

# Les interventions de la puissance publique en matière économique

Parmi les fonctions « régaliennes » de l'État, nul ne songerait *a priori* à inclure ses interventions en matière économique. Et pourtant, quelle que soit la théorie économique que l'on veut appliquer – libéralisme, économie sociale de marché, économie dirigée –, l'État est bien là, et même omniprésent. Ce qui différencie ces formes de gouvernance, c'est le rôle exact de la puissance publique sur l'économie et les moyens qu'elle utilise pour le remplir. Il n'est que de penser à la politique monétaire pour se rendre compte que l'État a été présent et actif dans l'administration de l'économie depuis l'apparition du monopole de battre monnaie.

## ● Une histoire en aller-retour

La forme et l'intensité des interventions de la puissance publique dans l'économie n'ont cependant pas été identiques selon les époques. Contrairement à une opinion répandue, l'État est depuis longtemps interventionniste. Le colbertisme avait, parmi bien d'autres choses, ses fabriques et manufactures, comme les Gobelins, et ses édits normalisant certaines productions, comme celui – de plusieurs centaines de pages – pour les laines et tissus de 1669. Le système des corporations, structures organisées et obligatoires pour tous les métiers, bénéficiant souvent de pouvoirs de sanction, montre aussi une économie réglementée par des normes étatiques.

C'est la Révolution qui apporte le libéralisme économique comme politique, avec la déréglementation des métiers et la fin des privilèges des manufactures royales. Si l'on excepte des textes à vocation sociale sur le travail et les grandes concessions, on peut dire que l'État libéral perdure jusqu'à la Première Guerre mondiale.

Les réformes du Front populaire sont plus symboliques que fondamentales. En revanche, on trouve dans l'économie vichyssoise la forme la plus poussée d'économie réglementée antilibérale avec un Office central de répartition de productions industrielles et des comités d'organisation par métiers.

L'après-Deuxième Guerre mondiale voit l'État contrôler les prix par des milliers d'arrêtés pris sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945 et la mise en place d'une planification nationale, ainsi qu'une première vague de nationalisations. Face à la crise économique des années 1970 qui met fin aux « Trente glorieuses », la puissance publique continue d'utiliser la réglementation des prix et le Plan, jusqu'en 1982, quand est décidée une deuxième grande période de nationalisations.

Le milieu des années 1980 est aussi une période de déréglementation dans les autres pays du monde (R. Reagan aux États-Unis, M. Thatcher au Royaume-Uni). Dans ce contexte, la question d'un renouvellement de l'intervention de la puissance publique en matière économique apparaît comme nécessaire en France aussi, question renforcée à partir des années 1990 par le développement d'un droit communautaire axé sur la concurrence. Ce mouvement est à la source d'une nouvelle modification en profondeur de l'action de la puissance publique sur l'économie, que cette action soit le fait de l'État, des

collectivités locales ou des autres acteurs publics ou parapublics.

## ● Un droit aux confins des droits public et privé

L'étude des moyens d'action de la puissance publique sur l'économie est marquée par le droit public, mais elle ne peut se passer d'une connaissance de certains pans du droit privé, l'approche libérale partant du principe que ce sont les acteurs privés qui interagissent avant tout. Le droit de la concurrence est marqué par cette position : il est le jeu naturel des rapports privés entre entreprises, mais il est aussi encadré par la puissance publique notamment à travers le contrôle des concentrations économiques, des ententes et des abus de positions dominantes.

On a pensé un temps que ce nouveau « droit économique » était une nouvelle branche qui se créait entre le droit public et le droit privé. Fallait-il passer du droit public économique au droit économique avec ses deux aspects public et privé ? Ce débat est aujourd'hui dépassé, la dichotomie entre le droit public et le droit privé reste en vigueur, même si la matière économique est parfois source de complexité. La doctrine utilise aujourd'hui plus volontiers le terme de « droit public des affaires », définition plus large qui comprend les phénomènes micro-économiques et notamment les contrats, tout en restant un droit public avec sa spécificité. Ce rapprochement des deux branches du droit se fait dans un mouvement contradictoire : on assiste à une publicisation de l'action économique des personnes privées qui sont de plus en plus encadrées, mais aussi à une privatisation de l'action des personnes publiques, de plus en plus considérées comme des acteurs économiques comme les autres.

## ● Une source communautaire essentielle

Le droit communautaire est essentiellement un droit économique. Même si la Communauté européenne et l'Union européenne ont succédé à la Communauté économique européenne, l'Europe telle que nous la connaissons aujourd'hui a essentiellement des compétences économiques. La politique monétaire de l'ensemble des États de la zone euro appartient par exemple à la Banque centrale européenne ; cet élément central de la souveraineté économique lui a été transmis par le traité de Maastricht. L'objectif de création d'un marché unique transcende tout le droit dérivé. On retrouve d'abord les principes de libre circulation des marchandises ou des

capitaux, mais aussi toutes les politiques communes comme la politique agricole commune, la politique des transports, la politique de l'environnement, la politique de R & D ou la politique commerciale. Ensuite, ce grand marché prévoit la normalisation des produits, des règles de concurrence propres à son champ d'action, ainsi qu'une série de dispositions sur les aides. Enfin, le droit de la concurrence communautaire et ses implications en matière de gestion des grands services publics sont en partie à l'origine de toutes les évolutions récentes des entreprises publiques. Que cela soit en créant un droit directement applicable ou comme source du droit interne, le droit communautaire est donc essentiel en droit public des affaires.

