : AJDA 2010. 469.

²¹⁵⁰ Cf. not., TA Toulouse, 8 avril 2014, n° 1003612, n° 1003613, n° 1004573 : RLCT, 2014.107, chron. Idoux et Kalflèche (à propos de la création par un département d'une SEM dédiée à la gestion de services d'aide à domicile. Le juge considère cette intervention compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie).

²¹⁵¹ G. Durand, « Les sociétés locales », in *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 6232, Paris, Dalloz, septembre 2014, n° 67.

²¹⁵² L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, éd. 2014, n° 6027, 1448.

²¹⁵³ M. Karpenschif, « L'égalité de concurrence et les entreprises publiques locales », JCP A, n° 1, 7 Janvier 2013, p. 2002.

1444. En réalité, l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie aux interventions des sociétés publiques devrait moins servir à préserver le marché qu'à rationaliser la concurrence publique.

1445. Cette sévérité est d'autant plus regrettable que le législateur lui-même encadre strictement la diversification des activités des sociétés publiques territoriales : ainsi, les sociétés publiques locales et les sociétés publiques locales d'aménagement ne peuvent pas exercer des activités accessoires car elles sont censées exercer exclusivement leurs activités pour la personne publique²¹⁵⁴ ; il en va de même pour les sociétés d'économie mixte à opération unique dont la caractéristique est d'avoir une durée de vie limitée à l'exercice d'une opération particulière.

1446. Pour conclure, les sociétés d'économie mixte locales et, le cas échéant, les autres sociétés publiques des collectivités territoriales et des personnes publiques spécialisées pourront diversifier leurs activités – et à ce titre candidater à un contrat de la commande publique²¹⁵⁵ – mais seront soumises au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et donc à la démonstration d'un intérêt public²¹⁵⁶.

1447. L'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie aux sociétés publiques est, en soi, opportune, à la condition toutefois que le critère de l'intérêt public soit redéfini, notamment, pour sécuriser leurs interventions. Sur ce point, nous avons pu proposer préalablement que le juge généralise la logique de l'arrêt du 30 décembre 2014 *Société Armor SNC* par lequel il a jugé que les personnes publiques peuvent candidater à des contrats de la commande publique si cette candidature satisfait un intérêt public c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une missions de service public dont la collectivité ou l'établissement public

²¹⁵⁴ Sur cette question, cf. not J.-F. Rizet, « Les évolutions et améliorations envisageables pour les EPL », ACCP, avril 2013, p. 27.

²¹⁵⁵ CAA Marseille, 6 mai 2013, n° 10MA04626, *Société office funéraire et crématiste* : « aucun texte, ni aucun principe n'interdit, en raison des modalités de sa constitution et de son fonctionnement, à une société d'économie mixte instituée conformément aux dispositions des articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du Code général des collectivités territoriales, de se porter candidate à l'attribution d'un contrat de délégation de service public ». Comp. CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

²¹⁵⁶ Ainsi, le Conseil d'État juge pour une société d'économie mixte qu'il résulte de l'article L. 1521-1 du CGCT « que les sociétés d'économie mixte locales peuvent légalement exercer, outre des activités d'aménagement, de construction ou de gestion de services publics, toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général ; que si un tel intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché » : CE, 5 juillet 2010, n° 308564, *Syndicat national des agences de voyages*.

de coopération à la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission²¹⁵⁷.

3. *Les limites à la dérogation in house*

1448. Le lien entre l'administration et les sociétés publiques est indéniable. Cependant, ce lien n'induit pas les mêmes conséquences lorsque l'administration intervient directement sur le marché – par le biais d'un prestataire public – et lorsqu'elle intervient par le truchement d'une société publique. En effet, un prestataire public appartient, quel que soit son degré d'autonomie, à l'administration. Une société de droit privé – même à capitaux majoritairement ou intégralement publics – appartient au secteur privé. Le prestataire public procède de l'organisation de l'État, le prestataire privé de l'organisation dans l'État.

1449. Pour autant, cela ne justifie pas que la personne publique doive nécessairement mettre en concurrence les sociétés publiques pour leur attribuer une activité publique de service économique. En effet, si elle détient l'intégralité des capitaux de cette société, il paraît somme toute logique qu'elle puisse lui confier une telle prestation sans mise en concurrence.

1450. Or, aujourd'hui, quand les personnes publiques confient la gestion d'une activité publique de service marchand à une société publique elles doivent en principe se soumettre aux règles de la commande publique²¹⁵⁸.

1451. Toutefois la jurisprudence européenne, depuis l'arrêt *Teckal*, permet une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence s'agissant des contrats *in house* – aussi appelés contrats de « quasi-régie » ou de « prestations intégrées » – c'est-à-dire « *dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale [la personne publique] exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités [les personnes publiques]* ».

²¹⁵⁷ Cf. *supra* n° 323 et s.

²¹⁵⁸ Cf. not., à propos des SEML, CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne* : BJCP 2007, p. 184, concl. Kokott – Cf. not CE, 30 décembre 2002, n° 218110, *Département des Côtes d'Armor* : AJDA 2003.394, note Dreyfus ; CMP. 2003, n° 48, obs. Delacour ; JCP A 2003, p. 1186, note Moreau.

qui la détiennent »²¹⁵⁹. Cette jurisprudence constante²¹⁶⁰ a été immédiatement retranscrite en droit interne tant pour les marchés publics²¹⁶¹ que pour les délégations de service public²¹⁶².

1452. La dérogation jurisprudentielle relative aux contrats *in house* appelle cependant plusieurs remarques.

1453. Tout d'abord, elle a créé un « effet d'aubaine » périlleux dans la mesure où la seule jurisprudence européenne ne « sécurisait » pas suffisamment les interventions publiques. En effet, l'imprécision des critères du contrôle analogue et de l'activité essentielle créait un risque important de requalification du lien entre un pouvoir adjudicateur et l'entité – publique ou privée – à qui elle confiait la gestion d'une activité économique. C'est pourquoi le juge européen a dû préciser sa jurisprudence.

1454. Ainsi, ce dernier a d'abord considéré que le « contrôle analogue » consistait dans la « possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs que sur les décisions importantes » de la personne publique sur l'entité publique ou privée²¹⁶³. Ce critère a notamment pu poser

²¹⁵⁹ CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : D. 1999.276 ; BJCP 1999/8, p. 43, concl. Cosmas ; D. 1999.276.

²¹⁶⁰ Cf. not. CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE* : Rec. I-11037 ; BJCP 2001, n° 15, p. 121 – CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : ACCP 2005, n° 42, p. 45, note Capitant ; AJDA 2005, p. 899, note Rolin ; BJCP 2005, n° 40, p. 180, note Maugüé ; CMP 2005, n° 68, note Eckert, DA 2005, comm. 36, note Alonso Garcia et Mailliard – CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consortio Aziende Metano (Coname)* : BJCP 2005, n° 43, p. 446, concl. Stix-Hackl, obs. R. S., CMP 2005, n° 280, note Zimmer ; ACCP 2005, n° 50, p. 65, note Richer ; AJDA 2005, p. 2340, chr. Broussy, Donnat et Lambert – CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : BJCP 2005, n° 43, p. 454, concl. Kokott, note Schwartz, CMP 2005, comm. 306, note Eckert – CJCE, 6 avril 2006, aff. C-410/04, *ANAV* : Rec. I-3303, CMP 2006, comm. 131, note Zimmer ; CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consortio Alisei* : Rec. I-4137, CMP 2006, comm. 203, note Eckert – CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* : AJDA 2007, p. 1125.

²¹⁶¹ Cf. art. 3 du CMP : « Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 : 1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics [...] ».

²¹⁶² Cf. art. L. 1411-12 CGCT : « Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public : [...] b) lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société ».

²¹⁶³ CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : Rec. I-08585 ; AJDA 2005. 2335. Cf. également, CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant* : « Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel. La Cour exige également que ce contrôle soit effectif ». Ces exigences ont été reprises en droit interne, cf. not. CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune Marsannay-la-Côte* : CMP 2014, comm. 19, note M. Amilhat ; AJDA 2013, p. 60, note G. Clamour ; DA 2014, comm. 4, note F. Brenet – JCP A 2014, 2002, note S. Brameret.

problème dans le cas où une ou plusieurs personnes privées détenaient une partie du capital – et le cas échéant des droits de vote correspondant – de l’entité considérée : le juge a alors décidé qu’une telle participation, même minoritaire, excluait le jeu de la dérogation²¹⁶⁴. En outre, la coopération entre diverses personnes publiques a pu également poser difficulté quand elle était matérialisée par la création d’une entité dans l’objectif de lui confier conjointement – et sans mise en concurrence – une activité économique²¹⁶⁵ : si dans un premier temps le juge européen dans l’arrêt *Coditel Brabant* a eu une appréciation souple du caractère analogue en considérant qu’il « *importait que le contrôle exercé sur l’entité concessionnaire soit effectif, mais [qu’il n’était] pas indispensable qu’il soit individuel* »²¹⁶⁶, dans un second temps, l’exigence de la Haute juridiction européenne s’est renforcée dans son arrêt *Econord* par lequel elle a requis – pour que le critère du « contrôle analogue exercé conjointement par les autorités publiques » soit satisfait – que chacune de ces autorités « *participe tant au capital qu’aux organes de direction de ladite entité* »²¹⁶⁷.

1455. Dans le même ordre d’idées, le critère de la réalisation de l’essentiel des activités pour les collectivités qui détiennent l’entité considérée a également pu poser problème dans la mesure où le caractère « essentiel » est largement imprécis et « insécurise » par conséquent la prise en charge d’activités « accessoires »²¹⁶⁸.

²¹⁶⁴ CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* : préc. – CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : préc. – CJUE, 6 avril 2006, aff. C-410/04, préc.

²¹⁶⁵ CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asemfo* : AJDA 2007.1125, note Broussy, Donnat et Lambert et 1759, note Fenoyl ; BJCP 2007. 297, obs. Schwartz.

²¹⁶⁶ CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant* : AJDA 2008.2327, note Broussy, Donnat et Lambert ; CCC, février 2009, chron. 1, obs. Sée ; RDI 2009.115, obs. Noguellou ; RTD eur. 2009.511, note Sibony et Defossez ; Europe, janvier 2009, comm. n° 27, obs. D. Simon ; CMP janvier 2009, comm. n° 4 ; DA fév. 2009, comm. n° 22, note R. Caranta. *Adde* CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asemfo* : préc. (à propos de quatre « comunidades autonomas » qui ne détenaient à elles toutes que 1% du capital, le reste appartenant à l’État espagnol).

²¹⁶⁷ CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord*. Dans cet arrêt, le juge « *resserre quelque peu les conditions de recours au contrat in house* » en disposant que « *lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d’accomplir leur mission de service public ou lorsqu’une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour selon laquelle ces autorités, afin d’être dispensées de leur obligation d’engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l’Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu’elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu’aux organes de direction de ladite entité* » : J.-D. Dreyfus, « Resserrement des conditions de recours au contrat in house », AJDA 2013, p. 178.

²¹⁶⁸Ce critère est en effet difficile à appréhender. C’est sans doute la raison qui a conduit le juge européen à assouplir sa position en considérant que, dans le cas d’une entité *in house* au capital duquel participent plusieurs collectivités publiques, « *la condition relative à l’essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l’essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble* [pt 70]. Par conséquent, l’activité à prendre en compte dans le cas d’une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l’ensemble de ces collectivités [pt 71] » : CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo* : préc. Concernant une application par le

1456. Le jeu et la complexité du maniement de ces deux critères ont eu un impact direct sur le développement des sociétés publiques territoriales.

1457. Premièrement, les SEML ne peuvent pas bénéficier de la dérogation *in house* dans la mesure elles où ont vocation à accueillir des capitaux privés et ne peuvent donc pas satisfaire le critère du « contrôle analogue ». En cela, la jurisprudence *Teckal* « a une vertu et un vice : la vertu tient au fait qu'elle est conforme à la logique même du droit européen qui est de favoriser la libre concurrence, la logique de la SEM étant au contraire de créer une relation économique fixe et par nature fermée ; le vice tient au fait qu'elle ignore les relations privilégiées que les pouvoirs adjudicateurs nouent avec leurs SEM et la logique [...] ‘d’auto-prestations’ »²¹⁶⁹.

1458. Deuxièmement, les SPL ont été bâties en opportunité de la jurisprudence européenne relative à la dérogation *in house*. L'objectif de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 était en effet de créer une catégorie de sociétés auxquelles les collectivités territoriales et leurs groupements pourraient confier – sans publicité, ni mise en concurrence – un contrat public en vertu de la jurisprudence *Teckal*. Le législateur français a donc mis en place un système de dérogation généralisée. Pour « sécuriser » le mécanisme, il en a cependant encadré fermement la mise en œuvre, en posant des conditions encore plus exigeantes que celles édictées par la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, concernant le critère du « contrôle analogue », la loi est plus stricte que la jurisprudence européenne en prévoyant que les SPL devront exercer « leurs activités exclusivement [et pas essentiellement] pour le compte de leurs actionnaires »²¹⁷⁰. C'est-à-dire que les SPL ne pourront pas mener d'activités accessoires, alors que le droit européen laissait penser que le cocontractant de la personne publique pouvait également réaliser d'autres activités, pourvu qu'elles soient marginales²¹⁷¹. Concernant le critère de « l'activité essentiellement dédiée », le législateur reprend clairement la jurisprudence européenne en disposant que les personnes publiques doivent être en mesure de prouver qu'elles exercent sur

juge français, cf. CE, 27 juillet 2001, n° 218067, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France* : Rec. 402, CMP 2001, chron. n° 14, note Llorens ; BJC 2001, n° 19, p. 497, concl. Bergeal.

²¹⁶⁹ F. Lombard, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013, p. 555.

²¹⁷⁰ Art. L. 1531-1 du CGCT.

²¹⁷¹ Sur ce point, cf. not. CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Cabottermo* : préc. – CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asemfo*, pt 63 (« Dans l'affaire au principal, ainsi qu'il résulte du dossier, Tragsa réalise plus de 55 % en moyenne de son activité avec les communautés autonomes et près de 35 % de celle-ci avec l'État. Il apparaît ainsi que l'essentiel de l'activité de cette société est réalisé avec les collectivités et les organismes publics qui la détiennent » (ce qui laisserait donc une marge de 10% pour des activités accessoires) : préc.

la SPL « *un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services* »²¹⁷² : la loi exclut ainsi la possibilité de faire participer des actionnaires privés à la SPL; elle prévoit également que plusieurs collectivités territoriales ou leurs groupements puissent s'associer pour créer une SPL, conformément au droit européen²¹⁷³.

1459. Les directives de mars 2014 relatives aux contrats de la commande publique consacrent textuellement la dérogation *in house* et apportent trois principales innovations²¹⁷⁴. Tout d'abord, concernant le critère de « l'activité essentiellement dédiée », le législateur européen considère qu'il est rempli quand « *plus de 80% des activités de cette personne morale contrôlée sont exercés dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle* »²¹⁷⁵. Ensuite, concernant le critère du « contrôle analogue », le législateur considère qu'il est satisfait quand « *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* »²¹⁷⁶. Enfin,

²¹⁷² On ne discutera pas de la différence entre les termes « analogue » et « comparable » qui peuvent être tenus ici pour synonyme.

²¹⁷³ Mais l'appréciation est plus délicate comme nous l'avons vu le constater précédemment Cette possibilité est conforme au droit communautaire qui, dans l'arrêt *Asemfo*, a confirmé que le critère du contrôle était rempli même en cas de pluralité de pouvoirs adjudicateurs. De plus, la jurisprudence communautaire s'est assouplie en ce sens que le contrôle exercé par ces diverses collectivités publiques peut être exercé conjointement.

²¹⁷⁴ Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (JO n° L 94, 28 mars 2014, p. 65) – Dir. 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO n° L 94, 28 mars 2014, p. 243) – Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (JO n° L 94, 28 mars 2014, p. 1). Sur ces directives, cf. not. S. Braconnier, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », JCP G 2014, doctr. 567 – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », CMP 2014, repère 4 – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », CMP 2014, repère 3 – G. Clamour, « Nouvelles directives marchés, premier panorama », CMP 2014, comm.71 – Th. Rouveyran, « Concessions et relations entre pouvoirs publics : les exclusions », ACCP 2014, n° 141 – M. Karpenshif, « Du "in house" aux "in house" après la directive concession ? », ACCP 2014, n° 141 – S. de La Rosa, « Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concessions de service public », LPA 18 mars 2014, p. 5 – J.-L. Lesquins et F. Olivier, « Nouvelles directives européennes, in house et aides d'État », CMP 2014, n° 8-9, étude 8.

²¹⁷⁵ Art. 12, 1. b) de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (préc.) – art. 28, 1, b) de la Dir. 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (préc.) – art. 17, 1, b) de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

²¹⁷⁶ Art. 12, 1. c) de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (préc.) – Art. 28, 1, c) de la Dir. 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Dir. 2004/17/CE – art. 17, 1, c) de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un adjudicataire sur lequel le premier n'exerce aucun contrôle mais qui sont tous deux soumis au contrôle d'un second pouvoir adjudicateur peuvent bénéficier de la dérogation *in house*²¹⁷⁷.

1460. Si les directives de mars 2014 font preuve d'innovation, elles appellent néanmoins principalement deux critiques.

1461. D'une part, le critère de « l'activité essentiellement dédiée » est contestable. En effet, une personne publique agit principalement pour satisfaire les besoins en fournitures, en services ou en travaux des usagers. Or, les usagers d'une activité de service économique sont autant de consommateurs qui pourraient – hors le cas des activités de service public – avoir recours à des offres alternatives sur le marché. Dès lors, restreindre la possibilité aux entités bénéficiant d'un contrat *in house* de prendre en charge des activités accessoires à celles qui leur sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs relève tout d'abord de l'erreur de raisonnement et a ensuite des conséquences pratiques très contraignantes pour les prestataires intégrés qui ne peuvent pas intervenir « normalement » sur le marché.

1462. D'autre part, l'assouplissement accordé au critère du « contrôle analogue » concernant la possibilité de « *participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage* » est contestable dans la mesure où elle permettra à des prestataires privés de bénéficier d'un contrat public à objet économique sans avoir au préalable été mis en concurrence. Cette distorsion concurrentielle ne nous paraît pas pertinente quand bien même aurait-elle pour effet de faire bénéficier des sociétés publiques de capitaux privés²¹⁷⁸. En effet, il nous semble que cela crée un risque juridique pour les interventions publiques locales, car l'existence d'une relation *in house* devra être démontrée et le risque de requalification sera d'autant plus fort quand des capitaux privés seront présents.

²¹⁷⁷ Art. 12, 2 de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE (préc.) – art. 28, 2 de la Dir. 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Dir. 2004/17/CE (préc.) – art. 17, 1, c) de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (préc.). Sur la question de la « coopération interne horizontale » cf. not. Y. Simmonet, « application de l'exception *in house* aux opérations dites « internes horizontales » : retour vers le futur ? », AJDA 2014, p. 2001.

²¹⁷⁸ Le professeur Claude Devès avançait ainsi l'argument selon lequel « *la SEM pourrait désormais bénéficier d'une sortie plus globale du champ des concessions du fait qu'elle pourrait relever de l'exception "entreprise liée" ou de la définition du "in house" qui admet la participation privée quand elle est obligatoire, ce qui réduirait certainement l'engouement constaté pour la forme de la SPL dans les collectivités territoriales* » : in « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », AJCT 2013, p. 571.

1463. Il est donc nécessaire de « sécuriser » les contrats *in house*, c'est-à-dire d'« institutionnaliser une relation permettant d'éviter – en toute légalité – l'application du droit de la commande publique en supprimant le risque de requalification par le juge. Il s'agit d'éviter que celui-ci voit dans ces relations non pas un lien institutionnel mais un lien contractuel qui, faute d'avoir été précédé d'une procédure de passation respectueuse des principes fondamentaux de la commande publique et des textes la régissant, est illégal »²¹⁷⁹. La question de la sécurité juridique se pose avec d'autant plus d'acuité que les sommes d'argent en jeu peuvent être importantes. On pense notamment aux investissements en matière d'équipement que peuvent consentir les collectivités territoriales (réseaux de transports, infrastructures culturelles ou sportives etc.) et dont la construction et l'exploitation pourraient être confiées à des SPL sans publicité ni mise en concurrence. En cas d'effondrement du montage juridique s'effondre, les conséquences financières, juridiques et politiques seraient catastrophiques.

1464. Pour sécuriser les relations *in house*, le législateur européen aurait dû réserver cette dérogation aux sociétés à capitaux intégralement publics et supprimer le critère de « l'activité essentiellement dédiée » pour permettre une véritable action publique sur le marché, et, en second lieu, aurait pu consacrer textuellement la jurisprudence *Acoset SpA* pour stimuler l'économie mixte nationale et locale.

1465. D'ici-là – car il faudra attendre de nouvelles directives sauf à ce que l'ordonnance de transposition en cours de rédaction fasse preuve d'audace – les directives de mars 2014 devraient conduire à une réforme nationale du régime des SPL qui leur permettrait d'une part de pouvoir exercer 20% de leurs activités en dehors de celle dédiées à l'exécution des tâches confiées par le pouvoir adjudicateur, et, d'autre part, de pouvoir ouvrir leur capital à des participations de capitaux privés « *sans capacité de contrôle ou de blocage* »²¹⁸⁰.

B. Sur les modalités de la concurrence

1466. L'intervention marchande des sociétés publiques fait l'objet d'un encadrement renforcé par rapport aux entreprises relevant du secteur privé. Cet encadrement est cependant contestable dans la mesure où la logique de suspicion qui le sous-tend n'est ni efficace, ni pertinente (1).

²¹⁷⁹ F. Lombard, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013.555.

²¹⁸⁰ Cf. art. 17 de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concessions (préc.) – art. 12 de la Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (préc.).

Quoi qu'il en soit, la consolidation de l'intervention des sociétés publiques doit prendre en compte cette suspicion et appeler à une plus grande logique de transparence (2).

1. *Un encadrement révélateur d'une logique de suspicion du droit de la concurrence à l'égard des sociétés publiques*

1467. Premièrement, le comportement des personnes publiques associées fait l'objet d'un contrôle renforcé visant à ce qu'elles fassent bien la distinction entre leur rôle de puissance publique et leur rôle d'associé (a).

1468. Secondement, le comportement des sociétés publiques sur le marché fait l'objet d'un contrôle accentué de la part des juges et autorités de la concurrence, qui veillent à ce qu'elles ne portent pas atteinte au principe de libre et égale concurrence, tant dans le cadre de leurs interventions économiques directes que dans le cadre de leurs candidatures aux contrats de la commande publique (b).

a. *L'encadrement du comportement de l'associé public*

1469. Le particularisme de l'associé public est incontestable. Pour, autant le décalage entre ce particularisme et la sévérité du contrôle qui s'y attache paraît quelque peu disproportionné.

1470. Bien évidemment, les personnes publiques actionnaires sont vecteurs d'un certain nombre de risques qui tiennent principalement aux multiples facettes de l'activité publique²¹⁸¹. Comment s'assurer que la personne publique agit en tant qu'actionnaire ordinaire et non en tant qu'incarnation institutionnelle de la puissance publique ? Comment déterminer la différence entre une opération ordinaire d'apport en capital d'une société publique et une aide d'État ? Comment s'assurer que l'égalité de traitement entre divers candidats soit assurée quand le capital de l'un d'entre eux est détenu minoritairement, majoritairement ou intégralement par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice elle-même ?

1471. C'est à ces questions qu'a dû répondre la jurisprudence.

²¹⁸¹ Cf. not. OCDE, *Lignes directrices sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*, OCDE, Paris, 2005, p. 5 : « il convient que le cadre réglementaire comporte une distinction entre la fonction d'actionnaire et les autres missions qui incombent à l'État et qui sont susceptibles d'influencer les conditions dans lesquelles les entreprises exercent leurs activités » (<http://www.oecd.org>).

1472. En premier lieu, concernant la question de l'apport en capital, le juge a pu retenir le test de l'« investisseur privé en économie de marché »²¹⁸² (parfois appelé « investisseur privé de référence »). Il existe en effet une crainte, fondée, à ce que la société publique soit favorisée vis-à-vis de ses concurrents, au bénéfice des associés (publics et, le cas échéant, privés) de cette société. Autrement dit, il ne faut pas que l'opération capitalistique de l'associé public constitue une aide d'État illégale, sanctionnée sur le fondement de l'article 107-1 du TFUE²¹⁸³. C'est pourquoi, selon le juge européen, afin d'analyser la conformité d'une opération d'apport en capital, « il convient [...] de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché »²¹⁸⁴ et, plus précisément, il s'agit notamment « d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé, se basant sur les possibilités de rentabilité prévisible, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle aurait procédé à un tel apport en capital [...] »²¹⁸⁵. Cette jurisprudence révèle une logique de suspicion regrettable de la part des acteurs du contrôle de la concurrence, dans la mesure où elle est susceptible de décourager l'initiative des personnes publiques à investir le marché en tant qu'associées.

1473. C'est pourquoi il apparaît éminemment nécessaire de ne pas stigmatiser les opérations sociales des personnes publiques. Tout d'abord, ces dernières sont largement soumises au droit commun des sociétés et notamment aux règles du Code de commerce : elles peuvent ainsi procéder à des apports en compte courant comme tout actionnaire ou participer à des opérations sur le capital social (notamment d'augmentation de capital)²¹⁸⁶. Ensuite, elles sont soumises en principe au régime de responsabilité du droit commun et notamment aux actions en comblement de passif²¹⁸⁷. Enfin, l'État, avec la création de l'Agence des participations de l'État, a clairement

²¹⁸² CJCE, 3 octobre 1991, aff. C-261/89, *Italie c. Commission* : Rec. I-4437 (apport de capitaux à des entreprises d'aluminium) – CJCE, 14 septembre 1994, aff. C-278/92 et C-280/92, *Espagne c. Commission* : Rec. I-4103 (apport de capitaux à des entreprises du secteur textile) – TPICE, 17 décembre 2008, aff. T-196/04, *Ryanair c. Commission* (financement public des lignes aériennes) – CE, 10 novembre 2010, n° 313590, *Communauté de communes du Nord du Bassin de Thau* : Rec. t. 653 : RLCT 2011/65, n° 1834 (apport de capitaux à société d'économie mixte locale assurant la gestion du site de la station de lagunage) – CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10, *Commission c. EDF* : AJDA 2012, p. 1088, obs. de Montecler (renonciation à une créance fiscale en contrepartie d'une augmentation du capital social).

²¹⁸³ Au terme de cet article : « sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

²¹⁸⁴ CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international*, pt 60 : AJDA 1996.739, chron. Chavrier, Honorat et Bergues.

²¹⁸⁵ CJCE, 10 juillet 1986, aff. C-234/84, *Belgique c. Commission*, pt 14.

²¹⁸⁶ Sur cette question, cf. not. R. Mortier, *Opérations sur capital social*, Paris, LexisNexis, 2010.

²¹⁸⁷ En effet, l'action en comblement de passifs engagée contre des personnes publiques par des sociétés publiques est du ressort du juge judiciaire (cf. not. TC, 2 juillet 1984, n° 2351, *Préfet-commissaire de la République d'Indre-*

opté pour la transparence en confiant à cette institution la mission d'incarner la politique de l'actionnariat étatique, en la dissociant, par conséquent, des activités de l'État en tant que puissance publique²¹⁸⁸.

1474. Un problème plus épineux se pose en ce qui concerne la candidature d'une société dans laquelle le pouvoir adjudicateur est associé. On perçoit immédiatement le risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement et de transparence dans le choix du cocontractant – principe applicable à toute dévolution par des pouvoirs adjudicateurs de service public à un tiers²¹⁸⁹ –. Ce cas est d'autant plus problématique qu'il n'est pas rare, comme le prouve l'exemple des SEML, spécifiquement constituées en vue de candidater à un marché public ou à une délégation de service public et dont le pouvoir adjudicateur est actionnaire. Étonnamment, le juge administratif a assez tôt admis cette possibilité²¹⁹⁰ – y compris pour les SEML en cours de constitution –. Les Professeurs Gabriel Eckert et Jean-Philippe Kovar²¹⁹¹ rappellent toutefois que cette jurisprudence n'a pas obtenu un enthousiasme débordant de la part des institutions européennes qui ont pu considérer que cette solution « *ne [semblait] pas offrir de solutions satisfaisantes au regard des dispositions applicables en matière de marchés publics et de concessions* »²¹⁹² dès lors que « *la concurrence effective risque d'être faussée par une position privilégiée de la société en constitution, et partant, du partenaire privé* »²¹⁹³.

1475. Une telle situation n'est pas satisfaisante. C'est pourquoi, nous partageons l'idée développée par les Professeurs Gabriel Eckert et Jean-Philippe Kovar selon laquelle la solution à de telles difficultés serait de promouvoir la solution développée pour les SEMOP, c'est-à-dire

et-Loire c. TGI d'Orléans : Rec. 449 ; JCP G 1984.II.20306, concl. Labetoulle, note Alfandari ; AJDA 1984.563, concl. Labetoulle ; AJDA 1984.676, note Bazex ; D. 1984.j.545, note Derrida ; RFDA. 1985.81, comm. Delvolvé ; LPA 14 décembre 1984, p. 13, note Lavialle – Com., 26 octobre 1999, n° 97-14.432 : JCP E 2000, p. 34 – TC, 20 novembre 2006, *André*, n° 3570 : JCP E 2007, n° 1324), sauf à ce que qu'il soit nécessaire d'analyser l'intention d'agir de la personne publique – c'est notamment le cas de la problématique du « dirigeant de fait – (TC, 23 janvier 1989, n° 2561, *Préfet de la Loire c. Tribunal de commerce de Saint-Etienne* : D. 1989, jur., p. 367, concl. Flipo, note Amselek et Derrida, LPA 16 juin 1989, p. 17 ; JCP G 1990.II.21397, note Alfandari) ou quand la société publique exerce une activité de service public administratif (TC, 15 novembre 1999 : JCP E 1999, p. 1895, JCP E 2000, p. 755, obs. Cabrillac et Pétel, LPA 17 avril 2000, p. 11 – Com., 6 février 2001, n° 98-15.129 : Bull. civ. IV, n° 33).

²¹⁸⁸ Pour une approche critique, cf. Cour des comptes, *L'État actionnaire. Apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, Rapport public annuel de 2008, Paris, La. doc. fr., 2008.

²¹⁸⁹ Cf. not. CE, Sect., 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence* : AJDA 2007. 1020, note Lenica et Boucher ; RJEP 2007. 273, concl. Séners ; JCP A 2007, n° 2111, obs. Karpenschif et JCP A, n° 2128, obs. Pontier.

²¹⁹⁰ Cf. TA Montpellier, ord., 3 juin 2005, *SAS Office funéraire crématiste*, BJCP 2006.

²¹⁹¹ G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 154.

²¹⁹² Com. eur., 30 avril 2004, COM [2004] 327 final, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, pt 61.

²¹⁹³ *Ibid.*

d'organiser la concurrence des actionnaires privés en amont de la constitution de la SEM et de faire coïncider le choix du ou des partenaires privés avec l'attribution du contrat de gestion du service public²¹⁹⁴.

b. L'encadrement du comportement des sociétés publiques

1476. Les sociétés publiques ne se réduisent pas aux personnes qui en sont associées. Elles sont plus largement des « entreprises » au sens du droit de l'Union européenne, dont le comportement est par conséquent soumis au respect du droit des pratiques anticoncurrentielles²¹⁹⁵.

1477. Les sociétés publiques, nationales ou locales, doivent intervenir dans des « *conditions normales de marché* »²¹⁹⁶. Dans cette optique, elles ne doivent pas, par leurs actes ou leurs comportements, fausser le jeu de la concurrence. Cette obligation est valable y compris quand ces sociétés sont exemptées de mise en concurrence, à l'instar des SPL. En effet, une société publique, quand bien même doit-elle dispenser exclusivement son activité à la collectivité ou aux collectivités territoriales qui la constituent, peut intervenir sur un marché²¹⁹⁷. Il faudra donc que les personnes publiques actionnaires ne tombent pas dans l'écueil qui consisterait à croire que l'absence de mise en concurrence équivaut à l'absence de concurrence.

1478. L'égalité concurrence des sociétés publiques est souvent contestée sur le fondement du lien trop étroit qu'elles entretiennent avec les personnes publiques associées. On leur reproche de n'être finalement que des « *démembrements fonctionnels des collectivités actionnaires* »²¹⁹⁸, ce qui aurait pour incidence de leur conférer des avantages structurels et de ne pas leur garantir une autonomie suffisante pour exercer « rationnellement » leurs activités sur le marché. Ainsi, même la montée en puissance de la contractualisation des rapports entre l'État et les sociétés publiques « *peut [...] être objet de critique et ne fait pas part à une autonomie pourtant*

²¹⁹⁴ Cf. not. G. Eckert et J.-P. Kovar, *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015, n° 166 et s.

²¹⁹⁵ Cf. art 101 et s. du TFUE ; art. L. 420-1 et s. du Code de commerce.

²¹⁹⁶ Cf. not. CJUE, 4 septembre 2014, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, *Société nationale maritime Corsé-Méditerranée (SNCM)*, pt 34 – *Adde*, concl. de J. Mazàc sur CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-124/10 P, *Commission européenne c. Électricité de France (EDF) et autres*, (<http://curia.europa.eu>).

²¹⁹⁷ Pour un avis contraire, cf. S. Nicinski, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », RFDA 2012, p. 1135.

²¹⁹⁸ M. Karpenschif, « L'égalité concurrence et les entreprises publiques locales », JCP A, n° 1, 7 Janvier 2013, p. 2002.

nécessaire (contrats de plan, contrat d'objectifs, contrat d'entreprise pluriannuel, contrat de service) »²¹⁹⁹.

1479. Pourtant, les sociétés publiques, quand bien même sont-elles composées d'actionnaires « extra-ordinaires », sont des sociétés ordinaires. En effet, à revers de la démonstration que nous avons menée tout au long de cette étude concernant les prestataires publics de service marchand, les sociétés publiques ne sont pas inadaptées au milieu concurrentiel²²⁰⁰.

1480. Ainsi, au support de l'ensemble du travail que nous avons mené, il est possible de déterminer les raisons qui confirment l'adaptation des sociétés publiques au milieu concurrentiel.

1481. D'abord, les sociétés publiques sont « naturellement »²²⁰¹ – et donc plus largement que les prestataires publics de service marchand – soumises au droit privé. Certes, cette large soumission n'exclut pas l'existence de spécificités. Ainsi, les sociétés publiques peuvent prendre en charge des activités de service public, et, à ce titre, bénéficier d'un régime pour partie exorbitant du droit commun. Toutefois, la gestion du service public n'est pas l'apanage des sociétés publiques dans la mesure où elle peut être confiée à une entreprise publique comme à une entreprise privée. En outre, les sociétés publiques sont soumises à un certain nombre de règles spécifiques quant à leur organisation – par exemple celles issues de la loi du 26 juillet 2003 relative à la démocratisation du secteur public²²⁰² – ou à leur contrôle interne – notamment

²¹⁹⁹ P. Combeau, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », LPA, 26 janvier 2007, n° 20, p. 6.

²²⁰⁰ G. Durand, « Établissement public local ou société d'économie mixte locale ? Bref essai de comparaison juridique », CDE, 1994, n° 30, p. 29 – V. Fouache, « Établissement public et société commerciale. Le devenir de l'établissement public industriel et commercial », Thèse, Paris II, 2005.

²²⁰¹ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », n° 1602.

²²⁰² L. n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (JO du 27 juillet 1983, p. 2326) : A. Jammeaud, « La démocratisation du secteur public », AJDA 1983, p. 563 – X. Prétot, « L'administration des entreprises publiques : à propos de la loi du 26 juillet 1983 », RA 1984, p. 29 – L. Rapp, « Le secteur public démocratisé », AJDA 1984, n° 9, p. 494 – Y. St-Jours, « La démocratisation du secteur public », D. ouvrier 1984, p. 409. *Adde* TI Paris, 7 mai 2009, n° 11-09-000182 : J.-P. Markus et L. Ayache, « Les sociétés par actions simplifiées et la loi de démocratisation du secteur public : mariage imposé ou impossible ? », 2010, n° 673, p. 31 ; F. Velot, « Secteur public : les salariés des SAS filiales doivent être représentés au conseil d'administration », Lamy Semaine sociale 2009, n° 1402, p. 12 ; V. Loy, « Une entreprise du secteur public constituée sous la forme d'une SAS est-elle soumise à la Loi de démocratisation du secteur public ? », CJEG, 2004, n° 614, p. 465. Pour une analyse de la démocratisation des organes de direction des sociétés dans leur ensemble, cf. not., Ch. Jordan, « Vers une représentation équilibrée dans les conseils d'administration et de surveillance », RLDA 2011, n° 60, p. 103.

les règles de protection des capitaux publics²²⁰³ – et externe²²⁰⁴. L'application de ces seules règles du droit public n'entraîne pas néanmoins l'inadaptation des sociétés publiques au milieu concurrentiel.

1482. En effet, les sociétés publiques n'entretiennent, avec l'administration, un lien comparable à celui des prestataires publics de service marchand. Sur ce point, on se souvient que l'irréductibilité du lien entre les prestataires publics de service marchand et l'administration est le facteur décisif de leur inadaptation au milieu concurrentiel dans la mesure où il conduit à un manque d'autonomie et à des interactions structurelles problématiques. La situation des sociétés publiques n'est absolument pas semblable, pour une raison simple qui s'énonce clairement : les sociétés publiques procèdent de l'organisation dans l'État et pas de l'organisation de l'État.

1483. On pourrait rétorquer à cette affirmation qu'elle rencontre une exception majeure, dans le cas où une société publique et un pouvoir adjudicateur entretiennent une relation *in house*, relation qui suppose un manque voire une absence d'autonomie de la société publique. Toutefois, un tel argument peut facilement être écarté car il repose sur une confusion : le contrôle d'une société – c'est-à-dire le contrôle de ses capitaux et de sa direction – n'a jamais impliqué que cette société se transforme « miraculeusement » en une organisation de l'État.