L'intervention publique dans l'économie est aujourd'hui marquée par la notion de régulation, l'État est un organisateur de l'économie, il en garantit les grands équilibres tout en laissant les acteurs libres. Cependant, cela n'empêche pas les personnes publiques de conserver leurs activités plus classiques, macro ou micro-économiques : la puissance publique continue de diriger partiellement l'économie en la planifiant et en l'administrant par des organes nationaux et locaux ; comme elle continue, mais dans des conditions très largement modifiées, à agir sur des pans entiers de l'économie au travers de ses entreprises publiques. La puissance publique est ainsi régulatrice, directrice et entrepreneuse.

## L'intervention par la régulation : l'encadrement de l'économie

La régulation, terme récent en droit, est un ensemble de moyens d'actions, principalement des mesures de police administrative, qui permettent à la puissance publique d'intervenir sur le marché pour y garantir la concurrence et lui imposer la prise en compte d'intérêts publics extérieurs (égalité des citoyens, accessibilité, continuité, développement durable...). La notion inclut ainsi la quasi-totalité des interventions classiques de l'État. Elle peut aussi être comprise dans un sens plus moderne, lié au contexte de libéralisation de l'économie. On y verra alors la volonté de la puissance publique de délaisser les moyens d'action directs sur l'économie (par exemple, le contrôle des prix ou les entreprises publiques) au profit de textes organisant l'économie, c'est-à-dire encadrant les opérateurs économiques tout en leur garantissant un maximum de liberté. Cela ne veut pas dire moins de textes, mais une autre façon d'envisager l'intervention publique dans l'économie.

## Les principes libéraux et le droit public de l'économie

Le développement de l'intervention par la régulation a été parallèle à la reconnaissance et au développement de principes libéraux au niveau constitutionnel. Un certain nombre de principes ont une fonction dans bien d'autres matières que le droit public de l'économie, mais ils en forment un socle indispensable. Il en est ainsi de la recon-

naissance du **droit de propriété** aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, ou de la **liberté contractuelle**<sup>2</sup>. Le droit de propriété notamment, est reconnu non seulement aux personnes privées (qu'il protège en limitant l'intervention de l'État), mais aussi aux personnes publiques, ce qui a permis au Conseil constitutionnel de protéger le capital de l'État en imposant des règles strictes pour l'évaluation des entreprises publiques à privatiser.

D'autres principes sont propres au droit public de l'économie et leur interprétation a évolué en même temps que le rôle des personnes publiques dans l'économie. En se fondant sur le « décret d'Allarde », titre donné à une loi des 2-17 mars 1791, le Conseil d'État avait dès 1935 reconnu l'existence de la **liberté du commerce et de l'industrie** [CE, Ass., 20 déc. 1935, *Établissements Vezia*, Leb. p. 1212 ; CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Leb. p. 362]. La décision 16 du janvier 1982 [CC, déc. n° 81-132 DC, *Privatisations*] a pourtant reconnu un autre principe, la **liberté d'entreprendre**, comme principe constitutionnel.

L'agencement de ces deux principes a ouvert de nombreuses controverses doctrinales. Certains estiment que, malgré sa valeur, la liberté du commerce et de l'industrie est plus large que celle d'entreprendre qui se limite aux droits de ceux qui entreprennent, d'autres le nient en se fondant principalement sur le fait que la seconde liberté est constitutionnellement reconnue. On a certes rattaché à la liberté d'entreprendre des libertés propres aux chefs d'entreprise : ouvrir et exploiter une entreprise, choisir ses collaborateurs, ou réduire les effectifs afin d'anticiper les difficultés économiques [CC, déc. n° 88-244 DC, 20 juil. 1988 ; déc. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002]. Mais il faut bien reconnaître qu'aujourd'hui, les jurisprudences du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel attachent à l'une ou l'autre des conséquences similaires, toutes deux comprenant notamment la liberté de concurrence [CE, 1<sup>er</sup> avr. 1998, *Union hospitalière privée*], la liberté professionnelle ainsi que l'ensemble des droits des entrepreneurs.

Le développement de ces principes peut conduire plus largement à reconnaître à la libre concurrence la qualité d'objectif d'intérêt général, et, partant, à lui assurer tout un régime juridique à vocation libérale.

## La réalité de l'objectif de libre concurrence

Les pratiques anticoncurrentielles et leurs justifications

L'objectif de libre concurrence passe d'abord par la mise en place d'un droit de la concurrence en France. Ce droit est double : un droit national pour sanctionner les atteintes au seul marché interne (v. les art. L. 420-1 et s. du Code de commerce) et un droit communautaire, principalement sous l'autorité de la Commission européenne (art. 81 à 89 TCE notamment), pour sanctionner ces mêmes atteintes sur le marché européen. On distingue différentes formes d'atteintes qui sont reprises à chaque niveau.

L'**entente** est un comportement qui consiste à ce que des opérateurs économiques se mettent d'accord ou aient une pratique concertée pour se répartir le marché, dans le temps ou dans l'espace, et éviter ainsi de se faire une réelle concurrence.

2. Celle-ci est reconnue comme principe issu de la liberté qui figure à l'article 4 de la Déclaration de 1789 : Conseil const., n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Secteur de l'énergie*.

L'**abus de position dominante** est la situation dans laquelle une entreprise ou un groupe d'entreprises qui ont une part importante de marché dans un secteur déterminé adoptent certains comportements limitant la concurrence. La simple position dominante n'est pas condamnable, mais empêcher de nouveaux opérateurs économiques d'entrer sur ce marché ou d'y prendre des parts importantes grâce au bénéfice que l'on retire de cette position reste interdit. Les grandes entreprises gestionnaires de services publics nationaux bénéficient de cette position et peuvent être conduites à en abuser au moment de leur privatisation, lorsque la concurrence se forme. Ces « opérateurs historiques », comme on les nomme, ont été parfois condamnés par le Conseil de la concurrence pour de tels faits.

Enfin, l'État et la Commission européenne contrôlent les **concentrations** économiques, situations dans lesquelles de grosses entreprises veulent fusionner ou d'autres dans lequel une grande entreprise absorbe peu à peu ses concurrents. Le risque est d'aboutir à une situation quasi monopolistique, c'est-à-dire à la négation de la concurrence.

La régulation appartient bien en la matière à la puissance publique, notamment à travers les autorités administratives indépendantes (v. Notice 9). La principale – le Conseil de la concurrence – a une compétence générale en la matière, mais elle travaille souvent de concert avec d'autres autorités sectorielles comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou la Commission de régulation de l'énergie (v. Notice 9).

Toutes les activités ne sont pas soumises au droit de la concurrence. Dans un certain nombre d'hypothèses, elles sont justifiées par des intérêts extérieurs à la seule concurrence. C'est le cas des exceptions de l'article L. 420-4 du Code de commerce ou des services d'intérêt économique généraux de l'article 86 § 2 TCE, ce qui regroupe des cas où la puissance publique est spécialement forte et d'autres dans lesquels l'intérêt d'un service public doit primer sur celui de la concurrence. Ils constituent l'exception et non la règle.

## La soumission des activités et des actes de la puissance publique au droit de la concurrence

Le principe de concurrence a pris une importance particulière depuis une dizaine d'années, au point de s'appliquer à toutes les personnes publiques et en principe dans toutes leurs activités : lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs économiques ou dans leur fonction de productrices de normes.

Pour ce qui concerne leurs **activités économiques**, l'ordonnance de 1986 qui a modernisé le droit de la concurrence prévoyait dans son article 53, aujourd'hui codifié à l'article L. 410-1 du Code de commerce, que ce droit était applicable à « toute activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques [...] ». C'est d'ailleurs le

Conseil de la concurrence qui va juger de ces atteintes des personnes publiques à la concurrence dans leur activité matérielle<sup>3</sup>. Ces activités industrielles et commerciales des personnes publiques ont pendant longtemps été limitées aux cas où il y avait une carence de l'initiative privée, ou toute autre circonstance particulière de temps et de lieu [CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Leb. p. 583]. Sur ce point, la reconnaissance des principes libéraux au bénéfice des personnes publiques a, pour ainsi dire, inversé la situation.

Le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles les personnes publiques pouvaient agir sur l'économie [CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Leb. p. 272]. Elles le peuvent pour les activités nécessaires à la réalisation de leurs missions de service public et qui justifient qu'elles bénéficient de prérogatives de puissance publique. Sinon, prendre en charge une activité économique indépendamment de ces missions ne peut se faire « que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ». Autrement dit, les personnes publiques y sont autorisées tant qu'elles ne portent pas atteinte à la législation sur la concurrence et qu'elles sont mises dans des situations égales aux opérateurs économiques privés. On est passé de la « libre concurrence » à l'« égale concurrence ». On en a une preuve dans la possibilité qui leur a été offerte de répondre, comme n'importe quelle personne privée<sup>4</sup>, aux appels à la concurrence des autres pouvoirs adjudicateurs dans les différents contrats de la commande publique.

Pour ce qui concerne leur **activité de production normative**, la solution a été plus lente. Ce n'est qu'en 1997 que l'on a clairement admis que l'ensemble des actes administratifs devaient respecter non seulement les principes du droit de la concurrence, mais aussi, plus généralement, les dispositions internes et communautaires sur les pratiques anticoncurrentielles [CE, Sect., 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, Leb. p. 406]. Cela signifie que si un acte administratif est à l'origine d'une entente, d'une concentration économique illégale [CE, Sect., 9 avr. 1999, *Société « The Coca-Cola Company »*, Leb. p. 119] ou d'un abus automatique de position dominante, alors le juge administratif va le considérer comme nul. C'est l'entrée du droit de la concurrence dans le bloc de légalité. Ce contrôle s'exerce sur les actes administratifs unilatéraux et sur les actes détachables du contrat, mais aussi sur tous les actes contractuels. Ainsi, c'est surtout dans le cadre de la commande publique que seront sanctionnés les contrats qui auront été source d'une entente ou d'un abus de position dominante, l'acheteur public devant lui-même vérifier ce point [CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, Lamy, coll. Territ., avril 2007]. La commande publique est en soi un droit de la concurrence avec ses principes et ses procédures propres. Son développement est la marque de la prégnance de la concurrence sur notre droit public actuel<sup>5</sup>, les mesures de police elles-mêmes y étant soumises [CE, Avis, Sect., 22 nov. 2000 *Société L & P Publicité*; CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate*, Leb. p. 138].

3. L'appel étant porté devant la Cour d'appel de Paris. Le Conseil constitutionnel admet que des personnes publiques soient soumises, comme les personnes privées dans la même situation, au juge judiciaire dans un but de « bonne administration de la justice » (n° 86-224 DC du 23 janvier 1987). Ce bloc de compétence est pourtant mis à mal dans le cadre du contrôle des actes.