1484. Ainsi, à la question formulée par le Professeur Michel Bazex selon laquelle, « à partir du moment où c'est précisément la relation d'autorité exercée par l'État sur l'entreprise que retient la norme juridique [pour qualifier l'entreprise publique], que reste-t-il de l'autonomie ? »²²⁰⁵, on peut désormais répondre que le « contrôle » affecte l'« autonomie »²²⁰⁶ mais ne la supprime pas. En effet, il n'existe pas entre les sociétés publiques et l'administration actionnaire ce lien « beaucoup plus fort et plus intime qui relève davantage de la déconcentration assouplie que de la vraie décentralisation »²²⁰⁷, à savoir le rattachement à

²²⁰³ Par exemple, des actions spécifiques (internationalement appelées *golden shares*) créées par le législateur au profit de l'État actionnaire – notamment dans le cadre du processus de privatisation – à la condition toutefois que de tels actions soient compatibles avec les règles du marché intérieur, et notamment avec le principe de la libre circulation des capitaux : cf. not. CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France*, aff. C-483/99 : Rec. I-04781 (actions spécifiques de la France actionnaire de la Société nationale Elf-Aquitaine). Adde M. Lombard, « Les garanties accompagnant la privatisation d'Air France », AJDA 2001, p. 1100.

²²⁰⁴ Cf. *infra* n° 1487 et s.

²²⁰⁵ M. Bazex, « À la recherche de l'autonomie des entreprises publiques », CJEG 1994, n° 500, p. 247.

²²⁰⁶ Cf. *supra* n° 468 et s.

²²⁰⁷ J.-Cl. Douence, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale. Le cas des établissements publics locaux », RDP 1972, p. 4.

l'administration. Or, cette différence avec les prestataires publics est capitale. Certes, le contrôle des sociétés publiques a fait l'objet de nombreux rapports (critiques) qui ont notamment conduit au renforcement de la contractualisation dans l'objectif de renforcer l'autonomie de gestion de ces sociétés. Toutefois, là où l'autonomie est structurellement limitée pour les prestataires publics, elle peut être renforcée, voire totale – dans le cas où les personnes publiques se cantonnent à leur rôle d'actionnaire – pour les sociétés publiques.

1485. L'absence de lien « structurel »²²⁰⁸ – qui ne signifie pas l'absence de lien – entre les sociétés publiques et l'administration est notamment visible à deux niveaux. Tout d'abord, les sociétés publiques sont soumises au droit commun des voies d'exécution et procédures collectives²²⁰⁹, y compris quand elle gère un service public²²¹⁰. Cette différence remarquable avec les établissements publics industriels et commerciaux est assurément un argument déterminant du caractère ordinaire de leur action concurrentielle. Dès lors, les actionnaires – publics ou privés – assument le risque de l'activité concurrentielle. En outre, les sociétés publiques permettent une mise en œuvre efficace du principe de séparation des activités concurrentielles et des activités de service public. Ces sociétés peuvent évidemment prendre en charge une activité de service public : dans ce cas, la question de la séparation interne à l'entreprise de leurs diverses activités se posera. Cependant la différence qui les sépare des prestataires publics est double : d'une part les sociétés publiques ne sont pas toujours en charge d'activités de service public – contrairement aux personnes publiques²²¹¹ – et, d'autre part, le cas échéant, elles le sont de la même manière qu'une entreprise du secteur privée, et sont donc notamment soumises au principe de stricte compensation des charges de service public.

1486. *In fine*, il est clair que le statut des sociétés publiques, en dépit de « *la convergence des régimes juridiques des différentes formes d'entreprises publiques* »²²¹², est structurellement différent de celui des prestataires publics de service marchand : cette différence fondamentale invalide la mise en cause du statut des sociétés publiques. C'est pourquoi la notion même d' « entreprise publique » devrait être soit supprimée soit modifiée (pour différencier les

²²⁰⁸ Cf. *supra* n° 547.

²²⁰⁹ Cf. not. Com., 25 juin 1991, n° 88-14323 : Bull. civ.1991, IV, n° 239 – Com., 26 octobre 1999, 96-14123 : JCP G 1999.II.10221. Concernant les SEM, cf. V. L'Hôte, « L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales », AJDA 2003, p. 2233.

²²¹⁰ Cass., 15 novembre 1995, n° 93-13.262, *Cusset c. CRAVAM* : DA août-septembre 1996.1, obs. Moysan.

²²¹¹ En effet, le cas où une personne publique ne prend en charge qu'une activité de service marchand à l'exclusion de toute activité de service public est théoriquement possible mais pratiquement rare.

²²¹² S. Bernard et S. Brameret, *Privatisation des entreprises publiques*, J.-Cl. propr. publ., fasc. 80, Paris, LexisNexis, 2014, n° 8.

entreprises publiques à statut de droit public des entreprises publiques à statut de droit privé ou en exclure les établissements publics industriels et commerciaux). À défaut, la confusion sera maintenue et perpétuera la logique en vertu de laquelle « *la transformation des EPIC en sociétés ne les exonère pas de toutes attaques en provenance des autorités communautaires* »²²¹³.

2. *Un renforcement nécessaire de la logique de transparence des sociétés publiques pour apaiser les craintes des acteurs de la concurrence*

1487. La logique qui sous-tend l'encadrement des associés publics et des sociétés publiques est clairement emprunte de méfiance. Cette logique est regrettable car elle bride voire décourage l'initiative publique en milieu concurrentiel.

1488. C'est pourquoi un changement de paradigme est nécessaire : celui-ci impliquerait de renforcer le principe de transparence des sociétés publiques²²¹⁴. Cette transparence pourrait prendre quatre dimensions toutes pénétrées d'un objectif commun : contrôler le lien entre les sociétés publiques et l'administration. En effet, les personnes publiques incarnent des rôles multiples – régulateur, actionnaire, associé, client, pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice – qui doivent être clairement distincts au moyen de règles de transparence adéquates.

1489. En premier lieu, du point de vue de l'utilisation des ressources publiques, les sociétés publiques doivent, dans la mesure du possible, fonctionner à partir de ressources – humaines, matérielles et immatérielles – propres. Autrement dit, les personnes publiques associées doivent veiller à privilégier les apports en numéraire en comparaison des apports en industrie et en nature. À défaut, une valorisation claire et transparente devra être effectuée. En outre, les personnes publiques associées doivent s'abstenir d'effectuer de trop larges mises à disposition

²²¹³ S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA 2008, p. 35.

²²¹⁴ Sur cette question, cf. not. J.-Y. Chérot, « L'État, simple actionnaire ? », in *La sécurité financière et l'État*, L'Harmattan, 2004, p. 169 – C. Malecki, « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », D. 2005, n° 15, p. 1028 – C. Malecki, « L'État actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire », Cahiers de droit de l'entreprise 2005, n° 5, p. 61 – J. Wouters et B. Van Hees, « Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État », Revue du droit de l'Union européenne 1999, n° 2, p. 35 – V. Lecocq, « L'exigence de transparence des relations financières entre les États et les entreprises publiques », LPA, 18 septembre 1992, p. 18 – M. Debène, « Entreprises publiques et marché unique », AJDA 1992, n° 4, p. 243 – M. Bazex, « Entreprises publiques », AJDA 1983, n° 4, p. 241. Sur l'Ord. n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la Dir. 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, cf. JCP A 2004, n° 52, 1830, p. 1670, comm. Katz ; CCC 2004, n° 8-9, p. 14, comm. Malaurie-Vignal. Plus largement, cf. F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2003.

d'agents publics²²¹⁵ – autorisées par la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique²²¹⁶ – ou, le cas échéant, établir une convention précise de remboursement – précisant les emplois sur le modèle de l'équivalent temps plein travaillé²²¹⁷ –. De la même manière, les transferts d'immobilisations doivent être strictement encadrés, d'autant que la plupart du temps, ils ont pour objectif inavoué de les soustraire du budget local ou national. Dans cette perspective, l'inscription d'une obligation pour toutes les sociétés publiques d'avoir recours à une comptabilité analytique de leurs activités apparaît essentielle pour individualiser correctement chacune d'entre elles. À cet égard, on rejoint largement la proposition formulée par le Conseil d'État, dans le Rapport relatif aux agences de l'État, qui préconisait de « *privilégier dans le cadre concurrentiel, le financement des obligations de services publics par le biais d'un fond de péréquation plutôt que sur le budget de l'État* »²²¹⁸.

1490. En second lieu, du point de vue de la mise en œuvre de la puissance publique, les sociétés publiques, quand elles sont en charge d'une activité de service public économique, ne devraient pas bénéficier de la prérogative de puissance publique de règlementer le droit de grève. On pense à cet égard à l'arrêt du Conseil d'État qui avait jugé qu'EDF, en tant qu'autorité « *responsable* » du service public, pouvait légalement exercer un pouvoir de réglementation du droit de grève – dans le cadre de la jurisprudence Dehaene²²¹⁹ – justifié par « *les besoins essentiels du Pays* »²²²⁰. Si la formule « les besoins essentiels du pays » limite fortement

²²¹⁵ Cf. *supra* n° 692.

²²¹⁶ L. n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique (JO n° 31 du 6 février 2007 p. 2160). Pour une approche critique de cette loi, cf. P. Lagrange, « La réforme des mises à disposition : nouvelle étape vers une fonction publique ouverte ? », AJDA 2007 p. 524 : « On regrettera que le gouvernement n'ait pas entendu profiter de cette réforme pour déterminer avec précision la situation juridique du fonctionnaire mis à disposition d'un organisme de droit privé. Situation qui se trouve de fait amenée à considérablement se développer et qui a été à l'origine de nombreux développements contentieux, tant quant à la nature du contrat unissant le fonctionnaire à l'organisme d'accueil [...] que quant aux compléments de rémunération éventuellement perçus par le fonctionnaire mis à disposition [...] ».

²²¹⁷ Qui a notamment été consacré par la LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, dite LOLF, (JO n° 177 du 2 août 2001, p.12480) dans l'objectif de plafonnement de l'emploi public : cf. not. A. Taillefait, *Fonctions publiques. – Définitions. Principes. Orientation*, J.-Cl. adm., fasc. 180, Paris, LexisNexis, 2012, n° 45 et s.

²²¹⁸ T. Wahl (sous la supervision de), *L'État et ses agences*, Rapport n° 2011-M-044-01, inspection générale des finances, Paris, Ministère de l'économie et des finances, mars 2012.

²²¹⁹ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* : Rec. 426 ; RDP, 1950.691, concl. Gazier, note Waline ; JCP 1950.II.5681, concl. ; RA 1950.366, concl., note Liet-Veaux ; Dr. soc. 1950.317, concl. Gazier ; S. 1950.3.109, note J.V.D ; D. 1950.538, note Gervais.

²²²⁰ CE, Ass., 12 avril 2013, n° 329570, 329683, 330539, 330847, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines* : RFDA 2013.637, concl. Aladjidi, et 669, chron. Roblot-Troisier ; AJDA 2013.1052, chron. Domino et Bretonneau ; DA 2013, n° 59, note Éveillard. Cette jurisprudence vient d'ailleurs, et dans un autre ordre d'idées, s'ajouter à celle relative aux ouvrages de production d'électricité qui sont des ouvrages publics selon le Conseil d'État : cf. CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, n° 323179, *M. et Mme Béliгаud* comp. TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* : AJDA 2010.1642, chron. Liéber et Botteghi ; RFDA 2010.572, note Melleray ; AJDA 2010.1916, étude Jeanneney – RJEP 2010, n° 680, p. 24, note Gaudemet – DA 2010, n° 10, p. 38, note Pissaloux.

l'extension de ce privilège, il n'en demeure pas moins qu'elle est incompatible avec l'exercice d'activités marchandes – liées à l'activité de service public économique –. C'est pourquoi la compétence de réglementation du droit de grève ne devrait pas être détachée du domaine de compétence de l'administration. Plus largement, la question du lien entre le « service public » et les « sociétés » – publiques ou privées – devrait être abordée dans le cadre d'un débat plus large devant aboutir à un partage clair des prérogatives de chacun en la matière. Il nous semble, pour notre part, que seule l'administration devrait pouvoir déterminer et réglementer des obligations de service public et exercer les privilèges qui s'y attachent tout en confiant et, le cas échéant, en rémunérant sa gestion à des sociétés publiques ou privées.

1491. En troisième lieu, du point de vue de la gestion des sociétés publiques, il serait nécessaire que soit affermi le principe de transparence. Certes, les sociétés publiques sont soumises aux obligations classiques du droit des concessions quand elles sont attributaires d'une délégation de service public – et doivent à ce titre fournir un rapport annuel au délégataire –. Toutefois, il nous semble que le principe de transparence doit être renforcé, notamment en ce qui concerne la filialisation des sociétés publiques (et celle par ailleurs des établissements publics) qui s'exerce aujourd'hui dans la plus grande opacité. La question de la transparence des relations est d'autant plus importante qu'elle est actuellement source d'un important contentieux (concernant aussi bien le secteur privé que le secteur public). Il ne s'agit pas ici de consacrer « *le règne de la méfiance* »²²²¹ mais de garantir préventivement les risques de conflits d'intérêts. Dans ce cadre, la nomination et la rémunération des dirigeants des sociétés publiques – y compris des sociétés publiques locales – devraient faire l'objet d'une plus grande publicité²²²².

1492. En quatrième lieu, du point de vue de l'attribution d'une activité publique de service économique par un pouvoir adjudicateur à une société publique : la personne publique qui confie la gestion d'une telle activité à une société publique devra elle aussi faire preuve de transparence. Ainsi, pour les contrats attribués dans le cadre d'une relation *in house*, le ou les pouvoirs adjudicateurs devront être en capacité d'apporter les preuves que l'exemption de mise en concurrence dans l'attribution du contrat public confié à la société publique se justifie

²²²¹ M. Mekki, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 17 à 32. Adde Y. Mény, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 5-15.

²²²² F. Barrière, « La rémunération des dirigeants sociaux : un encadrement évolutif », *Droit des sociétés* 2013, n° 10 (problématique des sociétés publiques nationales) – F. Gartner, « La direction des SEM locales par les élus : entre commerce et transparence », *RFDA* 1997, p. 783 (problématique des sociétés publiques territoriales).

pleinement au regard des critères fixés par la jurisprudence et désormais par les directives européennes. La difficulté majeure auxquelles seront confrontés les pouvoirs adjudicateurs sera de ne pas se contenter de la lettre jurisprudentielle ou textuelle. Il faudra en effet être en mesure de prouver que les critères révélateurs d'une relation *in house* sont satisfaits. Par précaution, une justification devrait déjà être portée dans les statuts. Il aurait d'ailleurs été utile – et le serait encore – qu'un service d'appui et de conseil aux collectivités territoriales soit créé – à l'exemple de ce qui avait été fait pour les partenariats public-privé, notamment en ce qui concerne l'aide à la création des sociétés publiques locales et des sociétés d'économie mixte à opération unique. Les collectivités et/ou leurs groupements – notamment ceux qui ne possèdent pas de service juridique – auraient tout à gagner à bénéficier d'une expertise juridique pour le montage de telles sociétés car ils se prémuniraient ainsi des risques de sanctions juridiques.

§2. SOCIÉTÉ PUBLIQUE ET CONCURRENCE EFFICACE

1493. Pour vivre et survivre en milieu concurrentiel, une entreprise se doit d'être efficace. Le concept implique la recherche de cet objectif²²²³. Or, les personnes publiques actionnaires et les sociétés publiques font l'objet de critiques lancinantes sur leur incapacité présumée à savoir gérer efficacement des activités de service marchand.

1494. Il nous semble que le procès en mauvaise gestion des sociétés publiques – nationales ou locales – est largement exagéré. Des pistes d'améliorations sont toutefois envisageables. Nous reprendrons partiellement celles qui ont pu être indiquées dans les divers rapports relatifs aux entreprises publiques²²²⁴ en concentrant notre propos sur deux aspects que devrait prendre une réforme des sociétés publiques, qui consisterait d'une part à mettre en place un outil d'évaluation préalable de l'efficacité comparé des divers modes de gestion qui s'ouvrent à la

²²²³ Cf. not. L. Donnedieu de Vabres-Tranié et Ch. Montet, « Les droits de la concurrence, chance ou contrainte pour l'entreprise ? Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », CCC 2006, n° 12, p. 6 (sur l'objectif d'efficacité économique du droit de la concurrence, les règles propres à le satisfaire, et les incohérences ponctuelles de cet objectif au regard des autres objectifs poursuivis par la puissance publique). Sur l'imprégnation de cet objectif par le juge, cf. évidemment, A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008.

²²²⁴ Cf. not. J. Arthuis (Prés.), *Les ambiguïtés de l'État actionnaire*, Rapport fait au nom de la Commission des finances du Sénat, Paris, Sénat, n° 591, 1994 – J. Bergougoux (Prés.), *Services publics en réseau. Perspectives et nouvelles régulations*, Paris, La doc. fr., 2000 – R. Barbier de la Serre (Prés.), *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Paris, La doc. fr., 2003 – OCDE, *Lignes Directrices sur le gouvernement des entreprises publiques*, 2005 (<http://www.oecd.org>) – Ph. Douste Blazy et M. Diefenbacher (dir.), *La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Paris, Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête, 2003.

personne publique souhaitant assurer la mise en œuvre d'une activité publique de service marchand (A), et, d'autre part, à clarifier la doctrine de l'associé public (B).

A. Mettre en place un outil d'évaluation préalable de l'efficacité comparée des divers modes de gestion des activités publiques de service économique

1495. En droit français, le principe de la liberté d'organisation par la personne publique des activités de service public dont elle a la responsabilité est toujours bien ancré, de sorte que la personne publique ne peut pas, en principe²²²⁵, être contrainte d'exercer une activité publique de service économique selon un mode de gestion qui lui serait imposé.

1496. Toutefois, cette liberté trouve une limite immédiate dans la méconnaissance des modes de gestion existants. On constate souvent que le recours à un mode de gestion relève davantage du réflexe idéologique ou de l'habitude que du choix éclairé.

1497. En réalité, chaque mode de gestion des activités publiques possède des avantages et des inconvénients²²²⁶, qu'il convient, en fonction du contexte, de mettre en balance et de comparer soigneusement afin d'améliorer l'efficacité de l'action publique. Parmi la palette d'outils à disposition des personnes publiques, les possibilités sont nombreuses : internaliser par le biais d'une régie publique – sous forme d'un établissement public ou d'une régie directe – ; externaliser par le biais d'un contrat public – marché public, délégation de service public, contrat de partenariat – à une société publique ou privé ou à un prestataire public.

²²²⁵ Cette liberté d'organisation est de longue date consacrée par le juge administratif : cf. not CE, 29 avril 1970, *Société Unipain* : Rec. 280 ; AJDA 1970.340, concl. Braibant ; RDP 1970.423, note Waline – CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image e. a.* : Rec. 506 ; AJDA 2012.35, chron. Guyomar et Domino. Elle est également clairement reconnue par le juge européen : cf. not. CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl* : Rec. I-8121 ; BJCP 2000.43, concl. Cosmas – CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant* : Rec. I-8457 – CE, 27 juin 1930, Bourrageas et Moullot : Rec. 659.

²²²⁶ Pour des exemples concrets de cette comparaison, cf. par ex. A. Desprairies et Y. Goutal, « Les modes de gestion des équipements culturels », AJCT 2013, p. 400 - E. Landot, « Concurrence et mode de gestion du service public culturel », Revue française de droit administratif 2014, n° 5 – Fl. Jourdan, « Les modes de gestion des transports publics : entre tradition et innovation », JCP A 2012, n° 29 – L. Richer, « Services de l'eau potable et service public », Revue administrative 2011, n° 381, p. 231. Plus largement, cf. not. A. Siffert, « Service public et intervention des personnes publiques dans une Europe libérale », RMCUE 2012, n° 560 – H. Pauliat, « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », JCP A 2012, n° 44 – A.-L. Debono, « Les incertitudes du droit quant aux outils juridiques de gestion contractuelle du service public », CMP 2015, n° 4 – A. Breville et M. Hemond, « Quel mode de gestion après la délégation de service public ? » ACCP 2009, n° 88, p. 31 – G. Le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », ACCP 2008, n° 73, p. 40.

1498. L'absence d'obligation d'évaluation préalable – sauf dans le cas spécifique des contrats de partenariats²²²⁷ – fait la part belle aux idées préconçues et ouvre une brèche dans laquelle ne manquent pas de s'engouffrer les divers défenseurs d'un mode de gestion particulier, revendiquant chacun le label de la plus grande efficacité.

1499. La science juridique doit, en la matière, s'ouvrir aux autres disciplines, au premier chef desquelles l'économie, afin de proposer des outils utiles aux personnes publiques pour évaluer préalablement l'efficacité comparée de chaque mode de gestion. Une telle logique, qui peut s'inscrire dans le cadre de « l'analyse économique du droit » ou de « l'analyse juridique de l'économie », participerait d'un « *exercice vertueux* »²²²⁸ qui profiterait tant au concurrent public qu'à la concurrence elle-même.

1500. Il existe une échelle de possibilités allant du simple « *recours à des critères objectifs d'évaluation des mérites de chaque mode de gestion* »²²²⁹ à des méthodes plus strictes, où l'administration est contrainte de démontrer la plus grande efficacité du choix de recourir à l'internalisation par rapport à celui de l'externalisation, voire obligée de procéder à une mise en concurrence systématique²²³⁰.

1501. Ces méthodes sont déjà employées dans certains États, comme le Royaume-Uni ou les États-Unis. C'est pourquoi, nous proposerons, après avoir envisagé les règles et pratiques étrangères (1), d'établir un outil d'évaluation préalable de l'efficacité comparée des divers modes de gestion des activités publiques de service marchand (2).

1. Les exemples étrangers

1502. Un bon exemple est donnée par le *Federal Activities Inventory Act* (aussi appelé *Fair Act*) adopté aux États-Unis en 1998. Le *Fair act* « a pour objectif d'obliger les administrations fédérales à publier la liste des fonctions susceptibles d'être externalisées, d'établir et de donner des outils aux sociétés contestant les choix de l'administration concernant le recours ou non à

²²²⁷ Cf. CE, 30 juillet 2014, n° 363007, *Commune de Biarritz*, JCP A 2014, 2268 note Cornille.

²²²⁸ Cl. Devès, « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A*, n° 38-39, 22 septembre 2014, 2266 – J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion » : CMP 2013, étude 9.

²²²⁹ P. Cossalter, « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », Sciences Po, Paris, 14 mars 2007 (<http://www.sciencespo.fr/chaire-madp>)

²²³⁰ *Ibid.* et P. Lignières, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », Sciences Po, Paris, 14 mars 2007 (lien préc.) – P. Lignières et L. Babin, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », DA 2002, n° 5, pratique 5.

l'externalisation. Les administrations sont tenues de comparer le coût des services non inhérents aux fonctions gouvernementales, mises en œuvre par le gouvernement fédéral, par rapport au coût auquel le secteur privé pourrait les délivrer. Chaque fois que le coût du secteur privé est inférieur au coût constaté dans le secteur public, les administrations doivent mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence afin de sélectionner un prestataire privé »²²³¹. L'objectif est simple, il s'agit « d'obliger les administrations fédérales à publier la liste des fonctions susceptibles d'être externalisées, d'établir et de donner des outils aux sociétés contestant les choix de l'administration concernant le recours ou non à l'externalisation »²²³².

1503. Un exemple plus rigoureux encore est donné par le Royaume-Uni où l'adoption du *Local Government Planning and Land Act* en 1980 et du *Local Government Act* de 1988 « avait au contraire imposé aux autorités locales une mise en concurrence obligatoire (*Compulsory competitive tendering*) des services administratifs internes avec le secteur privé : la régie interne d'une autorité locale ne pouvait effectuer des travaux que si elle emportait le marché au terme d'un processus préalable d'appel d'offres »²²³³. Cette expérience « en dépit du reproche que certains lui adressaient d'être excessivement légaliste [...] n'en était pas moins inefficace, les contrôles qu'elle instituait étant de nature administrative et interne »²²³⁴. Elle fut donc abandonnée et remplacée par le *Local Government Act* de 1999 qui introduisit la notion de « *Best value* ».

1504. La politique de « *Best Value* », confirmé solennellement par le *Local Government in Scotland act* de 2003 « suppose, de la part des collectivités et services locaux qui y sont assujettis, l'amélioration continue de la qualité du service. Celles-ci sont alors dénommées « *Best Value Authorities* ». Elles doivent conduire des audits de performance (« *Best Value*

²²³¹ J.-D., « Externalisation et liberté d'organisation du service », AJDA 2009, p. 1529.

²²³² P. Lignièrès, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », préc. Selon Monsieur Paul Lignièrès, le Fair act donne une liste des fonctions qui doivent être prise en charge par l'État : « *lier les États-Unis par un contrat, une politique, un règlement, une autorisation, un ordre ou autrement ; déterminer, protéger et présenter les intérêts économiques, politiques, territoriaux ou la propriété des États-Unis ou autres intérêts par une action militaire ou diplomatique, par des procédures judiciaires civiles ou pénales, par contrat ou autrement ; affecter de façon significative, la vie, la liberté ou la propriété des personnes privées ; donner une mission, nommer, diriger ou contrôler des officiers ou des employés des États-Unis ; ou, exercer le contrôle final sur l'acquisition, l'usage, ou la disposition de la propriété des États-Unis y compris la collecte, le contrôle et la dépense des fonds fédéraux* ». Au contraire, ne participent des activités inhérentes aux fonctions gouvernementales : « *la collecte d'informations ou la fourniture de conseils, opinions, recommandations ou idées aux représentants du gouvernement fédéral ; toute fonction qui est par nature interne (comme la sécurité des immeubles, le courrier, les cafétérias, les ménages, la maintenance, le stockage, la gestion du parc automobile ou les autres services électriques et mécaniques* ».

²²³³ *Ibid.*

²²³⁴ P. Birkinshaw, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », RFDA 2006 p. 1015.

reviews ») visant à évaluer leur activité au regard de critères de performance »²²³⁵. Ces audits sont eux même contrôlés par une Commission (« *The Audit Commission* ») qui donne des avis, souvent critiques, sur la qualité de la prise en charge des politiques locales. La réalisation des objectifs de performance est par ailleurs stimulée par des incitations financières de l'État et par la contrepartie d'une plus grande autonomie pour les institutions méritantes.

1505. Dans le même ordre d'idées, le droit britannique a institué le *Public Sector comparator*. Cet outil – conçu, selon le Professeur Philippe Cossalter, selon « *une méthodologie dont le caractère scientifique est contestable* »²²³⁶ – permet théoriquement de comparer l'efficacité économique du recours à la PFI (l'équivalent des contrats de partenariats public-privé français) par rapport à d'autres modes de gestion, et notamment la régie directe.

2. *La transposition envisageable*

1506. Bien évidemment la vague de la « performance publique » ne s'est pas arrêtée aux frontières françaises, et, s'il n'existe pas d'obligations légales à comparer l'efficacité des modes de gestion des activités de service public, deux indices tendent à prouver que cette préoccupation commence à « *faire son chemin* »²²³⁷.

1507. Tout d'abord, un mécanisme comparable au *Public sector comparator*, institué par l'ordonnance du 17 juin 2004, existe en France concernant les contrats de partenariat²²³⁸. Cette ordonnance impose la tenue d'une évaluation préalable, le contrat de partenariat ne pouvant être conclu que si cette évaluation prouve que la complexité, l'urgence, ou le bilan coûts-avantages, comparé aux autres contrats de la commande publique, nécessite d'y avoir recours²²³⁹. l'expérience semble montrer que les entreprises n'hésitent plus à faire des offres

²²³⁵ *Ibid.*

²²³⁶ Ph. Cossalter, « 20 ans de PFI : l'heure du bilan », RGD, 2012, A1.

²²³⁷ P. Lignières, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », préc. Adde R. Noguellou, « La remunicipalisation et les contrats », JCP A, n° 10, 10 mars 2014, p. 2071 : « *Comme on le sait, les personnes publiques ont le libre choix du mode de gestion de leurs services publics et elles peuvent donc faire le choix de les gérer elles-mêmes plutôt que de les confier à des tiers. On peut d'ailleurs regretter, sur ce point, que la question de l'opportunité de la remunicipalisation ne donne pas lieu à des contraintes plus précises, en terme d'évaluation ou encore d'information des citoyens* ».

²²³⁸ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JO n° 141 du 19 juin 2004 p. 10994)

²²³⁹ S. Braconnier, A. Delsaux et J.-B. Morel, « L'analyse comparative : la recherche d'une Best value for money à la française », CMP 2005, n° 9, 7.

spontanées aux collectivités territoriales, notamment pour susciter l'évaluation préalable prévue dans le cadre des contrats de partenariats²²⁴⁰.

1508. Ensuite, de leur côté, les institutions de l'Union européenne n'hésitent plus à faire des propositions qui vont dans le sens d'une obligation de mise en concurrence des divers opérateurs. En ce sens, la Commission européenne avait proposé la mise en place d'une méthode de gestion directe challengée qui disposait que « *lorsqu'un opérateur reçoit un droit exclusif, les concurrents peuvent contester la position de l'opérateur implanté avec, comme argument, le fait qu'ils pourraient opérer un service comparable à un coût inférieur. L'opérateur fait face à une concurrence potentielle sur le marché rendu contestable* »²²⁴¹. Cette proposition n'avait pas rencontré le succès escompté.

1509. Faut-il franchir le Rubicon et mettre en place une évaluation préalable à tous les choix des modes de gestion, en liant éventuellement la décision de la collectivité aux résultats de cette évaluation ? Cette proposition nécessite encore d'être soigneusement discutée et il est regrettable que la question ait été écartée à l'occasion de la loi relative aux SEMOP – pour un motif pas ailleurs juridiquement fallacieux selon lequel une telle obligation porterait atteinte à la libre administration des collectivités territoriales²²⁴² – ou de la réforme territoriale. Un premier pas devrait toutefois être franchi lors l'adoption de l'ordonnance de transposition des directives européennes relatives aux marchés publics. En effet, une évaluation préalable – comparable à celle exigée pour les contrats de partenariats – devrait être imposée pour la passation des marchés publics à partir d'un montant fixé par voie réglementaire²²⁴³.

1510. Quoi qu'il en soit, la question reste délicate car il n'existe pour l'heure « *aucune technique fiable d'évaluation permettant de justifier, a priori, le meilleur mode possible de gestion pour une activité publique déterminée* »²²⁴⁴. Cette carence s'explique par une raison simple : l'évaluation est une « *activité hybride, à la fois discipline, profession et pratique*

²²⁴⁰ G. Fonouni-Farde, « la pratique de l'offre spontanée en matière de contrats de partenariat : audaces for tuna juvat ? », RA 2011, n° 382.

²²⁴¹ A. Coppe et A. Gautier, « Régulation et concurrence dans le transport collectif urbain », Reflets et perspectives de la vie économique, 2004, n° 4.

²²⁴² E. Binet, Rapport n° 1885 du 16 avril 2014 fait au nom de la Commission des lois, p. 56 : « *la détermination de l'opportunité de recourir à un mode de gestion du service public – régie, délégation de service public, concession, etc. – relève de la libre administration des collectivités territoriales* ».

²²⁴³ Pour l'heure, cette ordonnance n'a pas été adoptée : nous nous référons au projet de texte réglementaire (<http://www.economie.gouv.fr>).

²²⁴⁴ P. Cossalter, « 20 ans de PFI : l'heure du bilan », préc.

institutionnalisée, elle est encore en devenir, vaste champ d'expérimentations et de controverses »²²⁴⁵.

1511. C'est pourquoi, il est important de distinguer deux aspects : l'obligation d'avoir recours à une analyse préalable ne nous paraît pas en effet faire débat en ce qui concerne le principe mais davantage en ce qui concerne les modalités de sa mise en œuvre. Ainsi, la mise en place d'une obligation pour les personnes publiques de justifier de la pertinence des modes de gestion de leurs activités publiques de service, devrait préalablement être discutée dans le but de répondre aux questions qui demeurent. Quels sont les critères pertinents à retenir pour analyser comparativement les différents modes de gestion ? Il semble, qu'ils devraient comprendre à tout le moins :

- une analyse concurrentielle (le mode de gestion satisfait-il les contraintes juridiques du droit de la concurrence ? Permet-il d'éviter les pratiques anticoncurrentielles ?) ;
- une analyse économique (le mode de gestion est-il adapté à une action efficace en économie de marché ?) ;
- une analyse sociale (le mode de gestion permet-il de satisfaire les ambitions sociales de la personne publique – en termes de traitement salarial, de condition de travail, d'égalité hommes-femmes – ?).

B. Clarifier la doctrine de l'actionnaire public

1512. Pour bien appréhender cette proposition, trois points préalables nécessitent d'être développés.

1513. En premier lieu, l'actionnariat public ne peut être envisagé sans prendre en compte le contexte économique et financier. L'endettement croissant des administrations publiques, nationales et locales, est indéniablement source d'inquiétude et peut être un frein aux initiatives économiques²²⁴⁶.

²²⁴⁵ B. Perret, *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2008, p. 4.

²²⁴⁶ Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, Paris, La doc. fr., 2014 : la dette des collectivités territoriales (182,3 milliards d'euros en 2013) représente 9.5 % de la dette totale des administrations publiques, contre 79.5% pour les administrations centrales et 11% pour les administrations sociales. Pour les seules collectivités territoriales le déficit a augmenté entre 2012 et 2013, passant de 3,7 milliards d'euros en 2012 à 9.2 milliards d'euros en 2013. *Adde* Cour des comptes, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat,

1514. En deuxième lieu, l'étude de l'actionnariat public ne peut se départir d'une réflexion sur l'organisation institutionnelle de l'État, notamment sur son organisation territoriale. Le Rapport de la Cour des comptes sur les finances publiques locales en 2014 rappelle que la France compte aujourd'hui 36 881 communes en métropole et outre-mer, dont 95% de moins de 5000 habitants et 54% de moins de 500. La progression de l'intercommunalité s'est amplifiée, passant de 22 200 habitants en moyenne par structure intercommunale en 2011 à 29 200 habitants en 2014. Or, l'organisation territoriale a un impact évident sur les initiatives publiques économiques, notamment au support de sociétés publiques. Pour résumer, plus le périmètre institutionnel des collectivités territoriales – ou le cas échéant de leurs groupements – sera en adéquation avec le périmètre des bassins de vie et/ou des bassins économiques, plus l'initiative publique au support des sociétés publiques sera pertinente.

1515. En troisième lieu, il convient d'admettre que certaines critiques relatives à la gestion des sociétés publiques sont fondées. Ainsi, concernant les sociétés publiques nationales, la Professeure Anémone Cartier-Bresson rappelle que certaines sociétés publiques – comme le Crédit Lyonnais ou France Télécom – ont été victimes de crises sérieuses notamment causées par des erreurs grossières de stratégie et de gestion²²⁴⁷.

1516. Partant de ce constat préliminaire, on conviendra que le rôle de l'associé public ne doit pas se résumer à de disparates et éphémères investissements capitalistiques mais doit être l'incarnation d'une véritable doctrine. La présente étude n'est pas la première à formuler cet impératif stratégique, et nombreux ont été les rapports²²⁴⁸ avisant l'État de cette nécessité. C'est

²²⁴⁷ A. Cartier-Bresson, *Actionnariat*, J.-Cl. adm., fasc. 161, Paris, LexisNexis, 2010, n° 53. Concernant la crise du Crédit Lyonnais, la Professeure rappelle qu'à la fin des années 80 : « *l'entreprise publique avait mené une stratégie d'expansion très risquée (par l'acquisition de filiales à l'étranger, des prises de participations selon le concept de la 'banque industrie')* qui s'est soldée par des pertes colossales lors du retournement de la conjoncture au milieu des années quatre-vingt-dix ». En ce qui concerne la crise de France Télécom, la Professeure souligne que « *lorsque l'entreprise était encore publique, ses dirigeants ont mené, à la fin des années 1990, une politique très risquée de croissance à l'international. France Télécom ne pouvait se financer, comme ses concurrents, par des augmentations de capital ouvertes aux investisseurs privés, car cela aurait dilué la participation majoritaire de l'État. L'entreprise eut donc recours à l'endettement, et se trouva face à d'énormes pertes lorsque le marché boursier se retourna en 2001. L'inefficacité de l'État actionnaire fut à nouveau dénoncée* ».

²²⁴⁸ Cf. not. S. Nora (mission présidée par), *Les entreprises publiques*, Rapport au Premier ministre, avril 1967. R. Denoix de Saint Marc (mission présidée par), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La doc. fr., 1996, p. 17 et s. R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport à F. Mer, 24 février 2003. M. Dieffenbacher, *La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Rapport de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques, Paris, AN, XIIe législature, n° 1004, 2003 - OCDE, *Lignes directrices sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*, 2005.

au support de ces différents travaux que nous allons formuler cinq principes qui devraient sous-tendre une action efficace des personnes publiques actionnaires.

1. Privilégier une stratégie d'investissement à long terme

1517. C'est à la Caisse des dépôts et consignations que l'on doit la formulation du très intéressant principe de « *l'investisseur avisé d'intérêt général de long terme* »²²⁴⁹. Ce principe devrait guider l'ensemble des investissements des personnes publiques actionnaires.

1518. En effet, on peut regretter que, trop souvent, l'État « *préfère [...] bénéficiaire à court terme de produit de la cession d'une entreprise plutôt que de profiter sur le long terme des dividendes qu'elle lui rapporte [...]* »²²⁵⁰. Ce déficit d'orientation stratégique à long terme a toutefois été en partie résolu avec la création de l'Agence des participations de l'État, qui a pour objectif de « *défendre les intérêts patrimoniaux de l'État* »²²⁵¹. Si le progrès est réel²²⁵² il n'est toutefois toujours pas suffisant en témoigne la critique formulée par le Professeur Sébastien Bernard qui s'étonnait en 2010 que les initiatives – postérieures à la crise économique et financière de 2008 – « *n'aient, une nouvelle fois, pas réellement été accompagnées d'une réflexion d'ensemble sur les missions assignées à cette forme originale que constitue l'actionnariat public minoritaire* »²²⁵³.