4. V. notamment l'art. 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics qui fait référence aux « opérateurs publics ou privés », ainsi que : CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, Leb. p. 202; CE, Avis, Sect., 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, Leb. p. 492.

5. Sur cette question, voir AJDA 2007, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. À propos des droits de la concurrence et de la commande publique », p. 2420.

## L'intervention par la direction : planification et administration de l'économie

La puissance publique a mis en place un certain nombre de structures dont l'objectif est de connaître, planifier et administrer l'économie. Ces structures permettent d'organiser une forme résiduelle de planification, ainsi que des réglementations d'incitation et de contrôle comme des aides ou des autorisations.

### L'administration de l'économie

L'administration – au sens d'institutions ou de structures administratives – conserve en matière économique des formes classiques, mais elle sait aussi développer en son sein des structures adaptées aux exigences nouvelles en la matière.

#### Des structures ministérielles

Le pouvoir réglementaire général appartient concurremment en France depuis 1958 au président de la République et au Premier ministre (v. Notice 5). Pour assurer leurs missions, ils sont assistés d'un **ministère de l'économie** dont le titre, mouvant selon les gouvernements, mais souvent long, est évocateur de ses nombreuses missions. Historiquement, à chaque fois que l'État a voulu prendre un rôle essentiel dans l'économie, des projets de « grand ministère de l'économie » ont vu le jour. Ce fut le cas notamment après la Première guerre mondiale et lors du Front populaire, mais cela n'est apparu qu'à partir du gouvernement d'Edith Cresson (1991). Paradoxalement, la période libérale actuelle ne remet pas en cause l'importance de ce ministère. Souvent assisté de trois à cinq secrétaires d'État, le ministre de l'Économie a hérité d'une agrégation des différentes compétences économiques autour de l'ancien ministère du Budget : finances, emploi, PME, artisanat, industrie, commerce extérieur, sur le modèle initial du MITI japonais. En 2007, le gouvernement Fillon a scindé en deux ce ministère pour redonner au ministère du Budget, aux comptes publics et à la fonction publique une autonomie.

À ce grand ministère s'ajoutent des **ministères sectoriels** qui réglementent, eux aussi, les activités économiques. Le plus classique est le ministère de l'Agriculture, mais on peut aussi penser à des ministères qui parfois disparaissent comme ceux de la ville ou de l'énergie, ou d'autres qui naissent, par exemple ceux qui sont chargés des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Les **collectivités locales** sont aussi, par elles-mêmes, des structures classiques aux compétences économiques. Bien entendu, si ces compétences ne s'exercent que dans un cadre géographique limité, elles n'en sont pas moins importantes. Les structures intercommunales se voient ainsi souvent transférer la compétence « développement économique », qui est par ailleurs l'un des objectifs assignés aux collectivités par l'article L. 1111-2 CGCT.

#### Des structures administratives spécialisées

À ces ministères ou secrétariats d'État, il faut ajouter des organes de représentation de certains intérêts ou groupes sociaux. La référence historique aux corporations et le souvenir de l'État français ont conduit à limiter fortement le pouvoir de ces institutions, souvent réduit à des fonctions consultatives. Elles n'en sont pas moins des institutions de démocratie sociale. Il en est ainsi, dans la Constitution, du Conseil économique, social et environnemental ou, dans la loi, des chambres consulaires (chambres de commerce et d'industrie, de l'agriculture ou des métiers), aujourd'hui qualifiées d'établissements publics nationaux. Les « **offices** », terme hérité de l'Ancien régime, sont aujourd'hui des établissements publics corporatifs à visée interventionniste. L'Office du blé de l'entre-deux guerres, devenu Office national interprofessionnel des céréales en 1953, est depuis 2006 un Office national interprofessionnel des grandes cultures qui regroupe aussi les anciens offices des oléagineux et du sucre. On trouve également d'autres offices pour les plantes à parfum, aromatiques ou médicinales, les produits de la mer et de l'aquaculture ou encore un Office national interprofessionnel des fruits, des légumes, des vins et de l'horticulture depuis 2005. On assiste actuellement à une concentration des offices, aux rôles divers : promotion de la profession, participation aux évolutions réglementaires, analyses de la production et gestion des subventions nationales et communautaires et des quotas. Pour la réglementation de certaines professions, la puissance publique passe aussi par des **ordres professionnels** (médecins, avocats...) qui ont à la fois des pouvoirs de réglementation, de sanction et de formation, tout en participant aux grandes réformes de leur profession.

Les **autorités administratives indépendantes** (v. Notice 9), aux multiples missions, sont une catégorie de personnes publiques spécialement adaptées à la matière économique, notamment pour assurer le rôle de régulateur que l'État entend jouer. Elles apportent la dépolitisation, la compétence technique et la réactivité que n'ont pas les structures ministérielles classiques.

### La planification en mutation

Du plan à la française  
au Centre d'analyse stratégique

La planification à la française, moribonde depuis 1998, a définitivement été abandonnée avec la disparition du Commissariat général au plan et la naissance du Centre d'analyse stratégique (décret n° 2006-260 du 6 mars 2006). Les fonctions de ce Centre, directement rattaché au Premier ministre, sont d'effectuer des rapports et analyses permettant au gouvernement de définir et de mettre en œuvre sa stratégie en matière économique et sociale, mais aussi en matière culturelle ou environnementale. Il est donc un organe national dont l'une des missions officielles est de relayer les orientations communautaires établies dans le cadre de la stratégie de Lisbonne<sup>6</sup>.

On retrouve là une idée proche du Plan tel qu'il avait été conçu en 1947, et dont l'une des missions a été de

6. On appelle ainsi les mesures prises en application du Conseil européen de Lisbonne de 2000 visant à faire de l'économie de la connaissance européenne la plus compétitive et la plus dynamique du monde en 2010.

mettre en œuvre le plan Marshall, afin de favoriser la reconstruction du pays et de son économie après la crise des années 30 et la Seconde Guerre mondiale. Le plan « à la française » se distinguait du plan soviétique par son caractère incitatif et non pas contraignant. Cependant, après le XI<sup>e</sup> plan, en 1997, il tomba en désuétude et fut remplacé par des contrats de Plan entre l'État et les régions ou entre l'État et les grandes entreprises publiques. Ils ont eux-mêmes été abandonnés en 2006 au profit de contrats de projets État-Régions, conclus pour sept ans et non plus quatre – durée des fonds européens FEDER et FSE –, qui ont, eux aussi, pour objectif de participer à la Stratégie de Lisbonne, en assurant l'attractivité et la compétitivité du territoire, la cohésion sociale et le développement durable<sup>7</sup>.

## La planification d'urbanisme aménageant le territoire

À cette planification plus économique, il faut ajouter une autre **planification urbanistique** qui participe du développement économique dans une optique d'aménagement du territoire. Après de grandes réalisations dans les années 1970 (par exemple de désenclavement de la Bretagne), le droit de l'urbanisme s'est concentré essentiellement sur des espaces plus réduits ou sur le développement généralisé de certains espaces comme le littoral ou la montagne. Depuis quelques années cependant, on voit l'État imposer les grandes orientations d'aménagement du territoire et la localisation des grandes infrastructures de transport par les directives territoriales d'aménagement, ainsi que de grands projets grâce aux opérations d'intérêt national<sup>8</sup> ou aux projets d'intérêt généraux. Ces documents s'imposent ensuite aux autres documents d'urbanisme locaux par un rapport de compatibilité.

## Les modalités d'administration de l'économie

### Les autorisations

Les activités de police de l'économie permettent à la puissance publique d'interdire, d'autoriser sous condition et de règlementer certaines activités. Les interdictions sont rares, car elles limitent par nature les libertés du commerce et de l'industrie ou d'entreprendre<sup>9</sup>. Plus classiquement, l'exercice de certaines activités économiques se fait après déclaration ou autorisation préalable. Celles-ci peuvent être données par des personnes publiques (notamment les préfets, comme c'est le cas pour la licence 4) ou par des personnes privées auxquelles on accorde ces prérogatives, comme c'est le cas pour l'inscription sur un tableau, condition à l'exercice d'une profession comme médecin ou avocat. Des sanctions

pénales sont parfois prises en cas de non-respect de ces autorisations, comme, par exemple, pour l'exercice illégal de la médecine (art. L. 4161-5 du code de la santé publique notamment). Une bonne partie d'entre elles sont cessibles à titre onéreux, après nouvel accord de la puissance publique<sup>10</sup>.

Sans vouloir en faire ici une liste exhaustive, on peut citer les « charges » comme il en existait sous l'Ancien Régime et dont certaines sont remises en causes dans leur esprit par l'Union européenne qui y voit des atteintes à la concurrence (notaires, huissiers, avocats aux conseils), les professions créant un risque pour la santé (établissements de santé, officines pharmaceutiques, entreprises de traitement de déchets, assistants maternels et familiaux, établissements d'aquaculture ou pompes funèbres), ou encore, dans un but de protection du consommateur, diverses activités purement économiques (agences de voyages, experts-comptables, établissements financiers, agents immobiliers, sociétés de ventes mobilières aux enchères). Il faut y ajouter les autorisations données par les autorités administratives indépendantes dans leurs domaines de compétence : autorisations d'émettre pour le CSA, autorisations de mises sur le marché de médicaments pour l'AFSSAPS ou licence téléphonique 3G pour le CSA.

### Les aides

Les aides ont été pendant longtemps, et surtout depuis 1945, un mode d'intervention puissant et normal de la puissance publique sur l'économie. Elles ont en effet un caractère incitatif fort, tout en respectant les libertés économiques des opérateurs privés. Fortement utilisées aussi pour les entreprises publiques, elles palliaient le manque de fonds propres et étaient facilement justifiées par l'amélioration ou la préservation du service public. La plupart d'entre elles s'inscrivaient dans le cadre de la planification, qui les fondait juridiquement et les organisait, unilatéralement d'abord, dans les contrats de plan ensuite.

On distingue traditionnellement deux types d'aides. Les aides directes se traduisent financièrement par un apport de fonds (subvention ou prêt à taux faible) ou par une baisse des charges (allègements fiscaux ou sociaux, comme dans les zones franches). D'autre part, on trouve des aides indirectes, comme une vente de terrain à une entreprise par une collectivité locale à un prix symbolique [CE, Sect., 3 nov. 1997, *Commune de Fougerolles*], la garantie d'un prêt ou l'établissement d'un monopole.