1519. C'est sans doute la prise de conscience de cette lacune qui a conduit le gouvernement à édicter des Lignes directrices de l'État actionnaire au début de l'année 2014²²⁵⁴. Quatre points saillants ressortent de ces Lignes directrices : « *s'assurer d'un niveau de contrôle suffisant dans des entreprises à capitaux publics stratégiques intervenant dans des secteurs particulièrement sensibles en matière de souveraineté* » ; « *s'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays* » ; « *accompagner le développement et la consolidation d'entreprises en particulier dans des secteurs et des filières déterminantes pour la croissance économique nationale et européenne* » ; « *Intervenir ponctuellement, dans le respect des règles européennes dans des opérations de sauvetage d'entreprises dont la défaillance présenterait des conséquences systémiques* ».

²²⁴⁹ Cour des comptes, communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, p. 43 (www.ccomptes.fr).

²²⁵⁰ L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz (dir.), *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2014, n° 699.

²²⁵¹ M. Bazex et S. Blazy, « L'institutionnalisation de l'État actionnaire », DA 2004, comm. 174.

²²⁵² Sur cette question, cf. A. Turc, « State as a shareholder, corporate governance of SOEs », OCDE-MENA, Groupe de travail 5, Rabat, 14-15 septembre 2005.

²²⁵³ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010.756

²²⁵⁴ Cf. compte-rendu du Conseil des ministres du 15 janvier 2014 (<http://www.elysee.fr>).

1520. On le comprend, l'intervention de l'État actionnaire sera donc proportionnée à la dimension d'intérêt général que revêt l'activité marchande. Les questions de sécurité nationale, les besoins d'approvisionnement, la fragilité du marché concurrentiel seront autant d'indices qui justifieront une intervention plus ou moins forte de l'État. Cette distinction sous-jacente n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle qu'établissait le Rapport Nora entre les « *entreprises à fortes contraintes d'intérêt public* » et les « *entreprises du secteur concurrentiel* »²²⁵⁵.

1521. Si les Lignes directrices permettent d'entrevoir un début de stratégie actionnariale de l'État, elles demeurent toutefois trop vagues quant aux questions essentielles. Quel sont les secteurs « sensibles » qui justifient une intervention de l'État (la défense ? l'énergie ? le secteur bancaire ?) ? Quel doit être le mode d'intervention de l'État dans ces secteurs (majoritaire ? Que signifie un contrôle « suffisant » ?) ? Quid des autres secteurs ? Le statut d'EPIC doit-il être conservé ? Etc.

1522. Au-delà de la problématique de l'État actionnaire, c'est la doctrine même de l'actionnaire public – quels que soient les personnes publiques concernées – qui doit être clarifiée. Selon nous, cette clarification devrait reposer sur trois axes.

1523. Premièrement, il conviendrait de déterminer les secteurs dans lesquels les personnes publiques doivent intervenir en tant qu'actionnaires. Cinq niveaux d'intervention peuvent être circonscrits :

- Les secteurs où des besoins publics ne sont pas couverts ;
- Les secteurs où le contrôle de la personne publique est indispensable du fait de l'intérêt ; public que revêt l'activité (solidarité nationale, sécurité nationale par exemple) ;
- Les secteurs où le marché est atone ;
- Les secteurs où le marché doit être apaisé ;
- Les secteurs où une intervention de l'État serait rentable.

1524. Deuxièmement, les personnes publiques devraient choisir leur mode de gestion en fonction du degré de contrôle qu'elles souhaitent exercer sur les sociétés. Ainsi, les sociétés publiques à contrôle majoritaire paraissent adaptées aux trois premiers niveaux d'interventions ; des interventions minoritaires semblent plus satisfaisantes dans les deux derniers. Dans ce cadre, les personnes publiques ne doivent pas perdre de vue leur intérêt patrimonial. Les sociétés publiques ne sont pas là pour assumer les activités déficitaires des personnes publiques,

²²⁵⁵ S. Nora (mission présidée par), *Les entreprises publiques*, préc. p. 90 et s.

et l'assujettissement à des obligations de service public doit faire l'objet d'une stricte compensation financière et – idéalement – devrait conduire à une séparation structurelle entre l'activité de service public et les activités de service marchand. Pour la création de sociétés publiques *ex nihilo*, il est donc nécessaire d'établir une solide étude de faisabilité – notamment du point de vue économique, financier et juridique –.

1525. Troisièmement, les personnes publiques gagneraient à être davantage guidées par le souci de rentabilité que par le profit. En effet, elles pourraient avoir tendance à préférer le versement de dividendes pour renforcer les finances publiques – on pense ici aux sociétés publiques nationales²²⁵⁶ – à l'investissement qui est pourtant d'une plus grande efficacité en ce qui concerne la rentabilité. L'action à long terme est un enjeu majeur de l'investissement public.

2. Renforcer les collaborations entre l'État et les collectivités territoriales et leurs groupements

1526. La Cour des comptes rappelait, dans son Rapport relatif aux finances publiques d'octobre 2014, que les dépenses des administrations publiques locales s'élèvent à 252 milliards d'euros en 2013, soit 21% des dépenses des administrations publiques (contre 32% pour l'État et 47% pour les administrations sociales). Cependant, plus de 40% des ressources des collectivités territoriales proviennent de transferts financiers de l'État – dotations de l'État sous forme de prélèvements sur recettes de subventions ou de fiscalité transférée – qui dépassent annuellement 100 milliards d'euros²²⁵⁷.

1527. On peut inférer deux enseignements de ces chiffres : d'une part, les collectivités territoriales et leurs établissements publics jouent un rôle primordial dans l'économie nationale ; d'autre part, le soutien financier de l'État leur est indispensable.

1528. Cette logique est également présente en ce qui concerne les sociétés publiques territoriales, qui ont besoin de forts soutiens financiers. L'appui à l'investissement local se réalise dans la plupart des cas par le biais d'institutions publiques financières, et notamment par l'engagement de la Caisse des dépôts et consignations qui incarne l'État investisseur. En 2011, la Caisse des dépôts et consignations a ainsi investi 388,9 milliards d'euros, pour un effet dit

²²⁵⁶ Cf. not. J.-B. Auby, « La doctrine de l'État actionnaire », DA 2014, n° 11, repère 10.

²²⁵⁷ Cour des comptes, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, Paris, La doc. fr., 2014, p. 13 et 15.

« de levier » de 2,8 milliards d'euros pour la réalisation de projets territoriaux²²⁵⁸. Dans cette optique, la création de la Direction des territoires et du réseau, il y a une dizaine d'années, a eu pour effet d'accroître les investissements publics nationaux en direction des territoires. Structurée en 25 directions régionales, son rôle est celui « *d'un gros incubateur, agissant en réponse aux défaillances du marché et aux carences géographiques, sectorielles, sociales* ».

1529. Il nous semble que cette logique de coopération entre l'État et les collectivités territoriales devrait s'accroître pour au moins deux raisons. En premier lieu, la répartition des rôles entre l'État investisseur et les collectivités prestataires paraît tout à fait pertinente du fait qu'elle favorise une action de proximité, avec une visibilité accrue des besoins à satisfaire et du marché à investir. En deuxième lieu, l'investissement de l'État dans les projets locaux permet, *de facto*, une mise en péréquation des pratiques, des savoir-faire, autrement dit un *benchmarking* institutionnel tout à fait intéressant pour accroître l'efficacité des activités publiques de service économique. En troisième lieu ces investissements doivent respecter un certain nombre de critères : en l'occurrence ceux proposés par la Caisse de dépôts et consignations paraissent tout à fait satisfaisants (rentabilité financière, hors subventions ; gouvernance : contractualisation, statut et pacte d'actionnaire ; intercommunalité ; taille significative du projet ; apports d'affaire : prioriser l'existant ; impact environnemental ; risques)²²⁵⁹.

3. *Prioriser l'économie mixte*

1530. Au-delà des partenariats entre personnes publiques, l'économie mixte est un domaine à investir davantage et à améliorer²²⁶⁰.

1531. À investir car l'économie mixte permet tout d'abord d'accroître les capacités de financement des sociétés publiques, d'institutionnaliser ensuite un dialogue fécond entre deux univers trop souvent opposés l'un à l'autre et, enfin, de répartir efficacement les compétences techniques de chacun. Pour ce faire, le recours à l'économie mixte doit absolument être amélioré, notamment au support de la législation et de la jurisprudence de l'Union européenne. En effet, il nous semble que l'assouplissement des conditions du recours aux contrats *in house*,

²²⁵⁸ G. Seigle (entretien), « La DDTR, incarnation de l'action territoriale de la Caisse des dépôts », *Finances grandes écoles*, n° 24, novembre 2012, p. 16.

²²⁵⁹ Cour des comptes, communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, p. 44.

²²⁶⁰ Cf. S. Guérard (dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire – Droit public et droit privé*, L'Harmattan, 2006.

notamment sur la participation de capitaux privé, devrait conduire le législateur à autoriser les SPL à avoir recours à l'économie mixte ; en outre, la technique employée pour les SEMOP devrait être élargie à l'ensemble des SEM²²⁶¹.

1532. Dans un autre ordre d'idées, pour rendre incitatif le modèle de l'économie mixte, il convient d'améliorer le cadre juridique des relations qu'entretiennent entre eux les actionnaires publics et privés, notamment en rendant obligatoire pour l'ensemble des sociétés de capitaux à économie mixte la mise en place d'un pacte d'actionnaires, détaillant les objectifs stratégiques et les modalités de fonctionnement de la société publique.

4. Simplifier la structuration du secteur public

1533. L'« émiettement » et la disparité du secteur public sont des problèmes significatifs pour l'efficacité de l'action publique. Les sociétés publiques territoriales, dont le domaine d'action est la plupart du temps localisé (à l'exception des SEML), sont, à l'instar des institutions publiques (régies, établissements publics), trop éloignées des territoires pertinents. C'est la raison pour laquelle une action efficace des sociétés publiques locales ne peut se départir d'une réflexion sur l'organisation territoriale de l'État, d'autant que de trop nombreuses activités économiques publiques analogues sont rendues par des personnes publiques différentes sur des territoires pourtant proches. En ce sens, doit être menée une véritable politique de concentration du secteur public – dans les limites fixées par les règles de l'Union européenne – l'objectif étant de rassembler les entreprises ayant des tailles similaires, et donc d'accroître la coopération entre personnes publiques.

5. Donner de la visibilité à l'action publique

1534. Une des raisons pour lesquelles les personnes publiques optent plus facilement pour la gestion sous statut de droit public que pour la gestion sous statut de droit privé tient au manque de visibilité de l'activité de ce second mode de gestion.

1535. Or, la gestion d'une activité publique économique a aussi une dimension politique et il est tout à fait compréhensible que les élus souhaitent mettre en avant le succès d'une telle entreprise. Pourtant, une étude menée par KFS en Suède (qui est une institution suédoise rassemblant des entreprises publiques locales) sur 500 leaders communaux et dirigeants d'entreprise montre que 75% des dirigeants d'entreprises et environ 80% des leaders

²²⁶¹ Cf. *supra* n° 1363 et s.

communaux « *considèrent que les objectifs d'utilité publique ne [sont] pas assez ou pas du tout connus par les citoyens de leurs communes* »²²⁶². Or, il semblerait que cette analyse soit généralisable à l'ensemble des sociétés publiques territoriales européennes²²⁶³.

1536. C'est la raison pour laquelle devrait être réinvestie l'idée de structurer des marques commerciales de l'actionnariat public. Ainsi, les personnes publiques pourraient apposer ces marques au nom des sociétés publiques dont elles sont actionnaires, ce qui entraînerait une visibilité de l'action des personnes publiques actionnaires, une attractivité de l'offre marchande et constituerait – dans la mesure où ces marques sont des actifs immatériels – un apport en nature à la société. Cette idée, si elle doit être concrétisée, devra toutefois être soigneusement pensée, notamment pour être en conformité avec le droit de la propriété intellectuelle et le droit des aides d'État.

1537. En conclusion, le modèle des sociétés publiques peut offrir de beaux jours à la gestion publique des activités économiques. D'une part car c'est un mode de gestion qui permet d'adapter l'offre des personnes publiques : les multiples combinaisons possibles permettent en effet de moduler institutionnellement l'offre publique en fonction du degré d'implication qu'elle souhaite avoir sur le marché ; d'autre part car dans les limites des contraintes économiques et financières et notamment des impératifs de désendettement²²⁶⁴, c'est un mode de gestion permettant une prise en charge adaptée non seulement des activités de service public mais aussi des activités de service marchand. Tant au niveau national que local le modèle des sociétés publiques matérialise la logique de régulation du marché.

1538. Mais ce modèle n'est pas achevé et nécessite d'être fortement consolidé, par le renforcement, en premier lieu, des règles de transparence afin d'apaiser les craintes – parfois infondées – des acteurs de la concurrence, et, en second lieu, par une redéfinition nécessaire de l'action même des personnes publiques en milieu concurrentiel. En effet, s'il apparaît que l'intervention des sociétés publiques se justifie pleinement sur les secteurs à marché « suscité » – c'est-à-dire ceux sur lesquels la demande de la personne publique crée le marché concurrentiel : la « concurrence pour le marché » – elle ne se justifie pas moins sur les autres secteurs marchands existants ou potentiels – « la concurrence dans le marché » –. La concurrence publique par le biais d'une société de droit privé n'est pas uniquement là pour

²²⁶² KFS Företagsservice AB, *Servir le public, Le rôle et l'utilité des entreprises publiques locales en Europe*, Sweden, Lars Westberg 2005, p. 11.

²²⁶³ *Ibid.* p. 10 et s.

²²⁶⁴ Cf. not. G. Gasnet, « La judiciarisation de l'endettement public », Thèse, Paris V, 2013.

suppléer la carence ou l'absence d'initiative privée mais aussi pour « apaiser » le marché, qui a souvent besoin de l'être.

1539. Bien loin d'un retour vers les monopoles publics, c'est l'histoire d'un partenariat économique entre les personnes publiques et les personnes privées qui est en jeu. L'économie mixte est un « fer de lance » que devrait savoir exploiter la personne publique, mais qui ne doit pas pour autant justifier l'empilement de législations aussi éparses qu'inefficaces.

CONCLUSION DU TITRE II

1540. Choisir, c'est comprendre la mécanique à l'œuvre à l'échelle du droit européen. La pression croissante sur les activités économiques des personnes publiques s'explique par l'extension du domaine de la concurrence à des activités toujours plus nombreuses des personnes publiques et par l'exigence corrélative qu'implique l'application du droit de la concurrence.

1541. Ainsi, les activités de service marchand sont progressivement séparées des activités de service public. Toutefois, cette exigence n'a pas la même incidence selon que sont concernées des personnes publiques ou des personnes privées. D'une part, les personnes publiques ont la responsabilité de nombreuses missions de service public ; dès lors le risque d'interactions entre les activités concurrentielles et les activités de service public est démultiplié : c'est la raison pour laquelle – par précaution concurrentielle – l'exigence de séparation est renforcée quand sont concernés des prestataires publics. D'autre part, les conséquences d'une séparation juridique – qui est la technique la plus recommandée – des activités concurrentielles ne sont pas les mêmes pour les personnes publiques et les personnes privées : en effet, la séparation juridique a généralement pour conséquence de faire sortir l'activité concurrentielle du secteur public.

1542. L'effort d'adaptation induit une double conséquence. Tout d'abord, il confronte les prestataires publics à une difficulté capitale : résoudre la complexité de leur situation en reconstituant artificiellement des conditions de marché. Cette difficulté est à l'origine d'une nouvelle inadaptation, qui va consolider un environnement déjà favorable à la privatisation – c'est-à-dire à l'externalisation ou au transfert au secteur privé – des activités économiques des personnes publiques – c'est-à-dire autant les activités de service public économique que les activités de service marchand –. Or, si la gestion privée des activités publiques économiques peut être un moyen efficace de répondre aux besoins des personnes publiques ou des populations qu'elles administrent, elle ne l'est pas moins que la gestion publique quand elle s'exerce au moyen d'une société publique.

1543. Il ne s'agissait pas dans cette étude de contribuer à « *l'enracinement de la mythologie du service public, qui aboutit à parer la gestion publique d'une supériorité de principe par*

rapport à la gestion privée »²²⁶⁵ – d'autant que dans notre hypothèse le « service public » n'est pas le « service marchand » – mais au contraire, de tenter ici de commencer à déraciner une autre mythologie, celle du « marché », qui aboutit à parer la gestion privée d'une supériorité de principe par rapport à la gestion publique.

²²⁶⁵ J. Chevalier, « Le service public : regard sur une évolution », AJDA, 1997, p. 8.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1544. Les prestataires publics de service marchand sont inadaptables au milieu concurrentiel. La spécificité du lien qui les unit à l'administration rend impossible l'égalisation de leurs conditions de concurrence : en effet, l'ampleur des interactions structurelles entre les prestataires publics et l'administration est la cause de la complexité du contrôle – pourtant essentiel au bon fonctionnement du marché – du prix de l'activité publique de service marchand.

1545. Paraître un concurrent ordinaire est un rôle impossible à jouer pour la personne publique tant la pantomime est grossière : la reconstitution artificielle des prix est assurément l'exemple le plus frappant car il oblige à des artifices, certes, intellectuellement stimulants mais pratiquement contraignants pour les prestataires publics de service marchand et difficiles à apprécier pour les autorités et juges de la concurrence. Finalement, on serait même tenté – si cette étude devait être recomposée – d'incorporer la problématique de la garantie illimitée à celle de la détermination des prix des activités publiques de service marchand. En effet, la contestation de cette garantie implicite par les institutions européennes est celle qui marque le plus fortement les esprits tant elle percute le « *noyau dur* »²²⁶⁶ du statut de droit public. Pourtant, la garantie implicite ne constitue qu'une partie du problème dans la mesure où elle n'est qu'une des interactions structurelles qu'explique le lien entre l'administration et les prestataires publics de service marchand. Or, la spécificité irréductible qu'emporte ce lien est la cause globale de la complexité de l'adaptation des prestataires publics de service marchand et le facteur paradoxal d'une nouvelle inadaptation : face à la complexité du système que constitue l'administration, la pression croissante du droit du marché intérieur sur les prestataires publics de service marchand révèle finalement la mise en cause du lien structurel entre les prestataires publics de service marchand et l'administration par l'exigence de séparation qui ne peut être réellement satisfaite que par la séparation juridique des activités de service public et de service marchand.

²²⁶⁶ H.-G. Hubrecht et F. Melleray, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », DA n° 8, Août 2006, étude 15.

1546. Être un concurrent ordinaire est alors une solution qui s'ouvre à la personne publique. Une solution parmi d'autres, car le transfert au secteur privé des entreprises publiques ou l'externalisation des activités publiques économiques sont des techniques dont l'emploi est en plein essor dans la mesure où l'environnement juridique est favorable à cette « *tendance* »²²⁶⁷. S'il n'appartient pas au juriste de choisir à la place du pouvoir politique, il lui revient d'analyser et de mettre en perspective l'action économique des personnes publiques. De l'idée à la pratique, du concept à la réalité : repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence, c'est d'abord déconstruire « à coup de marteau » les données anciennes pour s'apercevoir ensuite que les notions et les thèmes juridiques sont éternels, qu'il suffit bien souvent de lire et relire les écrits de nos aînés pour s'apercevoir que le « *crépuscule d'une notion clé du droit administratif est en fait le prélude de son renouveau jurisprudentiel* »²²⁶⁸.

²²⁶⁷ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 553 : « *La tendance à la privatisation des entreprises publiques rejoint celle, différente, plus diffuse, de l'externalisation des activités assumées par les collectivités publiques (comme, d'ailleurs, celles de certaines entreprises privées)* ».

²²⁶⁸ F. Melleray, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », note sous TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* et CE, Ass., avis contentieux, 29 avril 2010, *M. et M^{me} Béliгаud*, RFDA 2010 p. 572.

CONCLUSION DE LA THÈSE

« *Il ne faut pas du nouveau, mais seulement du vieux-neuf. Il faut reprendre les données de nos anciens auteurs sur l'ordre juridique, en s'efforçant de les mettre au point. Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler dans la forme* ».

Maurice Hauriou, « Principes de droit public », Sirey 1910, p. 6.

1547. Repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence, c'est imprimer une image instantanée de la dialectique²²⁶⁹ entre ces deux concepts juridiques dont la contradiction n'est finalement que la conséquence de la tension plus large qui anime les sociétés « modernes ».

1548. En effet, le marché bouleverse radicalement les systèmes juridiques des démocraties libérales, jusque dans leurs assises conceptuelles. La concurrence transforme, la concurrence imprègne. En son nom, on « banalise » les opérateurs publics, on « rénove » la puissance publique²²⁷⁰, autant d'« ajustements » qui prennent une autre dimension si l'on remplace les

²²⁶⁹ Hegel au paragraphe 31 de *La Philosophie du droit* déclare « *Le principe moteur du concept en tant qu'il n'est pas simplement analyse mais aussi production des particularités de l'universel, je l'appelle dialectique. Ce n'est pas une dialectique qui dissout, confond, bouleverse un principe ou un objet donné au sentiment, à la conscience immédiate et ne se soucie que de la déduction d'un contraire – en un mot une dialectique négative comme on la trouve souvent, même chez Platon. Elle peut considérer comme son dernier mot d'atteindre le contraire d'une représentation, soit qu'il apparaisse comme sa contradiction dans un scepticisme décidé, soit d'une manière plus terne, comme une approximation de la vérité, demi-mesure toute moderne. Mais la dialectique supérieure du concept, c'est de produire la détermination, non pas comme une pure limite et un contraire, mais d'en tirer et d'en concevoir le contenu positif et le résultat, puisque c'est par là seulement que la dialectique est développement et progrès immanent. Cette dialectique est par suite non l'action externe d'un entendement subjectif, mais l'âme propre d'un contenu de pensée qui propage organiquement ses branches et ses fruits. La pensée en tant que subjective ne fait qu'assister à ce développement de l'idée comme de l'activité propre de sa raison, et ne lui ajoute aucun complément de sa part. Considérer quelque chose rationnellement, ce n'est pas apporter du dehors à l'objet une raison et le transformer par là, mais l'objet est pour lui-même rationnel. Ici c'est l'esprit dans sa liberté, le plus haut sommet de la raison consciente de soi qui se donne la réalité et se produit comme monde existant. La science a seulement à porter à la conscience ce travail propre de la raison de la chose.* »

²²⁷⁰ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », 2006.

mots par d'autres : la « banalisation » par la « privatisation » ; la « rénovation » par la « contestation ».

1549. Car la dialectique n'est pas miraculeuse : le marché ne peut se satisfaire de tout intérêt général surtout quand celui-ci est intimement lié à la puissance de l'État. C'est la raison pour laquelle la contestation de l'initiative concurrentielle de la puissance publique, quand elle s'effectue au support d'organes liés à l'administration, est parfaitement logique et explicable : les personnes publiques sont inadaptées et inadaptables au milieu concurrentiel.

1550. S'accorder sur cette thèse, c'est tout d'abord admettre l'insuffisance des conceptions traditionnelles : dans la majeure partie des cas la doctrine a discuté de l'avantage ou de l'inconvénient du statut de droit public, voire a tenté de mettre en balance ces avantages et ces inconvénients, alors qu'en réalité, au-delà de l'avantage et de l'inconvénient, il s'agit d'une inadaptation au milieu concurrentiel.

1551. L'inadaptation des prestataires publics de service marchand s'explique par leur rattachement à un système qui les englobe, les dépasse et les protège : l'administration.

Au départ, nous avons l'intuition inverse selon laquelle les personnes morales de droit public, en tant que fiction juridique, ne disposent pas de caractéristiques intangibles. Autrement dit, ce que l'idée peut faire, elle peut tout aussi bien le défaire. Cette conception entraine cependant immédiatement en collision avec une autre intuition : celle selon laquelle il existe une spécificité irréductible de toutes les personnes publiques. Mais, nous avons beau éprouver le régime des personnes publiques, aucune règle ne semblait pouvoir résister à la banalisation. Pourtant, notre intuition restait ancrée. Il était, en effet, difficile d'admettre que les établissements publics industriels et commerciaux – notamment – fassent l'objet d'une contestation qui s'explique seulement par l'inclination idéologique des institutions européennes.

1552. C'est au détour de l'étude du principe d'insaisissabilité des prestataires publics que nous comprîmes que nous regardions le bon objet mais sous le mauvais angle. Il est tout à fait saisissant de constater le radical changement de la coloration des règles juridiques selon qu'on les observe pour elles-mêmes ou qu'on les étudie comme étant les éléments d'un système plus large. Le principe d'insaisissabilité en est une preuve flagrante. Si on l'observe de manière plane on voit la plupart du temps un créancier qui ne peut trouver de moyens d'exécution ordinaires pour contraindre une entité publique à satisfaire sa dette. Au contraire, si on l'apprécie dans ses multiples dimensions, on découvre aussi les multiples liens qui unissent les

personnes publiques entre elles et qui forment ce tout cohérent qu'est l'État. C'est précisément là que se trouve le cœur de l'exorbitance de toute entité publique, une exorbitance irréductible car elle révèle leur identité : une personne publique se définit par son rattachement à un système qui l'englobe, la dépasse et la protège. Le principe d'insaisissabilité révèle alors la garantie implicite et illimitée de l'État aux personnes publiques.

1553. Ce rattachement des prestataires publics à l'administration emporte un certain nombre de conséquences d'autant plus difficiles à appréhender qu'elles ne sont pas directement perceptibles. Ainsi, le manque d'autonomie est à l'origine de multiples interactions structurelles qui créent, d'une part, un risque de confusion des rôles, d'autre part, un risque de confusion des ressources. Le risque de confusion des rôles n'est pas le plus problématique dans la mesure où le phénomène de contestation conduit à un recul certain des fonctions de l'État en matière économique. À l'inverse, le risque de confusion des ressources peut difficilement être contenu.

1554. Mais s'efforcer d'adapter fictivement les prestataires publics de service marchand au milieu concurrentiel est vain car cet effort d'adaptation est source d'une nouvelle inadaptation.

1555. Pour qu'une telle adaptation soit un succès, il faudrait radicalement séparer les activités de service public des activités de service marchand : en ce sens, il faudrait confier à une autorité publique indépendante le soin d'exercer l'activité concurrentielle. Mais une telle solution est peu convaincante dans la mesure où elle consisterait à déposséder l'administration d'une activité qu'elle prétendait exercer.

1556. Nous sommes désormais convaincus d'exprimer littéralement une intuition de plus en plus partagée : l'égale concurrence entre personnes publiques et personnes privées est impossible. Une telle affirmation n'a, certes, jamais été exprimée aussi clairement ni par la doctrine, ni par le juge ; toutefois, les nombreux articles, avis, arrêts et jugements français et européens relatifs à la concurrence, dont la lecture a nourri nos travaux, faisaient toujours apparaître un malaise quand il s'agissait de développements relatifs à l'égale concurrence des personnes publiques. Selon nous, ce malaise trouve un diagnostic clair : le statut de droit public est inadapté et inadaptable au milieu concurrentiel.

1557. La persistance de la concurrence des personnes publiques doit, selon nous, prendre en compte trois facteurs.

1558. Tout d'abord, le marché est capable d'absorber des incohérences jusqu'à une certaine limite. Nous avons déjà formulé ce constat en introduction : le marché « vécu » est un marché (nécessairement) imparfait. Cette imperfection pourrait alors dédouaner les prestataires publics dans la mesure où leur inadaptation au milieu concurrentiel aurait finalement peu d'effet sur le fonctionnement du jeu de la concurrence. Suivant ce raisonnement, la crise économique et financière serait une preuve de la grande résilience²²⁷¹ des marchés : de leur capacité, d'une part, à surmonter une affection profonde de leur structure et de leur fonctionnement ; d'autre part, à absorber un interventionnisme certes ponctuel mais massif de la puissance publique. Cependant, il convient de comparer ce qui est comparable. En effet, la crise économique et financière a été la cause d'une intervention des États qui a en quelque sorte interrompu ponctuellement le jeu de la concurrence dans le souci de préserver le « *caractère concurrentiel du marché* »²²⁷². Autrement dit, la situation exceptionnelle de crise n'est pas une preuve de la résilience systématique des marchés. Bien au contraire, la « fragilité » actuelle des marchés requiert une particulière attention à ce que des opérateurs économiques ne viennent pas profiter de cette situation pour évincer la concurrence par des pratiques dite de « prédation ». Or, l'excessive inadaptation des prestataires publics au milieu concurrentiel crée un risque élevé et permanent de distorsion du jeu de la concurrence.

1559. Cette excessive inadaptation pourrait d'ailleurs avoir pour conséquence de renforcer la sévérité des institutions européennes. De la contestation à la condamnation des prestataires publics de service marchand par le milieu concurrentiel, il n'y a que quelques pas. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 avril 2014 a déjà fait le premier concernant la garantie implicite et illimitée des établissements publics industriels et commerciaux. Plus largement, le juge administratif, dans le cadre du contentieux du prix ou de l'offre de prix des prestations de service marchand, des personnes publiques pourrait conduire à faire les autres, en étant à l'origine, si ce n'est d'une condamnation systématique du prix de l'activité de service marchand, du moins d'un contrôle renforcé et complexe du prix qui mettrait les prestataires publics dans une situation difficile. Autrement dit, la condamnation pourrait être larvée : contraintes de revêtir les habits trop étroits des concurrents ordinaires, les personnes publiques pourraient ne plus supporter cette camisole de force.

²²⁷¹ Ce terme, issu de la mécanique physique, peut être défini comme la « *résistance d'un matériau au choc* » (CNRTL, s. v. « résilience »). Dans le cadre de nos propos, il s'agit donc de la résistance au choc de la crise économique et financière.

²²⁷² S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Domat », p. 275.

1560. Selon nous, l'urgence est ailleurs car il ne faudrait pas que les prestataires publics entraînent lentement les sociétés publiques dans leur chute. À trop vouloir étreindre la notion d'« entreprise publique », on finit par créer une confusion problématique entre les entreprises publiques à statut de droit privé et les entreprises publiques à statut de droit public. C'est pourquoi nous proposons de distinguer, au sein des entreprises publiques, les « prestataires publics » (c'est-à-dire les entreprises publiques à statut de droit public) des « sociétés publiques » (c'est-à-dire les entreprises publiques à statut de droit privé). En effet, il faut le dire et le redire encore les sociétés publiques ne sont pas des organisations de l'État mais des organisations dans l'État.

1561. Il revient alors à la doctrine et au juge non pas de transformer mais de repenser les concepts juridiques pour les adapter à la réalité. Il ne s'agit pas d'un renoncement, bien au contraire : en remettant à sa juste place le « marché », la doctrine et le juge pourraient redonner en parfaite cohérence à la notion de « service public » son lustre d'autrefois. Cette reconsidération devrait investir trois champs.

1562. D'abord, il conviendrait d'admettre explicitement que la neutralité du droit européen ne doit pas s'imposer mais doit être conciliée à l'exigence d'égale concurrence. La neutralité – qui signifie « *l'acceptation de régimes économiques différents selon les États membres* »²²⁷³ – est de toute façon trop difficile à appliquer en pratique²²⁷⁴. Les institutions européennes s'en prévalent comme d'une garantie affichée du respect de la diversité des régimes économiques des États membres mais sont incapables d'en faire respecter l'« esprit » dans la mesure où le marché intérieur impose une « relative homogénéité » des conditions de concurrence. La « neutralité » fait partie de ces notions inconsistantes qui gagneraient à être mieux définies pour ne pas être finalement rangées parmi les épingles de parure. Dans le dessein de la (re)définir, il nous semble qu'une acception est aujourd'hui assez largement partagée : la neutralité signifie que les États membres peuvent intervenir directement ou indirectement sur le marché concurrentiel à la condition d'en respecter les règles. Toutefois, dans le cas où un opérateur serait en situation structurelle de ne pas pouvoir respecter ces règles, la neutralité devrait s'effacer devant l'impératif d'égale concurrence.

1563. Ensuite, il serait adéquat de préciser les concepts juridiques et notamment de mieux distinguer, au sein des activités économiques, les activités de service public des activités de

²²⁷³ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 105.

²²⁷⁴ Cf. not. B. Delaunay, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », RJE 2009, étude 11.

service marchand. D'autant que, concernant les activités des personnes publiques, la bataille des mots est l'objectivation première de la tension et de la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence. Pourtant, la confusion persiste et tant le juge administratif que la doctrine utilisent la notion d'activité économique pour parler du service marchand, ou, en sens inverse, font référence au « service public marchand ». Pourtant, il faut le dire et le redire encore une fois, une « activité économique » peut être une activité de « service public » – un « service d'intérêt économique général » – ou une activité de « service marchand » mais la confusion ne doit pas être faite entre une activité de « service public » et une activité de « service marchand ».

1564. Repenser les mots pourrait permettre d'adapter le droit aux activités directement ou indirectement prises en charge par les personnes publiques. La notion de service public pourrait alors être réhabilitée dans sa fonction de critère unique du droit administratif. Autrement dit, la distinction au sein des activités économiques entre l'activité de service marchand et l'activité de service public n'aurait pas seulement des conséquences sur l'application ou l'opposabilité des règles de concurrence, mais également sur le régime, y compris contentieux, de l'activité. Ainsi, les activités de service public, dans la mesure où le « service public » fonderait leur spécificité, pourraient être soumises au droit administratif et à la compétence du juge administratif et les activités de « service marchand » au droit privé et à la compétence du juge judiciaire. Sur ce point, l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 31 mai 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris* a opéré une première clarification en distinguant entre les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public, dont les personnes publiques sont investies, et les activités économiques (même s'il aurait été préférable dans ce second cas de parler d'activités de service marchand). Idéalement les activités de service marchand devraient être soumises au droit commun et les activités de service public devraient entraîner l'application d'un droit exorbitant par les sujétions et les privilèges qui en découlent²²⁷⁵.

1565. Il échoit alors au juge d'aller au bout de la démarche en accueillant complètement le retour du fils prodigue. Le service public semble désormais prêt à assumer la fonction à laquelle il était destiné : devenir le critère unique du droit administratif dans la mesure où aujourd'hui plus que jamais « *la puissance publique a trouvé dans les services publics un terreau pour son épanouissement* »²²⁷⁶.

²²⁷⁵ J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », RDP 1953, p. 279.

²²⁷⁶ J.-F. Lachaume, « La définition du droit administratif », in *Traité de droit administratif* (dir. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka), p. 122.

1566. Car, si l'on considère avec du recul les pérégrinations de la notion de service public une certaine logique se dessine : le service public industriel et commercial comme la gestion du service public par des personnes privées, qui ont été les ferments de la crise de la notion de « service public » (du moins en tant que critère d'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif), peuvent, selon nous, s'expliquer par l'interpénétration (mais pas la confusion) entre le domaine d'activité des personnes privées et le domaine d'activité des personnes publiques. À cet égard, le régime du service public industriel et commercial fut peut être créé pour sanctionner l'intervention des personnes publiques dans la sphère marchande, mais servit surtout ensuite à accompagner progressivement le déploiement du prestataire public en milieu concurrentiel. Dans le même ordre d'idée, la prise en charge d'activité de service public par des personnes privées incarne la mutation des fonctions de l'administration et notamment la consécration de son rôle d'encadrement, de contrôle et de soutien des activités de service public.

1567. C'est pourquoi, la notion de service public devrait être redéfinie simplement : à cet égard, la distinction entre le service public industriel et commercial et le service public administratif pourrait être remplacée par la distinction entre les activités de service public (à caractère économique ou non économique) et les activités de service marchand.

1568. Cependant cette redéfinition n'est pas la seule condition de la « pérennité »²²⁷⁷ du droit administratif en milieu concurrentiel : l'action économique des personnes publiques elle-même doit évoluer. En ce sens, les personnes publiques ne devaient plus prendre en charge d'activités de service marchand dans la mesure où elles sont inadaptées et inadaptables au milieu concurrentiel.

1569. Nous l'avouons la proposition de développer l'initiative publique par le biais des sociétés publiques n'est pas dénuée de tout engagement, engagement qui n'est lui-même pas dépourvu de tout réalisme. Le constat est certain : « *l'époque où le secteur public d'entreprises pouvait être considéré comme le fer de lance de la politique économique et sociale de l'État semble révolue au niveau national* »²²⁷⁸. Toutefois, nous savons aussi, et cela par expérience dans la mesure où notre étude a été réalisée dans le contexte très particulier de la crise économique et financière débutée en 2008, que l'intervention des États (en plus de celle des banques centrales), notamment par le renforcement des fonds propres des banques ou par

²²⁷⁷ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », 2006.

²²⁷⁸ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012, n° 415.

la garantie, fut décisive pour ce qu'il convient d'appeler le « sauvetage » du marché bancaire et interbancaire. Cette crise et ses conséquences prouvent, selon nous, au moins une chose capitale : l'initiative publique en milieu concurrentiel est un moyen indispensable de la régulation des marchés.

1570. Il y aurait matière à repenser l'initiative de l'État en économie de marché, à inventer une nouvelle doctrine de l'action économique de la puissance publique. Cette intervention ne doit pas se faire dans n'importe quelle condition : c'est la condition *sine qua non* de l'existence même du marché, marché que les États membres européens ont choisi de consacrer comme un des socles fondateurs de leur union.

1571. Peut-être y aurait-il donc matière à repenser le marché dans ses profondeurs conceptuelles, à inverser la problématique de départ en se posant une question révolutionnaire : le milieu concurrentiel est-il adapté à l'État ?

Pau, le 4 juin 2015

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de ZACHARIAE C.-S.*, 3^{ème} éd., t. 5, Cosse, 1857.

AUBY J.-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (DIR.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BERGEL L., CARSIN I, EYROLLES J.-J., LIARD, J.-J., JEANNE C. (dir), *Le Lamy droit immobilier*, Paris, Lamy, 2014.

BLAISE J.-B., *Droit des affaires*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2013.

BONNARD R., *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1935.

BOUT R., BRUSCHI M., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S. (dir.), *Le Lamy droit économique*, Paris, Lamy, 2015.