Deux évolutions se font jour depuis quelques années. La première est la diversification des sources d'aides, notamment avec le développement des aides locales et le cumul courant d'aides locales, nationales et européennes<sup>11</sup>. La seconde est l'hostilité du droit

7. Ce dernier point correspondant à la Stratégie de Göteborg adoptée par le Conseil européen de Göteborg des 15 et 16 juin 2001.

8. Art. R 121-4-1 du Code de l'urbanisme. La liste qui figure dans cet article comprend notamment La Défense, Fos-sur-Mer ou les aéroports parisiens.

9. La conception la fabrication et le commerce des armes chimiques sont par exemple interdits depuis la loi n° 98-467 du 17 juin 1998

10. Certaines ont même pu être transmises par héritage comme le privilège des bouilleurs de cru accordé aux soldats de Napoléon qui dura jusqu'en 1959 en leur assurant la production gratuite de 1000° d'alcool. Ce privilège, appelé à disparaître en 2008 pour des motifs de santé publique, a été à nouveau reconduit.

11. Conseil d'orientation pour l'emploi, *Rapport au Premier ministre relatif aux aides publiques*, 8 février 2006.

communautaire contre la multiplication des aides. L'Union part en effet du principe que les aides favorisent leurs bénéficiaires au détriment de leurs concurrents. Elles ont donc un fondement profondément anticoncurrentiel et doivent se limiter à des cas très précis. Les articles 87 à 89 TCE posent comme principe général l'interdiction des aides d'État (y compris celles des collectivités et organismes parapublics), qui ne sont autorisées que pour aller au secours de secteurs en difficulté, favoriser la R&D, les PME, la protection de l'environnement ou le patrimoine, ou lorsqu'elles correspondent à un comportement présumé d'un opérateur privé agissant en économie de marché (pour les facilités de paiement ou les renflouements des entreprises publiques, par exemple [CJCE, 29 juin 1999, *Déménagement Manutention SA*, aff. C-256/97]).

Les aides aux entreprises publiques sont aujourd'hui presque toujours conditionnées à des restructurations et, à moyen terme, à une sortie du secteur public, comme cela a été le cas pour Air France ou pour EDF pour lequel on a considéré que le statut d'établissement public impliquait une garantie de l'État. Comme toutes les aides au-dessus d'un certain montant doivent être notifiées à la Commission qui doit les autoriser, on comprend qu'il y a là de quoi remettre en cause la plupart des entreprises publiques sous la forme d'établissement public<sup>12</sup>.

## L'intervention par l'action : les entreprises du secteur public

La puissance publique n'agit pas exclusivement sur l'économie en utilisant ses procédés contraignants, elle peut aussi agir sur l'économie en étant elle-même actrice de la production des biens et services. Cela n'exclut pas l'usage des procédés limitant la liberté des opérateurs, notamment par la mise en place de monopoles, mais cela se fait normalement dans un but de service public autre que la simple étatisation de l'économie.

L'histoire du secteur public en France est consubstantielle à ce que l'on a appelé les « services publics à la française », elle en suit les développements et les régressions. Ces deux phases marquent en effet le développement des entreprises publiques en France. D'abord, trois grandes phases de nationalisations se sont succédé : 1936-1937 sous le Front populaire, 1944-1946 après la Seconde Guerre mondiale, 1982-1983 avec le retour de la gauche au pouvoir. L'année 1986 marque en revanche un renversement clair de tendance avec deux phases de privatisations en 1986 et 1993, puis une lente et quasi constante période de privatisations, au gré de ce que pouvaient absorber les marchés, depuis.

## Qu'est-ce qu'une entreprise du secteur public ?

Pas plus la notion d'entreprise publique que celle d'entreprise du secteur public n'ont fait l'objet d'une définition communautaire, légale ou réglementaire. Sous cette dénomination, on retrouve deux principales formes juridiques : d'une part des établissements publics, locaux ou nationaux, d'autre part des entreprises sous forme de sociétés commerciales. Le droit communautaire fait référence aux « entreprises publiques » dans l'article 86 TCE, mais la Cour comme la Commission comprennent cette expression de manière spécialement large, que l'on peut synthétiser en disant qu'il s'agit de toute entité du secteur marchand sur laquelle les pouvoirs publics exercent une influence déterminante. Pour le droit communautaire, la forme juridique de cette entité ou son caractère public ou privé n'a donc pas d'importance, elle peut même être une régie de l'État [CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85].

La recherche d'un secteur public apparaît en tout état de cause plus pertinente aujourd'hui que celle des différentes entreprises publiques. D'abord, le critère de la majorité des membres des organes dirigeants se double d'un véritable critère de contrôle qui peut être indépendant de la composition de ces organes dirigeants. C'est d'autant plus vrai que la majorité dans ces organes ne signifie pas non plus qu'une ou des personnes publiques détiennent la majorité du capital, comme on peut le voir en cas d'action spécifique légalement imposée. Ensuite, le secteur public regroupe aujourd'hui non seulement les entreprises directement détenues ou contrôlées par des personnes publiques, mais aussi les filiales et sous filiales de celles-ci, parfois difficiles à identifier comme telles du fait de leur capital fluctuant et des participations croisées dont elles peuvent être issues<sup>13</sup>. Enfin, ce secteur public ne saurait aujourd'hui être envisagé sans les EPL (entreprises publiques locales) qui regroupent les SEML (sociétés d'économie mixte locales), dont le statut a été fixé par la loi du 7 juillet 1983 (v. art. L. 1521-1 et s. du CGCT), ainsi que les SPL (sociétés publiques locales) dont la création récente est due notamment au refus de voir qualifiés de *in house* les marchés conclus avec des SEML du fait de la participation de personnes privées à leur capital<sup>14</sup>.