BRACONNIER S., *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2007.

BRENNER A., CROCQ P. (dir.), *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy, 2014.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., t. 1 et 2, Paris, Montchrestien, 2001.

CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », 2007.

COLSON J.-PH., IDOUX P., *Droit public économique*, 6^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2012.

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY FL., *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd., coll. « Manuel », 2011.

DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1998.

DORDEVIC S., FACON J. (dir), *Gestion et finances des collectivités*, Paris, Lamy, 2012.

FACON J., MAINÇON-VITRAC G., *Le Lamy gestion et finances des collectivités locales*, Paris, Lamy, 2012.

FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2011.

FRIER P.-L., PETIT J., *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Montchrestien, 2010.

GOHIN O., *Institutions administratives*, 5^{ème} éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2006.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA PH. (dir.) *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011.

LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BOITEAU C., DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2012.

LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, 18^{ème} éd., Sirey, 2013.

LAUBADERE (DE) A., VENEZIA J.-C., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, 15^{ème} éd., t. 1, LGDJ, 1999.

LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013.

MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2013.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. « Domat », 2014.

PETIT J., *Précis de droit administratif*, 9^{ème} éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 2014.

PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 2013.

RAPP L., TERNEYRE P., SYMCHOWICZ N., *Le Lamy droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2014.

RICHER L., *Constitutions contrats et commande*, Paris, Lamy, 2014.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1957.

STIRN B., AGUILA Y., *Droit public français et européen*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2014.

VEDEL G., DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, 12^{ème} éd., t. 1, PUF, 1992.

WALINE M., *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., Paris, Sirey, 1963.

B. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES, JURISCLASSEUR

ALLOUCHE J. (Dir.), *Encyclopédie des Ressources humaines*, Paris, Vuibert, 2003.

AUTIN J.L., *Autorités administratives indépendantes*, J.-Cl. Adm., fasc.75, Paris, LexisNexis, 2013.

BERNARD S., BRAMERET S., *Privatisation des entreprises publiques*, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 80, Paris, LexisNexis, 2014.

BIZET J.-F., *Entreprises publiques locales*, Lamy, coll. « Lamy axe droit », 2012.

BLAISE J.-B., *Droit des affaires. – Commerçants, concurrence, distribution*, 5^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2009.

BON-GARCIN I., NICOUD M.-O., *Transports ferroviaires*, Rép. dr. com., Paris, Dalloz, 2010.

BREEN E., BOLLA C., *Entreprises publiques*, J.-Cl. Adm., Fasc. 158-10, Paris, LexisNexis 2013.

CABANNES X., *La contribution économique territoriale*, Encycl. coll. loc., chap. 4, folio n° 7842, 2013.

CAPITANT H., *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2014.

CARTIER-BRESSON A., *Actionnariat*, J.-Cl. Adm., fasc. 161, Paris, LexisNexis, 2010.

CLAMOUR G., DESTOURS S., *Droit de la concurrence. – Droit de la concurrence publique*, J.Cl. Coll. terr., fasc. 724-10, Paris, LexisNexis, 2014.

COURIVAUD H., *Droit de la concurrence et entreprises publiques - Le statut encore incertain de l'entreprise publique en droit de la concurrence*, J.-Cl. Conc.-cons., fasc. 122, Paris, LexisNexis, 2009.

DEGUERGUE M., *Promesses, renseignements, retards*, Rép. resp. puiss. publ., Paris, Dalloz, 2015.

DEVÈS C., *Les interventions économiques des collectivités territoriales*, Encycl. coll. loc., chap. 8, folio n° 4192, Paris, Dalloz, 2009.

DOUENCE J.-C.,

- *Création et suppression des services publics locaux*, Encycl. coll. loc., chapitre 3, folio n° 6042, Paris, Dalloz, 2012.
- *Les régies locales*, Encycl. coll. loc., chapitre 1, folio n° 6222, Paris, Dalloz, 2013.

DREYFUS J.-D.,

- *Entreprises du secteur public*, Rép. dr. soc., Paris, Dalloz, 2012.
- *Société d'économie mixte locale et sociétés publiques locales*, Rép. dr. soc., Paris, Dalloz, 2013.

DURAND G., *Les sociétés locales*, Encycl. coll. loc., folio n° 6232, Paris, Dalloz, 2014.

ECKERT G., KOVAR J.-PH., *Entreprises publiques*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015.

GARBAR CH.-A., *Personnel des entreprises publiques à statut*, J.-Cl. Fonct. publ., fasc. 850, Paris, LexisNexis, 2009.

HONTEYBERIE A., *Prescription extinctive*, Rép. dr. civ., Paris, Dalloz, 2015.

JANICOT L., *Groupements d'intérêt public*, J.-Cl. Adm., fasc. 148-10, Paris, LexisNexis, 2012.

KOVAR R., LARRIEU J., *Marque*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2015.

KOVAR R., *Les monopoles publics*, Rép. dr. eur., Paris, Dalloz, 2006.

LAFAGE P., DELIANCOURT S., *Occupation privative du domaine public. – Titres unilatéraux*, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 78., Paris, LexisNexis, 2013.

LEVOYER L., *Emprunts locaux*, J.-Cl. Adm, fasc. 127-50, Paris, LexisNexis, 2013.

MALWÉ C., *Propriétés publiques immatérielles*, J.-Cl. Adm, fasc. 410, Paris, LexisNexis, 2011.

PETIT J., *Ouvrage public. – Notion*, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 8, Paris, LexisNexis, 2013.

PICARD M., *Concurrence*, Rép. cont. adm., Paris, Dalloz, 2013.

PICOD Y., *Obligations*, Rép. dr. civ., Paris, Dalloz, 2014.

PLESSIX B.,

- *Contrats domaniaux*, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 79., Paris, LexisNexis, 2009.

- *Établissements publics. – Statut. Structures*, J.-Cl. Adm., fasc. 136, Paris, LexisNexis, 2014.

RENARD-PAYEN O., *Réglementation des professions commerciales*, J.-Cl. Adm., fasc. 260, Paris, LexisNexis, 2014.

SAÏDJ L., *La trésorerie locale*, Encycl. des coll. loc., folio 7232, Paris, Dalloz, 2011.

TAILLEFAIT A., *Fonctions publiques. – Définitions. Principes. Orientation*, J.-Cl. Adm., fasc. 80, Paris, LexisNexis, 2012.

TERNEYRE PH., BECHILLON D. (DE), *Contrats administratifs (Contentieux des)*, Rep. cont. adm., Paris, Dalloz, 2014.

TERNEYRE PH., *Grève dans les services publics*, Rép. dr. trav., Paris, Dalloz, 2015.

YOLKA PH., *Protection des propriétés publiques*, J.-Cl. CMP, fasc. 500, Paris, LexisNexis, 2010.

C. OUVRAGES SPÉCIALISÉS ET THÈSES

AUBY J.-B., BRACONNIER S., *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2003.

AUBY J.-B., *La notion de personne publique en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, Dactyl., 1979.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869.

BALDOUS A., *Le principe de spécialité des personnes morales*, Thèse, Grenoble, 1908.

BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 410, 2004.

BÉCHILLON D. (DE),

- (dir.), *Du cosmos à l'Homme, comprendre la complexité*, L'Harmattan 1991.
- (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ? Autour de Edgar Morin, Georges Balandier*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- *Qu'est ce qu'une règle du droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

BECQUE F., *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, Thèse, Grenoble 1908.

BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, 2001.

BIZET J.-F., *Entreprises publiques locales*, Paris, Lamy, coll. « Axe droit », 2012.

BLAIZOT-HAZARD C., *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 159, 1991.

BOURREAU M., *Economie industrielle. Structure de marché et pouvoir de marché*, Cours n° 06, Telecom ParisTech.

BRAMERET S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 271, 2011.

BROUANT J.-PH., *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse, Paris I, 1995.

BUTCHER T., MASSER A. (dir.), *Modernizing civil services*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2004.

CADIN L., GUÉRIN F., PIGEYRE F., PRALONG J., *Gestion des ressources humaines*, 4^{ème} éd., Paris, Dunod, 2012.

CAILLOSSE J., HARDY J., *Droit et modernisation administrative*, La doc. fr., coll. « Perspectives », 2000.

CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009.

CHABOT C., *Les transports urbains en Ile-de-France : une approche institutionnelle et juridique de l'intervention publique*, Thèse, Versailles-Saint Quentin en Yvelines, 2014.

CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », t. 33, 2004.

CHENOT B., *L'organisation économique de l'État*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1965.

CHEVALLIER J., *L'État postmoderne*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2010.

CLAMOUR G.,

- (dir.) *Contrats et propriétés publics*, LexisNexis, 2011.
- *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 51, 2006.

CLUZEL L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », t. 56, Paris, 2006.

COLLECTIF,

- *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz, 2006.
- *La puissance publique*, LexisNexis, coll. « Travaux de l'AFDA », 2012.
- *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, 1996.
- *Le patrimoine immatériel des personnes publiques (Colloque du 16 mars 2012)*, La doc. fr., 2013.

COMBEAU P. (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007.

CONNOIS R., *La notion d'établissement public en droit administratif français*, LGDJ, t. 18, 1959.

CONSTANS L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative*, Thèse, Bordeaux, Dalloz, 1966.

COSSALTER PH., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 249, 2007.

DELCROS B., *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 122, 1976.

DELION A., DURUPTY M., *Les nationalisations*, Paris, Economica, 1982.

DELION A., *Notion de régulation et droit de l'économie*, Annales de la régulation de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, n° 1, LGDJ, 2006.

DEMANGEL-PEUDPIÈCE S., *Éléments pour une théorie de l'immunité de contrainte de l'État*, Thèse, Strasbourg III, 2000.

DEMARET P., GOVAERE I., HANF D. (Dir.), *30 years of European legal studies at the College of Europe*, Bruxelles, P.I.E.-Lang, 2005.

DRAGO R.,

- *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950.
- *Science administrative. Caractères généraux de la science administrative. Les structures administratives*, Les cours du droit, Paris, 1980.

DREYFUS D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997.

DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Science Po et Dalloz, coll. « Amphi », 2004.

DUPUIS G., *Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962.

DURAND G., *Les sociétés d'économie locales*, 2^{ème} éd., Berget-Levrault, 2002.

DURUPTY V., *Les entreprises publiques*, PUF, coll. « Thémis », 1986.

ECKERT G., *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994.

EISENMANN C., *Ecrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon-Assas, 2002.

FAVOREU L. (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Paris, Economica, 1982.

FERSTENBERT J., *Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976.

FORTSAKIS T., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 152, 1987.

FOUACHE V., *Établissement public et société commerciale. Le devenir de l'établissement public industriel et commercial*, Thèse, Paris II, 2005.

FOURMONT S., *Les occupations privatives du domaine public*, Thèse, Nantes, 2000.

FRISON-ROCHE M.-A., *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006.

FROGER CH., *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de thèses », 2015.

GASNET G., *La judiciarisation de l'endettement public*, Thèse, Paris V, 2013.

GEGOUT Y.-L., *Vers une nouvelles forme de personne morale : les groupements d'intérêt public*, Thèse, Paris II, 1985.

GINSBURGER T., *L'exercice d'activités commerciales par les collectivités locales : permanence et mutations du service public*, Thèse, Aix-Marseille III, 2010.

GUÉRARD S. (dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire – Droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006.

GUINCHARD S., MOUSSA T. (dir.), *Droit et pratiques des voies d'exécution*, Paris, Dalloz Action, 2013/2014.

HAYEK F.-A., *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1981.

HULBERT F., *Le pouvoir aux régions. La reconstruction géopolitique du territoire français*, Paris, L'Harmattan, 2010.

JARROSSON CH., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 198, 1987.

JOURDAIN J.-Y., *Aides fiscales d'État et concurrence fiscale dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse, Paris III, 2004.

JOYAU M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 198, 1998.

KAPLOW L., *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton University Press, 2013.

KFS FÖRETAGSSERVICE AB, *Servir le public, Le rôle et l'utilité des entreprises publiques locales en Europe*, Sweden, Lars Westberg 2005.

KRISHNA K., *Comparative Bureaucratic Systems*, Oxford, Tummala ed., Lexington Books, 2003.

LE GALL J.-M., *La gestion des ressources humaines*, 8^{ème} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011.

LE MESTRE R., *La soumission des secteurs nationaux à la dérèglementation communautaire*, Lille, ANRT, 2003.

LÉGER P. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

LIGNIÈRES P., *Les cautionnements et garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, 1994.

LINDITCH F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 198, 1997.

LOMBARD M., *L'État schizo*, Paris, J.-C. Lattes, coll. « Essais et documents », 2007.

LONG M., *La tarification des services publics locaux*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2001.

MAÏTROT J.-C., *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse, Dactyl., 1968.

MALWÉ C., *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, Thèse, Nantes, 2008.

MARCOU G., MODERNE F. (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005.

MARTINAT P., *Les régions, clefs de la décentralisation*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010.

MC COURT W., MINOGUE M. (dir), *The internationalization of Public management*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

MELLERAY F.,

- (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004.

- *Droit de la fonction publique*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2013.

MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1998.

MODERNE F., *Les conventions de prestations de service entre l'État et les collectivités locales*, EFE, Litec, 1996

MOIROUD-RÉCHARD C., *Le groupement d'intérêt public, nouvelle institution publique*, Thèse, Paris I, 1994.

MONGOUACHON C., *Abus de position dominante et secteur public*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Competition Law », 2012.

MORTIER R., *Opérations sur capital social*, Paris, LexisNexis, 2010.

NEMERY J.-C., *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?*, l'Harmattan, 2010.

PANARELLI S., *Le principe de libre administration et la gestion des services publics locaux à l'aune du droit de l'Union européenne*, Thèse, Paris X, 2012.

PASSERIN D'ENTRÈVES A., *La notion d'État*, Paris, Sirey, 1969.

PASSERON S., *L'autonomie de gestion des établissements publics nationaux*, LGDJ, 1998.

PELTIER M., *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés*, Thèse, Paris I, 2005.

PERETTI J.-M., *Gestion des ressources humaines*, 13^{ème} éd., Vuibert, 2013.

PERRET B., *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2008.

PERRIN J., *Les atomes*, Librairie Félix Alcan, coll. « Nouvelle collection scientifique », 1913.

PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2013.

RAMBAUD R., *L'institution juridique de la régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse, Paris I, 2011.

RAPP L.,

- *Les filiales des entreprises publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 144, 1983.

- *Les groupes d'entreprises publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986.

RIEM F., *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003.

RIPERT H., *Le principe de spécialité chez les personnes morales de droit administratif, son application en matière de dons et legs*, Thèse, Paris, 1906.

ROLLIN F., *Accord de volonté et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Thèse, Paris 2, 1996.

SAILLANT E., *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », t. 109, 2011.

SAINT-JOURS Y., *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1986.

SALEILLES R., *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, Mémoire Du Droit, Paris, 1910.

SERVERIN E., BERTHOUD A. (dir.), *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000.

SEUROT L., *L'autorisation administrative*, Thèse, Lorraine, 2013.

SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008.

SOULIARGAS G., *L'emprise du droit communautaire sur l'ouverture à la concurrence des entreprises de service public : le cas de l'électricité*, Thèse, Nice, 2004.

SPILIOTOPOULOS E., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, Paris, LGDJ, 1959.

STIRN B., AGUILA Y., *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Science-Po et Dalloz, coll. « amphi », 2014.

TESSON F., *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives des États membres*, Thèse, Pau, 2010.

THÉRON J.-P., *Recherche sur la notion d'établissement public*, Thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 123, 1976.

TIMSIT G., *La spécialité des entreprises publiques*, Etudes de droit public, Cujas, 1964.

VALLET E., *Les correspondants du Trésor*, Thèse, Grenoble II, 2000.

WEISS D., *Ressources humaines*, Editions d'Organisation, 3^{ème} éd., 2005.

YOLKA PH., *La personnalité publique*, Travaux de l'AFDA, LexisNexis, 2007.

ZEVOUNOU L., *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 272, 2012.

D. RAPPORTS, DOCUMENTS OFFICIELS

AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ÉTAT, *L'État actionnaire*, Rapport annuel, Paris, La doc. fr., 2010/2011/2014.

ARTHUIS J. (Prés.), *Les ambiguïtés de l'État actionnaire*, Rapport fait au nom de la Commission des finances du Sénat, Paris, Sénat, n° 591, 1994.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (CONSEIL DE LA CONCURRENCE),

- *Le marché pertinent*, Rapport annuel 2001, La doc. fr.
- *L'orientation des prix vers les coûts*, Rapport annuel 2002, La doc. fr.
- *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Rapport annuel 2003, La doc. fr.

- *Concurrence et contrat*, Rapport annuel 2009, Etudes thématiques.
- *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs*, n° 100, La doc. fr., 2012.

BANQUE DE FRANCE, *Politiques publique et sortie de crise*, Documents et débats, janvier 2010.

BARBIER DE LA SERRE R., JOLY A., DAVID J.-H., ROUVILLOIS Ph., *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport au Ministre de l'économie des Finances et de l'industrie Francis Mer, 2003.

BERGOUGNOUX J. (Prés.), *Services publics en réseau. Perspectives et nouvelles régulations*, Rapport, Paris, La doc. fr., 2000.

BINET E., *Les sociétés d'économie mixte à opération unique*, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, n° 1885, Assemblée nationale, 16 avril 2014

BOUTON D., *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, Rapport, AFEP-AGREF, 2002.

CLÉMENT J.-M., HOUILLOIN PH., *La transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, Rapport d'information n° 737, Paris, Assemblée nationale, XIVe législature, 20 février 2013.

CONSEIL D'ÉTAT,

- *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, EDCE, La doc. fr., 1993.
- *Les groupements d'intérêt public*, EDCE, La doc. fr., 1997.
- *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, ECDE, La doc. fr., 2001.
- *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public annuel, EDCE, La doc. fr., 2002.
- *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public annuel, EDCE, La doc. fr., 2003.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Rapport public annuel, EDCE, La doc. fr., 2008.
- *Les établissements publics*, Rapport d'étude, EDCE, 2009.
- *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, La doc. fr., coll. « Droits et débats », 2012.

- *Les agences, une nouvelle gestion publique ?*, Rapport public annuel, EDCE, La doc. fr., 2012.

COUR DES COMPTES,

- *L'État actionnaire. Apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, Rapport public annuel, La. doc. fr., 2008.
- *Apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, Rapport public annuel, La. doc. fr., 2008.
- *Les concours publics aux établissements de crédit : premiers constats, premières recommandations*, Rapport thématique, Paris, La doc. fr., juin 2009.
- *La gestion de la trésorerie une fonction vitale pour l'État*, Rapport public annuel, La doc. fr., 2009.
- *Les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunt*, Rapport public, La doc. fr., 2009.
- *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, Communication n° 59214 à la commission des finances du Sénat (www.ccomptes.fr), 2010.
- *Dexia, un sinistre coûteux, des risques persistants*, Rapport thématique, La doc. fr., 2013.
- *L'immobilier des collectivités territoriales, vers une gestion plus dynamique*, Rapport public, La doc. fr., 2013.
- *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, Paris, La doc. fr., 2014.

DAUDIGNY Y., *L'ingénierie publique*, Rapport d'information, n° 557, Sénat, 2010.

DENOIX DE SAINT MARC R. (mission présidée par), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, La doc. fr., 1996.

DIEFFENBACHER M., *La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Rapport de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques, Paris, AN, XIIe législature, n°1004, 2003.

DOUSTE BLAZY PH., DIEFFENBACHER M. (dir.), *La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête, Paris, Assemblée nationale, 2003.

ENA, *Opérateurs publics et concurrence*, Direction des études, 2008, (<http://www.ena.fr>).

FÉDÉRATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES,

- *Consultation publique relative à la stratégie Europe 2020*, (<http://ec.europa.eu>).
- *Eplscope*, Repères, janvier 2014.
- *Les départements face à la réorganisation de l'ingénierie publique locale*, Rapport introductif, 2012.

GREMAQ, *Les actifs immatériels dans l'entreprise*, Rapport de recherche pour le Commissariat général du Plan, Paris, La doc. fr., 1998.

INSEE, *Tableau de l'économie française*, coll. Insee références, 2014 et 2015.

JARLIER P., *Pour une nouvelle architecture territoriale de l'ingénierie en matière d'urbanisme*, Rapport d'information, n° 654, Sénat, 2012.

LARCHER G., *L'avenir de France Télécom : un défi national*, Rapport, Sénat, n° 260, 1995-1996.

LEFEVRE A., *La clarification de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales*, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Sénat, février 2011.

LEGGE D. (DE), *Les conséquences de la révision générale des politiques publiques pour les collectivités territoriales et les services publics locaux*, Rapport d'information, n° 666, Sénat, 2011.

LORIDANT P., *Le compte d'avances aux collectivités locales*, Rapport d'information, n° 24, Sénat, 2003.

MALVY M., LAMBERT A., *Pour un redressement des finances publiques fondé sur la confiance mutuelle et l'engagement de chacun*, Rapport au Président de la République, La doc. fr., 2014.

MÉZARD J., *Proposition de loi tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat*, Rapport, n° 199, Paris, Sénat, 2013.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, *Le prix dans les marchés publics, guide et recommandations*, Direction des affaires juridiques, mars 2013.

MINISTÈRE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *L'état de la fonction publique*, Rapport annuel 2014.

NORA S. (mission présidée par), *Les entreprises publiques*, Rapport au Premier ministre, avril 1967.

OCDE,

- *Les pratiques de ciseau tarifaire*, groupe de travail n°2 sur la concurrence et la réglementation, 2009, n° DAF/COMP/WP2/WD(2009)17.
- *Lignes directrices sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*, 2005, (<http://www.oecd.org>).

PÊCHEUR B., *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, Paris, *La doc. fr.*, 2013.

PERETTI J.-J. (DE), *La liberté de s'organiser pour agir*, Rapport à Monsieur le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales, *La doc. fr.*, 2011.

PORTELLI H., SUEUR J.-P., *Les partenariats public-privé*, Rapport d'information, n° 733, Paris, Sénat, 16 juillet 2014.

SAUVÉ J.-M., *Pouvoirs publics et concurrence*, Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, Paris, 7 mai 2010.

SCHOSTECK J.-P., *Le développement des sociétés publiques locales*, Rapport du 3 février 2010 fait au nom de la Commission des lois n° 2277, Paris, AN, XIIIe législature.

SILICANI J.-L., *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, *La doc. fr.*, 2008.

TRASSY-PAILLOGUES A., *La réforme des marchés publics*, Rapport au Premier ministre, Sénat, mars 1996.

TURC A., *State as a shareholder, corporate governance of SOEs*, OCDE-MENA, Groupe de travail 5, Rabat, 14-15 septembre 2005.

VIENOT M., *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport, AFEP-CNPF, 1995.

WAHL T. (sous la supervision de), *L'État et ses agences*, Rapport n° 2011-M-044-01, Paris, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, mars 2012.

WARSMANN J.-L. (prés.), *La clarification des compétences des collectivités territoriales*, Rapport d'information, n° 1153, Paris, Assemblée nationale, octobre 2008.

II. Articles

ABATE A., « Droit communautaire, privatisation, déréglementation », RMUE 1994, p. 94.

ABERBACH J. D., « Protecting liberty and benefiting society : can market-based administrative reforms and market-based political institutions effectively co-exist in the US ? », *in* Modernizing Civil Services (dir. BUTCHER T. and MASSET A.) Northampton, Edward Elgar Publishing.

AGLAÉ M.-J., « Loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », LPA 1994, n° 155, p. 4.

ALLUT L., « Les assurances des collectivités territoriales », Revue L'essentiel, n° 98, CIG Grance Couronne, octobre 2014, p. 6.

AMATO F., BRANNON L., CHARPIN A., MUIZON G. (DE), SISTLA A., « Market définition : Is there a need for new guidance ? », Revue Concurrences 2012, n° 2, p. 9.

AMSELEK P., « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », JCP G 1986, I, 3236.

ANTOINE A., « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », RFDA 2011, p. 879.

ANTOINE J., « L'arbitrage en droit administratif », LPA 6 août 2003, p. 4.

AREEDA P., TURNER D. F., « Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act 1975 », Harvard Law review, vol. 88, n° 4, 1975, p. 697.

AUBY J.-B.,

- « La doctrine de l'État actionnaire », DA 2014, n° 11, repère 10.
- « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA 2001, p. 912.
- « Le droit administratif à la rencontre de l'égalité contractuelle », DA 2001, n° 10, p. 3.
- « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Etudes offertes à AUBY J.-M.*, D. 1992, p. 3.

AVELINE A., « Intercommunalité : la réforme continue », AJCT 2014, p. 426.

AYACHE L., « Aide d'État et secteur public économique », CCC n° 7, Juillet 2014, chron. 2.

BABIN L., LIGNIÈRES P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », Dr. adm. 2002, p. 37.

BAILLEUL D., « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », RJEP 2006, p. 105.

BARBIER C., « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? », JCP G 1995, I, n° 3816.

BARILARI A., « Réforme de la gestion publique et responsabilité des acteurs », AJDA 2005, n° 13, p. 696.

BARNIER M., « Un cadre européen pour les concessions : de nouvelles opportunités pour les collectivités et entreprises en Europe », Débat sur les concessions de service public, Euractiv.fr, Paris, 25 septembre 2012.

BARRIÈRE F., « La rémunération des dirigeants sociaux : un encadrement évolutif », Droit des sociétés 2013, n° 10.

BARTHELEMY CH.,

- « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP oct. 2004, p. 423.
- « Les lois anti-entreprises publiques dans le secteur de l'énergie en Europe », JCP E 2010, n° 41, p. 1889.

BARTHÉLÉMY J., DONADA C., « L'externalisation : un choix stratégique », Revue française de gestion 2007, n° 177, p. 97.

BAUMOL W., « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test », Journal of Law and Economics, vol. 39, n° 1, 1996, p. 49.

BAZEX M.,

- « A la recherche de l'autonomie des entreprises publiques », CJEG 1994, n° 500, p. 247.

- « Entre concurrence et régulation, la théorie des “facilités essentielles” », *Rev. conc. consom.* 2001, n° 119, p. 37.
- « Entreprises publiques », *AJDA* 1983, n° 4, p. 241.
- « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321.
- « Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ? », *AJDA* 1990, p. 662.
- « L'entreprise publique et le droit européen », *RIDC* 1990, n° spécial, p. 245.
- « La concurrence et le service public industriel et commercial », *CCC* 2007, n° 7, comm. 176.
- « La concurrence réglée : secteur public et privé », in *Droit public de la concurrence* (dir. RAYNAUD J.-M. et CHRISTINI R.), Paris, Economica, 1987, p. 231.
- « Le régime des aides d'État octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », *DA* 2014, n° 7, comm. 42.
- « Le sort de l'UGAP enfin réglé par le décret du 28 septembre 2001 », *ACCP* 2001, n° 5, p. 27.
- « Les contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA* 1984, p. 68.
- « Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence », in *Secteur public et concurrence*, *LPA* 19 août 1988, n° 100, p. 5.

BAZEX M., BLAZY S.,

- « L'institutionnalisation de l'État actionnaire », *DA* 2004, comm. 174.
- « Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'État ? », *DA* 2005, n° 5, comm. 61.
- « Les voies de l'externalisation des activités de service public », *DA* 2007, n° 6, comm. 95.

BEAUD O., « L'État », in *Traité de droit administratif* (dir. GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA PH.), p. 236.

BECHILLON D. (DE),

- « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in *E. Serverin et A. Berthoud (dir.), La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 73-74.

- « L'État est-il une personne morale comme les autres ? », in *AFDA, La personnalité publique*, Litec, 2007, p. 127.
- « L'ordre juridique est-il complexe ? », in *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ? – Autour d'Edgar Morin* (dir. DE BECHILLON D.), L'Harmattan, 1994.

BENJAMIN M.-Y., « Quand vingt ans de sédimentation législative compromettent le sort des SEML » (Dossier Vingtième anniversaire de la loi du 7 juillet 1983), *JCP A*, 7 juillet 2003.

BÉNOIT F.P., « Le droit administratif français », *D.* 1968, p. 19.

BENOIT-ROHMER F.,

- « L'avenir des groupements d'intérêt public », *AJDA* 1992, p. 99.
- « Les GIP, une nouvelle catégorie de personnes publiques », *AJDA* 1986, p. 663.

BERBARI M., « Le sort de l'UGAP enfin réglé par le décret du 28 septembre 2001 », *CP-ACCP* 2001, n° 5, p. 27.

BERGEAL C.,

- « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », *AJDA* 2010, p. 1228.
- « La candidature d'une personne publique à un contrat public », concl. sur CE, avis contx., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *RFDA* 2001, p. 112.
- concl. sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *RFDA* 2001, p. 106.
- concl. sur CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des Instituteurs de France (CAMIF)*, *BCJP* 2001, p. 497.

BERGOUGNOUX J., RIVIER J., « La planification à Electricité de France et le contrat de plan État-EDF », *CJEG* mai 1985, p. 161.

BERLIN D., « La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée constitutive d'une aide d'État », *JCP G* 2012, n° 41, p. 1833.

BERNARD E., « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », RIDE 2009, p. 253.

BERNARD S.,

- « L'actionnariat public et la crise », RFDA 2010, p. 756.
- « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », RJEP 2011, n° 686, comm. 24.
- « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », RFDA 2008, p. 25.

BERTUCCI J.Y., DOYELLE A., « L'activité des chambres régionales des comptes », AJDA 1995, p. 899.

BESANCON X., « In house : les SEM dans la jurisprudence communautaire », CP-ACCP 2006, n° 59, p. 46.

BETTINGER C., « La concurrence loyale entre personnes publiques et entreprises privées dans les procédures d'appel à la concurrence : un rêve d'égalité à l'origine d'une utopie », LPA 21 novembre 2005, n° 231, p. 4.

BIENVENU J.-J., RICHER L., « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », RHD 1984, p. 204.

BIRKINSHAW P., « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », RFDA 2006 p. 1015.

BIZET J.-F., « La responsabilité des élus à la tête des sociétés d'économie mixte », LPA 15 février 1995, p. 31.

BIZET J.-F., DEVÈS CL., DUPUIS M.-A., « De quelques difficultés à concilier, au sein des sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit commercial et celles du droit administratif », DA 1991, n° 12, p. 1 et 1992, n° 1, p. 1.

BLANC F., « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », RDP 2009, n° 6, p. 1553.

BLUM L., concl. sur CE, 21 juin 1912, *Demoiselle Pichot c. asile national de la Providence*, D. 1915.3.9.

BOISSEAU A., « La fiscalité des sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1146.

BOISSIEU C. DE, PASSET O., « Face aux marchés Les États sont-ils encore souverains ? - L'avenir des marchés de la dette souveraine », Rev. banque 2012, n° 749.

BOITEAU CL., « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », RFDA 2005, p. 946.

BON P., « Le statut constitutionnel du droit de propriété », RFDA 1989, p. 1009.

BONDIL F., « Service public, service privé, usager et client, un contrat en mutation ? », RFFP 2012/4, p. 75.

BOSSE-PLATIÈRE H., TRAVELY B., « La loi d'avenir agricole : un aggiornamento de l'action des SAFER », Revue de droit rural 2015, n° 430.

BOTTINI F., « L'impact du New public management sur la réforme de la fonction publique territoriale », RLCT 2014/97, n° 2601.

BOUCHER J., « Le droit public à l'épreuve de l'externalisation », CFP décembre 2005, p. 4.

BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif », Pouvoirs 1988, n° 46, p. 12.

BOUTARD-LABARDE M.-C., « Droit de la concurrence et personnes publiques », Gaz. Pal. 1989, doct. p. 747.

BOUTARD-LABARDE M.-C., BUREAU D., « La détermination du marché pertinent », RJDA, 1993, n° 11, p. 743.

BOY L., « Réflexion sur le droit de la régulation », D. 2001, p. 3031.

BRACONNIER S.,

- « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 43.
- « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », JCP G 2014, doct. 567.
- « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », AJDA 2006, p. 554.
- « Exorbitance du droit administratif et droit européen », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, coll. « Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2004, p. 96.

- « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs. L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », AJDA 2006, p. 2099.

BRACONNIER S., DELEYE L., « L'article 72 de la loi Pinel ou la consécration tempérée du fonds de commerce sur le domaine public », CMP 2015, n° 1, 1.

BRACONNIER S., DELSAUX A., MOREL J.-B., « L'analyse comparative : la recherche d'une Best value for money à la française », CMP 2005, n° 9.

BRAMERET S.,

- « A propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie », RLC 2013, p. 38.
- « La société publique locale, entre service public et transparence », RFDA 2012, n° 6, p. 1127.

BRÉCHON-MOULÈNES CH., « Application du référé précontractuel au contrat de concession », AJDA 1995, p. 147.

BRENET F.,

- « Candidature d'une société d'économie mixte locale en cours de constitution à l'attribution d'une délégation de service public », RJEP 2013, n° 710.
- « Groupements et marchés publics : de l'acheteur aux prestataires », MTP, 9 novembre 2001, p. 82.

BREVILLE A., HEMOND M., « Quel mode de gestion après la délégation de service public ? » ACCP 2009, n° 88, p. 31.

BRISSEON J.-F.,

- « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », AJDA 2005, p. 1835.
- « L'égalité des entreprises. Les offres du secteur public marchand », in *Le nouveau droit des marchés publics* (dir. LICHÈRE F.), L'Hermès, 2004, p. 148.
- « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues », AJDA 2005, p. 126.

- « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », *in Clés pour le siècle* (Université Panthéon Assas), Paris, Dalloz, 2000, p. 417.

CABANNES M., « La nouvelle stratégie financière locale de l'État », *Pouvoirs locaux*, octobre 2010, n° 86, p. 13.

CABANNES X., « Que reste-t-il du principe de l'unité de trésorerie », *RRJ* 2004, n° 2, p. 1096.

CABINET LANDOT, « La personne publique, soumissionnaire ordinaire », *BJCL* 2006, n° 3, p. 162.

CADIEU P., « Le « résistible déclin » du contrôle de légalité », *RLCT* 2008, p. 35.

CAFARELLI F., « Remunicipalisation et finances », *JCP A* 2014, n° 10, p. 2069.

CAILLOSSE J.,

- « La “métropole” impossible », *Pouvoirs locaux*, octobre 2010, n° 86, p. 41.
- « La modernisation de l'État », *AJDA* 1991, p. 755.
- « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 95.
- « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA* 2000, p. 99.
- « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », *RA* 2002, n° 328, p. 343.
- « Un déferé préfectoral, pour quoi faire ? », *Pouvoirs locaux* 2000, n° 44, p. 52.

CAILLOSSE J., LIDEC P. (LE), LE SAOUT R., « Le procès en légitimité démocratique des EPCI », *Pouvoirs locaux*, 2001, n° 48, p. 91.

CALANDRI L., « Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence », *RFDA* 2013, p. 1129.

CALLEY G., « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA* 2006, p. 96.

CANIVET G., « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *RLDA* 2006/11, n° 658.

CAPITANT D.,

- « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du “in house” ? », *RLCT* 2009, p. 47.

- « Les SEM exclues du “in-house” », CP-ACCP 2005, n° 45.

CARLES J., « La société publique locale, un outil adapté à l'évolution des missions du service public local ? », RFDA 2012, p. 1099.

CARRON A., « La notion d'établissement public industriel et commercial », CJEG 1969, p. 251.

CARTIER-BRESSON A., « Titres d'occupation du domaine public et concurrence : des relations condamnées à l'ambiguïté, les nouvelles orientations du droit de la propriété publique », *in Mélanges Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 71.

CASAS D., « Les personnes publiques et les règles de concurrence : vers l'égalité concurrence ? », CFP avril 2001, p. 15.

CASSIA P., « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », RDTE 2002, n° 38, p. 413-449.

CAUSSANELS S., « Aides d'État existantes ou nouvelles : comment peut-on créer ou passer de l'une à l'autre sans (presque) le vouloir ? », RLDA 2011/57, n° 3281.

CHADWICK E., « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Royal Statistical Society*, 22(A), 1959, pp. 381-420.

CHAMARD-HEIM C.,

- « Les frontières de la propriété, le domaine public », *Droit et ville* 2006, n° 61, p. 119.

- « Attribution des conventions d'occupation du domaine public et règles de la concurrence : la frontière se réduit encore », *RJEP* 2010, n° 672, comm. 7

- « Les conventions d'occupation privative du domaine public local », *JCP A* 2013, p. 2174.

CHAMARD-HEIM C., YOLKA PH., « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p. 1641.

CHAMPALAUNE C., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », *in Rapport de la Cour de Cassation pour l'année 2001*, La doc. fr., 2002, p. 111.

CHAMPAUD C., « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », *in Mélanges M. JEANTIN*, D. 1982, p. 182.

CHARREL N., « Les SEM exclues du dispositif “in-house” », *Gaz. Cnes*, 25 février 2005, p. 76.

CHAZAL J.-P., *De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes*, D. 1999, p. 249.

CHÉROT J.-Y.,

- « Financement des obligations de service public et aides d'État », *Europe* 2000, étude 5.
- « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *DA* 2006, n° 4, étude 7.
- « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *in Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, p. 87.

CHEVALIER J.,

- « La mutation des postes et télécommunications », *AJDA* 1990 p. 667.
- « Le service public : regard sur une évolution », *AJDA* 1997, p. 8.
- « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 909.
- « La gouvernance et le droit », *in Mélanges P. AMSELEK*, Bruylant, 2005, p. 189.
- « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1972-1973, p. 5.

CHEVRIER E.,

- « Prix prédateurs et coûts incrémentaux », *D. act.* 26 juin 2008.
- « Affaire des vedettes de l'Île d'Yeu: la Cour de cassation recadre la cour de Paris », *D. act.* 2 septembre 2010.

CHEYNEL B., « Epique EPIC et ... colégram », *RLCT* 2014, p. 40.

CHOUVEL F., « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties ou cautions accordées à des personnes morales de droit privé », *in Le Financement du développement local*, PUF, 1995, p. 115.

CLAISSE Y., MOREAU P., « La modernisation des sociétés d'économie mixte locales », *JCP* 30 janvier 2002, p. 4.

CLAMENS S., « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des personnes publiques », AJDA 2000, p. 767.

CLAMOUR G.,

- « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », JCP A 29 octobre 2007, n° 44-45, 2286.
- « Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », CMP juillet 2010, 235.
- « Prise en charge d'une activité économique par un GIP », RLC 2011, p. 26.
- « L'accès des personnes publiques à la commande publique », RFDA 2010, p. 146.
- « Concurrence publique extraterritoriale », RLC 2012, p. 33.
- « Les photos jaunies du couple concurrence et domaine public », AJDA 2012, p. 2031.
- « Marchés publics des groupements d'intérêt public », CMP 2012, n° 3, comm. 68.
- « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », CMP 2014, août, comm. 124.
- « Nouvelles directives marchés, premier panorama », CMP 2014, n° 3, comm.71.
- « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », CMP 2014, n° 8-9, comm. 124.

CLAUDEL E., « Variations autour du marché pertinent », RTDC 2006, n° 53, p. 577.

COLLECTIF,

- « Externalisation, stop ou encore ? » (Dossier), Acteurs publics, septembre 2011, n° 76.
- « La remunicipalisation des services publics » (Colloque), JCP A 2014, n° 10.
- « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », (Dossier), RDP 2011, n° 3, p. 717.
- « Les sociétés publiques locales : bilan et perspectives », CP-ACCP 2013, n° 131, p. 25.
- « Les sociétés publiques locales » (Actes du Colloque de Toulouse des 20 et 21 septembre 2012), RFDA 2012, p. 1069.
- « Réforme territoriale : la parole aux acteurs » (Dossier), AJCT 2015, n° 4, p. 182 et s.
- « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? », Colloque, RFDA 2010, p. 873.
- « Les EPIC dans tous les États. Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? » (Dossier), JCP A 2009, p. 569.

- « A propos de la pratique des engagements » (Dossier), *Revue Concurrences*, 2005, n° 1, p. 9.
- « Big bang territorial : suite... et fin ? » (Dossier), *AJCT* 2014, n° 9, p. 412.

COLLET M.,

- « À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? », *AJDA* 2012, p. 1807.
- « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : « dépenser mieux » ou « dépenser moins » ? », *RFDA* 2013, p. 433.

COLLIN P., GUYOMAR M., « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », *AJDA* 2000, p. 987.

COLLIN-DELUMIEUX M., « Les problèmes juridiques posés par les groupements d'intérêt public », *AJDA* 2003, p. 481.

COMBE CH. « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », *DA* 2001, chron. n° 22.

COMBEAU P., « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 26 janvier 2007, n°20, p. 6.

COPPE A., GAUTIER A., « Régulation et concurrence dans le transport collectif urbain », *in Reflets et perspectives de la vie économique*, 2004/4, t. XLIII, p. 65.

COPPOLANI CH., « Le contrôle général économique et financier », *RFAP* 2007/4, n° 124, p. 625 et s.

COSSALTER PH.,

- « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », *Sciences Po*, Paris, 14 mars 2007.
- « 20 ans de PFI : l'heure du bilan », *RGD*, 2012, A1.
- « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA* 2002, p. 938.
- « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP A* 2009, n° 38, p. 2221.

COUDERT M.-A., « Groupes de sociétés : ouverture du régime aux EPIC », D. fiscal 2014, n° 36, p. 490.

COUNIS A., HONORÉ R., « Le statut de la SNCF dans la ligne de mire de Bruxelles », Les Échos, 31 mai 2010.

COURRÈGES A., VÉROT C., « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux », RFDA 2007, n° 3, p. 489.

DABRETEAU J., « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit des EPIC », AJDA 2010, p. 2346.

DACOSTA B., « La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique », concl. sur CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC*, RFDA 2015, p. 57.

DAHAN TH., « La réforme de la SNCF reste à faire », Énergie - Environnement - Infrastructures n° 5, Mai 2015, entretien 5.

DANTONEL-COR N., « La clause générale de compétence depuis la réforme du 16 décembre 2010 : le changement dans la continuité », DA 2011, n° 12, étude 23.

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER O. (DE),

- « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Mélanges en l'honneur de E. FÂTOME*, Paris, Dalloz, 2011.
- « Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi du 25 juillet 1994 », JCP G 1994, I, p. 542.
- « Fonds de commerce et domaine public », AJDA 2002, p. 790.

DE LA LAURENCIE J.-P., « Les comportements de l'opérateur public sur le marché au regard des règles de la concurrence », LPA 19 août 1988, n° 100, p. 11.

DE LA ROSA S., « Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concessions de service public », LPA 18 mars 2014, p. 5.

DÉBÈNE M.,

- « Le redéploiement des entreprises publiques », Dr. Soc., 1978, p. 69.
- « Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion », AJDA 1992, p. 243.

DEBONO A.-L., « Les incertitudes du droit quant aux outils juridiques de gestion contractuelle du service public », CMP 2015, n° 4.

DEGOFFE M.,

- « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622.
- « L'organisation des métropoles », RFDA 2014, p. 481.

DELACOUR E.,

- « Economie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales », JCP E 2002, p. 890.
- « L'attribution d'un marché public ou d'une délégation à une personne publique », JCP 2001, I, p. 537.
- « La concurrence des personnes publiques aux entreprises privées », Gaz. Pal. 1997. Doct. p. 1007.

DELAMAYE P., « Une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public : les groupements d'intérêt public », LPA 24 juillet 2001, p. 9.

DELAUNAY B.,

- « Les limites à la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », RJEP 2009, étude 11.
- « Nouvelles limitations à l'accès aux documents administratifs », AJDA 2013, p. 1920.

DELÉLIS PH., « Principe de spécialité et droit de la concurrence : à propos de l'arrêt syndicat CGT de la société Clemessy », DA 2002, chron. 8.

DELION A.-G., DURUPTY M., « Chronique du secteur public économique », RFAP 2012, n° 144, p. 1143.

DELVOLVÉ P.,

- « La privatisation du service de l'État », Pouvoirs, 2007, n° 117, p. 107.
- « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », in *EDCE*, n° 35, 1983-1984, p. 111.

- « L'utilisation privative des biens publics », RFDA 2009, p. 229.

DEMSETZ H., « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, 1968, vol. 11, p. 55.

DEMUNCK C., « La SEM contrat : quoi de neuf ? », *AJCT* 2013, p. 543.

DENIZOT A., « L'étonnant destin de la notion de patrimoine », *RTD civ.* 2014, p. 547.

DERNONCOURT CH., « Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français », *Propriété industrielle* 2014, n° 7-8, étude 18.

DESPRAIRIES A., GOUTAL Y., « Les modes gestion des équipements culturels », *AJCT* 2013, p. 400.

DEVÈS C.,

- « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », *AJCT* 2013, p. 571.

- « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p.1082.

- « La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales. Evolution ou régression des règles de la commande publique ? », *JCP A* 2010, n° 2229.

- « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A* 2014, n° 38-39, p. 2266.

- « La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, la loi du 2 janvier 2002 », *AJDA* 2002, p. 139.

- « La responsabilité pénale de l'élu dirigeant d'une SEM », *RGCT* 2000, n° 10, p. 90.

- « La société publique locale d'aménagement : impasse ou ballon d'essai ? », *JCP A* 2006, n° 1219.

- « Société d'économie mixte et délégation de service public » (Colloque, Marseille, 25 avril 1997, CDC et Conseil régional PACA), *DA* juillet-août 1997.

- « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », *AJCT* 2013, p. 571.

DEVILLERS P., « Fonds de commerce sur le domaine public : la loi Pinel n'est applicable qu'aux nouveaux entrants », *CMP* 2015, n° 1, comm. 12.

DIDRICHE O., « Un domaine particulier : l'archéologie préventive », JCP A 2012 p. 417.

DILLOARD A., « L'émergence des marques publiques dans le patrimoine immatériel des personnes publiques », RDP 2014, n° 1.

DOMINO X., FATÔME E., JÉGOUZO Y., LOLOUM F., SCHRAMECK O., « Questions sur l'avenir de l'établissement public », AJDA 2010, p. 1238.

DONDERO B., « Les dirigeants de sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1116.

DONDERON S., « L'instrumentalisation du droit des sociétés publiques locales », D. 2012, p. 2408.

DONIER V., « Les lois du service public : entre tradition et modernité », RFDA 2006 p. 1219.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ L., MONTET CH., « Les droits de la concurrence, chance ou contrainte pour l'entreprise ? Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », CCC 2006, n° 12, p. 6.

DOUENCE J.-CL.,

- « Garantie d'emprunts et loi du 12 avril 1996 », RFDA 1996, p. 1141.
- « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale. Le cas des établissements publics locaux », RDP 1972, p. 4.
- « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », RDP 1972, p. 753.
- « Les métropoles », RFDA 2011, n° 2, p. 258.

DRAGO R., « Du bon usage du temps », RA 2000, n° spécial, n° 1, p. 7.

DREIFUSS M.,

- « La candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de la commande publique à l'épreuve de l'intérêt public local », ACCP 2015, n° 152.
- « Réflexions sur la nouvelle voie du référé contractuel, enfin explorée », AJDA 2010, p. 1423.

DREYFUS B., « A propos de la clause de compétence générale », AJDA 2009, p. 337.

DREYFUS J.-D.,

- note sous CE, avis contentieux, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, CJEG 2001, p. 62.
- « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA 2002, p. 1214.
- « Les conditions permettant à une personne publique de se voir attribuer un marché », AJDA 2003, p. 790.
- « Externalisation et liberté d'organisation du service », AJDA 2009, p. 1529.
- « La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel », AJDA 2009, n° 13, p. 696.
- « Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres », AJDA 2009, p. 2006.
- « Resserrement des conditions de recours au contrat in house », AJDA 2013, p. 178.
- « L'ingénierie publique à la croisée des chemins », *in Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Dalloz, 2004, p. 521.
- « Resserrement des conditions de recours au contrat in house », AJDA 2013, p. 178.

DUCHARNE J.-P., « La stratégie contentieuse des entreprises partenaires : exemple de la Lyonnaise des eaux », AJCT 2012, p. 192.

DUCOS-ADER R., « Le principe de l'insaisissabilité : un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 474.

DUFAU J.,

- « Le changement de statut des aéroports de Paris », JCP A 2005, n° 27, p. 1077.
- « Remarque sur la notion d'entreprise publique », AJDA 1959, p. 89.

DUMARQUE Y., « Vicissitudes du principe de spécialité des EPIC », *in Mélanges en l'honneur de SANDEVOIR P.*, L'Harmattan, 2000, p. 112.

DUPICHOT PH., « L'unicité du patrimoine aujourd'hui », JCP N 2009, n° 52, p. 1356.

DUPUIS J.-P., « Système français de comptabilité nationale : les administrations publiques dans les comptes nationaux », note méthodologique, n° 1 mai 2012, INSEE.

DURAND G.,

- « Établissement public local ou société d'économie mixte locale ? Bref essai de comparaison juridique », CDE, 1994, n° 30, p. 29.

- « Une nouvelle société d'économie mixte locale : la société d'économie mixte à opération unique », RLDPA 2014, p. 97.

DURUPTY M., « Existe t-il un critère de l'entreprise publique ? », RA 1984, p. 7.

DUSSART V., « Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1155.

ECKERT G.,

- « De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public », CMP février 2001, p. 4.
- « La garantie des collectivités publiques », in *Etudes offertes au Doyen SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 328.
- « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriétés publics*, (dir. Clamour G.), LexisNexis, 2011, p. 53.
- « Conditions de la candidature d'une société d'économie mixte en cours de constitution », CMP 2011, n° 12, comm. 353, p. 2.
- « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges Waline*, Paris, Dalloz, 2012, p. 207.
- « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », AJDA 2014, p. 1941.
- « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP A 2014, n° 21.
- « L'exécution des conventions de partenariat public-privé », RFDA 2014, p. 1015.
- « Quelle place pour la libre concurrence ? », RJEP 2014, n° 718, comm. 18.
- « Candidature des personnes publiques : le rappel des règles européennes », CMP 2015, n° 2, comm. 37.

ESCARMELLE J.-F., MÉLIS P., « Essai de définition du concept d'entreprise publique », RISA 1981/4, p. 365.

EVA B., « La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question », Revue de l'arbitrage 2006, n° 1, p. 65.

ÉVEILLARD G.,

- « La réglementation du droit de grève par les personnes privées chargées de la gestion d'un service public », DA 2013, n° 7, comm. 59.

- « Le maintien de l'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public et ses conséquences », DA 2015, n° 3, comm. 21

EZENTHEL D., « Le fonds de commerce et la domanialité publique », Quot. jur., 22 déc. 1987, p. 2.

FABRE B., « Rapport Trassy-Paillogues : simplifier les règles et choisir le mieux-disant », MTP, n° 4797, p. 52.

FACON J., « Les SPL : une révélation au grand jour de la qualité d'opérateur économique des collectivités locales », RLCT 2010/59, n° 1672.

FARDET F., « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », AJDA 2000, p. 115.

FATÔME E.,

- « À propos du rattachement des établissements publics », in *Mélanges Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 139.
- « Établissements publics et service public », AJDA 1997, p. 96.
- « Les investissements privés sur le domaine public de l'État : le point de vue des investisseurs. Propos introductifs », JCP N 2001, p. 1222.

FATÔME E., MÉNÉMÉNIS A., « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques », AJDA 2006, p. 67.

FATÔME E., TERNEYRE PH., « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », AJDA 1994, p. 780.

FAURE B.,

- « Faut-il garder le mot tutelle en droit administratif ? », AJDA 2008, p. 113.
- « La nouvelle compétence générale des départements et des régions », RFDA 2011, p. 240.
- « Les deux conceptions de la démocratie administrative », RFDA 2013 p. 709.
- « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », RFDA 2004, p. 299.

FAURE B., VERPEAUX M., MARCOU G., JANICOT L., CONAN M., « Trente ans de décentralisation », AJDA, 2012, p. 738.

FERREIRA N., « La notion d'exécution d'office », AJDA 1999, p. 41.

FERREIRA N., « Les métropoles de droit commun », AJCT 2014, p. 249.

FLEURY B., « “Libertés, libertés locales chéries” (Autour de la clause générale de compétence) », JCP A 2010, n° 22, p. 20.

FLOCHEL L., « Les coûts à court terme – Application aux tests de prix prédateurs », Pratiques, Concurrences, n° 1, 2010.

FONOUNI-FARDE G., « La pratique de l’offre spontanée en matière de contrats de partenariat : audaces for tuna juvat ? », RA août 2011, n° 382.

FORT F.-X.,

- « Remarques sur le régime de gestion de la propriété industrielle entre personnes publiques », AJDA 2010, p. 2292.
- « Observations sur la notion de compétence locale », JCP A 2014, n° 26, p. 2200.

FOSSIER TH., LÉVÊQUE F., « Le bien et le mal en droit économique », RLC 2011, p. 27.

FOULQUIER N., « Le service public », in *Traité de droit administratif* (dir. GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », p. 99.

FOURNIER A., JACQUOT H., « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », AJDA 1994, p. 759.

FOURNIER J., « Les entreprises dans le droit et la pratique de l’Union européenne », RJEP/CJEG 2005, p. 135.

FOURNOUX L. DE,

- « La banque publique d’investissement : le nouveau visage de l’intervention publique », DA 2014, n° 7, étude 12.
- « Candidature publique à la commande publique : la fin d’un malentendu ? », CMP 2015, n° 2, comm. 36.

FOUSSARD D., « L’arbitrage en droit administratif », Rev. de l’arbitrage, 1990, n° 1, p. 3.

FOYER J., « Présentation de la loi d’Avenir pour l’Agriculture, l’Alimentation et la Forêt », Rev. de droit rural 2015, n° 430.

FRAYSSE F., « La loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales », JCP 2003, p. 173.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126.
- « La victoire du citoyen-client », Sociétal, 2000, n° 30, p. 49.
- « Le couple ex-ante – ex-post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 33.

GARRIGUE-VIEUVILLE M., « Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? », DA 2009, chron. 5.

GARTNER F., « La direction des SEM locales par les élus : entre commerce et transparence », RFDA 1997, p. 783.

GAUDEMAR H. (DE),

- « La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », JCP A 2013, n° 41, 2294.
- « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », JCP A 2006, n° 28.

GAUDEMET Y.,

- « L'arbitrage : aspects récents de droit public », Revue de l'arbitrage, 1992, p. 245.
- « Hypothèques et domaine des personnes publiques », D. aff. 1996, p. 33.
- « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in *l'Unité du droit, Mélanges en hommage à DRAGO R.*, Economica, 1996, p. 259.
- « Arbitrage et droit public », Droit et patrimoine 2002, n° 105, p. 83.
- « Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques », RJEP 2007, repère 2.
- « Revenir sur le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », JCP G 2007, n° spécial, cahier 2, p. 32.
- « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RDP 2012, p. 1223.
- « Personnes publiques et arbitrage », RDP 2014, n° 3.

GAUDEMET Y., LAPP C. ET STEIMER A., « Les personnes publiques et l'arbitrage international », D. 2011, n° 37, p. 2552.

GAUTHIER A., « La valorisation des propriétés publiques », AJDA 2012, p. 990.

GINTRAND E., « Conventions de délégation de service public et contraintes fiscales », CP-ACCP 2013, n° 133.

GIRARDI L., « La refonte du règlement général sur la comptabilité publique Incidences pour les collectivités locales », BJCL 2013, n° 1.

GLAIS M., « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », Rev. internationale de la concurrence, 1993, n° 171, p. 30.

GODFRIN P., « Une prudente audace : la loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », CJEG janv. 1995, p. 1.

GOUTAL Y., BERNARDI E.-L., « La valorisation du domaine public et mise en concurrence », AJCT 2013, p. 84.

GOUTAL Y., COUPÉ C., « La SEM contrat : quoi de neuf ? », AJCT, 2013, p. 543.

GRANDVUILLEMIN S., « La société coopérative d'intérêt collectif. – Un statut inutile ? », JCP E 2012, n° 51, 1175.

GRARD L., « Aides d'État et transport maritime : le nouvel environnement concurrentiel rend difficile la restructuration économique des compagnies de ferry », RTDE 2013, p. 370.

GUENAIRE M., VITAL DURAND E., « Principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixte locales », JCP A 2003, 1668.

GUÉZOU O.,

- « Les centrales d'achat dans le nouveau code », AJDA 2004, p. 371.

- « Contrats publics et politique de la concurrence ? », RFDA 2014, p. 632.

GUGLIELMI G.-J., « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », Droit ouvr. 2008, n° 717.

GUIAVARC'H G., « Marchés concurrentiels, l'ouverture des marchés publics et délégations de service public aux opérateurs publics », MTP 19 janvier 2001, p. 86.

GUILLERMINET C., « Du RGCP au GBCP Les nouvelles règles budgétaires et comptables de l'État », RFFP 2013, n° 124.

GUILLERON S., MARGOT-DUCLOT E., « Le patrimoine immatériel des personnes publiques », RLDI 2012, p. 83.

GUILMAIN D., « Un bilan mitigé, centrales d'achat : un statut consolidé mais des questions toujours en suspens », ACCP 2005, n° 41, p. 24.

GUYOMAR M., « Ouvrage public et service public de l'électricité », concl. sur TC, n° 3718, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* : RFDA 2010 p. 551.

GUYOMAR M., COLLIN P., « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », AJDA 2000, p. 987.

HAMON L., « Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel », D. 1983, p. 79.

HAURIOU M., note sous TC, 9 décembre 1899, n° 00515, *Association syndicale du canal de Gignac c. Ducornot*, S. 1900.3.51.

HECKEL B., conclusions sous TA Dijon, 20 février 2003, *Jean-Louis Bernard Consultants*, AJDA 2003, p. 790.

HEINZ P., « Clarification des compétences territoriales entre départements et régions : « de l'autre côté du miroir » », AJCT 2012, p. 408.

HERTZOG R.,

- « A-t-on encore besoin d'un droit administratif ? », in *Chemins d'Europe, Mélanges Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p 347.
- « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », in *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, p. 455.
- « Le prix du service public », AJDA 1997, n° spécial, *Le service public*, p. 55.

HERVOUËT F., « L'Étatisme, enfant naturel de la nationalisation », RDP 1985, p. 1319.

HEUMEL P., « Élections au suffrage universel : oui mais comment ? », *Intercommunalités*, 46, mai 2001, p. 1.

HOCINE M., JANKOVEC B., Mutualité « Fonction publique : la France accepte les propositions de la Commission », *Competition Policy Newsletter*, n° 3, 2006, p. 82

HOULLON G., « Le clair-obscur des obligations de publicité et de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupation du domaine public, les nouvelles orientations du droit de la propriété publique », in *Mélanges Godfrin*, Mare et Martin 2014, p. 207.

HOURQUEBIE F., « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », *AJDA* 2015, p. 626.

HOWLETT M., GOETZ K. H., « Introduction : Le temps, la temporalité et le paysage temporel dans l'administration et les politiques », *RISA*, 2014, vol. 80, p. 497.

HUBRECHT H.-G., MELLERAY F., « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA* n° 8, Août 2006, étude 15.

IDOT L.,

- « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, Frison Roche, 2003.
- « Notion d'aide, garantie de l'État et existence d'un avantage », *Europe* novembre 2012, comm. n° 11, p. 39.

IDOUX P.,

- « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA* 2012, p. 1101.
- « Droit économique et exorbitance du droit public », in *L'identité du droit public*, Institut Fédératif de recherche, Toulouse I, LGDJ 2011, p 215.
- « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA* 2012, p. 1101.

ISRAËL J.-J., « Les contrôles et les sanctions du comportement des opérateurs publics sur le marché », *LPA* 19 août 1988, n° 100, p. 23.

JÄÄSKINEN N., concl. sur CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, présentées le 21 novembre 2013 (<http://curia.europa.eu>).

JACKSON B., « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », *RDP* 2001, p. 865.

JAMMEAUD A., « La démocratisation du secteur public », *AJDA* 1983, p. 563.

JANICOT L.,

- « La réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales », RGCT 2001, p. 1121.
- « La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public », AJDA 2011, p. 1194.
- « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales 30 ans après la loi du 2 mars 1982 », AJDA 2012, p. 753.

JARROSSON CH., « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16.

JÉGOUZO Y.,

- « La réforme des collectivités territoriales : entre continuités et rupture », AJDA 2009, p. 2137.
- « Questions sur l'avenir de l'établissement public », AJDA 2010, p. 1238.

JORDAN CH., « Vers une représentation équilibrée dans les conseils d'administration et de surveillance », RLDA 2011, n° 60, p. 103.

JORION A., « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », AJDA 2004, p. 305.

JOURDAN FL., « Les modes de gestion des transports publics : entre tradition et innovation », JCP A 2012, n° 29.

JOYE J.-F., « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommés ? », LPA, 16 mai 2003, n° 98, p. 4.

JULIEN A., « L'arbitrage en droit administratif », LPA août 2003, n° 156, p. 4.

KALFLÈCHE G., « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », RFDA 2012, p. 1120.

KAMAL M., PÉREZ L., « La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité », RLC 2012/31, n° 2041.

KARPENSCHIF M.,

- « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RFDA 2002, p. 95.

- « L'accès des sociétés d'économie mixte aux financements communautaires », JCP A 2003, 1669.
- « Les EPIC dans tous leurs états : quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », JCP A 2009, p. 2196.
- « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », JCP A 2010, n° 48, étude 2348.
- « L'égalité concurrence et les entreprises publiques locales », JCP A 2013, n° 1, p. 2002.
- « Du "in house" aux "in house" après la directive concession ? », CP-ACCP 2014, n° 141.

KERBOURC'H J.-Y., « Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? », Droit soc. 2009, p. 530.

KERLÉO J.-F., « L'autonomie des établissements publics, l'exemple du droit portuaire », AJDA 2011, p. 716.

KERROUCHE E., « Bilan de l'intercommunalité à la française dans une perspective européenne : une réforme territoriale incomplète », RFAP, avril 2012, n° 141, p. 37.

KLOPFER M., « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs « intoxiqués » ? », RLCT 2012, p. 53.

KOLLER R. H., « Myth of Predatory Pricing : An Empirical Study », Antitrust L. & Econ. Rev, 1970-1971, n° 105.

KOVAR J.-PH., « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », DA décembre 2007, p. 7.

KOVAR R.,

- « Les entreprises publiques dans l'Union européenne entre privatisation et banalisation », *in 30 years of European legal studies at the College of Europe* (dir. P. Demaret, I. Govaere et D. Hanf), Bruxelles, éd. P.I.E.-Lang, 2005, p. 300.
- « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », D. 2006, p. 919.

KREPS D., WILSON R., « Reputation and imperfect information », Journal of Economic Theory, Elsevier 1982, vol. 27/2, p. 253.

L'HÔTE V., « L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales », AJDA 2003, p. 2233.

LABETOULLE D. (entretien),

- « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », JCP A 2007, n° 16-18, p. 14.
- « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges », AJDA 2007, p. 772.
- Labetoulle D., concl. sur TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, AJ 1983, p. 356.

LAGET-ANNAMAYER A., « Le gouvernement peut-il encore régler les prix, malgré la proclamation d'un principe de liberté », AJDA 2006, p. 1169.

LAGRANGE P., « La réforme des mises à disposition : nouvelle étape vers une fonction publique ouverte ? », AJDA 2007, p. 524.

LAIDIÉ Y.,

- « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », DA 2001, chron. n° 8.
- « La réforme de « Voies navigables de France » : une contribution utile, mais limitée, au développement du service public de la voie d'eau », JCP A 2012, n° 13, 2091.

LAMBERT A., « La nouvelle gouvernance financière: une réponse à la crise ? », RFFP 2009, n° 108, p. 85.

LAMBERT TH.,

- « L'article R. 611-13 nouveau du Code de la propriété intellectuelle relatif à la gestion de la propriété industrielle entre personnes publiques », JCP E 2009, n° 48, 2108, p. 13.
- « La concurrence et l'assujettissement des personnes publiques à la TVA », RFFP 2014, n° 128.

LANDAIS C., LENICA F., « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », AJDA 2006, p. 1595.

LANDEL O., « L'Agence France Locale : un outil conçu par et pour les collectivités territoriales », AJCT 2014, p. 46.

LANDOT E., « Concurrence et mode de gestion du service public culturel », RFDA 2014, p. 875.

LANGELIER E., « Le bail commercial et le domaine public : nouvelles d'un couple tumultueux », JCP A 2015, n° 16, p. 2106.

LAROQUE M., « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », AJDA 2003, p. 976.

LAUBADÈRE A. DE, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. A propos des groupements de collectivités territoriales », *in Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 447.

LAVAL MADER N., « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », RFDA 2012, p. 1092.

LAVIALLE CH.,

- « L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée », RFDA 1996, p. 1126.
- « La constitution de droits réels dans le domaine public », RFDA 1994, p. 1106.

LE CHATELIER G.,

- « Marchés publics, les établissements publics en liberté surveillée », DA 2000, comm. n° 249.
- « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », CP-ACCP 2008, n° 73, p. 40.
- « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile », AJDA 2009, p. 186.

LE MESTRE R., « La définition de l'entreprise du secteur public en droit communautaire », RRJ 1999, p. 895.

LECOCQ V., « L'exigence de transparence des relations financières entre les États et les entreprises publiques », LPA 18 septembre 1992, p. 18.

LEGRAND A., « Le rattachement des établissements publics locaux d'enseignement à une collectivité territoriale et le contrôle de leurs actes », AJDA 2005, p. 825

LEMAIRE CH., « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », RJEP 2004, p. 404.

LEMAIRE S., JAROSSON C., RICHER L., « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », AJDA 2008, p. 617.

LÉONETTI R., « La protection de l'affectation au service public des biens incorporels », AJDA 2009, p. 1689.

LEROY M., « La soutenabilité des finances publiques à l'épreuve de la crise internationale - Le questionnement de la "sociologie" fiscale », RMCUE 2012, n° 560.

LESQUINS J.-L., OLIVIER F., « Nouvelles directives européennes, in house et aides d'État », CMP, n° 8-9, août 2014, étude 8.

LESSERRE-CAPDEVILLE J., « Le délit de concussion », AJCT 2012, p. 30.

LESSI J., DUTHEILLET DE LAMOTHE L.,

- « La collectivité territoriale face à la commande publique : un candidat (presque) comme les autres », AJDA 2015, p. 449.
- « Prescriptions : le droit administratif à l'épreuve du temps », AJDA 2015, p. 215.

LEVOYER L.,

- « L'assujettissement des personnes publiques à l'impôt sur les sociétés », Revue de droit fiscal 2006, n° 7, p. 419.
- « Loi de finances pour 2014 : une contribution accentuée des collectivités territoriales à l'assainissement des finances publiques », JCP A 2014, n° 5, 2023.

LIBCHABER R., « La société contrat spécial », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN*, Paris, Dalloz, 1999, p. 281.

LICHÈRE F.,

- « Externalisation et personnes publiques », Cahiers du droit de l'entreprise, mai-juin 2006, p. 66.

- « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », AJDA 1998, p. 619.

LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF », AJDA 2010, p. 1642.

LIGNIÈRES P., « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », Sciences Po, Paris, 14 mars 2007 (<http://www.sciencespo.fr/chaire-madp>).

LIGNIÈRES P., BABIN L., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », DA 2002, n° 5, pratique 5.

LIGNIÈRES P., MARCIANO K., « Moderniser les sociétés d'économie mixte », DA avril 2002, p. 37.

LINDITCH F.,

- « Candidature des personnes publiques, vers une ouverture de leur droit à participer aux consultations ? », JCP A 2015, n° 18, 2124.
- « La puissance publique à l'épreuve de l'externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, 2012.
- « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », in *La réforme de l'État*, (dir. J.-J. Pardini et Cl. Devès), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 229.
- « Les partenariats public-privé, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation ? Quelques interrogations de nature financière », Droit et ville n° 60, 2005, p. 229.

LINOTTE D.,

- « Les nationalisations de 1982 », RDP 1982, p. 435.
- « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval », RFDA 2012, p. 1133.

LLORENS F., « Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire », RFDA 2001, p. 1126.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P.,

- « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPI à la française », CMP 2014, repère 1.

- « Marchés publics, passation, la révolte des PME contre l'UGAP », CMP 2005, n° 4, comm. 128, p. 30.
- « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », CMP 2014, repère 3.
- « Le choc de simplification et la commande publique », CMP 2014, repère 4.
- « Le Code général de la propriété des personnes publiques, les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », RFDA 2006, p. 935.

LOMBARD F., « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013, p. 555.

LOMBARD M.,

- « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994, p. 163.
- « Les garanties accompagnant la privatisation d'Air France », AJDA 2001, p. 1100.
- « 80 ans après l'arrêt chambre syndicale du commerce en détails de Nevers : pavane pour une infante défunte », RJEP, n° 683, février 2011, repère 2.
- « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2011, p. 1302.
- « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », RJEP/CJEG 2005, n° 619, p. 127.
- « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », AJDA 2014, p. 1242.
- « Interrogations d'un juriste sur les ambiguïtés de GDF SUEZ », RJEP 2009, n° 667, p. 3.
- « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », AJCT 2013, p. 555.
- « Statut d'établissement public, service public et aide d'État », AJDA 2012, p. 2013.

LONG M., « La diversification des entreprises publiques françaises », RFAP 1980, n°15.

LOSCHAK D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », AJDA 1971, p. 261.

LOY V., « Une entreprise du secteur public constituée sous la forme d'une SAS est-elle soumise à la Loi de démocratisation du secteur public ? », CJEG 2004, n° 614, p. 465.

LUC I., « Quand les bases de données ne sont pas qualifiées de facilités essentielles... », AJ Contrats d'affaires, 2014, p. 332.

LUCIENNE E., « La loi de finances pour 2015 et la loi de finances rectificative pour 2014 », JCP A, 2015, n° 3, p. 2008.

M' SAÏDIÉ T., « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », AJDA 2013, p. 514.

MACKOVICS C., « Le financement du secteur ferroviaire par des subventions croisées en environnement concurrentiel », Revue de droit des transports 2011, n° 10, p. 16.

MAINNEVRET R., « Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », BJCL 2014, n° 9.

MALECKI C.,

- « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », D. 2005, n° 15, p. 1028.
- « L'État actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire », Cahiers de droit de l'entreprise 2005, n° 5, p. 61.

MALWE C., « La valorisation du patrimoine immatériel de l'État », DA 2009, n° 4, comm. 52, p. 32.

MANSON C.,

- « La filialisation des entreprises publiques et le principe de spécialité », Dr. Société, 2004, étude 12.
- « Valorisation économique du domaine public et performance », *in Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloque et débat », 2009, p. 227.

MANSON S., « L'occupation contractuelle du domaine public: essai de clarification et de remise en ordre », RDP 2009, p. 19.

MARCOU G.,

- « Les métropoles ont-elles une chance ? », JCP A, 2010, n° 58.
- « L'État et les collectivités territoriales : où va la décentralisation ? », AJDA 2013, p. 1556.

MARIANI-BENIGNY I., « L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité », RDP 1997, p. 841.

MARILLER R., SEVINO A., « Office de tourisme, comités départementaux et comité régionaux de tourisme », AJDA 2011, p. 1988.

MARKUS J.-P., AYACHE L., « Les sociétés par actions simplifiées et la loi de démocratisation du secteur public : mariage imposé ou impossible ? », RJEJ 2010, n° 673, p. 31.

MARQUES M., GONZAGUES PH., « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », DA 2014, n° 10, étude 15.

MARSON G.,

- « La neutralisation des distorsions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel », RFDA 2008, p. 785.
- « Le juge fiscal, gardien communautaire de la neutralité concurrentielle des impôts nationaux : l'exemple des aides d'État », DA 2008, n° 6, p. 15.

MARTIN J., « La mise sous tutelle des établissements publics de santé souscrivant un emprunt », Revue de Droit bancaire et financier 2012, n° 3, comm. 80.

MARTY F., PILLOT J.,

- « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision « voyages-sncf.com » : une analyse économique », RLC 2009/19, n° 1333.
- « Pratiques de boycott ou refus d'accès à une facilité essentielle ? », RLC 2011/26, n° 1724.

MATTRET J.-B., « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique », JCP A 2012, n° 49, p. 2389.

MAUBLANC-FERNANDEZ L.-V., « Extension du champ des activités des personnes publiques assujetties à la TVA », RMCUE 2012, n° 555, p. 124.

MAUGÜE C., BACHELIER G., « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2006, p. 1073.

MAUGÜE CH.,

- « Le patrimoine des personnes publiques - Qu'apporte le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques ? », Droit et patrimoine 2009, n° 179, p. 58.
- « Les délégations de service public et le juge administratif », AJDA 1996, p. 957.

MAUGUÉ CH., TERNEYRE PH., « Les délégations de service public en question », CJEG avril 1997, p. 131.

MAULIN E., « La décentralisation du pouvoir normatif », AJCT 2014, p. 309.

MAURY S., « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », AJDA 2008, p. 1366.

MAZIÈRES A., « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents », AJDA 2005, p. 24.

MCCOURT W., « Moving the public management debate forward : a contingency approach » in *The Internationalization Of Public Management. Reinventing the Third World State* (dir. W. Mc Court et M. Minogue), chap. 11, Edward Elgar, 2002.

MCGEE J. S., « Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case », Journal of Law and Economics, vol. 1, p. 137, 1958.

MEIER K. J., HAWES D. P., « Le lien entre représentativité passive et active de l'administration », RFAP, 2/2006, n° 118, p. 265.

MÉKIOUS S., CUNIN E., « Les enjeux du gouvernement d'entreprise », Rev. AMF 2005, n° 20, p. 21.

MEKKI M., « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », Pouvoirs, 2013/4, n° 147, p. 17.

MELLERAY F.,

- « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », RFDA 2010, p. 572.
- « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », AJDA 2003, p. 2078.
- « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », AJDA 2003, p. 711.

MÉNÉMÉNIS A., « La loi MURCEF et l'ingénierie publique », DA 2002, n° 2, comm. 25.

MÉNY Y., « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », Pouvoirs, 2013/4, n° 147, p. 5-15.

MET-DOMESTICI A., « Aide d'État, service public et droit communautaire. Éléments de clarification sur la validité des compensations de service public », AJDA 2006, p. 1881

MICHEAU C., « Récupération des aides d'État illégales et incompatibles sous forme fiscale. Analyse critique des fondements et des développements récents », RTDE 2014, p. 343.

MILOT J.-P., « Comptabilité générale et comptabilité nationale – Différences et convergences : les enjeux pour le secteur public », Gestion et finances publiques, mai 2012, p. 49.

MODERNE F.,

- « La concurrence des services techniques de l'État et des techniciens privés auprès des collectivités locales, un nouvel épisode », RDI 1982, p. 467.
- « Opinion d'un publiciste à propos d'une nouvelle forme juridique : les groupements d'intérêt public », LPA 1983, n° 49.
- « Variations sur le mythe de l'autonomie communale : l'État prestataire de services des communes », AJDA 1976, p. 478.

MOIROUX J., « Le financement des collectivités territoriales après la loi de séparation et de régulation des activités bancaires », JCP A 2014, n° 5, p. 2024.

MONGOUACHON C., « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques implique une (re)définition claire des missions de service public », RLC 2015, p. 42.

MONPION A., « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », AJDA 2008, p. 232.

MONTECLER M.-C. DE,

- « Clause générale de compétence, acte III », AJDA 2014, p. 884.
- « Feu vert du Parlement pour l'agence de financement des collectivités locales », AJDA 2013, p. 1545.
- « L'avenir de l'ingénierie publique passera-t-il par les départements ? », AJDA 2010, p. 1293.

MOREAU J.,

- « Les aides locales aux entreprises et le développement économique », JCP A 2006, n° 20, p. 23.

- « L'établissement public de santé, établissement public local » in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1625.

MOREL J.-B.,

- « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », CMP 2013, étude 9.
- « Le Conseil d'État se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », AJDA 2006, p. 2064.

MOUGEOT M. NAEGELEN F., « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique* 2005, vol. 115, p. 739.