La place centrale de ces entreprises locales et de second rang montre combien le secteur des entreprises publiques est important en quantité et en valeur, mais aussi dans quelle mesure il manque de cohérence et d'unité. Cette lacune a longtemps empêché une véritable politique industrielle de l'État. Un décret du 9 septembre 2004 a instauré une Agence des participations de l'État, service à compétence nationale. Mais on ne voit pas

12. M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006 p. 79.

13. Le Conseil d'État estime qu'une entreprise appartient au secteur public, au sens de l'article 34 de la Constitution, quand la majorité, au moins, de son capital appartient à une ou plusieurs personnes publiques ou à d'autres entreprises du secteur public (CE, Ass., 22 déc. 1982, Comité central d'entreprise de la SFENA, Leb. p. 435).

14. CJCE, 18 nov 1999, *Teckal Srl c. Comune di Viano*, aff. C-107/98, dont on retrouve les éléments à l'article 3-1° du Code des marchés publics de 2006 et dans l'arrêt CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*. Ce refus conduit les collectivités territoriales à passer des contrats de la commande publique formalisés avec les SEML alors qu'elles ne sont parfois que des démembrements de cette collectivité. Le recours à des sociétés à capital entièrement public permet de rentrer dans la définition des marchés *in house*.

aujourd'hui d'effet probant de son action, si ce n'est une meilleure connaissance des entreprises qui y sont comprises et un suivi de la valeur des participations de l'État sur les marchés financiers.

## La gouvernance des entreprises publiques

Différents statuts impliquent différentes gouvernances

Le droit des entreprises publiques est d'abord le droit privé, principalement le droit commercial, plus largement le droit des affaires, mais aussi le droit du travail ou des contrats. Le droit public n'est pourtant pas absent, mais son importance dépend du statut de l'entreprise ou de textes spéciaux.

Lorsque ces entreprises sont des établissements publics industriels et commerciaux, elles sont créées par une loi si elles sont, à elles seules, une catégorie d'établissement public (RATP, RFF ou SNCF par exemple), ou par un acte réglementaire national ou local. Ces actes constitutifs mettent en place des organes de direction : le plus souvent, sur le modèle d'un décret du 15 décembre 1934, un conseil, un directeur et un chef de la comptabilité générale. Le statut d'établissement public implique de surcroît la soumission à certaines règles de droit public : insaisissabilité des biens, entrée d'une partie de ceux-ci dans le domaine public ou inapplicabilité des procédures collectives, ce qui signifie impossibilité pratique de faire faillite.

Les entreprises publiques sous forme de sociétés commerciales sont, elles aussi, de statuts divers. Les entreprises locales sont le plus souvent des SEM soumises à un régime légal, les SEM nationales (c'est-à-dire simplement celles dont le capital est partagé avec des personnes privées) étant soumises au seul droit spécial de toutes les entreprises publiques, comme les sociétés à capitaux uniquement publics.

### Mutation du droit commun des entreprises publiques

Ce droit commun est marqué par la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, plusieurs fois modifiée. Elle organise les entreprises publiques de plus de 200 salariés autour d'un conseil regroupant trois catégories d'administrateurs : des représentants de l'État, nommés par décret, des personnalités qualifiées intéressantes pour leurs compétences ou par leur caractère représentatif des consommateurs ou usagers, et des élus des salariés. Face à des actionnaires qui n'en sont pas, il faut bien reconnaître que le PDG est le plus souvent tout-puissant et les affaires du Crédit Lyonnais ou les pertes financières abyssales de la SNCF, ainsi que l'endettement de France Télécom en 2003 trouvent en partie leur source dans cette absence

de contrôle interne, d'autant que les contrôles étatiques de tutelle ont été, dans ces affaires, déficients.

Différents rapports remis pendant les années 2000 ont conduit à vouloir modifier cette gouvernance et ces contrôles des entreprises publiques. L'OCDE<sup>15</sup> et les directives communautaires relatives à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques sont d'ailleurs allées dans le même sens. Les orientations actuelles sont à une remise en cause partielle de la loi de 1983 pour rendre du pouvoir aux conseils d'administration, une plus grande distinction entre État actionnaire et État régulateur, notamment pour le calcul des charges de service public, et un développement des pouvoirs de l'agence des participations de l'État comme nouvelle forme de tutelle<sup>16</sup>. Il faut ajouter une réforme plus généralisée du décret du 9 août 1953 qui organise la tutelle administrative, et du décret du 26 mai 1955 qui concerne la tutelle économique et financière des contrôleurs d'État.

## Les formes de la libéralisation

Le mouvement de privatisation initié en 1986 ne trouve pas sa source unique dans une idéologie libérale. Un des problèmes majeurs des entreprises publiques est leur manque de fonds propres et d'investisseurs qui ne leur permet pas de se développer comme le ferait une entreprise privée. Le recours à des privatisations partielles compense imparfaitement ce défaut puisqu'il permet de trouver un peu de cette souplesse. Pour donner un ordre d'idée, sur les 99 Md€ qu'ont rapporté les privatisations entre 1986 et 2006, 23 Md€ ont remboursé la dette de l'État<sup>17</sup>, 74 Md€ ayant été réinvestis dans les entreprises publiques. Aujourd'hui, la valorisation des entreprises dans lesquelles l'État détient des participations et qui sont cotées en bourse est d'environ 150 Md€ (ADP, Air France KLM, EADS, EDF, FT, GDF, Renault, Safran, Thalès<sup>18</sup>), de futures ventes partielles et le rôle des actionnaires privés devraient permettre des investissements suffisants, et si tel n'est pas le cas, ces entreprises sortiront du secteur public en effectuant des augmentations de capital.