NAMURA M., « la politique est dans le nécessaire et l'urgence ; l'administration est dans le possible », *Pouvoirs locaux*, n° 80, I, 2009, p. 85.

NARAYAN-FOURMENT H., « La maîtrise des prix : hors du droit de la concurrence, point de salut », *D.* 2004, n° 28, p. 2023.

NÉGRIER E., « Métropolisation et réforme territoriale », *RFAP*, avril 2012, n° 141, p. 73.

NÉMERY J.-CL., « Les collectivités territoriales et la garantie d'emprunt », *JCP E* 1998, p. 10.

NEVEU PH., « Contrôle de l'offre anormalement basse et reprise des personnels affectés au marché », *JCP A* 2012, n° 18, 2143.

NGUYEN N., « Garanties d'emprunts : comment prévenir les risques d'irrégularité ? », *MTP*, 5 décembre 1997, p. 50.

NICINSKI S.,

- « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p. 1759.
- « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, p. 35.
- « Le fonds stratégique d'investissement », *RFDA* 2012, p. 449.
- « Le mode de régulation », *RFDA* 2010, p. 735.
- « Le problème de la tarification des données publiques », *RJEP/CJEG* octobre 2004, p. 432.
- « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

- « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique, *in Contrats et propriétés publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis, 2011, p. 43.
- « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence? », *in Mélanges en l'honneur de FATÔME E.*, Dalloz 2011, p. 373.
- « La sécurisation des interventions économiques locales », AJCT 2012, p. 172.
- « Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel », AJDA 2005, p. 2130.
- « Les établissements publics en quête d'identité sur le marché concurrentiel », AC-ACCP novembre 2001, n° 5, p. 7.
- « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », RFDA 2012, p. 1181.
- « L'offre anormale dans les délégations de service public », AJDA 2011, p. 879.
- « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », JCP A 2007, comm. 287.

NOGUELLOU R.,

- « La remunicipalisation et les contrats », JCP A 2014, n° 10, p. 2071.
- « Les sociétés publiques locales », DA juillet 2010, alerte 44.
- « La condamnation du statut de l'EPIC », DA 2012, n° 11, alerte 54.

PAPIN-PUREN A., « Coopération locale et agence départementale : l'œuvre du législateur à l'épreuve d'une institution singulière », JCP A 2013, n° 37.

PASTOR J.-M.,

- « Premiers pas vers la France aux quatorze régions », AJDA 2014, p. 1124.
- « Sécuriser la participation des élus à l'Agence France locale », AJDA 2015, p. 478.

PAULIAT H.,

- « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », JCP A 2012, n° 44.
- « L'intérêt public, condition nécessaire à la légalité de la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique », JCP A 2015, n° 6, 2030.

- « Usager, client, consommateur du SPIC local », in *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* (dir AUBY J.-B et BRACONNIER S.), Paris, LGDJ, 2003, p. 81.

PELÉ C., « Les marchés de fournitures de bureau, entre droit commun de la commande publique et particularités », CP-ACCP, 2015, n° 51.

PELJACK D., « La réforme du Code des marchés publics et les groupements d'achats locaux », AJDA 2001, p. 927.

PELLERIN J., « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé », RTD com. 1981, p. 471.

PETER M., « La SEM : un juste équilibre public-privé », CP-ACCP, n° 59, octobre 2006, p. 28.

PETIT J., « La police administrative », in *Traité de droit administratif* (dir. GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph.), Dalloz, Coll. « Traités Dalloz », t. 2, 2011, p. 23.

PEYRICAL J.-M., « Les contrats de prestation entre collectivités publiques », AJDA 2000, p. 581.

PICARD E., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998, p. 651.

PICQUEMAL-PASTRE B., « Une expérience d'acte économique, le programme » RDP 1974. 317.

PIERUCCI C., « La loi de finances pour 2015 », RFFP 2015, n° 130.

PIETRI G., DE BERNIS C., « Les quelques réflexions complémentaires sur la réforme des droits réels, et de son incidence sur la gestion du domaine public », LPA 1995, n° 17, p. 16.

PINSON G., « Des métropoles ingouvernables aux métropoles oligarchique », Datar, Territoires 2040, n° 1, La doc. fr., 2010, p. 65.

PINTAT P., « Une nouvelle forme de contractualisation pour les opérations publiques : la SEM à opération unique », CP-ACCP 2014, n° 147.

PINTRE S., « Il faut aller vers la réduction du nombre de communes », AJDA 2014, p. 2028.

PITZ P.-E., « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », AJDA, p. 954.

PLESSIX B.,

- « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », JCP A 2007, n° 13, p. 38.
- « L'éternelle jouvence du service public », JCP A 2004, n° 43, p. 1614.
- « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », RFDA. 2008, p. 1219.
- « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », RDP 2003, p. 598.

POÉSY R.,

- « De l'utilité pour les collectivités territoriales de recourir à la société coopérative d'intérêt collectif », AJCT 2011, p. 282.
- « Le Conseil de la concurrence et les collectivités territoriales », JCP A 2008, n° 5, p. 15.

POLI A., TERRIEN G., « Occupation du domaine public et concurrence », BJCL 2010, n° 1, p. 2.

PONTIER J.-M.,

- « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », JCP A 2014, n° 8, p. 2047.
- « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », AJDA 2014, p. 1694.
- « Compétence locale et politiques publiques », RFAP, avril 2012, n° 141, p. 139.
- « L'enchevêtrement des compétences », *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?* (J.-C. Némery), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 108.
- « La clause générale de compétence », JCP A, 2011, n° 2.
- « La personnalité publique, notion anisotrope », RFDA 2007, p. 979.
- « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *in La profondeur du droit local*, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence, Paris, Dalloz, 2006, p. 385.
- « Requiem pour une clause de compétence générale », JCP A, n° 2, 10 janvier 2011, 2015.
- « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », AJDA 1997 p. 723.

PONTIER J.-M., NEVEU PH., « L'intercommunalité au cœur de la réforme des collectivités territoriales », JCP A 2010, p. 11.

POULET-GIBOT N., « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », RFDA 1999, p. 551.

POYET M., « La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité », RA 2004, p. 565.

PRÉTOT X., « L'administration des entreprises publiques : à propos de la loi du 26 juillet 1983 », RA 1984, p. 29.

PRIGENT S., « Loi d'avenir pour l'agriculture : entre réalisme et utopie » AJDI janvier 2015, n° 1.

QUIOT G., « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », AJDA 2005, p. 813.

RALLU B., « Transposition de la directive concessions : une ordonnance et une consultation à l'automne », Le moniteur, 23 mars 2015 (<http://www.lemoniteur.fr>).

RAPP L.,

- « Entrée et sortie des biens », RFDA 2006, p. 916.
- « La collectivité locale, caution d'une personne privée », JCP E 1992, n° 2, p. 33 et s.
- « Le financement des sociétés publiques locales », RFDA 2012, p. 1107.
- « Le secteur public démocratisé », AJDA 1984, n° 9, p. 494.
- « Les nouvelles régulations économiques », AJDA 2001, p. 560.

RENOUARD L., « Participation des personnes publiques à un marché public ou une délégation de service public : licéité de la participation, détermination du juste prix de l'offre faite par l'opérateur public », ACCP 2010, n° 97, p. 32.

RIBS J., « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », JCP 1990, I, p. 3465.

RICHER L.,

- « Le droit à la paresse ? “*Essential facilities*”, version française », D. 1999, chr., p. 523.
- « Le statut des agents de France Télécom », AJDA 1994, p. 463.

- « Les EPIC et la tentative de filialisation de leurs activités », JCP A 2009, n° 31-35, 2201.
- « Services de l'eau potable et service public », RA 2011, n° 381, p. 231.
- « Constitutions contrats et commande publique », Nouveaux Cahiers du Cons. const., 2012, n° 37.
- « Droit d'accès au service public », AJDA 2006, p. 73.
- « DSP : quelle latitude dans la négociation du prix ? », CP-ACCP 2006, n° 51, p. 63
- « Entités adjudicatrices : une innovation à deux temps », CP-ACCP 2006, n° 58, p. 17.
- « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003, p. 973.
- « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », RDP 1979, p. 971.
- « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence ? », AJDA 2002 p. 1056.
- « Le champ d'application du nouveau code, des critères en quête d'une notion », MTP, supplément, 22 juin 2001, p. 4.
- « Le statut des agents de France Télécom », AJDA 1994, p. 463.
- « Les personnes publiques innomées », in *La personnalité publique* (dir. AFDA), Paris, Litec, 2007, p. 133.
- « Les personnes publiques soumises au Code des marchés publics entités adjudicatrices », AJDA 2006, p. 1773.

RITLENG D., « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif », in *Droit administratif européen* (dir. AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 845.

RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, p. 99.

RIZET J.-F., « Les évolutions et améliorations envisageables pour les EPL », CP-ACCP, avril 2013, p. 27.

RODRIGUEZ S., « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques. A propos de la diversification d'Electricité de France », RFDA 1994, p. 1146.

ROMAN-SEQUENSE B.,

- « Dans quelles conditions peut-on s'approvisionner directement à l'UGAP pour couvrir des besoins en fournitures courantes », CMP 2006, n° 5, comm. 157, p. 33.

- « Délais de paiement des entreprises publiques locales (EPL) : régime applicable », CMP 2013, n° 7, comm. 212.
- « Mise en concurrence des sociétés coopératives d'intérêt collectif », CMP 2013 n° 3, comm. 94.

ROUAULT M.-C.,

- « Domaine public : droit au bail, non ; fonds de commerce, demain peut-être », AJCT 2015, p. 93.
- « La constitution de droits réels sur le domaine public », RDI 1995, p. 27.
- « Responsabilité du fait de la carence de l'autorité de tutelle à assurer l'exécution d'une décision de justice », RLCT 2011, p. 64.

ROUVEYRAN TH., « Concessions et relations entre pouvoirs publics : les exclusions », CP-ACCP 2014, n° 141.

ROUX C., « La personne publique, candidate à la commande publique », AJDA 2013, p. 853.

ROUYÈRE A., « Les personnes publiques spécialisées », in *Traité de droit administratif* (dir. GONOD P., MELLERAY F., YOLKA PH.), Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, t. 1, p. 374.

ROYER E., « L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique », AJCT 2015, p. 158.

ROZET G., « La notion d'aide d'État en question. Un débat suscité par le financement public des services économique d'intérêt général », Gaz. Pal., 11 juill. 2003, p. 22.

RUMEAU-MAILLOT H., « Les délais de prescription en droit des sociétés », Rev. sociétés 2012, p. 20.

SAÏDJ L., « Les opérations d'exécution du budget communal : la recette », Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, folio n° 7127, Paris, Dalloz, 2006.

SANTINI A., « Le devenir des sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », RFDA 2002, p. 923.

SAPPINGTON D. E.M., SIDAK J. G., « Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises », Review of Industrial Organization, 2003, n° 22, p. 183.

SELTEN R., « The chain store paradoxe », Theory and Decision, vol. 9, Issue 2, 1978.

SEIGLE G. (entretien), « La DDTR, incarnation de l'action territoriale de la Caisse des dépôts », *Finances grandes écoles*, n° 24, novembre 2012.

SESTIER J.-F.,

- « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *RFDA* 2002, p. 923.
- « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *in Les collectivités locales, Mélanges Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 401.

SEUROT L., « L'offre anormalement basse en droit des marchés publics », *AJDA* 2014, p. 204.

SIFFERT A., « Service public et intervention des personnes publiques dans une Europe libérale », *RMCUE* 2012, n° 560.

SILICANI J.-L., « Demain l'État régulateur », *Les Échos*, 16 février 2000.

SIMMONET Y., « Application de l'exception in house aux opérations dites « internes horizontales » : retour vers le futur ? », *AJDA* 2014, p. 2001.

SIMON G., « Marché public entre personnes publiques et transparence communautaire », *Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires* 1998, p. 22.

SIRINELLI J., « La passation des accords-cadres à l'épreuve des principes de la commande publique. Retour sur l'arrêt Union des groupements d'achats publics et Société SCC », *RJEP* 2014, n° 716.

SORBARA J.-G.,

- « Le domaine public mobilier au regard du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2007, p. 619.
- « Les sociétés publiques locales et la propriété publique », *RFDA* 2012, p. 1140.

ST-JOURS Y., « La démocratisation du secteur public », *D. ouvrier* 1984, p. 409.

TAILLEFAIT A., « Sélectivité et performance dans la Fonction publique », *in Performance et droit administratif*, (dir. ALBERT N.), Actes du colloque organisé à Tours les 29 et 30 janvier 2009, Paris, Litec, Lexis Nexis, p. 171.

TERNEYRE PH.,

- « Les actifs immatériels des personnes publiques », RJEP 2013, n° 714, étude 16.
- « Les sociétés publiques locales », JCP A 2011, n° 51-52, n° 2396.
- « La réglementation des prix », RFDA 2014 p. 861.
- « L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques », BJCP 2007, n° 52, p. 170.
- « L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques », ACCP 2007, n° 52.

TERNEYRE PH., BON P., « Responsabilité pour faute de l'Office national des forêts en cas de vols de bois dans une forêt communale imputables aux négligences commises par son préposé », D. 1996, p. 48.

TERNEYRE PH., NOYER B., « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », LPA 12 juillet 1996, p. 8.

TERNEYRE PH., VÉROT C., « Le projet de réforme de l'arbitrage intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA 2008, p. 905.

TERRIER G., DONNEDIEU DE VABRES L., « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », RLDA 2006/11, n° 657.

TESSON F., « La notion française d'activité économique des personnes publiques », AJDA 2013, p. 1675.

THILL-TAYARA M., COUADOU C., « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », CCC, mai 1999, p. 4.

THOUVENON J.-M., « Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence », D. aff. 1997, p. 331.

TIMSIT G., « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », RFDA 1996, p. 375.

TINIÈRE R., « Eléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public », AJDA 2007, p. 840.

TRIQUENAU B., « Le cadre juridique des garanties et cautionnements d'emprunt accordés par les collectivités territoriales », LPA 1995, n° 138, p. 13.

TRUCHET D.,

- « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif », in *Clés pour le siècle* (Université Panthéon-Assas), Paris, Dalloz, 2000, p. 443.
- « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », D. aff. 1996, n° 24.

TUOT T., « La Communauté et les entreprises publiques : petits malentendus sans importance », CJEG 1994, n° spécial, p. 397.

VAN DER WOUDE A. W., « Article 90, Competing for compétence », *European Law Review*, 1991.

VAUTROT-SCHWARZ CH., « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », CMP 2012, étude 8.

VEDEL G.,

- « La technique des nationalisations », Dr. soc. 1946, p. 49.
- « Le régime des biens des entreprises nationalisées », CJEG 1956, p. 23.
- « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE 1954, n° 8, p. 21.
- « Nationalisations », AJDA, avril 1982, n° spécial.

VELOT F., « Secteur public : les salariés des SAS filiales doivent être représentés au conseil d'administration », Lamy Semaine sociale 2009, n° 1402, p. 12.

VERPEAUX M.,

- « Acte III, scène finale ? », JCP A 2014, n° 42, 2287.
- « La clause générale de compétence, consécration ou remise en cause », RLCT 2009, n° 42, p. 66.
- « Les nouvelles régions sont constitutionnelles », JCP A 2015, n° 12, 2074.
- « Pavane pour une notion défunte – La clause générale de compétence », RFDA 2014, p. 457.

VIALETTES M., « Pouvoir hiérarchique et établissement public », concl. sur CE, 12 décembre 2012, n° 354635, 350479 et 350890, *SYNERPA*, AJDA 2013, p. 481.

VIDELIN J.-C., « La remunicipalisation des services publics : apparences ou réalités ? », JCP A, n° 10, 2014, p. 2065.

VIE J.-M., « Peut-on contester le refus du préfet de déférer un acte ? », AJDA 2012, p. 80.

VIENNE D., FADL P. EL, « Collectivités publiques : de l'interventionnisme à la concurrence », CP-ACCP 2001, n° 3, p. 7.

VIER CH.-L., « L'opérateur public et l'accès au marché », LPA 1988, n° 100, p. 5.

VIEU P., Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français, RFDA 2010, p. 35.

VIGOUREUX A., « Les avantages comparatifs de la société publique locale », RFDA 2012, p. 1075.

VIROLE J., « L'entreprise publique et le droit des communautés européennes », RFAP 1984, p. 727.

VOGEL L., « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », JCP 1994, I, n° 3737, p. 73

VOISSET M.,

- « L'expérience des contrats de programme dans les entreprises publiques », Dr. Soc. 1974, p. 262.
- « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité des services publics », RFDA 1999, p. 473.
- « Le service public autrement. Des effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », RFDA 1995, p. 304.
- « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *Mélanges Pequignot*, CERAM, Montpellier, 1984, t. 2, p. 717.

VOIZARD K.-H., « Les sociétés publiques locales : essai de mise en perspective », RDP 2013, p. 787

VOUGIOUKAS D., « Les nouvelles lignes directrices de la Commission concernant les aides d'État au secteur de l'aviation », RDPA, 2014, p. 93.

WALINE J., « A propos de la tutelle sur les collectivités territoriales », in *Mélanges Lachaume*, Paris Dalloz, 2007, p. 1095

WALINE M., note sous T. civ. Seine, 10 juin 1929, Chemin de fer du Nord, D. 1929, II. 35.

WILHELM P., VEVER F., « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », CCC 2006, étude 6.

WINCKLER A., « Public et privé : l'absence de préjugés », APD 1997, n° 41, p. 301.

WOUTERS J., VAN HEES B., « Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État », Revue du droit de l'Union européenne 1999, n° 2, p. 35.

YOLKA PH.,

- « Les patrimoines publics à l'épreuve de la propriété intellectuelle », DA 2012, n° 1, p. 63.
- « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité publique*, Travaux de l'AFDA, LexisNexis, 2007, p. 35.
- « l'externalisation en matière administrative », JCP A 2012, p. 2130.
- « L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit », JCP A 2012, n° 7, act. 104.
- « L'insaisissabilité des biens publics », JCP A 2007, n° 48, p. 2307
- « L'offre et la commande », JCPA 2012, p. 892.
- « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », JCP A 2006, n° 22, act. 452.
- « Propriété commerciale des occupants du domaine public : crever l'abcès », JCP A 2012, p. 2209.

ZAVOLI PH.,

- « Délégation de service public et exigence de sincérité », AJDA 2006, p. 1150.
- « Les contrats passés entre personnes publiques peuvent-ils fausser les règles de concurrence », Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, décembre 2000.

ZIANI S., « Travaux portuaires : candidature d'une personne publique à un marché public », RLC 2014, n° 39.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS, ARRÊTS, JUGEMENTS ET AVIS CITÉS

I. Juridictions de l'Union européenne

A. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES)

CJCE, 13 juillet 1962, aff. C-19/69, *Mannesman* : Rec. I-705.

CJCE, 21 mars 1972, aff. C-82/71, *SAIL* : Rec. I-119.

CJCE, 11 décembre 1973, aff. C-120/73, *Lorentz* : Rec. I-1471.

CJCE, 30 avril 1974, aff. C-155/73, *Sacchi* : Rec. I-409.

CJCE, 3 février 1976, aff. C-59/75, *Manghera* : Rec. I-91.

CJCE, 14 février 1978, aff. C-27/76, *United Brands Company* : Rec. I-207.

CJCE, 6 juillet 1982, aff. jointes C-188/80 à C-190/80, *France, Italie et Royaume-Uni c. Commission*.

CJCE, 9 novembre 1983, aff. C-322/81, *Michelin c. Commission* : Rec. I-3461.

CJCE, 12 juillet 1984, aff. C-170/83, *Hydroterm* : Rec. I-2999.

CJCE, 14 novembre 1984, aff. C-323/82, *Intermills c. Commission* : Rec. I-3809.

CJCE, 10 juillet 1986, aff. C-234/84, *Belgique c. Commission* : Rec I-2263.

CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c. République italienne* : Rec. I-2599.

CJCE, 13 juillet 1988, aff. C-102/87, *France c. Commission* : Rec. I-406.

CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, *France c. Commission* : Rec. I-00307.

CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Belgique c. Commission* : Rec. I-959.

CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, *République Française c. Commission* : Rec. I-1223.

CJCE, 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie c. Commission* : Rec. I-1433.

CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macroton GmbH* : Rec. I-1979.

CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT* : Rec. I-2925.

CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo c. Commission* : Rec. I-3359.

CJCE, 3 octobre 1991, aff. C-261/89, *Italie c. Commission* : Rec. I-4437.

CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova* : Rec. I-5889.

CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *RTT c. GB Inno* : Rec. I-5973.

CJCE, 17 février 1993, aff. C-159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre* : Rec. I-637.

CJCE, 17 mars 1993, aff. jointes C-72/91 et C-73/91, *Sloman Neptun* : Rec. I-887.

CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau* : Rec. I-2533.

CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster* : Rec. I-5335.

CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol* : Rec. I-43.

CJCE, 15 mars 1994, aff. C-387/92, *Banco Exterior de España* : Rec. I-877.

CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo* : Rec. I-483.

CJCE, 9 août 1994, aff. C-44/93, *Namur-Les Assurances du Crédit* : Rec. I-3829.

CJCE, 14 septembre 1994, aff. C-278/92 et C-280/92, *Espagne c. Commission* : Rec. I-4103.

CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-323/93, *Centre d'insémination* : Rec. I-5077.

CJCE, 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Centro servizi spediporto*: Rec. I-2883.

CJCE, 17 octobre 1995, aff. jointes C-140/94, C-141/94 et C-142/94, *DIP e.a* : Rec. I-3257.

CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* : Rec. I-4013.

CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *La Poste, Syndicat français de l'Express International (SFEI) et autre* : Rec. I-3547.

CJCE, 14 novembre 1996, aff. C-333/94 P, *Tetra Pak c. Commission* : Rec. I-05951.

CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-302/94, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry* : Rec. I-06417.

CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen* : Rec. I-1259.

CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95, *Ypourgos Ergasia* : Rec. I-3091.

CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-249/95, *GT-Link A/S* : Rec. I-4475.

CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission des Communautés européennes c. République Française* : Rec. I-05815.

CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-Bas* : Rec. C-157/94.

CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Job Centre* : Rec. I-07119.

CJCE, 12 février 1998, aff. C-163/96, *Silvano Raso* : Rec. I-00533.

CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *BFI Holding* : Rec. I-06821.

CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, *Bronner* : Rec. 7791.

CJUE, 1er décembre 1998, aff. C-200/97, *Ecotrade* : Rec. I-7907.

CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle* : Rec. I-3099.

CJCE, 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Belgique c. Commission* : Rec. I-3671.

CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany* : Rec. I-05751.

CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : Rec. I-08121.

CJCE, 7 janvier 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress* : Rec. I-10745.

CJCE, 16 mars 2000, aff. Jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports c. Commission* : Rec. I.1365.

CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c. Commission*: Rec. I-6857.

CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE* : Rec. I-11037.

CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*: Rec. I-10745.

CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra*: Rec. I-2099.

CJCE, 10 mai 2001, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, *Agora SRL*: Rec. I-3605.

CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco SpA c. Poste Italiane SpA et autres* : Rec. I-04109.

CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring SA et Acoff* : Rec. I-9067.

CJCE, 27 novembre 2001, aff. jointes C-285/99 et C-286/99, *Impresa Lombardini* : Rec. I-09233.

CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-146/00, *Commission c. France* : Rec. I-09767.

CJUE, 16 mai 2002, aff. C-482/99, *France c. Commission* : Rec. I-04397.

CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c. Belgique* : Rec. I. 4809.

CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c. France* : Rec. I. 4781.

CJCE, 15 mai 2003, aff. C-214/00, *Commission c. Espagne* : Rec. I-04667.

CJCE, 22 mai 2003, aff. C-18/01, *Riitta Korkhonen Oy* : Rec. I-05321.

CJCE, 3 juillet 2003, aff. jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P., *Chronopost e.a. c. UFEX e.a.* : Rec. I-06993.

CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*: Rec. I-7747.

CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau* : Rec. I-00001.

CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*: Rec. I-07287.

CJUE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : Rec. I-08585.

CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c. Autriche* : Rec. I-09705.

CJCE, 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* : Rec. I-2941.

CJCE, 6 avril 2006, aff. C-410/04, *ANAV* : Rec. I-3303.

CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei* : Rec. CJCE I- 4137.

CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne* : Rec. I-00385.

CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* : Rec. I-02999.

CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-357/06, *Frigerio Luigi & co.* : Rec. I-12311.

CJCE, 12 février 2008, aff. C-199/06, *Centre d'exportation du livre français* : Rec. I-00469.

CJCE, 15 mai 2008, aff. jointes. C-147/06 et C-148/06, *SECAP et Santorso* : Rec. I-03565.

CJCE, 1er juillet 2008, aff. jointes C-341/06 P et C-342/06, *Chronopost et La Poste c. UFEX e. a.* : Rec. I-04777.

CJCE, 16 septembre 2008, aff. C-288/07, *Isle of Wight Council* : Rec. I-07203.

CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale* : Rec. I-08457.

CJUE, 2 avril 2009, aff. C-202/07, *France Télécom SA c. Commission* : Rec. I-02369.

CJCE, 30 avril 2009, aff. C-494/06 P, *Commission c. Italie et Wam* : Rec. I-3639.

CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* : Rec. I-04747.

CJCE, 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns* : Rec. I-04779.

CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea*: Rec. I-08127.

CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset* : Rec. I-09913.

CJCE, 23 décembre 2009, aff. C-305/08, *CoNISMa* : Rec. I-12129.

CJUE, 1er juillet 2010, aff C-407/08 P, *Knauf Gips PG* : Rec. I-06375.

CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c. République Portugaise* : Rec. I-06817.

CJUE, 14 octobre 2010, aff. C-280/08 P, *Deutsche Telekom* : Rec. I-09555.

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-338/09, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb* : Rec. I-13927.

CJUE, 17 février 2011, aff. C-52/09, *TeliaSonera Sverige* : Rec. I-527.

CJUE, 24 mars 2011, aff. C-400/08, *Commission c. Espagne* : Rec. I-01915.

CJUE, 9 juin 2011, aff. C-71/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e.a. c. Commission* : Rec. I-4727.

CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas* : Rec. I-7671.

CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-78/08 et C-80/08, *Paint graphos et autres* : Rec. I-07611.

CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-124/10 P, *Commission européenne c. Électricité de France (EDF) e. a.* : Rec. C:2012:318.

CJUE, 8 décembre 2011, aff. C-81/10, *France Télécom c. Commission* : Rec. I-12899.

CJUE, 8 décembre 2011, aff. C-275/10, *Residex Capital IV* : Rec. I-13043.

CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark* : Rec. C:2012:172.

CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10 P, *Commission c. EDF* : Rec. C:2012:318.

CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SPA* : Rec. C:2012:758.

CJUE, 19 mars 2013, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission européenne et Commission européenne c. France* : Rec. C:2013:175.

CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11 P, *Commission c. Stichting Administratiekantoor Portielje* : Rec. C:2013:514.

CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-6/12 P, *Oy* : Rec. C:2013:525.

CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* : Rec. C:2014:217.

CJUE, 4 septembre 2014, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, *SNCF et France c. Corsica Ferries France* : Rec. C:2014:2142.

CJCE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Data Medical Service SR* : C:2014:2466.

**B. TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE (TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES)**

TPICE, 1^{er} avril 1993, aff. T-65/89, *British Gypsum c. Commission* : Rec. II.389.

TPICE, 6 octobre 1994, aff. T-83/91, *Tetra Pak c. Commission* : Rec. II.755.

TPICE, 8 octobre 1996, aff. jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, *Compagnie maritime belge transports c. Commission* : Rec. II.1201.

TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-358/94, *Air France c. Commission* : Rec. II-02109.

TPICE, 14 mai 1998, aff. T-354/94, *Stora Koppabergs Bergslags* : Rec. II-72.

TPICE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, *Irish Sugar c. Commission* : Rec. II-2969.

TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, *Aéroport de Paris* : Rec. II-03929.

TPICE, 14 décembre 2000, aff. T-613/97, *UFEX c. Commission* : Rec. II-01531.

TPICE, 30 septembre 2003, aff. T-203/01, *Michelin c. Commission* : Rec. II-4071.

TPICE, 16 mars 2004, aff. T-157/01, *Danske Busvognmænd* : Rec. II-00917.

TPICE, 7 juin 2006, aff. T-613/97, *Ufex e.a. c. Commission* : Rec. II-1531.

TPICE, 12 décembre 2006, aff. T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati* : Rec. II-04797.

TPICE, 30 janvier 2007, aff. T-340/03, *France télécom c. Commission* : Rec. II-00107.

TPICE, 10 avril 2008, aff. T-271/03, *Deutsche Telekom AG* : Rec. II-477.

TPICE, 17 décembre 2008, aff. T-196/04, *Ryanair c. Commission* : Rec. II-03643.

TPICE, 15 décembre 2009, aff. T-156/04, *EDF c. Commission* : Rec. II-04503.

TPIUE, 21 mai 2010, aff. jointes. T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *France c. Commission* : Rec. II-04503.

TPIUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10, *République française c. Commission européenne* :
Rec. T:2012:452

II. Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 19 mars 1997, aff. 18357/91, *Hornsby c. Grèce*.

CEDH, 7 mai 2002, aff. 59498/00, *Bourdov c. Russie*.

CEDH, 6 décembre 2006, aff. 57516/00, *Société de gestion du port de Campoloro et Société
fermière de Campoloro c. France*.

III. Juridictions et autorités nationales

A. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979.

Cons. const., déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979.

Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

Cons. const., déc. n° 82-139 DC du 11 février 1982.

Cons. const., déc. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982.

Cons. const., déc. n° 82-144 DC du 22 octobre 1982.

Cons. const., déc. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985.

Cons. const., déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986.

Cons. const., déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

Cons. const., déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.

Cons. const., déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994.

Cons. const., déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996.

Cons. const., déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002.

Cons. const., déc. n° 2002- 461 DC du 29 août 2002.

Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

Cons. const., déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004.

Cons. const., déc. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005.

Cons. const., déc. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005.

Cons. const., déc. n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008.

Cons. const., déc. n° 2010-601 DC du 4 février 2010.

Cons. const., déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010.

Cons. const., QPC n° 2010-102 du 11 février 2011.

Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

Cons. const., déc. n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014

Cons. const., déc. n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015.

B. TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* : Rec. 731.

TC, 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just* : Rec. 713.

TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain* : Rec. 91.

TC, 8 avril 1935, *Action française* : Rec. 1226.

TC, 1er février 1951, *Consorts Bonduel* : Rec. 627.

TC, 19 mai 1958, n° 1.645, *Société Myrtoon Steamship* : Rec.793.

TC, 17 octobre 1966, *Dame veuve Canasse* : Rec. 384.

TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. époux Barbier* : Rec. 789.

TC, 17 janvier 1972, *SNCF c. Entreprise Solon et Barrault* : Rec. 944.

TC, 7 juillet 1975, *Commune d'Agde* : Rec. 798.

TC, 17 novembre 1975, *Gamba* : Rec. 801.

TC, 13 décembre 1976, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille* : Rec. 705.

TC, 13 décembre 1976, *Époux Zaoui* : Rec. 706.

TC, 8 novembre 1982, *Préfet de Paris* : Rec. 460.

TC, 13 février 1984, *Pomarédès* : Rec. 523.

TC, 2 juillet 1984, n° 2351, *Préfet-commissaire de la République d'Indre-et-Loire c. TGI d'Orléans*, Rec : 449.

TC, 12 novembre 1984, n° 02356, *Société Interfrost c. FIOM* : Rec. 450.

TC, 23 janvier 1989, n° 2561, *Préfet de la Loire c. Tribunal de commerce de Saint-Etienne*.

TC, 20 juin 1994, n° 02862, *Barlaud* : Rec. 854.

TC, 19 février 1996, *Mme Pirrolu*, Rec. 956.

TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c. Conseil de prud'hommes de Lyon* (dite jurisprudence Berkani) : Rec. 535.

TC, 3 juin 1996, n° 96-02.968, *M. Raux c. Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Malo*.

TC, 24 juin 1996, n° 03031, *Préfet du Lot-et-Garonne*.

TC, 9 décembre 1996, n° 03042, *Mme Hamon c. Greta Sud Haute-Marne*.

TC, 10 mars 1997, n° 03065, *Préfet de la région Alsace*.

TC, 7 décembre 1998, n° 03126, *Jauzy*.

TC, 15 novembre 1999, n° 03144, *Commune de Bourisp*.

TC, 14 février 2000, n° 3170, *Groupement d'intérêt public "Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris" c. Mme Verdier* : Rec. 748.

TC, 29 décembre 2004, n° C3416, *Epoux Blanckeman c. Voies navigables de France* : Rec. 526.

TC, 16 octobre 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance (CCR) c. Mutuelle des architectes français* : Rec. 640.

TC, 20 novembre 2006, n° 3570, *André*.

TC, 19 mars 2007, n° C3497, *Préfet de la Haute-Vienne*.

TC, 15 décembre 2008, n° C3662, *Voisin c. RATP ; Kim c. Établissement français du sang* : Rec. 563.

TC, 6 avril 2009, n° 3684, *Ferry* : Rec. 670.

TC, 12 avril 2010, n° 3718, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel*.

TC, 17 mai 2010, n° C3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale* : Rec. 502.

TC, 28 mars 2011, n° 3787, *Groupement forestier de Beaume-Haie c. Office national des forêts*.

TC, 7 avril 2014, n° 3949, *Société « Services d'édition et de ventes publicitaires » (SEVP) c. Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic*.

TC, 13 octobre 2014, n° 3963, *Société Axa France IARD*.

TC, 9 mars 2015, n° 3984, *Risपाल c. Société Autoroutes du Sud de la France*.

C. JURIDICTIONS ET AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

1. CONSEIL D'ÉTAT

CE, 29 mars 1901, *Casanova* : Rec. 333.

CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* : Rec. 5.

CE, 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann* : S. 1905, 3, 17.

CE, 2 février 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris* : Rec. 91.

CE, 31 mai 1907, *Deplanque* : Rec. 514.

CE, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Renne* : Rec. 941.

CE, 4 mars 1910, *Thérond* : Rec. 193.

CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways* : Rec. 216.

CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* : Rec. 909.

CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure* : Rec. 583.

CE, 26 janvier 1923, *Robert de Lafrégeyre* : Rec. 67.

CE, 23 janvier 1925, *Anduran* : Rec. 82.

CE, 30 novembre 1928, *Penicaud* : Rec. 1227.

CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : Rec. 583.

CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois* : Rec. 117.

CE, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier* : Rec. 467.

CE, 19 mai 1933, *Blanc* : Rec. 540.

CE, 23 juin 1933, *Planche* : Rec. 682.

CE, Ass., 23 juin 1933, *Lavabre* : Rec. 677.

CE, 4 janvier 1935, *De Lara* : Rec.14.

CE, 12 avril 1935, *Société Anonyme des Glacières Toulousaines* : Rec. p. 511.

CE, 22 novembre 1935, *Chouard* : Rec. 1020.

CE, 19 février 1943, *Ricordel* : Rec. 43.

CE, 21 avril 1943, *Société des ateliers de construction du Nord de la France* : Rec. 107.

CE, 21 janvier 1944, *Léoni* : Rec. 26.

CE, Sect., 5 mai 1944, n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* : Rec. 129.

CE, 29 mars 1946, n° 41916, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle* : Rec. 100.

CE, Ass., 22 novembre 1946, *Mathian* : Rec. 278.

CE, 28 avril 1948, *OPHLM de Seine-et-Oise* : Rec. 180.

CE, 2 février 1949, *Demoiselles Bresnard* : Rec. 45.

CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* : Rec. 426.

CE, 30 janvier 1951, *Société Brossette et fils* : Rec. 123.

CE, Sect., 19 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire* : Rec. 151.

CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac* : Rec. 362.

CE, Sect., 29 juillet 1953, *Société générale des travaux cinématographiques* : Rec. 430.

CE, 24 février 1954, *Secrétaire d'État à la production industrielle c. Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* : Rec. 125.

CE, Sect., 2 avril 1954, *Pétronelli* : Rec. 208.

CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard* : Rec. 168.

CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin* : Rec. 167.

CE, 13 juillet 1956, *Office public d'HLM du département de la Seine* : Rec. 338.

CE, 19 oct. 1956, *Société « Le Béton »* : Rec. 375.

CE, Sect., 2 novembre 1956, *Biberon* : Rec. 403.

CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* : Rec. 434.

CE, Ass., 21 novembre 1956, n° 11326, *Société Desaveines* : Rec. 440.

CE, Ass., 4 janvier 1957, n° 95921, *Lamborot* : Rec. 12.

CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* : Rec. 158.

CE, 17 mai 1957, *Artaud* : Rec. 351.

CE, 8 novembre 1957, *Société algérienne des automobiles Renault* : Rec. 597.

CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus* : Rec. 677.

CE, Sect., 3 janvier 1958, n° 37593, *Ministre de l'agriculture c. Ghaisne de Bourmont* : Rec. 7.

CE, 25 avril 1958, *Dame Barbaza* : Rec. 228.

CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. 246.

CE, Ass., 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* : Rec. 578.

CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie, boulangerie-pâtisserie et fabrications annexes* : Rec. 23.

CE, Sect., 12 janvier 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie* : Rec. 363.

CE, 8 juillet 1959, *Houseaux* : Rec. 438.

CE, Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme* : Rec. 692.

CE, 26 février 1960, *Ville de Rouen* : Rec. 54.

CE, Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye* : Rec. 570.

CE, 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin* : Rec. 38.

CE, Sect., 8 mars 1961, n° 46215, *Société Air c. Couzinet-Transocéanique* : Rec. 162.

CE, 21 avril 1961, *Dame Veuve Agnesi* : Rec. 253.

CE, 8 novembre 1961, *Sieur Coutarel* : Rec. 632.

CE, 10 novembre 1961, *Missa* : Rec. 636.

CE, Ass., 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe* : Rec. 386.

CE, Sect., 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville* : Rec. 251.

CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots* : Rec. 484.

CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre* : Rec. 563.

CE, Ass., 29 janvier 1965, *L'Herbier* : Rec. 60.

CE, 28 avril 1965, n° 53714 et n° 5375, *Association T.*

CE, 23 juin 1965, *Société aérienne de recherches minières* : Rec.380.

CE, 15 octobre 1965, *Préfet de police c. Alcaraz* : Rec. 516.

CE, 20 octobre 1965, *Grimes et Syndicat des médecins libres et patentés de Madagascar* : Rec. 531.

CE, 7 janvier 1966, n° 61122, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec. 19.

CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques* : Rec. 80.

CE, Sect., 20 mai 1966, *Meunier* : Rec. 343.

CE, Sect., 15 février 1967, *Level* : Rec. 101.

CE, 15 décembre 1967, *Level* : Rec. 501

CE, Sect., 5 janvier 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur* : Rec. 14.

CE, Sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce et d'industrie de Nice et Alpes- Maritimes* : Rec. 174.

CE, 13 novembre 1968, *Mme Veuve Lévy- Abegnoli et autres* : Rec. 574.

CE, 2 mai 1969, *Société affichage Giraudy* : Rec. 238.

CE, 29 avril 1970, *Société Unipain* : Rec. 280.

CE, Sect., 25 septembre 1970, n° 73707 et 73727, *Commune de Batz-sur-mer et Dame veuve Tesson* : Rec. 540.

CE, Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny* : Rec. 788.

CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui* : Rec. 235.

CE, Sect., 14 mai 1971, *Fasquelle et autres* : Rec. 185.

CE, Ass., 28 mai 1971, *Département du Var c. Entreprise Bec frères* : Rec. 419.

CE, Sect., 2 juin 1972, n° 78410, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes* : Rec. 407.

CE, Sect., 23 juin 1972, *Société La Plage de la Forêt* : Rec. 477.

CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* : Rec.48.

CE, 13 mars 1974, n° 80129 et 89819, *Commune de Nice* : Rec. 175.

CE, 3 mai 1974, *Société concessionnaire du garage parking Saint Honoré c. Ville de Paris* : Rec. 262.

CE, Sect., 10 mai 1974, n° 88032, *Denoyez et Chorques* : Rec. 274.

CE, 24 février 1975, n° 87341, *Epoux Lineau*.

CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région Montpelliéraine* : Rec 326.

CE, 19 octobre 1975, n° 94791, *Commune de Thaon-les-Vosges* : Rec. 577.

CE, 12 janvier 1977, n° 99493, *Commune de Langeais* : Rec. 13.

CE, Sect., 21 janvier 1977, *Moisand* : Rec. 34.

CE, 11 mai 1977, *Ville de Lyon* : Rec. 211.

CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle autoroutes* : Rec. 219.

CE, 7 avril 1978, n° 5559, *Blum et Société Procédés Jacques Michel*.

CE, Sect., 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo* : Rec. 401.

CE, 17 novembre 1978, n° 00262, *Société Établissements Geismann frères* : Rec. 447.

CE, Ass., 24 novembre 1978, n° 04546 et 04565, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique et Schwartz* : Rec. 465 et 467.

CE, Ass., 24 novembre 1978, n° 02020, 02150, 02853 et 02882, *Syndicat national du personnel de l'Énergie atomique*.

CE, 30 janvier 1980, *Boniface* : Rec. 633.

CE, 13 juin 1980, n° 19377, *Commune d'Entrange*.

CE, 5 novembre 1980, n° 17660, *Ville de Paris*.

CE, 5 décembre 1980, n° 16344, *Lacoste* : Rec. 919.

CE, 6 février 1981, *Epp* : Rec. 745.

CE, 29 avril 1981, n° 13209,13210 et 13211, *Entreprises Fine Frères* : Rec. 201.

CE, 20 mai 1981, n° 18387, *Ville du Bourget* : Rec. 954.

CE, Sect., 9 oct. 1981, n° 11151, *CCI de Toulon et du Var* : Rec. 366.

CE, 22 janvier 1982, n° 14586, *Association « Foyer de ski de fond Crévoux »* : Rec. 30.

CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo* : Rec. 257.

CE, 4 août 1982, n° 22753, 22754 et 22772, *Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Ile de France et Union des syndicats français d'architectes* : Rec. 317.

CE, Sect., 10 novembre 1982, *Société Propétrol* : Rec. 381.

CE, Ass., 22 décembre 1982, n° 34252 et 34798, *SFENA*.

CE, 25 février 1983, n°24362, *Mme de Stéphano*.

CE, 19 mai 1983, *Ville d'Aix-les-Bains* : Rec. 442.

CE, 21 octobre 1983, n° 38847, *Cavalier* : Rec. 898.

CE, 21 mars 1984, *Mansuy* : Rec. 606.

CE, 4 mai 1984, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c. Commune des Aubiers* : Rec. 527.

CE, 11 juin 1984, n° 40259, *Ville de Saint Tropez*.

CE, 4 juillet 1984, n° 20046, *Département de la Meuse*.

CE, 24 octobre 1984, n° 24815, *Diabate*.

CE, 6 mai 1985, n° 41.589 et 41.699, *Association Eurolat Crédit Foncier de France* : Rec. 141.

CE, 23 octobre 1985, n° 46612, *Commune de Blaye-les-Mines* : Rec. 297.

CE, 8 novembre 1985, n° 55594, *Rudent* : Rec. 316.

CE, 6 décembre 1985, n° 447166, *Mlle Boin-Favre* : Rec. 353.

CE, 26 juin 1986, *Thomas* : Rec. 167.

CE, 25 juillet 1986, n° 56334, *Commune de Mercœur*.

CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor* : Rec. 260.

CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6* : Rec. 29.

CE, 2 novembre 1987, n° 57051, *Mansier* : Rec. 341.

CE, 20 janvier 1988, *SCI La Colline* : Rec. 21.

CE, Sect., 29 janvier 1988, n° 41928, *Cregut*.

CE, Sect., 10 février 1988, *Mézy* : Rec. 53.

CE, 18 mars 1988, n° 57893, *Loupias* : Rec. 668.

CE, 22 avril 1988, n° 86241, 86242 et 88553, *Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq* : Rec. 157.

CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Centre hospitalier de Lannion* : Rec. 179.

CE, Ass., 21 octobre 1988, n° 78462, *Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public*.

CE, 9 novembre 1988, *Territoire de la Polynésie française* : Rec. 406.

CE, Ass., 16 décembre 1988, *Associations des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes* : Rec. 448.

CE, 23 décembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c. Ville de Moumans-sur-Isère* : Rec. 471.

CE, 20 janvier 1989, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de l'agglomération rouennaise* : Rec. 28.

CE, 27 janvier 1989, n° 59714, *Goumot* : Rec. 38.

CE, 8 février 1989, n° 85477, *OPAC de Meurthe-et-Moselle c. SA France Lanord et Bichaton*.

CE, Sect., 3 mars 1989, *Sté AREA* : Rec. 69.

CE, 10 mai 1989, *District de Reims c. Commune de Cormontreuil* : Rec. 121.

CE, 26 juin 1989, *Association « Etudes et consommation CFDT »* : Rec. 544.

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* : Rec. 190.

CE, 13 juin 1990, n° 91257, *SARL Chez Tantine*.

CE, 25 janvier 1991, n° 80969, *Brasseur*.

CE, Sect., 29 novembre 1991, *Crépin* : Rec. 411.

CE, 20 novembre 1992, n° 84223, *Commune de Saint-Victoret*.

CE, 3 mars 1993, n°105461, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*.

CE, 24 mai 1993, n° 118414, *Commune du Vésinet* : Rec.163.

CE, Ass., 4 juin 1993, *Union des groupements d'achats publics* : Rec. 166.

CE, 7 janvier 1994, n° 133837, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*.

CE, 17 janvier 1994, n° 133837 et n° 133905, *Commune d'Allos*.

CE, 9 février 1994, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône* : Rec. 63.

CE, 25 mai 1994, n° 106876, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne*.

CE, 10 octobre 1994, n° 141877 et 146693, *Préfet de la région Lorraine et Préfet de la Moselle*.

CE, 21 décembre 1994, n° 119135, *Commune de Théoule-sur-Mer* : Rec. 825.

CE, 23 décembre 1994, n° 97449, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron* : Rec. 582.

CE, 13 janvier 1995, *CCI Vienne* : Rec. 26.

CE, 16 janvier 1995, n° 141148, *Ville de Saint-Denis* : Rec. 34.

CE, 28 juillet 1995, n° 129838, *Commune de Villeneuve-d'Ascq* : Rec. 324.

CE, 6 novembre 1995, n° 145955, *Commune de Villenave d'Ornon*.

CE, 19 février 1996, *Syndicat des fabricants de mobiliers de bureaux et d'ateliers, sièges et systèmes d'organisation* : Rec. 677.

CE, 28 février 1996, n° 150520, *Association FO consommateurs*.

CE, 28 février 1996, n° 163528, *Établissement public du musée du Louvre* : Rec. 695.

CE, 15 avril 1996, n° 133171, *Commune de Poindimie*.

CE, 26 juin 1996, n° 135453, *Commune de Cereste*.

CE, 10 juillet 1996, n° 140606, *Coisne*.

CE, Ass., 10 juillet 1996, n° 168702, *Direct Mail Promotion et autres*.

CE, 10 juillet 1996, n° 143487, *Meunier* : Rec. 289.

CE, 31 juillet 1996, n° 163790, *Société France affichage Vaucluse*.

CE, 30 septembre 1996, *Ville de Saint-Etienne* : Rec. 335.

CE, 30 octobre 1996, n° 136071, *Mme Wajs et Monnier* : Rec. 387.

CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance* : Rec. 441.

CE, Ass., 6 décembre 1996, *Sté Lambda* : Rec. 466.

CE, 30 décembre 1996, n° 156176, *Société Stéphanoise des eaux* : Rec. 335.

CE, 5 mars 1997, n° 169753, *Ville de Nice*.

CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération national des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière* : Rec. 90.

CE, 28 mars 1997, n° 03810, *Ville de Strasbourg* : Rec. 652.

CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Millions et Marais* : Rec. 406.

CE, Sect., 29 décembre 1997, n° 157425, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre* : Rec. 499.

CE, 14 janvier 1998, *Commune de Toulon* : Rec. 8.

CE, 14 janvier 1998, n° 189350, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales*.

CE, 22 janvier 1998, n° 173025, *Préfet du Puy-de-Dôme*.

CE, Ass., 23 octobre 1998, *EDF* : Rec. 364.

CE, 6 novembre 1998, *Comité interprofessionnel de l'horticulture florale* : Rec. 187.

CE, Ass., 18 décembre 1998, n° 197175, *Société générale* : Rec 500.

CE, Ass., 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale* : Rec. 42.

CE, Sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA et Société Hertz* : Rec. 96.

CE, 2 juillet 1999, n° 206749, *SA Bouygues et autres* : Rec. 265.

CE, 13 octobre 1999, n° 193195, *Compagnie Air France* : Rec. 303.

CE, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro* : Rec. 3409.

CE, 21 juin 2000, *Chiarasoli* : Rec. 876 et 1027

CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint Florent* : Rec. 395.

CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : Rec. 422.

CE, avis cont., 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : Rec. 492.

CE, Sect., avis cont., 22 novembre 2000, *Société L. et P. Publicité* : Rec. 526.

CE, 14 mars 2001, n° 196199, *Société Rouge Pétrus le Média taxi*.

CE, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats généraux d'agents d'assurance* : Rec. 160.

CE, 15 juin 2001, n° 223482, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré*.

CE, 27 juillet 2001, n° 218067, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France* : Rec. 402.

CE, 27 juillet 2001, n° 218067, *CAMIF*.

CE, 5 septembre 2001, n° 225473, *Guiavarc'h*.

CE, 12 février 2002, n° 224693, *Société Créative*.

CE, 10 avril 2002, n° 223100, *SARL Somatour* : Rec. 918.

CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *Société Cegedim* : Rec. 280.

CE, Sect., avis cont., 29 juillet 2002, n° 246921, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin* : Rec. 297.

CE, 30 décembre 2002, n° 218110, *Département des Côtes d'Armor*.

CE, 14 mars 2003, n° 251610, *Société Air Lib*.

CE, 21 mars 2003, n° 189191, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*.

CE, 2 avril 2003, n° 247769, *Société Cegedim*.

CE, 23 avril 2003, n° 2330063, *France Télécom* : Rec. 175.

CE, 28 avril 2003, n° 233360, *Fédération nationale des géomètres experts et autres*.

CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* : Rec. 189.

CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys* : Rec. 234.

CE, 3 décembre 2003, n° 233612, *Houté*.

CE, 7 avril 2004, n° 255331, *Département de la Gironde*.

CE, 16 juin 2004, n° 235176, *Mutuelle générale des services publics*.

CE, 23 juin 2004, *Commune de Proville* : Rec. 259.

CE, 30 juin 2004, n° 250124, *Département de la Vendée c. Société vedettes inter-îles vendéennes* : Rec. 277.

CE, 7 juillet 2004, *Commune de Celoux* : Rec. 319.

CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c. Bankerrou* : Rec. 298.

CE, 23 février 2005, n° 264712, 265248, 265281 et 265343, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et a.*

CE, 18 mars 2005, n° 265143, *M. Gombert*.

CE, 1er avril 2005, *Syndicat national des affaires culturelles* : Rec. 799.

CE, ord., 8 juin 2005, n° 281084, *Commune de Houilles*.

CE, Sect., 18 novembre 2005, n° 271898, *Société fermière de Campoloro c. Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire* : Rec. 515.

CE, 18 janvier 2006, n° 269406, *Société des ciments antillais*.

CE, Sect., 10 mars 2006, n° 264098, 264123 et 268524, *Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate*.

CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. 272.

CE, 14 juin 2006, *Associaton syndicale canal Gervonde* : Rec. 891.

CE, 9 août 2006, n° 286107, *Compagnie générale des eaux*.

CE, 20 décembre 2006, n° 273814, *Société Perpignan Echafaudage*.

CE, 22 janv. 2007, n° 269360, *Association Les Amis des Tuileries* : Rec. 15.

CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique* : Rec. 20.

CE, Sect., 22 février 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*.

CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* : Rec. 130.

CE, Sect., 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence* : Rec. 155.

CE, 16 mai 2007, n° 272727, *Communauté de communes du pays de Landerneau*.

CE, 5 juin 2007, n° 305280, *Société Corsica Ferries*.

CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 293229 et 293254, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique* : Rec. 349.

CE, 5 octobre 2007, n°298773, *Société UGC-Ciné-Cité*.

CE, 10 octobre 2007, n° 255213, *Société SPS Tarbes*.

CE, 17 octobre 2008, n° 293220, *Société OGF*.

CE, 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée* : Rec. 805.

CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Syndicat National des industries d'information de santé*.

CE, 15 mai 2009, *Société Compagnie des Bateaux Mouches* : Rec. 201.

CE, 29 mai 2009, n° 318071, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique et autre et syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine* : Rec. 737.

CE, 10 juillet 2009, n° 324156, *Département de l'Aisne et Ministre de la santé et des sports* : Rec. 841.

CE, 31 juillet 2009, n° 316534, *Société Jonathan loisirs* : Rec. 739.

CE, 31 juillet 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société gaz électricité de Grenoble*.

CE, 7 octobre 2009, n° 309499, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*.

CE, 23 décembre 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : Rec. 502.

CE, 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze* : Rec. 652.

CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, n° 323179, *M. et Mme Béliгаud*.

CE, 24 juillet 2010, n° 329418, *Dumont* : Rec. 891.

CE, 5 juillet 2010, n° 308564, *Syndicat national des agences de voyage* : Rec. 240.

CE, 10 novembre 2010, n° 313590, *Communauté de communes du Nord du Bassin de Thau* : Rec. 653.

CE, 10 novembre 2010, n° 319239 et 319109, *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement* : Rec. 845.

CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement* : Rec. 845.

CE, 19 novembre 2010, n° 331837, *Office national des forêts c. Girard-Mille* : Rec. 448.

CE, Sect., 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville de Paris et Association Paris Jean-Bouin* : Rec. 472.

CE, 23 décembre 2010, n° 307856, *Commune de Saint-Jorioz*.

CE, 19 janvier 2011, n° 323924, *Commune de Limoges*.

CE, 24 février 2011, n° 337920, *Association 40 millions d'automobilistes*.

CE, 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*.

CE, 4 mai 2011, n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* : Rec. 205.

CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI de Nîmes*.

CE, 19 juillet 2011, n° 329330, *M. A.*

CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et. a.* : Rec. 506.

CE, 23 décembre 2011, n° 340834, *Société Groupe Partouche*.

CE, 1er mars 2012, n° 354159, *Département de la Corse du Sud*.

CE, 7 mars 2012, n°331970, *Commune de Saint-Cyprien*.

CE, 28 mars 2012, n° 330548, *Société Direct Énergie*.

CE, 24 avril 2012, n° 352242, *Société Poweo*.

CE, 23 mai 2012, n° 346352, *Société Spie SCGPM* : Rec. t. 854, 927, 928 et 930.

CE, 23 mai 2012, n° 348909, *Régie autonome des transports parisiens*.

CE, 20 juin 2012, n°341410, *Commune de la Ciotat et Marseille Provence Métropole Daoulas*.

CE, 4 juillet 2012, n° 356168, *Département de Saône-et-Loire*.

CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi* et n° 362347, n° 363703 et n° 363542, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion*.

CE, Ass., 12 avril 2013, n° 329570, 329683, 330539 et 330847, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*.

CE, 28 avril 2013, n°233360, *Fédération nationale des experts géomètres*.

CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'intérieur c. Société Atéis*.

CE, 24 juin 2013, n° 360949, *Société Colruyt France* : Rec. 180.

CE, 29 octobre 2013, n° 371233, *Département du Gard*.

CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune Marsannay-la-Côte*.

CE, 23 décembre 2013, n° 363702 et 363719, *Société Métropole Télévision (M6)* : Rec. 544.

CE, 30 juillet 2014, n° 363007, *Commune de Biarritz*.

CE, 24 novembre 2014, n° 35402, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint Gervais*.

CE, 30 décembre 2014, n° 355563, *Société Armor SNC*.

2. AVIS ET NOTE DES FORMATIONS ADMINISTRATIVES DU CONSEIL D'ÉTAT

CE, avis, 12 août 1807.

CE, avis, 26 mai 1813, n° 9256.

CE, avis, 30 octobre 1950

CE, avis, 6 février 1979 : EDCE 1979-1980, n° 31, p. 216.

CE, Sect., avis, 15 juillet 1992 : EDCE 1992-1993, p. 435.

CE, Sect. des travaux publics, avis, 7 juillet 1994, n° 356089.

CE, avis, 31 mars 2010, n° 333627.

CE, avis, 6 mars 1986, n° 33710, *Société Walt Disney Productions* : EDCE 1987, n° 38, p. 178.

CE, avis, 16 juin 1992 : Rec. 419.

3. COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA Lyon, 11 juillet 1994, n° 94LY00095, *SARL France Chauffage Service* : Rec. p. 660.

CAA Marseille, 4 février 1999, n° 97MA10240, *Commune de Rochefort du Gard*.

CAA Paris, 9 août 2000, n° 00PA00870, *EPAD*.

CAA Douai, 30 décembre 2003, n° 01DA00011, *Commune du Havre*.

CAA Nancy, 30 septembre 2004, n° 98NC01510, *M. X*.

CAA Versailles, 9 novembre 2004, n° 02VE00072, *Théâtre Paul X*.

CAA Paris, 23 novembre 2004, n° 00PA03920, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication*.

CAA Douai, 9 juin 2005, n° 03DA00269, *Société Compagnie générale des eaux*.

CAA Paris, 11 avril 2006, n° 02PA03952, *Commune de Papeete*.

CAA Marseille, 12 juin 2006, n° 03MA02319, *SARL Stand Azur*.

CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA00341, *Commune de Quiévrechain*.

CAA Lyon, 14 décembre 2006, n° 02LY00043, *SA SEMERAP*.

CAA Douai, 10 avril 2007, n° 05DA00188, *Société Saur France*.

CAA Nancy, 14 juin 2007, n° 06NC01474, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo*.

CAA Bordeaux, 27 novembre 2007, n° 06BX00462, *Carreras*.

CAA Nancy, 29 novembre 2007, n° 06NC01189, *Société ATAC*.

CAA Marseille, 13 décembre 2007, n° 04MA00975 et 04MA00976, *Compagnie générale des eaux*.

CAA Douai, 8 avril 2008, n° 05DA00188, *Société Saur France*.

CAA Lyon, 29 avril 2008, n° 07LY02216, *Société Boucheries André*.

CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, n° 07BX00373, *Société Merceron TP*.

CAA Marseille, 15 oct. 2009, n° 08MA02726, *M. Alain X*.

CAA Marseille, 11 janvier 2010, n° 07MA02180, *Agence Averous & Simay*.

CAA Bordeaux, 2 février 2010, n° 08BX02199, *Sté des Grands Travaux Antilles-Guyane*.

CAA Bordeaux, 13 octobre 2011, n° 10BX02465, *SARL Labhya*.

CAA Nantes, 4 novembre 2011, n° 10NT01095, *Société Armor SNC*.

CAA Bordeaux, 1er mars 2012, n° 10BX01569, *Centre Hospitalier de Bigorre, Hôpitaux de Lannemezan et Centre Hospitalier Lourdes*.

CAA Lyon, 22 mars 2012, n° 11LY01323, *Régie des transports de l'Ain*.

CAA Paris, 3 juillet 2012, n° 11PA02157, *Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles et Syndicat professionnel des centraux radio taxi de Paris et de la région parisienne*.

CAA Marseille, 25 mars 2013, n° 10MA00243, *Société de distributions d'eau intercommunales*.

CAA Paris, 11 avril 2013, n° 12PA01598, *Comité d'aménagement du 7e arrondissement*.

CAA Marseille, 6 mai 2013, n° 10MA04626, *Sté office funéraire et crématiste*.

CAA Bordeaux, 14 octobre 2013, n° 12BX02069, *M. Refalo*.

CAA Lyon, 12 juin 2014, n° 13LY01340, *Société Semerap*.

CAA Bordeaux, 13 octobre 2011, n° 10BX02465, *SARL Labhya*.

4. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Paris, 25 mai 1994, n° 9204850/3.

TA Nancy, 18 avril 1974, *Commune d'Aydoilles* : Rec. 695.

TA Montpellier, 7 décembre 1978, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de Maugio-Perols* : Rec. 631.

TA Clermont-Ferrand, n° 84-1035, 10 janv. 1985, *COREP Puy-de-Dôme c. SIVOM de Randan*.

TA Paris, 8 juillet 1997, *Groupement ASSEDIC de la région parisienne*.

TA Rouen, 23 juin 2000, n° 992309, *Société Jean Behotas SCP Dubos*.

TA Paris, sect. A, ch. A, 9 août 2000, n° 00PA00870, *EPAD*.

TA Toulouse, 8 novembre 2001, n° 98-1935, *Préfet du Tarn c. Commune d'Albi*.

TA Amiens, 21 novembre 2002, n° 98-465 et n° 98-479, *Compagnie générale des eaux c. Commune de Saint-Michel*.

TA Dijon, 20 février 2003, n° 99245, *Société Jean-Louis Bernard Consultants c. District de l'Agglomération Dijonnaise*.

TA Montpellier, ord., 3 juin 2005, *SAS Office funéraire crématiste* : BJCP 2006.66.

TA Bordeaux, ord, 26 septembre 2005, n° 0503373, *Société Agur*.

TA Dijon, 2 février 2006, n° 0402428.

TA Poitiers, 28 décembre 2006, n° 0501848, *SA Merceron c. Commune de Saint-Denis d'Oléron*.

TA Grenoble, 31 juillet 2007, ord., n° 703381 et 703382, *Société Cars Berhelet*.

TA Limoges, 17 octobre 2008, n° 0500896, *Fédération régionale travaux publics Limousin c. Commune Bussière Dunoise*.

TA Lyon, ord., 26 mars 2010, n° 1001296, *Société Chenil Service*.

TA Lyon, ord., 2 avril 2010, n° 1001591, *Société de distribution d'eau intercommunales*.

TA Rennes, ord., 19 octobre 2010, n° 1003858, *Société Nantaise des eaux services*.

TA Paris, ord., 16 décembre 2010, n° 1020416, *Cave Canem surveillance sécurité*.

TA Lille, ord., 25 janvier 2011, n° 0800408, *Société nouvelle SAEF*.

TA Paris, 21 octobre 2011, n° 1105713, *Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône et Société Eiffarie*.

TA Paris, 1er mars 2012, n° 110867, *Société ADA*.

TA Paris, 1er mars 2012, n° 1108678, *Union des Loueurs Professionnels*.

TA Toulouse, 8 avril 2014, n°1003612, n° 1003613 et n° 1004573.

5. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (CONSEIL DE LA CONCURRENCE)

a. Avis

Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994.

Cons. conc., avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995.

Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996.

Cons. conc., avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996.

Cons. conc., avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996.

Cons. conc., avis n° 97-A-10 du 25 février 1997.

Cons. conc., avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997.

Cons. conc., avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997.

Cons. conc., avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998.

Cons. conc., avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999.

Cons. conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999.

Cons. conc., avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000.

Cons. conc., avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001.

Cons. conc., avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002.

Cons. conc., avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003.

Cons. conc., avis n° 03-A-16 du 5 septembre 2003.

Cons. conc., avis n° 04-A-11 du 22 juin 2004.

Cons. conc., avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004.

Cons. conc., avis n° 04-A-21 du 28 octobre 2004.

Cons. conc., avis n° 05-A-06 du 31 mars 2005.

Cons. conc., avis n° 05-A-14 du 6 juillet 2005.

Cons. conc., avis n° 06-A-23 du 21 du décembre 2006.

Cons. conc., avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007.

Cons. conc., avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008.

Cons. conc., avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008.

Aut. conc., avis n°09-A-44 du 29 juillet 2009.

Aut. conc., avis n° 09-A-33 du 29 septembre 2009.

Aut. conc., avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009.

Aut. conc., avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011.

Aut. conc., avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011.

Aut. conc., avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013.

Aut. conc., avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014.

Aut. conc., avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014.

Aut. conc., avis n° 14-A-12 du 31 juillet 2014.

b. Décisions

Cons. conc., déc. n° 90-D-31 du 18 septembre 1990.

Cons. conc., déc. n° 90-MC-12, 12 décembre 1990.

Cons. conc., déc. n° 92-D-35 du 13 mai 1992.

Cons. conc., déc. n° 94-D-30 du 24 mai 1994.

Cons. conc., déc. n° 96-D-51 du 3 septembre 1996.

Cons. conc., déc. n° 97-PB-02 du 27 mai 1997.

Cons. conc., déc. n° 97-D-12 du 16 décembre 1997.

Cons. conc., déc. n° 00-D-70 du 31 janvier 2001.

Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001.

Cons. conc., déc. n° 02-D-34 du 11 juin 2002.

Cons. conc., déc. n° 02-D-34 du 11 juin 2002.

Cons. conc., déc. n° 03-D-18 du 10 avril 2003.

Cons. conc., déc. n° 03-D-44 du 17 septembre 2003.

Cons. conc., déc. n° 03-D-62 du 18 décembre 2003.

Cons. conc., déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003.

Cons. conc., déc. n° 04-D-02 du 10 février 2004.

Cons. conc., déc. n° 04-D-48 du 14 octobre 2004.

Cons. conc., déc. n° 04-D-52 du 9 novembre 2004.

Cons. conc., déc. n° 04-D-73 du 21 décembre 2004.

Cons. conc., déc. n° 05-D-29 du 16 juin 2005.

Cons. conc., déc. n° 06-MC-02 du 27 juin 2006.

Cons. conc., déc. n° 06-D-23 du 21 juillet 2006.

Cons. conc., déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007.

Cons. conc., déc. n° 07-D-44 du 11 décembre 2007.

Cons. conc., déc. n° 08-D-01 du 18 janvier 2008.

Cons. conc., déc. n° 08-D-24 du 22 octobre 2008.

Aut. conc., déc. n° 10-D-02 du 14 janvier 2010.

Aut. conc., déc. n° 10-D-14 du 16 avril 2010.

Aut. conc., déc. n° 12-D-04 du 23 janvier 2012.

Aut. conc., déc. n° 13-D-20 du 17 décembre 2013.

Aut. conc., déc. n° 04-D-10 du 1er avril 2014.

Aut. conc., déc. n° 14-D-06 du 8 juillet 2014.

D. JURIDICTIONS JUDICAIRES

I. COUR DE CASSATION

Tribunal de Cassation, 16 thermidor an X, Metz : S. 1791

Cass., 31 mars 1819, *Enregistrement c. Jouselin* : S. 1819-1821.51.

Civ., 5 mai 1885, *Caratier-Terrasson* : Bull.108.188.

Civ., 13 juin 1906 : D. 1909.1.63.

Cass. req., 15 février 1937 : S. 1937.1.169

Cass. req., 15 février 1938 : D. 1938.1.126.

Civ., 8 mars 1938 : DH 1938.225.

Civ., 9 juillet 1951, *SNEP* : S., 1952, I, p. 125.

Civ., 1ère, 5 janvier 1965 : Bull. Civ. I, n° 14.

Civ., 2ème, 16 décembre 1965, *Commune d'Azay-le-Rideau c. Lepert* : Bull. II.1038.73.

Civ., 1ère, 2 mai 1966, n° 61-12.255, *Galakis*.

Soc., 28 février 1974, n° 73-40.138.

Civ., 3ème, 18 mai 1978, n° 76-13943.

Civ., 1ère, 14 mars 1984, n° 82-12.462.

Civ., 1ère, 21 décembre 1987, n° 86-14167, *BRGM c. Société Lloyd Continental*.

Com., 25 juin 1991, n° 88-14323.

Com., 28 janvier 1992, n° 90-16.766.

Civ., 1^{ère}, 2 mars 1994, n° 87-16.932.

Civ., 2^{ème}, 15 novembre 1995, n° 93-13.262, *Cusset c. CRAVAM*.

Com., 6 mai 1996, n° 94-13347, *France Télécom c. Communication média Services*.

Civ., 1^{ère}, 9 mai 1996, n° 94-14.514, *M. Liance*.

Com., 26 octobre 1999, n° 97-14.432 : JCP E 2000, p. 34.

Com., 27 avril 1993, n° 91-10.819.

Com., 6 février 2001, n° 98-15.129.

Com., 4 décembre 2001, n° 99-16.6424.

Civ., 3^{ème}, 27 mars 2002, n° 00-20732.

Civ., 3^{ème}, 19 mars 2003, n° 01-17.679.

Civ., 1^{ère}, 8 juin 2004, n° 02-13.313, *Martin c. commune de Brageac*.

Civ., 3^{ème}, 19 janvier 2005, n° 03-15283.

Com., 12 juillet 2005, n° 04-12.388, *Société Nouvelles Messageries de la presse parisienne*.

Com., 6 décembre 2005, n° 05-10.929, *SA usine Merger, SA GIAT industries et A*.

Civ., 1^{ère}, 28 novembre 2006, n° 04-19134.

Civ., 3^{ème}, 9 juin 2010, n° 09-14503, *Epoux Lucot*.

Com., 13 juillet 2010, n° 09-67.439, D. 2010, p. 1933.

Com., 21 janv. 2014, n° 12-29.475, Département de Saône-et-Loire.

2. COURS D'APPEL

CA Lyon, 5 novembre 1930, *Compagnie des Omnibus et Tramways de Lyon c. Bon* : Gaz Pal. 1931.2.367

CA Aix en Provence, 30 novembre 1949 : JCP 1950.II.5245.

CA Paris, 17 mai 1967 : JCP 1967.II.15157.

CA Paris, 25 février 1972 : D. 1973.285.

CA Paris, Ch. 1^{ère}, 11 juillet 1984, *SNCF c. Groupement régional ASSEDIC région parisienne* : AJ 1984.615.

CA Paris, 18 mars 1986 : D. 1987.173.

CA Versailles, 2 juin 1986, *Ricard c. Samava* : D. 1987.86.

CA Paris, 27 janvier 1988, *EDF c. Auxiliaire de chauffage et autres* : AJDA 1998.435.

CA Paris, 15 février 1991, *Centre national des bureaux régionaux de fret* : AJDA 19991.568.

CA Paris, 15 févr. 1991, *Société PDG* : Gaz. Pal. 1991.1.365.

CA Paris, 3 juillet 1998, n° 97/15750, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage*.

CA Paris, 14 novembre 2000, n° 2000/06154, *Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement c. Société de distribution d'eau intercommunale*.

CA Paris, Pôle 4, ch. 11 E, 30 mars 2010, n° 08/02278, *Clemente et a. c. Conseil Général de la Vendée et a.*

CA Paris, Pôle 5, Ch. 5-7, 20 décembre 2012, n° 2011/05667, *Société Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV) c. Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)*.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 7, 20 décembre 2012, n°11/05667.

CA Paris, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *SARL Google France*.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 7, 2 décembre 2010, n° 2010/08010.

CA Paris, Pôle 5, Ch. 7, 1^{er} juin 2010, n° 2010/07349.

3. TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE

TGI Paris, 15 septembre 2012, n° 10/08800, *Commune de Laguiole*.

4. TRIBUNAUX D'INSTANCE

TI Paris, 7 mai 2009, n° 11-09-000182.

IV. Juridictions étrangères

Cour suprême des États-Unis, *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

INDEX THÉMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

Abus de position dominante : 216, 669, 748, 771, 775, 818, 827 et s., 543, 661, 809, 834, 835, 838, 851, 854, 865, 870, 886, 1157, 1159, 1400

- abus automatique de position dominante : 661, 665

Accès au marché : 568-580, 589, 592

- accès des personnes publiques au marché : 307 et s.

Accès des tiers au domaine public : 584 et s.

Accès des tiers au réseau : 770-777, 1138, 1141

Acte administratif unilatéral : 188 et s.

Actif :

- exploitation de l'actif : 741-777
- immatériel : 725-748
- notion : 709-718
- matériel : 719-724
- monétaire et financier : 749-750

Actionnariat public : 1292, 1419, 1424, 1512-1516, 1518, 1536

Actions spécifiques (*Golden shares*) : 1300, 2205

Activité complémentaire ou connexe à une activité de service public : 248, 253, 296, 1328, 1406, 1438

Activité concurrentielle (v° service marchand)

Activité économique (de service économique) : 8, 14, 17, 19-21, 58, 89, 137 et s., 285 et s., 320, 322, 326-327, 331, 340-343, 392, 415, 541, 589, 592, 661, 1035 et s., 1091 et s., 1189 et s., 1563

Adaptation :

- définition : 47
- au milieu concurrentiel : 48

Administration :

- définition : 49
- en tant que système : 460 et s., 1545

Aéroport de Paris : 92, 1082, 1125, 1143.

Agence des participations de l'État (APE) : 491, 524, 1312, 1316, 1334, 1424, 1473, 1518

Aides publiques (dont aides d'État) : 142, 144, 421, 672, 685, 753, 1175, 1270, 1305, 1317, 1426, 1536

- *de minimis* : 673
- notion : 968 et s.
- sous formes de garanties (v° garanties)

Air France : 653, 1300

Altmark : 771 et s.

Arbitrage des personnes publiques : 438 et s.

Assujettissement : v° Régime fiscal

Asymétrie d'information : 723, 736

Autonomie

- dans le cadre d'une relation *in house* : 1148
- des sociétés publiques : 1478

Autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels : 154 et s., 718

- v° droits réels

Autorisation préalable : 569

Autorités de régulation : 559, 564, 1123

- v° Commission de régulation de l'énergie

Autorités administratives indépendantes : 41, 564, 602, 792, 1387

Autorités publiques indépendantes : 564, 602, 792

Avantages structurels des personnes publiques : 30, 92, 141, 391, 422, 675, 676, 808, 811, 813, 820, 823, 939, 940, 942, 943, 948, 950, 951, 962, 1107, 1151, 1185, 1186, 1238, 1550

- Relativisation (Bilan coûts-avantages) : 30, 31, 59, 82, 140, 1028

Bail commercial (et personnes publiques) : 164

Bail emphytéotique (sur le domaine public) :

- v° droits réels.

Banalisation : 36 et s., 52, 58, 72, 80, 109, 132, 451, 453 et s., 797 et s., 824, 966, 1098, 1100, 1103, 1204, 1448, 1551

Banque publique d'investissement (BPI) : 1315, 1424

Budget

- des personnes publiques : 360 et s., 487, 495, 544, 668, 669, 711, 1030, 1048 et s., 1498

Candidature de la personne publique :

- principe : 26, 296, 320 et s.
- modalités : 249, 614 et s., 691, 736, 801, 938 et s.

Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : 283, 284, 300, 569

Clause de compétence générale : 225, 234, 240, 245, 246, 247, 267

- Communes : 246
- Départements : 240, 242, 244, 246
- Régions : 240, 242, 243, 246, 703

Client : 128, 746

- clientélisation du service public : 538, 642, 1220

Clientèle : 157, 163, 165

Collectivités territoriales

- Autonomie : 494 et s.
- Compétence : 233 et s.
- Sociétés publiques à l'initiative des : 1336 et s.

Commande publique :

- principes généraux de la : 933
- candidature des sociétés d'économies mixtes : 1356 et s.
- v° candidature de la personne publique à un contrat de la commande publique
- v° concurrence pour le marché

Communes :

- v° collectivités territoriales

Compétence

- notion : 220 et s.
- géographique : 269 et s.
- matérielle : 232 et s.
- v° clause de compétence générale

Comportements d'entreprises :

- v° abus de position dominante
- v° égalité
- v° entente
- v° prix de prédation
- v° offre anormalement basse

Comptabilité :

- analytique : 63, 152, 280, 372-374, 448, 452-456, 562
- publique : 360 et s.

Concentrations économiques : 603 et s.

Concurrence :

- imparfaite : 61, 1568
- notion d'égle concurrence : 24 et s.
- v° marché
- v° égalité

Consommateur :

- prix abusivement bas : 939 et s.

Contractualisation :

- de l'État avec les entreprises publiques : 208, 524, 525, 1478, 1484, 1529
- de la tutelle : 491
- de la fonction publique : 111

Contrats administratifs : 200 et s.

- exécution : 216 et s.
- passation : 211 et s.

Contrats de partenariats : 161, 162, 212, 442, 1497

- évaluation préalable : 1507

Contrôle de légalité :

- des marchés publics : 614 et s.
- v° tutelle

Conventions collectives : 92, 96, 122

Coopération entre personnes publiques : 243, 1228, 1418, 1454, 1533

Cour des comptes :

- Rapport sur finances publiques locales : 121, 1241, 1514, 1526

Coût :

- du personnel des personnes publiques : 134 et s.
- incrémental : 878 et s.
- marginal : 817, 849
- reconstitution du : 756 et s., 433, 691, 710, 776, 944 et s., 1183, 1542, 1545

Commission de régulation de l'énergie (CRE) : 1159

Créances :

- administration créancière : 436
- administration débitrice : 425 et s., 437
- v° voies d'exécution

Daudignac : 319, 369

Déclaration préalable : 568

Décret d'Allarde (et Loi le Chapellier) :

- v° liberté du commerce et de l'industrie.

Délégations de service public : 635, 650, 1246, 1221, 1249, 1497

- candidature des personnes publiques : 1152, 959.
- libre négociation : 925 et s.
- v° offre anormalement basses
- et sociétés d'économie mixte locales : 1474, 1491

Département :

- v° collectivités territoriales
- ingénierie publique : 698

Diversification : 130, 249 et s., 296, 67, 1406

- des entreprises publiques : 1139, 1173
- des groupements d'intérêt public : 1409
- des sociétés publiques territoriales : 1445
- v° séparation (exigence de)

Domaine public :

- droits réels : v° droits réels.
- droit de la concurrence : 599 et s.
- Inaliénabilité du domaine public : 152
- notion : 150 et s.
- occupation privative : 582, 584 et s.
- et règlementation : 569 et s.

- valorisation : v° valorisation du patrimoine public.
- Droit de grève
- Règlements : 647 et s.
- Droit exclusif : 289, 655 et s.
- Droits réels : 154 et s., 518
- Droit de la concurrence :
- compétence contentieuse : 60
 - v° abus automatique de position dominante
 - v° abus de position dominante
 - v° activité économique
 - v° concentrations économiques
 - v° ententes
 - v° entreprise
- Droit fiscal : v° régime fiscal
- Droit spéciaux ou exclusifs : v° droits exclusifs
- Économie de marché : 558, 575, 613, 645, 697, 1281, 1570, 1571
- Économie mixte : 1530 et s., 1418, 1419, 1425, 1427
- v° sociétés d'économie mixte locales
 - v° sociétés d'économie mixte à opération unique
- EDF : 140, 130, 251, 420, 650, 898, 977, 1018, 1073, 1136, 1139, 140, 1141, 1174, 1264, 1300, 1319, 1490
- Effet de ciseau : 896 et s.
- Effet utile :
- du droit de l'Union européenne : 662, 872
- Efficacité :
- de la commande publique : 1493 et s.
 - v° fonction publique
- Égale concurrence (exigence d') : 4, 24 et s., 34, 48, 61 et s.
- Égalité :
- égal accès à la commande publique : 25
 - v° égale concurrence
 - v° service public
- Égalisation des conditions de concurrence (impossible) : 806 et s., 1544
- Électricité :
- réseaux de transport : 577, 1136, 1140, 1141
- Entente : 543, 669, 809
- Entreprise (notion d') : 8, 542 et s., 1283
- Entreprise publique (notion d') : 16, 68, 420, 461, 466, 508, 509, 518, 531, 551-553, 626, 746, 1122, 1283-1287, 1298 et s., 1486, 1560
- v° privatisation
- Entités adjudicatrices : 205, 1351, 1358
- Environnement concurrentiel : v° milieu concurrentiel
- Établissement public industriel et commercial (EPIC) : 1, 10, 35, 47, 70, 90, 182, 175 et s., 974 et s.
- autonomie : 488 et s. et 496
 - biens : 151, 83
 - compétence : 249 et s.
 - comptabilité : 364 et s.
 - personnel : 81, 90, 114, 128, 130
 - pouvoir adjudicateur : 206 et s.
 - prise de participation :
 - rattachement : 493, 496
 - société publique à l'initiative des : 1404 et s.
 - sociétisation : 1318 et s.
 - trésorerie : 384 et s.
 - v° garantie implicite
 - v° principe de spécialité

- État :
- en tant que système : 462
- État actionnaire : 420, 491, 1292, 1315, 1316, 319, 1332 et s., 1420, 1424, 1517 et s.
- Lignes directrices de l'État actionnaire : 179 et s.
- Exonération : v° régime fiscal
- Exorbitance : 58, 59, 62, 806 et s., 1285, 1522
- des règles applicables aux personnes publiques : 67 et s., 76 et s.
 - du lien entre les prestataires publics et l'administration : 460 et s.
- Externalisation : 1200, 1213 et s., 1546, 1542
- Facilités essentielles : v° ressources essentielles
- Filialisation : 665, 1094, 1115, 1133, 1139 et s., 1147, 1173, 1204, 1292, 1325 et s., 1355, 1491
- Finances :
- des personnes publiques : 351 et s.
- Fiscalité (V° régime fiscal)
- Fonction publique :
- attractivité : 119 et s.
 - performance : 127 et s.
 - réforme : 98 et s.
 - v° personnel
- Fonds de commerce (sur le domaine public) : 157, 163 et s., 729
- France Télécom : 144, 418, 650, 898, 1125, 1139, 1264, 1515
- Garanties :
- garanties d'emprunt : 785 et s.
 - notion : 778 et s.
- Garantie implicite : 1, 3, 35, 788, 804, 810, 974 et s., 1532, 1545, 1559
- responsabilité de l'État : 971, 994, 1001 et s., 1054 et s., 1064 et s., 1071, 1080, 1088
- Gaz :
- réseaux de transport : 1136, 1140, 1159
- GDF : 92, 251, 650, 857, 898, 1140, 1147, 1264, 1269, 1300, 1319
- Gestion directe challengée : 1508
- Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 94, 130
- Gouvernement d'entreprise : 507
- Groupement d'intérêt public : 6, 41, 72, 77,80, 82,451, 461, 462
- autonomie : 497 et s.
 - biens : 151
 - compétence : 257 et s.
 - comptabilité : 371
 - mise à disposition : 91, 692
 - personnel : 91, 115
 - pouvoir adjudicateur : 206
 - prescription quadriennale : 436
 - prise de participation : 1309, 1408 et s.
 - rattachement : 502
 - régime financier : 352
 - régime fiscal : 408
 - société publique à l'initiative des : 1408 et s.
 - voies d'exécution : 175
- Hypothèque : 158, 162
- Image :
- de la personne publique : 125, 729, 738 et s., 948, 951
 - de marque : 741, 742, 744 et s., 748, 757
- Inadaptation : v° adaptation
- Incessibilité à vil prix : 153

- Indépendance :
- du gestionnaire de réseaux : 1122, 1124 et s., 1128, 1141
 - du régulateur : 1123
 - notion de (des personnes publiques à l'égard de l'administration) : 471, 476, 553, 791-793
 - v° autorité administrative indépendante (AAI) et autorité publique indépendante (API)
 - v° séparation
- Infrastructures essentielles : v° ressources essentielles
- Information publique : 645, 731 et s., 755, 768, 770, 772, 946, 951
- Ingénierie publique : 616 et s., 693 et s., 964, 1184
- v° départements
- In house* : 1304, 1323, 1361, 1364, 1382, 1387 et s., 1448 et s., 1483, 1492, 1531
- Initiative publique :
- v° aides publiques.
 - v° liberté du commerce et de l'industrie
 - v° service marchand
- Insaisissabilité : 153, 169, 171, 176, 177, 181 et s., 352, 706, 922 et s., 972, 974, 988 et s., 1025, 1041, 1066 et s., 1080, 1088, 1095, 1552.
- Institut français du pétrole : 978
- Intérêt général :
- conciliation avec la concurrence : 7, 34, 45, 74, 129, 142, 282, 286, 319, 346, 408, 555 et s., 623 et s., 805
 - v° service public
- Intérêt public : 225, 248, 261, 283 et s., 304, 319, 320, 325 et s., 336 et s., 456, 1439, 1441, 1446, 1447
- intérêt public local : 274, 296, 326, 328, 335, 338
- Interventionnisme : 279, 293, 528, 289 et s., 1558
- Juste prix : v° prix
- Laboratoire national de métrologie et d'essais : 979.
- La Poste : 1, 3, 35, 128, 144, 413, 534, 650, 746, 788, 898, 973, 980, 1139, 1172, 1264
- v° Garantie implicite
- Liberté contractuelle : 200, 210, 353, 763 et s., 964
- Liberté d'entreprendre : 289 et s., 309, 310, 655, 658, 1305, 1308, 1399
- Liberté d'établissement : 301, 573
- Liberté des prix : 575, 606
- Liberté du commerce et de l'industrie :
- intervention publique par prescriptions : 556, 569, 570, 573, 585, 586, 589, 592 et s., 599, 600
 - intervention publique par prestations : 226, 248, 274, 280 et s., 298 et s., 304 et s., 315, 318 et s., 326, 331, 334, 344, 139, 1409, 1439, 1440 et s.
- Libre concurrence (principe de) : 26, 299, 310, 313, 314
- v° égale concurrence (exigence de)
- Libertés économiques : 300, 530, 558, 562, 573, 664
- Libre prestation de services : 573, 655, 658
- Lois du service public (Lois de Rolland) : v° valeur du service public
- Maîtrise d'ouvrage publique : 618, 693, 840, 1373, 1423
- Maîtrise d'œuvre : 618, 619, 693, 1423

Mandat administratif : 202, 1351, 1423

Marché :

- concurrence pour le marché (notion de) : 21
- concurrence dans le marché (notion de) : 21
- contrôle des marchés : 662 et s.
- réglementation de l'accès au marché : v° accès au marché
- réglementation de l'exercice du marché : 566 et s.

Marché pertinent : 830 et s.

- dimension matérielle : 832
- dimension géographique : 833 et s.

Marchés publics

- candidature publique : 320 et s., 899
- critère du prix : 900, 901
- offres anormalement basses : 905 et s.
- offre économiquement la plus avantageuse (notion de) : 900
- v° commande publique

Milieu concurrentiel (notion de) : 49

Mode alternatif de règlement des litiges : 439

- v° arbitrage des personnes publiques

Monopole : 90, 14, 118, 130, 221, 289, 558, 577 et s., 598, 626, 655 et s., 663, 678, 764 et s., 813, 878 et s., 893 et s., 896, 1081, 1084, 1119, 1131, 117, 1249, 1270, 1539

Monopole de fait : 923, 1308

Mutualisation : 91, 131, 514

Nationalisation : 529, 1268, 1290, 1306 et s., 1310

Néo-libéralisme : 1207

Neutralité : v° principe de neutralité.

Non concurrence des personnes publiques : v° liberté du commerce et de l'industrie.

Nora (rapport) : 491, 522, 1275, 1520.

Obligations de service public : 20, 519, 624, 671, 681, 1032, 1127, 1142, 1422, 1489, 1524

Occupation du domaine public : v° domaine public.

Offres anormalement basses : 904 et s.

- et délégations de service public : 919 et s., 959
- et marchés publics : 905 et s.
- et prestataires publics : 899 et s., 938 et s.
- rôle du pouvoir adjudicateur : 954 et s.

Opérateur économique (notion de) : 8, 11

Ordre public : 4447, 569, 570, 573, 592, 598, 600, 601, 648

Ordre des avocats aux barreaux de Paris : 287 et s., 304, 320, 321, 324, 327, 328, 331, 332, 342, 684, 702, 1441, 1564

Organisation du service public : v° service public

Partenariats public-privé

- v° contrats de partenariats
- v° économie mixte

Parts de marché : v° prix de prédation

Patrimoine public

- v° actif

Personnel des personnes publiques :

- affectation : 690, 691, 960, 1183
- mise à disposition : 91, 692

Police administrative : 556, 552, 569, 570, 574, 597, 686

Position dominante : 579, 591

- et pouvoir adjudicateur : 217
- et pouvoir d'autorisation d'occupation du domaine public : 591
- secteur des autoroutes : 779
- v° prix prédateur.
- v° ressource essentielle

Pouvoir adjudicateur :

- notion : 205 et s.
- V° contrat administratif
- V° établissements public et commerciaux
- V° groupement d'intérêt public

Pratiques anticoncurrentielles

- v° abus de position dominante
- v° concurrence
- v° entente illicite
- v° offres anormalement basses
- v° prix prédateur.

Prédation : v° prix prédateurs, offres anormalement basses

Prestataire :

- notion : 14
- prestataire public : 15
- prestataire public de service marchand : v° service marchand

Principe d'égle concurrence : v° égale concurrence

Principe de libre concurrence : v° libre concurrence.

Principe de neutralité : 8, 34, 44, 53, 305, 679, 810, 1073, 1095, 1102, 1103, 1168, 1210, 1254, 1285, 1262

- v° valeurs du service public
- v° régime fiscal

Principe de spécialité :

- des établissements publics : 225, 249 et s.
- des groupements d'intérêt public : 258 et s.
- notion : 229, 319, 1186

Prise de participation : 1290, 1309 et s., 1334, 1340, 1377, 1404 et s., 1408 et s., 1418, 1424

- v° établissement public industriel et commercial
- v° groupement d'intérêt public
- v° région

Privatisation : 32, 34, 90, 1189 et s.

- v° banalisation
- v° externalisation

Prix

- juste prix : 756, 811 et s.
- prix de prédation : 862 et s.
- prix abusivement bas : 818, 825 et s., 843 et s., 1151
- prix prédateurs : 818, 825, 826 et s., 843 et s.
- v° offre anormalement basse

Procédure collective :

- application aux sociétés publiques : 1385
- inapplicabilité à l'égard des biens publics : 169 et s.
- v° garantie implicite
- v° voies d'exécution
- v° insaisissabilité

Proportionnalité :

- et encadrement des activités de service marchand : 573
- et encadrement des activités de service public : 863 et s.

Propriété publique

- v° actif

Puissance publique :

- en tant que critère du droit administratif : 1565

RATP : 92, 144, 175, 179, 650

Redevance :

- d'occupation du domaine public : 164.
- pour service rendu : 637 et s., 816

Réforme de la fonction publique : v° fonction publique.

Réforme de l'Etat : 1227, 696

Régime fiscal :

- assujettissement : 352, 393 et s.
- contribution économique territoriale : 409 et s.
- exonération : 352, 393 et s.
- impositions dérogatoires : 418 et s.
- impôt sur les sociétés : 400 et s.
- neutralité fiscale : 320, 331
- taxe sur la valeur ajoutée : 414 et s.

Région :

- compétence renforcée : 236
- participation au capital de société : 1309, 1339, 1419, 1439
- v° collectivité territoriale

Réglementation :

- v° réglementation de l'exercice du marché
- v° accès au marché
- des prix : 575 et s.
- v° droit de grève

Régulation : 557 et s.

- et personnes publiques : 222
- et sociétés publiques : 1281, 1282, 1292, 1311, 1413, 1424, 1426, 1537, 1569
- v° ressources essentielles
- v° séparation des activités

République française c. Commission : v° garantie implicite

Réseau :

- entreprise de réseau : 650, 722 et s., 882, 896 et s., 1717 et s., 1259
- v° électricité

- v° gaz
- v° séparation des activités
- v° ressources essentielles

Responsabilité :

- du comptable public : 397
- de la (et des élus d'une) collectivité actionnaire : 1392, 1416, 1473
- des personnes publiques : 425 et s.
- du fait de l'ouvrage public : 427 et s.
- du fait du retard : 738
- v° garantie implicite

Ressources essentielles : 760 et s., 896 et s.

- condition de l'accès : 773 et s.
- principe de l'accès : 761 et s.

Secret des affaires : 856, 963

Séparation des activités :

- principe de précaution concurrentielle : 1148 et s.
- principe de régulation sectorielle : 1118 et s.
- séparation comptable : 1100, 1101, 1115, 1121 et s., 1130 et s., 1159, 1165 et s., 1171
- séparation fonctionnelle : 1115, 1130 et s., 1135 et s.
- séparation juridique : 1100, 1101, 1115, 1128, 1139 et s., 1172, 1541, 1545

Service d'intérêt économique général : 19, 623, 627, 629, 657, 663 et s., 696, 784, 1188, 1284, 1563

- v° service public

Service marchand :

- création : 219 et s.
- notion : 11-13, 16-22

Service public :

- v° activité complémentaire ou connexe
- compensation des charges de : n° 667 et s.

- confusion avec le service marchand : 18 et s., 78, 450
- en tant que critère du droit administratif : 1561 et s.
- évaluation préalable du mode de gestion : 1495 et s.
- octroi de droits exclusifs : v° droits exclusifs
- organisation du service public : 92, 631 et s.
- pouvoir de l'administration : 647 et s.
- v° obligations de service public

Service public administratif : 70, 78, 79, 87, 89, 90, 206, 406, 450, 454, 861, 894, 1089, 1567

Service public industriel et commercial : 70, 78, 79, 87, 92, 96, 206, 287, 348, 386 et s., 406, 428, 450, 454, 861, 1566, 1567

- distinction SPIC/SPA : 78, 79, 89, 406, 450, 454, 1566, 1567

Service universel : 644, 650, 655, 748, 1119, 1127, 1128

SNCF : 2, 92, 534, 650, 898, 1063, 1075, 1080-1084, 1125, 1137-1139, 1143, 1144

Spécialité : V° principe de spécialité

Société Armor SNC : 296, 304, 322, 323 et s., 340 et s., 1447

Société d'économie mixte à opération particulière :

- création : 1363-1368
- et mise en concurrence : 1376
- objet : 1371
- partenariat : 1376
- statut : 1369, 1370, 1372

Société d'économie mixte locale :

- création : 1345 et s.
- liberté du commerce et de l'industrie : 1442
- mise en concurrence : 1356 et s., 1457, 1474
- objet : 1348

- partenariat public/ privé : 1354
- statut : 1349 et s

Société Jean-Louis Bernard Consultants : 139, 249, 320, 324 et s., 684, 939, 941, 958, 1152

Société publique à l'initiative de l'État : 1332 et s.

- v° État actionnaire

Société publique territoriale :

- v° société d'économie mixte
- v° société d'économie mixte à opération unique
- v° société publique locale
- v° société publique locale d'aménagement

Société publique locale :

- création 1381-1385
- droit de la concurrence : 1399, 1477
- financement : 1400
- *in house* : 1395, 1396, 1458, 1463, 1465, 1531
- objet : 1386
- statut : 1386-1392

Société publique locale d'aménagement : 1385

- v° société publique locale

Subventions croisées : 669, 678, 836, 880, 891 et s., 1113, 1131, 1136, 1142, 1159

Tarifification : v° prix

Temps :

- de l'administration : 533 et s., 527 et s.
- de l'élection : 528 et s.

Transparence

- des informations publiques : 645, 772
- de la commande publique : 214, 261, 586, 588 et s., 899

- des relations entre l'État et les entreprises publiques : 507, 970, 1121, 1148, 1150, 1172
- et séparation des activités : 1101, 1109, 1113, 1129, 1132, 1134, 1139, 1143
- et sociétés publiques : 1428, 1466, 1493, 1474, 1487 et s., 1538

Telaustria : 213

Trésorerie : 373 et s.

Tutelle : 466

- d'une collectivité territoriale sur une autre : 237
- des collectivités de rattachement sur les établissements publics : 173, 490 et s.
- de l'État sur les collectivités territoriales : 495 et s.
- de l'État sur les groupements d'intérêt public : 499 et s.

Utilisation privative du domaine public : v° domaine public.

Usager : 103, 165, 520, 534, 536, 538, 645, 746, 920, 1118, 1120, 1128, 1278, 1461

- dommages : 426, 431
- v° valeur du service public
- v° redevance

Valeurs du service public : 633 et s.

- principe d'égalité : 636 et s.
- principe de continuité : 644

Valorisation du domaine public : 598, 755, 1489

Voies d'exécution (du droit commun – inapplicabilité aux personnes publiques) : 974, 989, 1010, 1018, 1025, 1069, 1071, 1072, 1088, 1485

- administrative : 179 et s.

TABLES DES MATIÈRES

SOMMAIRE	V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
REMERCIEMENTS	XI
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE L'INADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND AU MILIEU CONCURRENTIEL	29
TITRE I. LA SPÉCIFICITÉ RÉDUCTIBLE DES RÈGLES APPLICABLES AUX PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND 33	
Chapitre 1. Le caractère exorbitant des règles relatives aux moyens des prestataires publics de service marchand	39
Section 1. Les personnels.....	39
§1. Le problème du cadre juridique de la gestion des ressources humaines	45
A. Les causes du problème.....	46
1. La délicate réforme de la fonction publique.....	46
a. Des soubassements idéologiques.....	48
b. Des réformes législatives importantes mais disparates	50
2. La disparité des régimes juridiques	53
B. L'analyse du problème.....	54
1. La question de l'attractivité.....	55
2. La question de la performance	58
§2. le problème de la détermination du coût du personnel de droit public.....	61
A. La bienveillance de principe des autorités et juges de la concurrence.....	62
1. La position des autorités et juges français de la concurrence	62
2. Le pragmatisme des institutions européennes de contrôle de la concurrence.....	64
B. La neutralisation incidente des juges et autorités de la concurrence	66
1. Par le contrôle des aides d'État : l'exemple du statut social du personnel.....	66
2. Par le contrôle des offres de la personne publique, candidate à un contrat de la commande publique.....	67
Section 2. Les biens.....	68
§1. L'interdiction relative des droits réels constitués sur le domaine public	71
A. Un principe sévère.....	71
B. Un assouplissement limité.....	73
§2. L'inapplicabilité des voies d'exécution du droit commun et des procédures collectives à l'égard de l'ensemble des biens publics.....	79
A. Le principe.....	80
B. Les exceptions.....	83
Section 3. Les actes	87
§1. Les actes administratifs unilatéraux.....	87
§2. Les contrats administratifs.....	92
A. Au stade de la passation.....	98
B. Au stade de l'exécution.....	100

Chapitre 2. Le caractère exorbitant des règles relatives à l'activité des prestataires publics de service marchand	103
Section 1. Au stade de la création de l'activité de service marchand	103
§1. Les limites à la création d'activités concurrentielles.....	104
A. Typologie des limites à la création d'activités concurrentielles	106
1. Les limites intrinsèques	106
a. La compétence matérielle – rationae materiae.....	107
i. Les collectivités territoriales.....	107
ii. Les établissements publics nationaux et locaux.....	113
iii. Les groupements d'intérêt public.....	117
iv. Les groupements de collectivités territoriales.....	119
b. La compétence territoriale – rationae loci	121
2. Les limites extrinsèques.....	124
a. Le juge administratif et la liberté du commerce et de l'industrie	125
b. Le juge constitutionnel et la liberté d'entreprendre.....	132
B. Interrogations sur les limites à la création d'activités marchandes. Les deux lectures possibles de l'article 345 du TFUE.....	134
1. Première lecture : l'article 345 du TFUE interdit toutes limites aux interventions concurrentielles des personnes publiques.....	135
2. Deuxième lecture : l'article 345 du TFUE laisse le soin aux États membres d'organiser les interventions concurrentielles des personnes publiques	138
§2. Les limites à la candidature aux contrats de la commande publique	140
A. La personne publique doit remplir les conditions de l'arrêt <i>Société Armor SNC</i> pour candidater à un contrat de la commande publique	141
1. La recherche d'une position équilibrée	141
2. Un entre-deux problématique.....	145
B. La personne publique ne devrait logiquement démontrer le respect des conditions de l'arrêt <i>Société Armor SNC</i> qu'une fois le contrat signé	147
Section 2. Au cours du déroulement de l'activité de service marchand.....	150
§1. Les finances.....	150
§2. Le budget et la comptabilité.....	154
§3. La trésorerie	159
§4. La fiscalité.....	165
A. L'assujettissement et l'exonération des personnes publiques aux impôts commerciaux	166
1. Impôt sur les sociétés.....	167
2. La contribution économique territoriale.....	171
3. Taxe sur la valeur ajoutée	172
B. L'appréciation jurisprudentielle des impositions dérogatoires aux impôts commerciaux	175
§5. Les créances et les dettes	177
A. La naissance des dettes publiques : le cas de la responsabilité des prestataires publics de service marchand.....	177
B. L'exigibilité et le recouvrement des créances et des dettes publiques	181
§6. L'arbitrage	183
CONCLUSION DU TITRE I.....	189

TITRE II. LA SPÉCIFICITÉ IRRÉDUCTIBLE DU LIEN ENTRE LES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET L'ADMINISTRATION	193
Chapitre 1. Le manque d'autonomie.....	197
Section 1. Les causes	201
§1. Le cas de l'État et de ses établissements publics	202
§2. Le cas des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.....	206
§3. Le cas des groupements d'intérêt public.....	210
Section 2. Les conséquences.....	212
§1. Autonomie et pratique concurrentielle.....	213
A. La spécificité de l'organisation	213
B. La spécificité du fonctionnement	216
1. Les objectifs.....	216
2. La gestion	219
3. Les temps.....	221
a. Le temps de l'élection	221
b. Les temps de l'administration	223
§2. Autonomie et pratiques anticoncurrentielles	225
Chapitre 2. Les interactions structurelles	227
Section 1. Le risque de confusion des rôles	229
§1. L'encadrement des marchés	231
A. L'organisation des marchés	232
1. L'organisation des activités marchandes.....	232
a. La réglementation de l'accès et de l'exercice	232
b. La réglementation spécifique des prix	236
2. L'organisation des activités marchandes exercées sur le domaine public.....	239
a. La décision d'autorisation ou de retrait de l'occupation privative du domaine public	240
b. La réglementation de l'utilisation du domaine public	245
B. Le contrôle des marchés.....	248
1. Le contrôle des concentrations économiques	248
2. Le contrôle de légalité des marchés publics.....	252
§2. L'encadrement du service public	254
A. L'organisation du service public.....	257
1. La confusion des valeurs.....	257
2. La confusion des pouvoirs.....	263
B. L'appui au service public.....	266
1. L'octroi de droits exclusifs	266
2. La compensation des charges de service public.....	272
Section 2. Le risque de confusion des ressources.....	275
§1. Les ressources humaines	279
A. L'affectation et la mise à disposition	279
B. L'assistance et le conseil.....	281
§2. Les ressources patrimoniales	287
A. La valeur des actifs	289
1. Le périmètre.....	289
a. Les actifs matériels.....	289

b. Les actifs immatériels	292
i. Les actifs immatériels relatifs à l'information des personnes publiques	294
ii. Les actifs immatériels relatifs à l'image des personnes publiques	296
c. Les actifs monétaires et financiers	300
2. L'exploitation	300
a. L'utilisation des actifs en renfort de l'activité de service marchand	301
b. La gestion de l'accès aux actifs constitutifs de « ressources essentielles » à l'activité de service marchand	303
i. Le principe de l'accès	304
ii. Les conditions de l'accès	309
B. La garantie des passifs	311
CONCLUSION DU TITRE II	317
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	321
SECONDE PARTIE L'IMPOSSIBLE ADAPTATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND AU MILIEU CONCURRENTIEL	323
TITRE I. L'IMPOSSIBLE ÉGALISATION DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND ET DES CONCURRENTS ORDINAIRES	325
Chapitre 1. L'impossible détermination du « juste » prix de l'activité publique de service marchand	327
Section 1. La complexité du contrôle des prix déterminés par les prestataires publics de service marchand	331
§1. La méthode classique d'analyse des prix de prédation	332
A. Les éléments de distinction entre la sanction des prix abusivement bas et la sanction des prix prédateurs	332
1. La situation des prestataires fixant le prix	332
2. La situation du destinataire du prix du service	337
B. Le raisonnement commun à la sanction des prix abusivement bas et à la sanction des prix prédateurs	339
1. Première hypothèse : Les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables de l'entreprise	342
2. Seconde hypothèse : les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables de l'entreprise	343
§2. L'inadaptation de la méthode classique d'analyse du prix de prédation à la complexité des prestataires publics	345
A. La difficulté à trouver une méthode d'analyse appropriée	346
1. Limite de l'analyse par l'objet	346
2. Limite de l'analyse par effet	349
B. La difficulté de l'orientation du prix vers les coûts	351
1. Les coûts incrémentaux	352
2. Les subventions croisées	356
3. L'effet de ciseau	358
Section 2. La complexité du contrôle des offres soumises par les prestataires publics de service marchand	360
§1. La méthode classique d'analyse des offres anormalement basses	362
A. L'offre anormalement basse dans le cas des marchés publics	362
1. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de rejeter les offres anormalement basses	363
2. L'identification des offres anormalement basses	365

B. L'offre anormalement basse dans le cas des délégations de service public	369
1. Une nécessité.....	370
2. Des insuffisances.....	373
§2. L'inadaptation de la méthode classique d'analyse des offres anormalement basses à la complexité des candidats publics.....	375
A. Une analyse difficile.....	377
1. La reconstitution théorique des coûts.....	378
2. La neutralisation incertaine des ressources et moyens.....	380
B. Des obligations contraignantes.....	382
1. Pour l'acheteur public, le renforcement des obligations de détection et d'identification des offres anormalement basses.....	382
2. Pour le candidat public, l'exigence de la preuve.....	384
Chapitre 2. L'inévitable garantie de l'État aux prestataires publics de service marchand.....	389
Section 1. Analyse de l'approche contentieuse, la garantie implicite de l'État aux établissements publics industriels et commerciaux est incompatible avec les règles de l'Union européenne.....	391
§1. Une garantie illimitée.....	395
A. Le non assujettissement des établissements publics au droit commun relatif au redressement et à la liquidation d'entreprises en difficulté	396
B. Le rôle de garant de l'État sur les activités menées par les établissements publics.....	398
1. Une garantie de l'État sur le remboursement des créances individuelles.....	399
2. Une garantie de l'État « sur le maintien de l'existence et/ou des obligations » dans le cas d'une disparition de l'établissement public	405
§2. Une garantie illimitée présumée constitutive d'une aide d'État illégale.....	406
A. Un principe contesté.....	406
1. La question du transfert de ressources	407
2. La question de l'avantage économique sélectif.....	408
B. Des dérogations exceptionnelles.....	412
1. Dans le cas où l'établissement public n'exerce pas une activité économique.....	413
2. Dans le cas où l'établissement public exerce à titre accessoire une activité économique.....	414
Section 2. Systématisation de l'approche contentieuse, la mise en cause de la garantie implicite de l'État aux prestataires publics de service marchand est inévitable	415
§1. L'insuffisance des solutions proposées pour encadrer ou supprimer la garantie implicite.....	416
A. L'insuffisance des solutions proposées par les autorités françaises pour satisfaire les exigences du droit de l'Union européenne.....	417
1. La clarification du décret d'application de la loi du 16 juillet 1980.....	417
2. L'insertion d'une mention précisant l'absence de garantie dans les contrats du prestataire public impliquant une créance	419
3. La compensation financière de la garantie d'État.....	421
B. L'incompatibilité de la solution esquissée par la Commission européenne au système juridique français, la suppression pure et simple de la garantie illimitée serait inconstitutionnelle	423
§2. la mise en cause de la garantie implicite est inévitable pour l'ensemble des prestataires publics de service marchand.....	428
A. La remise en cause attendue des établissements publics industriels et commerciaux de l'État assurant des activités de service marchand.....	428

B. La remise en cause potentielle de l'ensemble des personnes publiques prenant en charge à titre principal des activités de service marchand.....	434
CONCLUSION DU TITRE I.....	439
TITRE II. LA RÉSISTIBLE PRIVATISATION DES ACTIVITÉS DES PRESTATAIRES PUBLICS DE SERVICE MARCHAND.....	441
Chapitre 1. La pression croissante du droit du marché intérieur sur les activités de service économique des personnes publiques.....	443
Section 1. Le renforcement de l'exigence de séparation des activités de service marchand et des activités de service public.....	445
§1. Un effort d'adaptation.....	446
A. Un « <i>principe de régulation sectorielle</i> »	447
1. Les obligations principalement comptables du droit de l'Union européenne.....	447
2. Les déclinaisons structurelles du droit interne	452
a. La critique des limites de la seule séparation comptable.....	452
b. L'incitation à l'emploi de techniques de séparation structurelle	454
i. La séparation fonctionnelle	454
ii. La séparation juridique.....	456
iii. La séparation de propriété.....	457
B. Un principe de précaution concurrentielle	460
1. Un champ d'application large.....	460
2. Une application de plus en plus contraignante.....	463
a. L'affermissement de la force juridique du principe.....	464
i. Le cas de la concurrence dans le marché	464
ii. Le cas de la concurrence pour le marché	467
b. L'exigence du contenu du principe, d'une séparation comptable à une séparation structurelle.....	468
§2. Un effort d'adaptation source d'une nouvelle inadaptation.....	472
A. L'effort d'adaptation épuise les prestataires publics de service marchand	472
B. L'effort d'adaptation désavantage les prestataires publics de service marchand.....	475
Section 2. La consolidation corrélative d'un environnement favorable à la privatisation des activités de service économique des personnes publiques.....	476
§1. L'externalisation des activités de service économique au secteur privé.....	482
A. Les causes du phénomène	486
B. Les résultats du phénomène.....	488
1. Analyse quantitative	489
a. L'externalisation au secteur privé des activités de service économique à la population.....	489
b. L'externalisation au secteur privé des activités de service économique à la personne publique.....	490
2. Analyse qualitative	491
§2. Le transfert au secteur privé des entreprises publiques	494
A. Les causes du phénomène	495
B. Les résultats du phénomène.....	498
1. Analyse quantitative	498
2. Analyse qualitative	499

Chapitre 2. La consolidation indispensable des sociétés publiques	505
Section 1. Les sociétés publiques, un mode de gestion au potentiel important.....	509
§1. Un mode de gestion permettant de multiples combinaisons pour la prise en charge des activités publiques de service économique en milieu concurrentiel.....	511
A. La diversité des modes de contrôle des sociétés par les personnes publiques	511
B. La diversité des techniques de création des sociétés publiques.....	512
1. La création ex nihilo	513
2. La nationalisation.....	513
3. La prise de participation.....	515
4. La « sociétisation ».....	518
5. La « recollectivisation ».....	519
6. La filialisation.....	520
C. La diversité des types de sociétés publiques.....	522
1. Les sociétés publiques à l'initiative de l'État.....	523
2. Les sociétés publiques à l'initiative des collectivités territoriales et de leurs groupements	525
a. Les sociétés d'économie mixte locales (SEML)	528
i. Les avantages.....	530
ii. Les inconvénients.....	532
b. Les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)	534
i. Les avantages.....	538
ii. Les limites.....	538
c. Les sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)	540
i. Les avantages.....	544
ii. Les limites.....	544
3. Les sociétés publiques à l'initiative des personnes publiques spécialisées.....	546
a. Le cas des établissements publics	546
b. Le cas des groupements d'intérêt public.....	548
§2. Un mode de gestion permettant une prise en charge adaptée des activités de service économique en milieu concurrentiel.....	549
A. Exercer la concurrence.....	549
B. Compenser la concurrence.....	554
Section 2. Les sociétés publiques, un mode de gestion aux limites persistantes.....	558
§1. Sociétés publiques et égale concurrence.....	559
A. Sur le principe de la concurrence.....	560
1. Les limites à la participation des personnes publiques au capital de société.....	560
2. Les limites à la prise en charge d'activités marchandes par les sociétés publiques	561
3. Les limites à la dérogation in house	564
B. Sur les modalités de la concurrence	570
1. Un encadrement révélateur d'une logique de suspicion du droit de la concurrence à l'égard des sociétés publiques	571
a. L'encadrement du comportement de l'associé public	571
b. L'encadrement du comportement des sociétés publiques	574
2. Un renforcement nécessaire de la logique de transparence des sociétés publiques pour apaiser les craintes des acteurs de la concurrence	578

§2. Société publique et concurrence efficace	581
A. Mettre en place un outil d'évaluation préalable de l'efficacité comparée des divers modes de gestion des activités publiques de service économique	582
1. Les exemples étrangers	583
2. La transposition envisageable.....	585
B. Clarifier la doctrine de l'actionnaire public.....	587
1. Privilégier une stratégie d'investissement à long terme.....	589
2. Renforcer les collaborations entre l'État et les collectivités territoriale et leurs groupements	591
3. Prioriser l'économie mixte.....	592
4. Simplifier la structuration du secteur public	593
5. Donner de la visibilité à l'action publique	593
CONCLUSION DU TITRE II.....	597
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	599
CONCLUSION DE LA THÈSE	601
BIBLIOGRAPHIE.....	609
I. Ouvrages	609
A. Ouvrages généraux.....	609
B. Dictionnaires, encyclopédies, jurisclasseur	611
C. Ouvrages spécialisés et Thèses	613
D. Rapports, documents officiels.....	621
II. Articles.....	626
TABLE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS, ARRÊTS, JUGEMENTS ET AVIS CITÉS.....	673
I. Juridictions de l'Union européenne.....	673
A. Cour de justice de l'Union européenne (Cour de justice des Communautés européennes)	673
B. Tribunal de l'Union européenne (Tribunal de première instance des Communautés européennes)	679
II. Cour européenne des droits de l'Homme.....	680
III. Juridictions et autorités nationales	680
A. Conseil constitutionnel.....	680
B. Tribunal des conflits	681
C. Juridictions et autorités administratives.....	683
1. Conseil d'État.....	683
2. Avis et note des formations administratives du Conseil d'État.....	698
3. Cours administratives d'appel.....	698
4. Tribunaux administratifs	700
5. Autorité de la concurrence (Conseil de la concurrence)	702
D. Juridictions judiciaires	705
1. Cour de cassation.....	705
2. Cours d'appel	706
3. Tribunaux de grande instance.....	707
IV. Juridictions étrangères.....	708
INDEX THÉMATIQUE.....	709
TABLES DES MATIÈRES.....	721