Il faut cependant reconnaître que ces entreprises sont aussi des grandes entreprises stratégiques, pour des raisons militaires, économiques, ou tout simplement pour l'aménagement du territoire. Les lois de privatisation ont donc prévu la possibilité pour l'État de constituer des « noyaux durs », c'est-à-dire des groupes d'actionnaires stables afin de renforcer l'entreprise nouvellement privatisée ou dont le capital a été ouvert, ainsi que de garder des « actions spécifiques » ou *golden shares* qui lui donnent des pouvoirs supérieurs aux autres actionnaires et empêchent les minorités de blocage. Il faut aussi ajouter les difficultés du financement des retraites ou des salaires des éventuels fonctionnaires de ces entreprises privatisées qui empêchent l'État de se désengager totalement.

15. L'OCDE a publié en 2005 des *Lignes directrices sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*.

16. J.-Y. Chérot, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », DA, avr. 2006 p. 5.

17. Dont 13 Md€ en 2006. Aujourd'hui, la dette s'élève à plus de 1 220 Md€.

18. Source : Agence des participations de l'État. Rappelons que les recettes fiscales 2008 sont d'environ 350 Md€.

Certains domaines économiques se voient par ailleurs marqués par des formes particulières de privatisation. Il s'agit d'abord des secteurs en réseaux (eau, électricité, gaz, ferroviaire, télécommunications) qui doivent naturellement éviter que les opérateurs économiques ne soient obligés de créer un nouveau réseau pour que la concurrence s'instaure. La séparation entre gestionnaire de réseau et opérateurs sur ces réseaux s'impose donc, le premier gérant l'adaptation et l'extension du réseau, les seconds prestant effectivement le service aux usagers. Cette distinction peut se faire de manière comptable en laissant l'opérateur historique gérer le réseau (France Télécom) ou en créant un nouveau gestionnaire, même s'il a un rôle limité tant qu'une concurrence effective n'est pas imposée (RFF, RTE). Par ailleurs, les entreprises gestionnaires de grands services publics se voient autorisées à bénéficier de compensations de service public afin de combler les pertes financières occasionnées par les missions de service public qui leur sont imposées (obligation de desservir certaines parties du territoire national non rentables, continuité du service

obligeant à des investissements particuliers notamment). Ces compensations peuvent prendre deux formes : soit la mise en place d'un marché réservé à celui ou ceux des opérateurs chargés de la mission de service public (par exemple les lettres de moins de 20 g pour La Poste) ou des compensations financières versées par l'État ou les autres opérateurs. Le droit communautaire a ouvert ces possibilités sur le fondement de l'article 86 § 2 TCE<sup>19</sup>, et si quatre conditions sont remplies, ces compensations ne sont pas qualifiées d'aides illégales<sup>20</sup>.

Réguler, administrer, gérer, ces trois fonctions de la puissance publique sont bien souvent exercées sur les mêmes secteurs et en parallèle : l'ouverture à la concurrence modifie le statut ou l'usage des entreprises du secteur public, il oblige à une régulation de leurs activités et à des anticipations et une réglementation appropriée. L'interdépendance de ces fonctions montre le caractère mouvant et actuel de l'intervention de la puissance publique en matière économique.

**Grégory Kalflèche**

19. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du traité mais « 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 ». Voir CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, et 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*.

20. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00 et CJCE, 7 sept. 2006, *Laboratoires Boiron*, aff. C-526/04

#### Les principales entreprises du secteur public

Transports	RATP	EP (1948)
	SNCF	EP (1983)
Infrastructures de transports	ADP	SA (2005) cotée (2006)
	Groupes autoroutiers (ATMB et SFTRF)	SA (1956 et 1962)
	Ports autonomes (Bordeaux, Dunkerque, Le Havre, Marseille, Nantes, Paris, Rouen)	EP (1965)
	RFF	EP (1997)
Énergie	Areva	SA (2006)
	Charbonnages de France	EP dissout 31 déc. 2007
	EDF	SA (2004) cotée (2005)
	Gaz de France	SA (2004) cotée (2005)
Armement et aéronautique	Défense Conseil International (DCI)	SA (1972)
	DCNS	SA (DCN 2003) (DCNS 2007)
	EADS	SA cotée (2000)
	GIAT-Industries Nexter	SA 99,99% État (1990)
	Safran (ex-Snecma + ex-Sagem)	SA cotée (2005)
	SNPE (ex-Service des poudres)	SA 99,99% État (1971)
	Thales	SA cotée à action spécifique (1997)
Médias	Arte-France	SA (1986)
	France Télévisions	SA 100% État (1986)
	RFI	SA 100% État (1986)
	Radio France	SA 100% État (1986)
Communications	France Télécom	SA (1996) cotée (1997) (exploitant public 1991)
	La Poste	Exploitant public (1990)
Autres	La Française des jeux	SA (1978)
	Imprimerie nationale	SA 100% État (1993)
	Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies (LFB)	SA (2005, auparavant GIP 1994)
	Semmaris (Rungis)	SA (1965)